

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	11
CAPÍTULO I- ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL	13
1.1 Análises das condutas do artigo 273 CP	13
1.2 Crimes de perigo abstrato	16
1.3 Crimes de perigo concreto	17
CAPÍTULO II-PRINCÍPIOS APLICÁVEIS.....	20
2.1 Princípio da proporcionalidade.....	20
2.1.1 Adequação	21
2.1.2 Necessidade	22
2.1.3.Proporcionalidade em sentido estrito	23
2.2 Princípio da razoabilidade	24
2.3 Princípio da não lesividade	25
CAPÍTULO III- APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NOS DELITOS CAPITULADOS NO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL.....	28
CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
REFERÊNCIAS.....	37
ANEXO- ACÓRDÃO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL.....	39

INTRODUÇÃO

O objetivo principal do presente trabalho está pautado em adentrar no estudo do Direito Penal, especificamente na questão relativa à averiguação da aplicação do princípio da proporcionalidade nos delitos capitulados pelo artigo 273 do Código Penal. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998).

É de suma importância que se amplie os conhecimentos no campo do estudo do alcance do princípio da proporcionalidade, considerando o fato de ser a temática de grande discussão e valor, sendo comum e densamente empregado pelos advogados para defesa dos interesses de seus clientes. Isso denota o impacto da pesquisa para as ciências jurídicas.

Muito embora a falsificação, corrompimento, a adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais comprometam os direitos fundamentais a saúde e a vida, a imputação de pena de reclusão, de 10 a 15 anos e multa como forma de condenação do crime tipificado no art. 273 do Código Penal atenta contra o princípio da proporcionalidade?

A hipótese deste trabalho é que a condenação do crime tipificado no art.273 do Código Penal, atenta contra o princípio da proporcionalidade, tendo em vista que se faça uma ponderação entre o bem lesionado e o bem de que se pode alguém ser privado, ou seja, a relação entre o fato com a gravidade da pena, traz a desproporção, e, além disso, afeta a dignidade da pessoa humana.

Entende-se que o princípio da proporcionalidade é essencial para analisarmos qualquer norma no nosso ordenamento, tal princípio deixa claro a falta do legislador de adequar o princípio a outro de muita valia no nosso estudo, que é a individualização da pena, ou seja, a substituição da pena por medidas, mas leves em caráter da dignidade da pessoa humana.

Como marco teórico tem-se a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

A Lei 9.677/98 deve ser revista no ponto que cominou pena de reclusão de 10 (dez) a 15 (quinze) anos para a hipótese do §1º-B, inciso I, por violação ao princípio da proporcionalidade que exige que se faça um juízo de

ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). (...) Dessume-se que é inarredável a declaração de inconstitucionalidade da Lei 9.677/98 no que se refere ao também inconstitucional artigo 273, §1º-B, inciso I do Código Penal, por violação ao princípio da proporcionalidade e ofensividade, declaração esta que ora se faz. Possibilidade de substituição.

Desse modo, o presente projeto se justifica, considerando os ganhos no âmbito social, pessoal e jurídico.

No primeiro caso, o ganho jurídico está em entender como se dá a aplicação do princípio da proporcionalidade e os delitos capitulados no art. 273 do Código Penal, considerando a importância da temática por se tratarem de crimes de perigo abstrato.

Quanto ao ganho social, pauta-se no fato de que toda sociedade será beneficiada, visto que o delito aqui estudado pode atingir grande parcela social, bem como a necessidade de se ter um Direito Penal mais justo.

Por fim, o ganho pessoal, está pautado em um estudo minucioso do tema, o que trará importantes benefícios para o futuro profissional.

O presente trabalho versa sobre pesquisa bibliográfica, tratando-se de uma investigação teórico dogmática, com emprego do entendimento dos doutrinadores que tratam a temática proposta, a fim de se levantar questionamentos sobre averiguação da aplicação do princípio da proporcionalidade nos delitos capitulados pelo artigo 273 do Código Penal.

Pesquisas jurisprudenciais serão realizadas em nossos tribunais pátrios, para que se possa verificar como os mesmos têm se posicionado diante do tema.

Sendo assim, a aludida pesquisa é de natureza transdisciplinar, tendo em vista a análise de conteúdo do Direito Constitucional, Direito Processual Penal e do Direito Penal.

Os capítulos da monografia serão divididos da seguinte forma: O primeiro capítulo será dedicado ao delito disposto no artigo 273 do Código Penal tendo por título “artigo 273 do Código Penal” e tem por objetivo analisar as condutas ali descritas e verificar a existência de crime de perigo abstrato.

O segundo capítulo intitulado “o princípio da proporcionalidade” buscaremos diferenciar de outros princípios constitucionais a ele correlatos como o da razoabilidade, dando ênfase à necessidade e alcance de aplicação desse princípio.

Finalizaremos com o terceiro capítulo “aplicação do princípio da proporcionalidade nos delitos capitulados pelo artigo 273 do Código Penal” o qual será trazido o entendimento jurisprudencial e doutrinário nesse sentido.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Demonstrando sobre a necessidade de uma intervenção mínima Luiz Regis Prado, pondera que:

Toda intervenção penal, na medida em que constitui uma restrição da liberdade, só se justifica se: (a) adequada ao fim a que se propõe (o meio tem aptidão para alcançar o fim almejado); (b) necessária, isto é, toda medida restritiva de direitos deve ser a menos onerosa possível; (c) desde que haja proporcionalidade e equilíbrio na medida ou na pena. Impõe-se sempre um juízo de ponderação entre a restrição à liberdade que vai ser imposta (os custos disso decorrente) e o fim perseguido pela punição (os benefícios que se pode obter). Os bens em conflito devem ser sopesados¹

Falando especificamente do princípio da proporcionalidade em sentido estrito Pedro Lenza expressa o que se segue:

O princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, obriga a ponderar a gravidade da conduta, o objeto da tutela e a consequência jurídica. Trata-se, para empregar expressões próprias da análise econômica do Direito, de não aplicar um preço excessivo para obter um benefício inferior: se se trata de obter o máximo de liberdade, não poderão ser cominadas penas que resultem desproporcionadas com a gravidade da conduta².

Importante ressaltar que a proporcionalidade e razoabilidade são princípios diferentes e não devem ser confundidos. Sobre o princípio da razoabilidade têm-se as considerações de Diego Bruno Pires:

O postulado da razoabilidade é utilizado na aplicação da igualdade, para exigir uma relação de congruência entre o critério distintivo e a medida discriminatória. O exame da decisão permite verificar que há dois elementos analisados, critério e medida, e uma determinada relação de congruência exigida entre eles.³

Diante disso é indispensável resta o questionamento sobre o delito capitulado no artigo 273 do CP, por se tratar de crime de perigo abstrato.

Nas lições de Rogério Greco, podem ser assim entendidos:

¹ PRADO, Luiz Regis *Direito Penal- parte geral*, v.2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.126.

² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2008.

³ PIRES, Diego Bruno. *Princípio da proporcionalidade versus razoabilidade*. Disponível em <http://www.webartigos.com/artigos/principio-da-proporcionalidade-versus-razoabilidade/9010/>. Acesso em 17 out. 2012.

Crimes de perigo, que podem ser subdivididos em perigo abstrato e perigo concreto, constituem uma antecipação da punição levada a efeito pelo legislador, a fim de que o mal maior, consubstanciado no dano, seja evitado. Assim, podemos dizer que, punindo-se um comportamento entendido como perigoso, procura-se evitar a ocorrência do dano.⁴

Ainda para Luiz Flávio Gomes, “O perigo pode ser concreto ou abstrato. sig o entendimento de o perigo abstrato não precisa ser comprovado concretamente para que afirme a sua existência.”⁵

⁴ GRECO, Rogério *Curso de Direito Penal- parte geral-* v1. 13 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p.192-193.

⁵ GOMES, Luis Flavio. *Direito Penal, - Parte Geral-* v. 2, 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.524- 525.

CAPÍTULO I- ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL

1.1 Análises das condutas do artigo 273 CP

A tipificação dessa conduta delituosa foi determinada pela Lei 9.677/98 que o chamou de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

Veja o tipo penal apresentado no art. 273, do Código Penal, *in verbis*:

Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998).
Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)⁶.

Quando se fala desse tipo de delito, depara-se com tipo penal misto alternativo, dentro aduzido por Guilherme de Souza Nucci, pode ser entendido como aquele em que “a prática de uma ou mais condutas implica sempre num único delito, quando no mesmo contexto”.⁷

A saúde pública é o principal bem tutelado com a tipificação desse delito, por saúde pública entende-se:

É a ciência e a arte de promover a saúde, prevenir a doenças, e prolongar a vida através dos esforços consertados da sociedade. Por saúde entende-se o completo estado de bem estar físico e emocional e não apenas a ausência de doença ou enfermidade⁸

Diante do conceito acima apresentado, observa-se que o Código Penal com essa orientação busca evitar que substâncias terapêuticas ou medicinais percam as qualidades essenciais que lhes são próprias e deixem de obter as suas finalidades reais, já que “diminuída a potencialidade nutritiva ou restauradora das substâncias,

⁶ BRASIL, CÓDIGO PENAL. PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia. *Vade mecum*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.567.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.598.

⁸ SILVA, Fernando Costa *Saúde Ambiental* Disponível em. http://www.saudepublica.web.pt/06-saudeambiental/062-AmbienteAr/Saneamento_conceitos.pdf. Acesso em 18 abr. 2013

as pessoas que as ingerirem serão prejudicadas em sua saúde pela insuficiência, ou pela inadequação de tais substâncias”.⁹

O tipo penal está voltado para resguardar os produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, entendendo-se por este tipo de produto a substância voltada ao alívio ou à cura de doenças (terapêuticos), bem como ao combate de males e enfermidades (medicinais). O objeto material é o produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, isto é, aquele destinado à prevenção, melhoria ou cura de doenças. “o bem jurídico protegido é a incolumidade pública, especialmente em relação à saúde pública.”¹⁰

Trata-se, de um modo geral, de um delito de ação múltipla ou de conteúdo variante, considerando as ações nucleares equivaler a quatro, quais sejam: falsificar, corromper, adulterar e alterar.

A incriminação desse tipo penal em tela acontece pela prática de uma das quatro ações que os verbos típicos advertem. Falsificar é imitar, reproduzir; corromper é deteriorar, decompor; adulterar é desnaturar, deformar e, modificar-se e modificar, alterar-se.

Novamente as considerações de Bitencourt são importantes:

Os núcleos do tipo de previsto no caput são *falsificar* (dar ou referir como verdadeiro o que não é); *corromper* (estragar infectar); *adulterar* (contrafazer deturpar); e *alterar* (modificar, transformar). nas mesmas penas incorre quem: *importar* (fazer vir do exterior), *vender* (comercializar, negociar, alienar de forma onerosa), *expor à venda* (pôr à vista, mostrar, apresentar, oferecer, exibir para a venda), *tiver em depósito para vender* (colocar em lugar seguro, conservar, mantiver para si mesmo), *distribuir* (dar, repartir) ou *entregar a consumo* (repassar) o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.¹¹

A esses verbos, relacionam-se as condutas incriminadoras, ou seja, as que calham sobre os produtos terapêuticos ou medicinais: transformar sua qualidade; diminuir o seu valor terapêutico; extinguir, integral ou parcialmente elemento de sua composição e, trocar componente de sua composição habitual por outro de qualidade baixo.

⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: legislação penal especial. V. 4. 2. ed. São Paulo: Saraiva 2009, p.259.

¹⁰ BITECOURT, Cezar Roberto *Código Penal Comentado*. 6 ed. São Paulo: Saraiva 2010, p.1071.

¹¹ Ibidem, p. 1071.

A capacidade para ser o sujeito ativo desse tipo de delito, é atribuída a qualquer pessoa, visto se tratar de um crime comum, enquanto o sujeito passivo é a coletividade, considerando que são as pessoas cuja saúde é colocada em risco, por terem obtido produto proposto para fins terapêuticos ou medicinais falsificados, adulterados, falsificados ou transformados.

Sujeito ativo é quem pratica uma das condutas incriminadas, independentemente da qualidade de produtor ou comerciante. Tratando-se de empregado pode haver erro de tipo, ou, se forçado a praticar o ilícito sob ameaça de dispensa, a inexigibilidade de conduta adversa. Sujeito passivo é a coletividade cuja saúde é posta em risco, presumidamente pela nocividade positiva ou negativa.¹²

O elemento subjetivo constante do tipo pena é o dolo, concebido diante da pela consciência e vontade de praticar as condutas típicas, ou seja, trata-se do denominado dolo genérico.

As considerações de Rogério Greco se fazem pertinentes nesse momento, vez que diferencia dolo genérico de dolo específica, auxiliando o entendimento nesse sentido:

Dizia-se que dolo genérico era aquele em que no tipo penal não havia indicativo algum do elemento subjetivo do agente ou, melhor dizendo, não havia indicação alguma da finalidade da conduta do agente. Dolo [específico, a seu turno, era aquele em que no tipo penal podia ser identificado o que denominamos de especial fim de agir]. No tipo do art. 121 do Código Penal, por exemplo, não há, segundo os adeptos dessa distinção, indicação alguma da finalidade do agente, razão pela qual vislumbravam, ali, o dolo genérico. Ao contrário, no caso de tipos penais como o do art. 159 do Código Penal, em que na sua redação encontramos expressões que indicam a finalidade da conduta do agente (com o fim de etc.), existe um dolo específico.¹³

A principal diferença, portanto entre o dolo genérico e o dolo específico encontra respaldo na finalidade da conduta exercida, tal pode ser observado no §1º, do art. 273 no qual a conduta ter em depósito para vender, está revestida de um elemento subjetivo especial, que demonstra a finalidade especial de agir, constituindo o tipo por um elemento especial.

¹² MIRABETE, Júlio Fabrini *Manual de Direito Penal- parte especial-* 19 ed., São Paulo: Atlas, 2004, p.157.

¹³ GRECO, Rogério *Curso de Direito Penal- parte geral-* v1. 13 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2011, p.191.

No que diz respeito à consumação e tentativa, afirma-se que com a concretização de qualquer das ações estabelecidas pelo tipo tem-se a consumação do delito, já tentativa, também é aceitável nesses casos.

A ação penal pertinente nesse caso é pública incondicionada:

As penas cominadas cumulativamente, para o *caput* e §§1- A e 1-B. são reclusão. de dez a quinze anos, e multa. para a hipótese de crime culposos (§2º) as penas são de detenção de um a três anos, e multa. A ação penal: pública incondicionada¹⁴

Importante frisar que o delito capitulado visa à proteção da sociedade como um todo.

1.2 Crimes de perigo abstrato

Crime de perigo é aquele que, sem destruir ou atenuar o bem jurídico tutelado pelo direito penal, concebe uma considerável ameaça ou turbação à existência ou segurança de ditos valores tutelada, considerando a ressaltante probabilidade de dano a estes interesses.

Nas lições de Rogério Greco, podem ser assim entendidos:

Crimes de perigo, que podem ser subdivididos em perigo abstrato e perigo concreto, constituem uma antecipação da punição levada a efeito pelo legislador, a fim de que o mal maior, consubstanciado no dano, seja evitado. Assim, podemos dizer que, punindo-se um comportamento entendido como perigoso, procura-se evitar a ocorrência do dano.¹⁵

Ainda para Luiz Flávio Gomes, “O perigo pode ser concreto ou abstrato, sigo o entendimento de o perigo abstrato não precisa ser comprovado concretamente para que afirme a sua existência.”¹⁶

Desse modo, pode-se dizer que os crimes de perigo abstrato são aqueles que não decretam a existência de prejuízo de um bem jurídico ou o emprego deste bem em risco real e concreto. São tipos penais que apresentam somente um

¹⁴ Art.273, Código Penal.

¹⁵ GRECO, Rogério *Curso de Direito Penal- parte geral-* v1. 13 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2011. p.192/193.

¹⁶ GOMES, Luis Flavio. *Direito Penal - Parte Geral-* v. 2, 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010. p.524/525.

procedimento, uma conduta, sem assinalar um resultado exclusivo como elemento expresso do injusto.

Fornecendo um exemplo de crime de perigo abstrato têm-se as considerações de Pedro Paulo Leão:

Podemos citar como exemplo o crime de dirigir embriagado (Lei 9.503/97 "Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência"). O tipo penal não exige a lesão ou a morte de alguém, e também não prevê que seja demonstrado que alguém foi exposto a um risco concreto pelo veículo dirigido pelo condutor embriagado. Descreve apenas um comportamento e determina a aplicação da pena, independente do resultado.¹⁷

Os crimes de perigo abstrato têm *sido* amplamente aproveitados pelo legislador nos últimos tempos, não somente nos crimes de trânsito, mas em todos os âmbitos criminais. Exatamente por este aumento legislativo dos crimes de perigo abstrato que a doutrina tem destinado mais tempo ao estudo desta técnica de tipificação.

1.3 Crimes de perigo concreto

Os crimes de perigo concreto são caracterizados pela necessidade de constatação real da existência da criação da situação de perigo ao objeto abrigado pela norma.

Os delitos de perigo concreto requerem que no caso concreto haja produzido um perigo real para um objeto protegido pelo tipo respectivo. Os delitos de perigo concreto ou efetivo têm expressamente estabelecido no tipo, a necessidade de que haja provocado uma situação de perigo (resultado de perigo), a exemplo do que ocorre no delito de incêndio, tipificado no artigo 250 do CPB. Nestes delitos, o legislador via de regra, utiliza no tipo penal a expressão "perigo". A consumação de um crime de

¹⁷ LEÃO, Pedro Paulo *Crime de perigo abstrato*. Disponível em <http://www.btadvogados.com.br/pt-br/content/crime-de-perigo-abstrato>. Acesso em 22 abr. 2013

perigo concreto requer a comprovação por parte do julgador, da proximidade do perigo ao bem jurídico e a capacidade lesiva do risco.¹⁸

Nota-se que o legislador pretendeu dar a proteção adequada a determinados e específicos bens jurídicos, por isso se justifica a existência de punição dos denominados crimes de perigo concreto.

Em suma, os crimes de perigo concreto caracterizam-se pela requisição de examinar o perigo caso a caso e têm, em regra, o perigo preconizado no tipo. Em determinados casos, ainda que o perigo não esteja indicado no tipo de forma expressa e este seja duvidoso, aberto, não poderá configurar crime de perigo abstrato.

Nos crimes de perigo concreto, o risco deve ser evidenciado. A acusação tem o dever de comprovar que da conduta existiu perigo real para vítima certa e determinada.

Os delitos de perigo concreto têm de modo expresso colocado no tipo, a obrigação de que tenha ocasionado uma situação de perigo (resultado de perigo).

Desse modo, pode-se dizer que os crimes de perigo concreto são aqueles em que o agente admitiu o risco, consciente, da produção de um resultado maléfico a um bem tutelado, sendo essa decorrência passível de ser acertado, comprovadamente a partir da execução da conduta. Ou seja, o perigo é autêntico, admissível, em que apenas com a execução da conduta o resultado já se mostra previsto e fatal.

Tem-se, pois, na possibilidade da materialização do resultado o tipo do crime. Nesse sentido, a conduta além de configurar um possível dano, pode fazer aparecer no agente passivo o medo ou probabilidade de concretização do dano, provocando um resultado antecipado no campo psicológico.

¹⁸ PEREIRA, Flávio Cardoso. *Apontamentos sobre os delitos de perigo*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4545>>. Acesso em: 17 abr. 2013.

No quadro que se segue é possível identificar as diferenças entre crime de perigo concreto, crime de perigo abstrato, ainda ressaltando a existência de perigo atual e iminente:

Quadro 1

<i>Perigo concreto</i>	<i>Perigo abstrato</i>	<i>Perigo atual e perigo iminente</i>
<p>Exige a comprovação do risco ao bem protegido. O tipo penal requer a exposição a perigo da vida ou da saúde de outrem. Ex: crime de maus-tratos (art. 136).</p>	<p>Não exige a comprovação do risco ao bem protegido. Há uma presunção legal do perigo, que, por isso, não precisa ser provado. ex. embriaguez ao volante.</p>	<p>CP utiliza tais expressões nos arts. 24 (estado de necessidade - perigo atual) e 132 (perigo para a vida ou a saúde de outrem - perigo iminente). Doutrina: tal distinção é equivocada, pois o perigo é sempre atual, iminente só pode ser o dano.</p>

CAPÍTULO II-PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

O Direito se proclama através da existência de normas, sendo que tais normas se demonstram por meio de regras ou princípios. As regras obedecem a uma determinada situação, em que, quando acontece essa situação, a norma tem incidência, e, quando não acontece, não tem incidência.

Já os princípios são determinados como as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico ou de parte dele. Seu campo de atuação é muito mais amplo que o das regras, tendo a capacidade, entre eles existir colisão, não conflito, e, quando chocam, não se desviam.

Os princípios possuem a faculdade ter sua incidência em casos concretos, às vezes, ao mesmo tempo dois ou mais deles, diversos são os princípios aplicáveis em sede de Direito Penal, sobretudo quando se trata de um direito mais humanizado, voltado para os ideais de justiça.

2.1 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade exerce enorme desempenho dentro do sistema penal, uma vez que norteia a construção dos tipos incriminadores através de uma acertada seleção daquelas condutas que são revestidas de dignidade penal, bem como abaliza a distinção entre os tratamentos penais empregados nas diversas modalidades delitivas.

Além disso, coloca limites à atividade do legislador penal e, além disso, do intérprete, visto que determina até que ponto é legítima a intervenção do Estado na liberdade individual dos cidadãos.

Conceituando o princípio da proporcionalidade, as considerações de Bonavides são importantes:

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como "norma jurídica global", flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o par. 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do

regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.¹⁹

Como visto o princípio da proporcionalidade, ainda que não seja uma norma jurídica expressa no ordenamento constitucional, tem extensa abrangência em todos os ramos do direito, em busca da efetivação do Estado Democrático de Direito.

O princípio da proporcionalidade pode ser prontamente deduzido a partir da previsão de proteção de direitos fundamentais amparados pela Constituição da República, tais como a declaração da liberdade como uma estima elevada em todo o ordenamento jurídico.

Sobre a abrangência da dignidade da pessoa humana pautam-se as considerações de Grazielle Rabelo:

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, a igualdade – que proíbe o legislador ordinário de discriminações arbitrárias –, a proibição da aplicação de penas cruéis e desumanas, dentre outros. No entanto, estes são meros exemplos da presença do princípio da proporcionalidade na Constituição brasileira. Seu campo de atuação é ainda maior. Sua abrangência, e, por que não dizer, influência, vai além da simples confrontação das conseqüências que podem advir da aplicação de leis que não observam este princípio. Ele atinge, inclusive, o ato de legislar do poder legislativo.²⁰

O princípio da proporcionalidade por sua vez, tem algumas características próprias às quais passaremos a analisar.

2.1.1 Adequação

Acerca da adequação, pode-se afirmar que determina a exigência da consonância ou adequação entre meios e fins, visto que o ato deve ser adequado para a concretização dos desígnios a ele subjacentes.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 372.

²⁰ RABELO, Grazielle Martha. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*, Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990. Acesso em 17 abr. 2013

A adequação estabelece que o desenho da conjectura de incidência seja adequada ao intento da intervenção instrumentalizada pela contribuição. Portanto, a relação causal entre a contribuição e o fim precisa ser analisada.

Para Rogério Greco a adequação pode ser entendida como sendo o subprincípio:

Impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deva ser apropriada à persecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o ato do poder público é apto para e conforme os fins justificativos de sua adoção [...] Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim²¹.

Para Paulo Queiroz a adequação está voltada para a realização de atos verdadeiramente necessários:

Uma pena só será justa unicamente quando seja necessária para afastar os delitos da sociedade e só na medida em que seja necessária para esse fim, e, ainda, que uma pena resulte ineficaz para conseguir seu fim, que consiste em refrear o delito no coração dos malvados, longe de ser necessária, não seja em relação com seu fim, senão um puro nada²².

O princípio da adequação significa, assim, que só é lícito ao Estado, em face de seu caráter instrumental lançar mão de meios idôneos para a consecução de seus objetivos.

Logo, falar em adequação, dentro do princípio da proporcionalidade significa dizer que toda intervenção deve ser apropriada aos fins propostos.

2.1.2 Necessidade

A segunda característica é o da necessidade, que pode ser traduzido como o direito do cidadão à menor limitação possível ao seu direito.

²¹ GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p.56.

²² QUEIROZ, Paulo *Direito Penal Parte Geral*- 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.48.

Em conformidade com os dizeres de Pedro Lenza “também chamado de pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido”²³.

Igualmente têm-se as considerações de Pedro Augusto Lopes Sabino

Segundo este aspecto derivado da idéia de proporcionalidade, o meio é necessário se o legislador não puder atingir o fim almejado sem violar qualquer direito, ou ao menos fazê-lo de modo menos perceptível ao menor número de pessoas, durante o menor lapso de tempo possível, em circunscrição delimitada ao máximo. Com efeito, a intervenção pública restritiva de direitos há de revelar seu caráter imprescindível para ser legítima, em consonância com os elementos supramencionados.²⁴

Falar em necessidade como derivado da proporcionalidade, então significa dizer que, deverá haver a análise da necessidade para verificar se o meio escolhido irá ou não se chegar do objetivo almejado.

2.1.3. Proporcionalidade em sentido estrito

Falando especificamente do princípio da proporcionalidade em sentido estrito Pedro Lenza expressa o que se segue:

O princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, obriga a ponderar a gravidade da conduta, o objeto da tutela e a consequência jurídica. Trata-se, para empregar expressões próprias da análise econômica do Direito, de não aplicar um preço excessivo para obter um benefício inferior: se se trata de obter o máximo de liberdade, não poderão ser cominadas penas que resultem desproporcionadas com a gravidade da conduta²⁵.

A proporcionalidade em sentido estrito é destinada a verificar se as vantagens que decorrem da intervenção por meio de contribuição ultrapassam os prejuízos trazidos às trajetórias de eficácia dos princípios constitucionais.

Por meio da proporcionalidade em sentido estrito deve existir uma proporção adequada entre os elementos empregados e os fins esperados. Impede não só o

²³ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2012, p.159

²⁴ SABINO, Pedro Augusto Lopes. Proporcionalidade, razoabilidade e Direito Penal. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5328>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

²⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2012, p.159

abuso, que é o uso exagerado de meios em relação ao objetivo ambicionado, mas ainda a falta de proteção dos meios usados está abaixo do indispensável para obter a finalidade do ato.

A aplicação do referido princípio estabelece dimensões no sentido de vedar os excessos e do consentimento prático entre os demais princípios jurídicos pertencentes ao nosso ordenamento.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito tem vasta aplicação. Nesse aspecto as lições de Paulo Bonavides são importantes:

Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes extrai-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor no uso jurisprudencial.²⁶

Ante o exposto e o preconizado pelo princípio da proporcionalidade, nota-se o caráter protetivo que o reveste, dando aos cidadãos, a certeza de que se cumprirá o determinado na Constituição da República e demais leis pertencentes ao ordenamento jurídico, com a devida proporcionalidade pretendida.

2.2 Princípio da razoabilidade

Importante ressaltar que a proporcionalidade e razoabilidade são princípios diferentes e não devem ser confundidos. Sobre o princípio da razoabilidade têm-se as considerações de Diego Bruno Pires:

O postulado da razoabilidade é utilizado na aplicação da igualdade, para exigir uma relação de congruência entre o critério distintivo e a medida discriminatória. O exame da decisão permite verificar que há dois elementos analisados, critério e medida, e uma determinada relação de congruência exigida entre eles.²⁷

²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 394/395

²⁷ PIRES, Diego Bruno. *Princípio da proporcionalidade versus razoabilidade*. Disponível em <http://www.webartigos.com/artigos/principio-da-proporcionalidade-versus-razoabilidade/9010/>. Acesso em 17 abril 2013.

A razoabilidade está diretamente voltada para o bom senso, voltada para as ideias de justiça, como expressa Pedro Lenza:

Razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico”.²⁸

Nota-se que o autor citado deixa claro que toda positividade jurídica deve ser norteada pela razoabilidade, como diretriz interpretativa para todo o ordenamento jurídico.

A existência do princípio da razoabilidade como diretriz para o ordenamento jurídico traz consigo uma série de exigências, a saber: “razoabilidade exige a harmonização da norma geral com o caso individual; razoabilidade “exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação; exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona””.²⁹

Em sede de Direito Penal, a razoabilidade como equivalência está inteiramente relacionada com a aplicação do princípio da insignificância, ressaltando que não se deve pensar que seja derivado desse princípios. Nestas hipóteses, careceria de equivalência entre a pena, por menor que fosse, e a violação exclusivamente formal do bem jurídico tutelado.

2.3 Princípio da não lesividade

Tal princípio traz a determinação de que o Direito Penal tem a obrigação de punir o crime se a conduta lesionar ou expor a lesão um bem jurídico penalmente

²⁸ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2012, p.159

²⁹ SABINO, Pedro Augusto Lopes. Proporcionalidade, razoabilidade e Direito Penal. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5328>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

abarcado, considerando, não ser função do direito penal moderno condenar e punir um comportamento visto pela sociedade como imoral ou impuro.

Para Rogério Greco tal princípio pode ser assim entendido:

O princípio da lesividade nos esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal. Na verdade, nos orientarão no sentido de saber quais são as condutas que *não* poderão sofrer os rigores da lei penal. As proibições penais somente se justificam quando se referem a condutas que afetem gravemente a direitos de terceiros; como conseqüência, não podem ser concebidas como respostas puramente éticas aos problemas que se apresentam senão como mecanismos de uso inevitável para que sejam assegurados os pactos que sustentam o ordenamento normativo, quando não existe outro modo de resolver o conflito.³⁰

Igualmente Paulo Queiroz, expressa o que segue:

Em conformidade com o princípio da lesividade só podem ser consideradas criminosas condutas lesivas de bem jurídico alheio (por isso, também conhecido como princípio da proteção de bens jurídicos) público ou particular entendendo como tal os pressupostos existenciais e instrumentais de que necessita para a sua auto realização na vida social, não podendo haver criminalização de atos que não ofendam seriamente bem jurídicos ou que represente apenas má disposição de interesse próprio, como automutilação, suicídio tentado, dano a coisa própria, etc.³¹

Atente-se, ainda, que a conduta lesiva, deve, além disso, comprometer interesses de outrem, deste modo, não existirá sanção quando os atos cometidos pelo agente e seus efeitos conservarem-se na esfera de interesse do próprio agente, como ocorre, por exemplo, no caso da auto lesão que não está apta para qualquer punição, visto que a lesão à integridade física não afeta interesse de outrem não obstante da conduta de lesão corporal compor fato típico.

Para Rogério Greco o princípio da lesividade possui quatro funções básicas, a saber:

- a) proibir a incriminação de uma atitude interna;
- b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor;

³⁰ GRECO, Rogério *Curso de Direito Penal- parte geral-* v1. 13 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2011. p.51.

³¹ QUEIROZ, Paulo *Direito Penal Parte Geral-* 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.58.

- c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais;
- d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico³²

Lesividade, além disso, estabelece a que se estabeleça a necessária separação do direito de outras ideias ou entendimentos, como a moral e a religião. Se uma conduta acomete ou ameaça uma ideia religiosa ou moral ela não pode, por isso, do mesmo modo ser considerada como capaz de assinalar como uma conduta criminosa. Só podem ser punidas as condutas que lesionem ou ameacem concretamente o direito de outras pessoas, e não, meramente, as ações impuras ou amorais.

Por isso a obrigação do Direito Penal como um direito que resguarda bens fundamentais, que não são abrigados ou garantidos, genuinamente, por outros setores do Direito ser atento a esse princípio.

Nesse contexto, diante do contido no Princípio a lesividade, estão impedidas as configurações de tipos penais nos quais não haja lesão grave ou perigo concreto de lesão a bens tutelados juridicamente, igualmente tem a obrigação de serem apartadas condenações criminais nas quais haja adequação da conduta à norma sem, no entanto, estar presente o ultraje à bem protegido pelo direito.

³² GRECO, Rogério *Curso de Direito Penal- parte geral-* v1. 13 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2011. p.52.

CAPÍTULO III- APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NOS DELITOS CAPITULADOS NO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL

O artigo 273, “caput”, do Código Penal criminaliza as condutas de falsificar, corromper, adulterar ou alterar produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, com penas graves, de 10 a 15 anos de reclusão.

Além de uma pena extremamente gravosa, tal delito encontra-se incluído no rol dos crimes considerados hediondos, sujeitando-se a medidas rigorosas, que tolhem a liberdade do homem, como a proibição da fiança, da concessão da anistia, graça ou indulto, além de critérios severos para concessão da progressão de regime.

Há, neste caso, flagrante desrespeito ao princípio da proporcionalidade, pois o diploma penal atribui graves penas e medidas, a condutas já punidas ponderada e eficientemente na esfera administrativa com base em critérios técnicos, privando o indivíduo de sua liberdade, sem que sua conduta possa causar dano algum à saúde pública.

Para Luiz Regis Prado

Toda intervenção penal, na medida em que constitui uma restrição da liberdade, só se justifica se: (a) adequada ao fim a que se propõe (o meio tem aptidão para alcançar o fim almejado); (b) necessária, isto é, toda medida restritiva de direitos deve ser a menos onerosa possível; (c) desde que haja proporcionalidade e equilíbrio na medida ou na pena. Impõe-se sempre um juízo de ponderação entre a restrição à liberdade que vai ser imposta (os custos disso decorrente) e o fim perseguido pela punição (os benefícios que se pode obter). Os bens em conflito devem ser sopesados³³

A condenação do crime tipificado no art. 273 do Código Penal, atenta contra o princípio da proporcionalidade, pois ao realizar uma ponderação entre o bem lesionado e o bem jurídico liberdade do acusado que será privado percebe-se uma desproporção, posto que a pena é muito mais alta que o grau de ofensividade da conduta.

Diante disso é indispensável resta o questionamento sobre o delito capitulado no artigo 273 do CP, por se tratar de crime de perigo abstrato.

³³ PRADO, Luiz Regis *Direito Penal- parte geral*, v.2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.126.

Muito embora a falsificação, corrompimento, a adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais comprometam os direitos fundamentais a saúde e a vida, a imputação de pena de reclusão, de 10 a 15 anos e multa como forma de condenação do crime tipificado no art. 273 do Código Penal atenta contra o princípio da proporcionalidade?

O princípio da proporcionalidade tem vasta aplicação em nosso ordenamento jurídico. Nesse aspecto as lições de Paulo Bonavides são importantes:

Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes extrai-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor no uso jurisprudencial.³⁴

Toda medida deve ser devidamente proporcional à finalidade pretendida, dentro dos parâmetros direcionados pelo princípio em questão.

Dessa maneira, há maior lesão ao bem jurídico tutelado. Logo, questiona-se: deve-se deixar de comercializar um produto novo, com reconhecido valor terapêutico e necessário para o tratamento de doenças por estar infringindo uma norma que deveria ser meramente administrativa, do que comercializá-lo sem o devido registro.

Estaria o direito a vida sendo suprimido face ao direito à liberdade de outro indivíduo estar em cheque. Há neste caso, portanto, flagrante lesão aos direitos fundamentais do homem, considerando o fato de que não estão sendo observados os elementos essenciais quando da elaboração da norma penal. Importante ressaltar que a não observância, nesse tipo de delito, pode acarretar uma pena mínima de 10 anos de reclusão.

É preciso que a pena privativa de liberdade seja proporcional ao caso concreto para que a justiça se efetive. Indo ao encontro desse pensamento como marco teórico tem-se a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

A Lei 9.677/98 deve ser revista no ponto que cominou pena de reclusão de 10 (dez) a 15 (quinze) anos para a hipótese do §1º-B, inciso I, por violação ao princípio da proporcionalidade que exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). (...) Dessume-se que é inarredável a declaração de

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Malheiros, 2011. p.394-395

inconstitucionalidade da Lei 9.677/98 no que se refere ao também inconstitucional artigo 273, §1º-B, inciso I do Código Penal, por violação ao princípio da proporcionalidade e ofensividade, declaração esta que ora se faz. Possibilidade de substituição,³⁵

Da jurisprudência citada denota-se que o princípio da proporcionalidade deve ser resguardado em todos os seus sentidos, visto ser imprescindível a necessidade de se fazer um juízo de ponderação entre o bem que foi efetivamente lesionado e mal ocasionado na população. Isto demonstra que é de suma importância, uma análise minuciosa do caso concreto, para que, assim não seja feita nenhuma injustiça.

Em outro julgado emanado do Tribunal de Justiça de São Paulo, é possível verificar que os julgadores não reconheceram a culpabilidade, diante do reconhecimento de desproporcionalidade entre a medida aplicada e o mal ocasionado, como se observa a seguir:

NULIDADE PRELIMINAR FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS Inconstitucionalidade do artigo 273 do Código Penal, em face da penalidade excessiva e exacerbada, violando os princípios da proporcionalidade e da ofensividade Inocorrência Constitucionalidade reconhecida pelo Colendo Órgão Especial nos autos do Incidente de Inconstitucionalidade nQ 9301787-57.2008.8.26.000.³⁶

Importante ressaltar que além do reconhecimento da afronta ao princípio da proporcionalidade o julgador também reconheceu a afronta ao princípio da não lesividade.

Em outro julgado do mesmo tribunal novamente percebe-se a aplicação do princípio da não lesividade ou ofensividade (como no acórdão anteriormente citado):

1. Venda de medicamento proibido - Cytotec - Impossibilidade de desclassificação para crime culposos, se, em tese, está presente o dolo específico do agente que adquiriu o produto proibido em outro país e sem maiores formalidades. 2. Inviabilidade do reconhecimento do delito na modalidade tentada, diante da dicção do §1º do art. 273 do Código Penal - Preliminares rejeitadas. 3. Constitucionalidade de norma penal já afirmada

³⁵ BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO- Apelação Criminal nº 2001.72.00.003683-2/SC. Relator: Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz. Órgão Julgador. 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Porto Alegre-RS, Data da decisão 09 de fevereiro de 2011. Data da publicação 01 março 2011. Acesso em 25 set 2012.

³⁶ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação criminal 0095926-92.1999.8.26.0050 Relator (a): Alex Zilenovski Data do julgamento: 17/09/2012 Data de registro: 05/10/2011. Acesso em 03 maio. 2013

pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo - Desnecessidade de nova provocação sem qualquer argumento novo. 4. Crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais - **Conduta que não acarretou mínima ofensividade ao bem jurídico tutelado (saúde pública), considerando a pouca quantidade do medicamento e a ausência de apreensão de outros em poder do réu – princípio da não lesividade-** Atipicidade material da conduta - Condenação afastada - Recurso provido para absolver o recorrente.³⁷

No caso em tela verifica-se que o autor possuía uma quantidade pequena de medicamento proibido. No entanto, a quantidade era pequena não representando em perigo efetivo para a sociedade. Fato esse exposto pelo relator em seu voto.

Logo, sem que exista possibilidade e razoável de dano a o objeto jurídico tutelado pela norma (saúde pública) não pode ser reconhecido o ilícito penal imputado ao recorrente, de sorte que a sua absolvição é medida que se impõe à correta solução do caso em questão.³⁸

Denota-se a importância da análise do caso para que a aplicação do dispositivo e suas consequências, ainda que se trate de um delito de perigo abstrato.

Como expressa Ferrajoli sobre o princípio da lesividade, deve ser observado como adequado ao caso, ainda que não seja possível determinar a natureza e quantidade de lesões provocadas com a conduta praticada. “Naturalmente, o princípio da lesividade pode determinar com precisão a natureza e a quantidade do dano que impõe a necessidade em cada caso, da proibição jurídica”.³⁹

Esse princípio, aliado ao da proporcionalidade expressa que cabe a prática jurídica tal demonstração para que o indivíduo não seja apenado desnecessariamente.

Mas o princípio da lesividade impõe à ciência jurídica, precisamente o ônus de tal demonstração. A necessária lesividade do resultado, qualquer que seja a concepção que dela tenhamos, condiciona toda justificção utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal limite axiológico. Palavras como, “lesão”, “dano” e “bem jurídico” são claramente valorativas. Dizer que um determinado objeto ou interesse é um “bem jurídico” e que sua lesão é um “dano” é o mesmo que formular um juízo de valor sobre ele; e dizer que é um “bem penal” significa, ademais, manifestar

³⁷ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação criminal 0193144-61.2008.8.26.0000 Relator (a): Alexandre Almeida Data do julgamento: 11/05/2011 ata de registro: 03/06/2011. Acesso em 03 maio de 2013.

³⁸ Idem. Acesso em 03 maio de 2013

³⁹ FERRAJOLI, Luigi *Direito e Razão- Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.373.

um juízo de valor que avaliza a justificação de sua tutela, recorrendo a um instrumento externo: a pena.⁴⁰

Nesse intento, não é possível afirmar que todo ato implica, necessariamente em lesão, sobretudo criminal, passível de ser apenado.

Frise-se novamente, que se deve haver efetivamente uma lesão, comprovada a sociedade, com o delito capitulado no art. 273 do Código Penal, para que haja a imposição de consequente pena.

Um ponto importante a ser considerado ainda, está na fixação da pena do delito em questão. O quadro comparativo analisa e compara com outros delitos.

Quadro 2

Delito	Pena
Art. 273 CP	Reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.
Art. 121 CP	Reclusão de 06 (seis) a 20 anos
Art. 33 Lei 11.343	Reclusão de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos

Como demonstrado no quadro acima, o delito capitulado no artigo 273 do Código Penal tem pena base equiparada a delitos de alta gravidade como o de homicídio e de tráfico de entorpecentes, demonstrando ser inteiramente desproporcional nesse sentido já que a sua pena mínima é inclusive, quase o dobro da pena mínima do crime de homicídio e do crime de tráfico de drogas.

Ainda que se trate de um delito de perigo abstrato, como o de tráfico de entorpecentes, não se pode negar a necessidade de análise do caso concreto e do real perigo e dano ocasionado, diante da possibilidade de imputar penas altas, confrontando, desse modo, as diretrizes contidas nos princípios da proporcionalidade e da não lesividade.

Esse tipo de delito é de extrema complexidade. Comprovação dessa afirmativa é possível observar no julgado que se segue em que se reconheceu a existência do erro de proibição contido no artigo 21 do Código Penal:

⁴⁰ Ibidem, p. 373/374

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DOS ARTIGOS 273, § 1º-B E 334, § 1º, "C", AMBOS DO CÓDIGO PENAL.

1. Absolvição quanto ao crime do artigo 273, § 1º-B do Código Penal, nos termos do art. 386, VI do CPP, com base no artigo 21 do Código Penal.
2. Comprovada a autoria e materialidade com relação ao crime do artigo 334, § 1º, "c" do Código Penal.
3. Mantida a pena fixada em primeira instância, substituída por duas restritivas de direito.
5. Apelação da defesa conhecida e parcialmente provida⁴¹

Trata-se de um indivíduo que trouxe consigo medicamento proibido de um país vizinho, fazendo com que os julgadores, observassem o mal ocasionado com o ato.

No decorrer do julgado, foi possível identificar a existência do erro de proibição:

Está caracterizado o erro de proibição, pois o acusado não sabia da presença de todas as elementares do tipo, inclusive que o medicamento não possuía registro na ANVISA, e ainda assim o transportasse por acreditar que remédios sem registro podem ser transportados. Em interrogatório, o acusado disse que não sabia nem o que era ANVISA, nem o que ela faz. Tal afirmação é coerente com sua escolaridade, uma vez que possui o primeiro grau incompleto (fl. 08 do apenso). Além disso, reside em local simples (bairro Esperança, Caratinga) no interior de Minas Gerais. Ao que parece o acusado tinha o alcance de que trazia do Paraguai alguma coisa que não havia aqui no Brasil, mas não que o transporte do medicamento era uma conduta típica inserida no art. 273, §1º-B, I do Código Penal.⁴²

É possível verificar que o julgador considerou o fato do réu ser residente em localidade simples e ter pouca instrução, bem como a não lesividade da conduta perpetrada.

Nesse ponto importante identificar o que vem a ser o erro de proibição, que é o desconhecimento da ilicitude do fato.

Para Rogério Greco o erro de proibição se divide em direito, indireto e mandamental:

Diz-se *direto* quando o erro do agente vem a recair sobre o conteúdo proibitivo de uma norma penal. Nas lições de Assis Toledo, no erro de proibição direto o agente, "por erro inevitável, realiza uma conduta proibida, ou por desconhecer a norma proibitiva, ou por conhecê-la mal, ou por não compreender o seu verdadeiro âmbito de incidência". *Erro de proibição indireto* - "também constitui erro de proibição à suposição errônea de uma

⁴¹ BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO 0490154-78.2010.4.02.5101RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO IVAN ATHIÉ. Acesso em 03 maio de 2013

⁴² Ibidem. Acesso em 03 de maio de 2013

causa de justificação, se o autor erra sobre a existência ou os limites da proposição permissiva (erro de permissão)". *Erro mandamental* - É aquele que incide sobre o mandamento contido nos crimes omissivos, sejam eles próprios ou impróprios, é o "erro que recai sobre uma norma mandamental, sobre uma norma impositiva, sobre uma norma que manda fazer, que está implícita, evidentemente, nos tipos omissivos".⁴³

Dessa maneira torna-se imprescindível uma análise minuciosa ante cada caso concreto, para verificação entre a conduta praticada e o mal ocasionado, sempre considerando os ditames dos princípios da não lesividade e da proporcionalidade.

Como afirmado ao longo da pesquisa o referido crime viola o princípio da proporcionalidade por verificar que não há proporção no que diz respeito à pena aplicada e gravidade do delito, pois em outros delitos com maior gravidade pode-se observar a existência de penas inferiores. igualmente fere o princípio da lesividade / ofensividade que determina a existência de concordância entre o delito praticado, sua gravidade e a pena aplicada.

⁴³ GRECO, Rogério *Curso de Direito Penal- parte geral-* v1. 13 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2011. p.401.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa teve por objetivo verificar a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da não lesividade nos delitos capitulados pelo artigo 273 do Código Penal.

O artigo 273 do Código Penal, estabelece como criminosas as ações de Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998). Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. A saúde pública é o principal bem tutelado com a lei. O tipo penal está voltado para resguardar os produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais.

Os crimes de perigo são consumados sem que haja necessariamente a existência de uma lesão e sim com a simples existência do perigo em si. O perigo pode ser concreto ou abstrato.

O princípio da proporcionalidade exerce enorme desempenho dentro do sistema penal, uma vez que norteia a construção dos tipos incriminadores através de uma acertada seleção daquelas condutas que são revestidas de dignidade penal, bem como abaliza a distinção entre os tratamentos penais empregados nas diversas modalidades delitivas.

Já o princípio da não lesividade traz a determinação de que o Direito Penal tem a obrigação de punir o crime se a conduta lesionar ou expor a lesão um bem jurídico penalmente abarcado, considerando, não ser função do direito penal moderno condenar e punir um comportamento visto pela sociedade como imoral ou impuro. E, além disto, determina que as penas devem ter uma relação com a gravidade do delito que foi cometido.

Como visto o artigo 273, "caput", do Código Penal criminaliza as condutas de falsificar, corromper, adulterar ou alterar produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, com penas graves, de 10 a 15 anos de reclusão.

Trata-se de uma pena muito gravosa, além de ser considerado como crime hediondo, estando sujeito a medidas rigorosas.

Há, neste caso, flagrante desrespeito ao princípio da proporcionalidade, pois o diploma penal atribui grave pena e medidas, a condutas já punidas ponderada e eficientemente na esfera administrativa com base em critérios técnicos, privando o

indivíduo de sua liberdade, sem que sua conduta, em alguns casos possa causar dano algum à saúde pública.

Por meio dos julgados trazidos ao longo da pesquisa foi possível observar a necessidade de observância dos princípios da proporcionalidade e da não lesividade nos casos concretos, visto que condutas tidas como pequena devem ser apenas dessa forma, ainda que se trate de um crime de perigo.

Como visto o tema é tão controvertido, que foi possível verificar, por meio dos julgados, haver inclusive um de nossos tribunais ter o reconhecido do erro de proibição como melhor solução ao caso concreto.

Desse modo, torna-se indispensável à análise do caso concreto, de modo cauteloso, diante da gravidade da pena imposta, que como também demonstrado, se equipara a de crimes gravosos, como o tráfico de entorpecentes e o homicídio simples.

REFERÊNCIAS

BITECOURT, Cezar Roberto Código Penal Comentado. 6 ed., São Paulo: Saraiva 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL, CÓDIGO PENAL. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia. *Vade mecum*. 6 ed. São Pulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, TRIBUNAL REGINAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO- Apelação Criminal nº 2001.72.00.003683-2/SC. Relator: Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz. Órgão Julgador. 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Porto Alegre-RS, Data da decisão 09 de fevereiro de 2011. Data da publicação 01 março 2011. Acesso em 25 set 2012.

BRASIL, TRIBUNAL REGINAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO- Apelação Criminal nº 2001.72.00.003683-2/SC. Relator: Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz. Órgão Julgador. 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Porto Alegre-RS, Data da decisão 09 de fevereiro de 2011. Data da publicação 01 março 2011. Acesso em 25 set 2012.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação criminal 0095926-92.1999.8.26.0050 Relator (a): Alex Zilenovski Data do julgamento: 17/09/2012. Data de registro: 05/10/201. Acesso em 03 mi. 2013

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação criminal 0193144-61.2008.8.26.0000 Relator (a): Alexandre Almeida Data do julgamento: 11/05/2011 ata de registro: 03/06/2011. Acesso em 03 maio de 2013.

BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO 0490154-78.2010.4.02.5101RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO IVAN ATHIÉ. Acesso em 03 maios de 2013

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: legislação penal especial*. V. 4. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRAJOLI, Luigi *Direito e Razão- Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luis Flavio. *Direito Penal, - Parte Geral-* v. 2, 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal- parte geral-* v1. 13 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.p.401.

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

LEÃO, Pedro Paulo *Crime de perigo abstrato*. Disponível em <http://www.btadvogados.com.br/pt-br/content/crime-de-perigo-abstrato>. Acesso em 22 abr. 2013

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2012.

LUZ, Renata Carvalho Derzié. A constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato: a tipicidade do porte de arma de fogo desmuniada com base na jurisprudência do STJ e do STF. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20877>>. Acesso em: 17 abr. 2013.

MIRABETE, Júlio Fabrini *Manual de Direito Penal- parte especial-* 19 ed.; São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Flávio Cardoso. *Apontamentos sobre os delitos de perigo*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4545>>. Acesso em: 17 abr. 2013.

PIRES, Diego Bruno. *Princípio da proporcionalidade versus razoabilidade*. Disponível em <http://www.webartigos.com/artigos/principio-da-proporcionalidade-versus-raoabilidade/9010/>. Acesso em 17 out. 2012.

PRADO, Luiz Regis *Direito Penal- parte geral*, v.2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

QUEIROZ, Paulo *Direito Penal Parte Geral-* 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

RABELO, Grazielle Martha. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*, Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990. Acesso em 17 abr. 2013

SABINO, Pedro Augusto Lopes. *Proporcionalidade, razoabilidade e Direito Penal*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5328>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

SILVA, Fernando Costa *Saúde Ambiental* Disponível em. http://www.saudepublica.web.pt/06-saudeambiental/062-AmbienteAr/Saneamento_conceitos.pdf. Acesso em 18 abr. 2013.

ANEXO

Nº CNJ : 0490154-78.2010.4.02.5101
RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO IVAN ATHIÉ
APELANTE : C.M.S
ADVOGADO : DARIO JOSE SOARES JUNIOR
APELADO : MINISTERIO PUBLICO FEDERAL
ORIGEM : VARA ÚNICA DE ITAPERUNA (201051014901540)

QUESTÃO DE ORDEM

Submeto à Turma questão de ordem, pelos seguintes fatos:

1 – A presente apelação criminal foi distribuída, em 07 de janeiro de 2011 (fls. 485 v.), ao então Juiz Federal Convocado, hoje Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, na época atuando em minha substituição.

2 – O julgamento iniciou-se em 23/02/2011, composta a Turma pelo Desembargador Federal Abel Gomes, e pelos Juízes Federais Convocados aqui referidos, tendo o então relator votado pela confirmação da sentença condenatória (fls. 509/518), e o Eminentíssimo Revisor, Juiz Federal Convocado Marcello Ferreira de Souza Granado divergido (fls. 519/531), provendo em parte o recurso para fixar pena em 2 anos 11 meses e 10 dias de reclusão, face redução da referente ao artigo 273, § 1º-B, I.

3 – O Desembargador Federal Abel Gomes pediu vista, e na sessão do 15/03/2011 (fls. 538) trouxe seu voto, com “Questão de Ordem em Voto-Vista”, propondo o encaminhamento de incidente de inconstitucionalidade ao Plenário, eis que concordava com o Revisor quanto à desproporção da pena prevista para o ilícito do artigo 273 do Código Penal.

4 – Nessa sessão de 15/03/2011, e em função do voto do Desembargador Federal Abel Gomes, o Relator pediu nova vista para exame de encaminhamento do incidente, e na sessão de 15/05/2011 (fls. 556) a Turma decidiu, sem discrepância, encaminhar ao Plenário a arguição de inconstitucionalidade, nos termos do novo voto do Relator, apresentado nessa sessão, folhas 544/555, dele constando, em seu final:

“...SUSCITO ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, em razão de a pena cominada ao delito previsto no artigo 273 do Código Penal, violar o princípio constitucional da proporcionalidade.”

5 – Em sessão de 22/08/2011, o Plenário, por maioria, rejeitou a arguição, ordenando a devolução dos autos a esta Turma, para prosseguimento do julgamento do recurso de apelação. E, depois de indeferidos recursos aos Tribunais Superiores, os autos foram a mim redistribuídos, em 20/08/2012, face ter reassumido minhas funções.

6 – Trago então questão de ordem, para deliberação pela Turma, propondo duas alternativas – a primeira, que o julgamento seja reiniciado, com elaboração de novo relatório e voto deste Relator, considerando que não mais prevalece o primeiro voto proferido pelo então Relator hoje Desembargador Federal Aluisio Mendes, face ter outro proferido implicitamente colidente com o primeiro, sugerindo inconstitucionalidade de norma em que fundou-se naquele, tampouco o voto do

então Revisor Juiz Federal Convocado Marcello Ferreira de Souza Granado, eis que a arguição de inconstitucionalidade, embora sugerida pelo Desembargador Federal Abel Gomes, na condição de 3º Juiz na época, foi levantada pelo Relator, e mesmo depois de iniciado o julgamento teve o condão de tornar sem efeito os votos sequentes em relação ao mérito, face todos terem deliberado em submeter ao Plenário a referida arguição, fato que paralisou o julgamento da apelação; a segunda alternativa, e considerando que o Desembargador Federal Abel Gomes, único componente da Turma que participou dos julgamentos já referidos, em seu voto deixou implícito que concordava com o voto do Revisor, e que então, acaso concorde Sua Excelência com esta posição, seja proclamado o resultado do julgamento, qual seja – provimento parcial da apelação, nos termos do voto do Revisor.

7 – É o que, respeitosamente, proponho em questão de ordem, à Turma, anotando que não encontrei na legislação, nem em nosso Regimento Interno, disposição alguma que norteasse com segurança alguma decisão deste Relator, sendo que a mais próxima do caso está no artigo 143 da regra interna deste Tribunal, e refere-se unicamente a caso em que houve pedido de vista, o qual transcrevo:

Art. 143. Nos julgamentos, o pedido de vista não impede que votem os Desembargadores que se tenham por habilitados a fazê-lo, e o Desembargador que o formular restituirá os autos ao Presidente dentro de 10 (dez) dias, no máximo, contados do dia do pedido, se de outra forma não dispuser este Regimento, devendo prosseguir o julgamento do feito na primeira sessão subsequente a esse prazo.

§ 1º. O julgamento que tiver sido iniciado prosseguirá, computando-se os votos já proferidos pelos Desembargadores, mesmo que não compareçam na sessão de continuação do julgamento ou hajam deixado o exercício do cargo, ainda que o Desembargador afastado seja o Relator.

8 – Esclareço, por fim, que o caso é o de prisão em flagrante de um cidadão em 02/07/2010, ora solto por decisão do STJ, transportando cigarros fabricados no Paraguai, e comprimidos de um medicamento de mesma origem, destinado a disfunção erétil, denominado Pramil, de venda e uso não permitidos pela Anvisa.

É nestes termos em que submeto a presente questão de ordem à Turma, optando pela primeira alternativa apresentada, qual seja, reinício, desde o princípio, do julgamento, com elaboração de novo relatório e voto.

Rio de Janeiro, 21 de novembro de 2012

ANTONIO IVAN ATHIÉ
Desembargador Federal
Relator

VOTO-VISTA (REVISOR)

Trata-se de apelação interposta por CMS em face da sentença (fls. 367/399) que o condenou à pena de 11 (onze) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor de 1/15 do salário mínimo, pela prática dos crimes previstos nos arts. 273, §1º-B, I e 334, §1º, "c", ambos do CP.

O acusado foi preso em flagrante, em 02/07/2010, ao transportar 535 pacotes de cigarro e 100 cartelas (com 20 comprimidos cada) contendo o medicamento Pramil, tudo oriundo do Paraguai.

Anteriormente, o relator do feito era o Desembargador Federal ALUÍSIO MENDES, o qual, depois do voto-vista por mim lançado (fls. 535/537), suscitou arguição de inconstitucionalidade (fls. 544/555), rejeitada pelo Plenário desta Corte (fls. 597/598).

Retomado o julgamento sob a relatoria do Desembargador Federal IVAN ATHIÉ (fls. 758/774), que manteve a condenação pelo descaminho, mas o isentou de pena quanto à imputação do art. 273, §1º-B, I por erro de proibição, achei por bem pedir vista para refletir sobre a matéria e chegar à seguinte conclusão.

MÉRITO

1. Materialidade e autoria

A materialidade é inconteste.

Há laudo relativo aos cigarros apreendidos com o acusado (fls. 64/81), atestando que os mesmos possuem selo falsificado ou não continham selo.

Também está inserto nos autos laudo de exame de produto farmacêutico (fls. 300/303), no qual se afirmou que "*o referido produto farmacêutico é similar ao Viagra 50mg, comercializado no Brasil e indicado para tratamento da disfunção erétil*" (...) "*tal produto não possui registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, tendo, portanto, sua comercialização proibida no Brasil. As cartelas de comprimidos Pramil apresentada a exame são de origem paraguaia*".

O acusado foi preso em flagrante transportando essas mercadorias (fls. 02/09 do apenso) e confirmou, no seu interrogatório (fls. 92/94), que efetivamente transportava na ocasião os cigarros e as cartelas de Pramil.

No tocante à tese de erro de proibição, adotada pelo em. relator, *data venia*, no meu entendimento, seria caso de erro de tipo, por se tratar de erro quanto à existência de registro do medicamento pramil na ANVISA.

Estaría caracterizado o erro de proibição caso o acusado soubesse da presença de todas as elementares do tipo, inclusive que o medicamento não possuía registro na ANVISA, e ainda assim o transportasse por acreditar que remédios sem registro podem ser transportados.

Em interrogatório, o acusado disse que não sabia nem o que era ANVISA, nem o que ela faz. Tal afirmação é coerente com sua escolaridade, uma vez que possui o primeiro grau incompleto (fl. 08 do apenso). Além disso, reside em local simples no interior de Minas Gerais.

Ao que parece, o acusado tinha o alcance de que trazia do Paraguai alguma coisa que não havia aqui no Brasil, mas não que o transporte do medicamento era uma conduta típica inserida no art. 273, §1º-B, I do Código Penal.

Diante disso e pelos bem lançados fundamentos do eminente relator às fls. 768, absolvo o acusado, por força do art. 20 do CP, com espeque no art. 386, inciso VI do CPP.

Ante o exposto, acompanho o em. relator e dou parcial provimento ao recurso.

É como voto.

ABEL GOMES
Desembargador Federal
Revisor

DESPACHO

Adoto o relatório de folhas 505/50, complementado pelo relatório da questão de ordem, de folhas 758/760.

O meu voto, quanto ao mérito, está contido nas transcrições fonográficas de folhas 763/774.

Rio de Janeiro, 14/03/2013.

ANTONIO IVAN ATHIÉ
Desembargador Federal - Relator

PROCESSO 2010.51.01.490154-0 (2M) RELATÓRIO E VOTO

DF IVAN ATHIÉ (RELATOR): Este caso é interessante. Trata-se de uma questão de ordem, Senhor Presidente.

DF PAULO ESPIRITO SANTO: Mas questão de ordem não tem sustentação oral não.

DR. ADVOGADO: Eu fiz o requerimento apenas por cautela.

DF PAULO ESPIRITO SANTO: Mas pode ficar aí para o caso de haver algum esclarecimento de fato.

DF IVAN ATHIÉ (RELATOR): Na apelação criminal 2010.51.01.490154-0, trago a seguinte questão de ordem para que a Turma resolva a situação pelos seguintes fatos:

(Lê)

“1 – A presente apelação criminal foi distribuída em 7/1/2011, fls. 485, verso, ao então Juiz Federal Convocado Aluisio Mendes (....)

(....) e comprimidos de um medicamento da mesma origem destinado à disfunção erétil, denominado Pramil, de venda e uso não permitidos pela Anvisa.”

Então, Senhor Presidente, é nesses termos que submeto a presente questão de ordem à Turma, optando pela primeira alternativa apresentada, qual seja, o refazimento de relatório e novo voto desde o princípio do julgamento, com elaboração de novo relatório e voto, salvo se o eminente Desembargador Federal Abel Gomes estiver de acordo com a implícita adesão ao voto do Revisor na época, que deu provimento ao recurso e reduziu a pena aplicada ao apelante neste caso.

PROCESSO 2010.51.01.490154-0 (2M)
VOTO-VOGAL

DF ABEL GOMES: Eu vou concordar com a primeira opção. Eu acho até que a segunda opção lhe retiraria o ônus de refazer isso tudo como Relator, e por economia processual, até poderia ser mais benéfica para a Turma. Só que eu acho que a gente corre o risco, eventualmente, de um descumprimento do deliberado pelo Plenário porque, salvo engano, eu pedi vista e trouxe o voto-vista para propor a arguição porque o Desembargador Marcello Granado, quando deu o seu voto, não enfrentava diretamente a inconstitucionalidade, mas, de forma indireta, ele dizia: “Olha, por ser inconstitucional, joga a pena para baixo”.

DF IVAN ATHIÉ (RELATOR): Um belíssimo voto!

DF ABEL GOMES: Sim. Um belíssimo voto!

Eu, verificando que realmente essa pena – ela sai de dez anos – é um absurdo, eu até disse: “vamos levar isso ao Plenário e, de repente, nós inauguramos um precedente pela inconstitucionalidade desse artigo”, mas, infelizmente, nós, os Juízes do crime, ficamos vencidos e prevaleceu o impedimento dos Juízes do cível. Acho que todos nós, salvo engano, os seis das duas Turmas, votamos pela inconstitucionalidade.

Então, eu tenho receio de que, agora, se nós aclamásemos o voto do Doutor Marcello, é como se nós estivéssemos passando por cima da não consideração da inconstitucionalidade. Quando ele lançou o voto, eu pedi vista para dizer: “olha! É melhor levarmos para o Plenário”.

Então, talvez, um novo voto, com a justiça que o caso requer, mesmo não podendo adentrar a questão da inconstitucionalidade, talvez seja a maneira melhor de realmente equacionar a questão.

Eu acompanho o Relator.

DF IVAN ATHIÉ (RELATOR): Se Vossa Excelência me permite, realmente, foi uma situação inusitada e, por isso, resolvi trazer à Turma, porque não havia um norte assim correto.

Agradeço!

PROCESSO 2010.51.01.490154-0 (2M)
VOTO-VOGAL

DF PAULO ESPIRITO SANTO: Com a *maxima venia*, eu acho que as soluções melhores são aquelas que melhor socorrem o réu.

Na verdade, quando o eminente Revisor votou, ele diminuiu a pena, ele pode ter passado como um dos aspectos da fundamentação dele na questão da inconstitucionalidade, que Vossa Excelência percebeu ao pedir vista, e determinou a ida do processo ao Plenário, que já julgou dizendo que não é inconstitucional.

Eu penso o seguinte: a Justiça, e nós temos feito todos os nossos esforços, tem que ser mais rápida, não pode demorar muito não. As pessoas ficam angustiadas, ficam olhando no *site*, ficam perguntando ao advogado...

Eu acho que, neste caso, na verdade, o voto do eminente Revisor fundamentou para diminuir a pena. Ele reforçou com a eventual inconstitucionalidade, que Vossa Excelência detectou que poderia ser, mas, de fato, ele julgou, e diminuiu drasticamente a pena. E essa diminuição da pena é favorável ao réu, e certamente Vossa Excelência também o acompanhava, e já é um benefício para ele. Renovar esse julgamento, eu acho que o réu correria o risco até de o eminente Relator... Se bem que o eminente Relator poderia até julgar diferentemente do Doutor Aluisio, mas correria o risco de um voto divergente meu, ou o próprio dele.

Para resolver logo e para resolver essa questão neste momento, eu acho que a segunda opção é melhor de todas. Vossa Excelência já tinha acompanhado ele. Eu acho que encerraria essa, porque, reabrir esse julgamento... Para começar, a reabertura de um julgamento é algo muito questionável, pode dar nulidade e, principalmente, uma reabertura de julgamento que pode prejudicar o réu. Ora, se Vossa Excelência já tinha votado acompanhando o Revisor, o Revisor já votou, mas Vossa Excelência, como é cauteloso, um Magistrado altamente técnico, Vossa Excelência disse: "Não. Vamos mandar ao Plenário e tal", que disse não haver inconstitucionalidade. A decisão é uma. Não se pode anular decisão posteriormente. Anular por quê? Desfazer o julgamento e fazer de novo? Isso é muito perigoso! E eu acho que a segunda solução, que foi exatamente a de continuar e proclamar o resultado, eu acho mais razoável para o réu, porque beneficia ele, e fica o voto vencedor do Doutor Aluisio...

DF IVAN ATHIÉ (RELATOR): Senhor Presidente, se Vossa Excelência me permite, o Relator mudou o voto. Ele não mudou, ele apenas acolheu depois a inconstitucionalidade eventual, mas ele votou contra o réu.

DR. ADVOGADO: (Fala fora do microfone)

DF ABEL GOMES: O problema é que, quando o Doutor Marcello votou, ele jogou a pena para baixo do limite mínimo, e o único fundamento para jogar a pena para baixo do limite mínimo é a inconstitucionalidade. Então, nós vamos proclamar um julgamento com a pena abaixo do limite mínimo legal. Ele não tem fundamento para baixar a pena senão esse que foi rejeitado pelo Plenário. O MP vai entrar com embargos de declaração provavelmente.

DF PAULO ESPIRITO SANTO: O limite mínimo é de dez anos, não é?

DF ABEL GOMES: É de dez anos. Eu acho até que o réu deve estar preocupado: “Então, eu vou ser condenado, no mínimo, a dez anos”.

DF IVAN ATHIÉ (RELATOR): Se Vossa Excelência me permite, eu posso proferir o voto de mérito, agora, se for o caso da primeira solução.

DF PAULO ESPIRITO SANTO: Não. Aí, conforta-me mais, porque, senão, a justiça demora muito, porque fica muito recurso, recurso, recurso, não acaba nunca.

DF ABEL GOMES: Salvo engano, o Plenário – não sei se o Desembargador Ivan Athié chegou a...

DF IVAN ATHIÉ (RELATOR): Não. Eu não estava, mas eu li tudo.

DF ABEL GOMES: Eu acho que o Plenário rejeitou a inconstitucionalidade para dizer que não se poderia declarar a inconstitucionalidade só do preceito secundário – não é isso? -, não poderia só declarar a inconstitucionalidade da pena. Então, eu acho que nós ainda podemos aplicar uma outra pena, que não essa daí, porque, realmente, para determinados casos, é absurda, mas com outro fundamento que salva...

DF PAULO ESPIRITO SANTO: Da inconstitucionalidade.

DF ABEL GOMES: E salva do eventual recurso do MP.

DR. ADVOGADO: (Fala fora do microfone)

DF PAULO ESPIRITO SANTO: Doutor, é matéria de fato? Se não for matéria de fato, não pode falar.

DR. ADVOGADO: Não. Seria apenas para contribuir um pouco com o debate.

DF PAULO ESPIRITO SANTO: Não pode. Nós estamos resolvendo a questão de ordem e com a cabeça sempre assim: *pro reo*.

DF IVAN ATHIÉ (RELATOR): Eu tenho condições de dar o voto agora, Presidente.

DF PAULO ESPIRITO SANTO: Vossa Excelência também pensou, no início, na segunda alternativa. Eu também, mas, diante disso, como a pena é muito alta e a parte do mínimo realmente não pode, se for tipificado nesse artigo, nesse princípio...

DF ABEL GOMES: A não ser por novos fundamentos, que ele pode trazer agora.

DF PAULO ESPIRITO SANTO: Mas, aí, não pode, de jeito nenhum. A não ser que ele absolva. Condenar a uma pena menor do que o mínimo legal cominado não pode.

DF IVAN ATHIÉ (RELATOR): Mas é exatamente isso, Senhor Presidente. Eu tenho a minha convicção.

DF PAULO ESPIRITO SANTO: Então, vamos votar.

PROCESSO 2010.51.01.490154-0 (2M)
RELATÓRIO E VOTO
MÉRITO

DF IVAN ATHIÉ (RELATOR): O caso é o seguinte, recordando-me de memória: esse cidadão foi preso em flagrante numa estrada rural portando pacotes de cigarros fabricados no Paraguai, e também, dentro do blusão dele, parece-me que uma quantidade até expressiva de comprimidos para disfunção erétil, denominado Pramil, fabricado no Paraguai.

A Anvisa, por um ato de 1997 – ele foi preso em 2003 ou 2004, se não me engano...

DR. ADVOGADO: Em 2010.

DF IVAN ATHIÉ (RELATOR): Em 2010. Ele ficou dois anos preso até. A Anvisa havia proibido a comercialização e o uso desse medicamento Pramil aqui no Brasil.

Essa mercadoria toda, segundo consta dos autos do processo, teria sido adquirida por ele num *shopping* em Belo Horizonte, que é um *shopping* onde há esse comércio de produtos realizados no Paraguai.

Então, a meu juízo, tratando-se de um cidadão que fez anexar diversas declarações, até de algumas autoridades de ser um bom cidadão, uma pessoa que não se envolve em ilícitos, trabalhador, comerciante de batatas, que vendia e comprava batatas, certamente, em relação aos cigarros, e até a esse comprimido Pramil, ele não tinha nenhuma intenção, não tinha nenhuma dolo a não ser o de ilidir o pagamento de tributos, e o de vender os cigarros e até o Pramil mais barato, ele não tinha intenção de violar essa norma do art. 273 do Código Penal. Ele incidiu

claramente em erro de proibição, o que o isenta de pena, conforme o art. 22 do Código Penal.

Claramente, ele não queria inserir no mercado nacional um produto farmacêutico destinado à cura de uma enfermidade, à diminuição de algum mal-estar provocado por uma enfermidade, mas queria, sim, possivelmente, ter um lucro em função de não recolher impostos vendendo as mercadorias – o cigarro e o produto para disfunção erétil, e similares são vendidos aqui, até tenho laudo pericial atesando que, realmente, esse Pramil contém o princípio ativo idêntico ao do Viagra. Quer dizer, não houve uma falsificação, o remédio não era falsificado, não era um... Como se chama quando se quer dar um remédio e não é um remédio? Não era um placebo. Ele continha as propriedades. Então, ele incorreu, evidentemente, sem dúvida alguma, em erro de proibição.

Eu me recordei... Nem eu sabia que seria proibido. Vou contar uma passagem até interessante. Conversei com o Doutor Abel sobre isso, porque tenho alguma afinidade com ele.

Tenho o mesmo alfaiate há 45 anos. A única roupa que tenho que não foi feita por ele é um *smoking*, que tive que comprar às pressas para ir a um evento no Copacabana Palace. Até me recordo que, quando entrei com minha esposa, ela me perguntou onde era a nossa mesa e eu falei: “Vou perguntar àquele garçom.” E vi que todos estavam de *smoking*! Pensei que era um garçom! Enfim, estive lá nesse meu alfaiate há mais ou menos um ano. Ele é um senhor de 81 anos, no interior de São Paulo, precisamente na cidade de São Carlos, há 250 quilômetros da capital.

Conversando com ele sobre essas coisas da vida... pescador, no Mato Grosso... Ele falou: “Rapaz, tem um vendedor de tecido que passo aqui e me deixou um negócio maravilhoso!” Ele já tem 81 anos. Eu falei: “O que é?” “Isso aqui – Pramil.” Eu não sabia que era proibido. Ele perguntou: “Você quer alguns?” Eu disse: “Não, obrigado.” Ele disse: “Estou usando, é muito bom!”. Quer dizer, erro de proibição. Nem eu sabia, Senhor Presidente. Talvez, se ele me desse, “Leve uns para você” – vaidade à parte, eu não estava precisando -, se eu estivesse com ele no bolso e fosse parado pela Polícia Federal talvez eu fosse preso, eu não sabia que era proibido. Vim a saber em função deste processo.

Eu realmente reconheço que ele se houve com dolo em relação ao descaminho. Mantenho a pena quanto ao delito de descaminho, já com as substituições que foram feitas... não foram feitas pela sentença, mas substituo por pena de multa e o isento de pena em relação à apreensão desse Pramil porque não tenho a menor dúvida de que ele incidiu em erro de proibição, Senhor Presidente.

É como, na condição de novo Relator, eu estaria votando neste caso. Atribuo a pena mínima ao delito de descaminho, substituída por duas restritivas de direito. É como estou votando.

DF PAULO ESPIRITO SANTO: Se houver prescrição, vemos depois.

DF IVAN ATHIÉ (RELATOR): Sim, vemos depois.

PROCESSO 2010.51.01.490154-0 (2M)

PEDIDO DE VISTA

DF ABEL GOMES: Senhor Presidente, vou pedir vista porque me transformei agora no Revisor. Na época, fui Vogal. Quando fiz o voto, fiz só da matéria de direito, propondo ...(ininteligível)... Para poder reforçar o voto de Vossa Excelência e não dar nenhum problema, peço vista.

PROCESSO 2010.51.01.490154-0 (2M)
AGUARDO DE VISTA

DF PAULO ESPIRITO SANTO: Neste caso, o problema é que renovou o julgamento. O advogado está presente, foi intimado, mas não fez sustentação oral. O Ministério Público também não falou. O Doutor Abel se tornou, eventualmente, o Revisor. Vossa Excelência não faria uma revisão agora e abriríamos oportunidade de sustentação oral, depois eu dou a palavra ao Ministério Público, mas já com o voto do eminente...? Não tem problema. E eu voto também.

DF ABEL GOMES: Melhor levar para vista.

DF PAULO ESPIRITO SANTO: Mas e as sustentações orais?

DF ABEL GOMES: Já foi feita sustentação.

DF PAULO ESPIRITO SANTO: Foi feita no outro julgamento.

DF ABEL GOMES: Mas o julgamento não está anulado. Ele foi apreciar uma questão de direito, que é a inconstitucionalidade. Não havendo inconstitucionalidade, a questão é o que foi destacado. Com o relatório que se tem, com as manifestações que se tem, abre-se um novo julgamento à luz de novos fatos ou não. Eu não vejo por que renovar todos os atos.

DF PAULO ESPIRITO SANTO: Eu estou querendo salvar o processo, fazer uma justiça mais rápida em prol do réu.

DF ABEL GOMES: Mas acho que está de acordo. Vamos supor que o Desembargador Athié não trouxesse questão de ordem e já viesse com voto dizendo: "Considerando o que o Plenário..."

DF PAULO ESPIRITO SANTO: Mas ele fez isso.

DF IVAN ATHIÉ (RELATOR): Eu propus isso.

DF PAULO ESPIRITO SANTO: Ele trouxe a questão de ordem.

DF ABEL GOMES: Deliberamos pela primeira e ele votou. Não vejo problema.

DF PAULO ESPIRITO SANTO: Então, vou aguardar a vista. Vou diferir um pouco.

DF ABEL GOMES: Salvo melhor juízo, a única coisa é que não tenho condições, porque não fui Revisor, e ele estudou o processo.

DF PAULO ESPIRITO SANTO: Vossa Excelência traria quando? Antes do final do ano?

DF ABEL GOMES: Teremos mais quantas sessões? Mais duas?

DF IVAN ATHIÉ (RELATOR): Acho que mais uma somente.

DF ABEL GOMES: Vou tentar trazer na próxima, se me mandar hoje mesmo. Não é preciso a transcrição porque o julgamento está na memória.

DF PAULO ESPIRITO SANTO: Eu confesso que estou muito tendente a acompanhar Vossa Excelência. Mas não vou votar agora porque quero esperar a vista.

DF ABEL GOMES: Vou tentar trazer na semana que vem.

DF PAULO ESPIRITO SANTO: ...para poder tirar a angústia. Demora muito! Não pode! A pessoa fica nervosa, com uma espada na cabeça.

DF ABEL GOMES: Estou falando para ele mandar hoje mesmo.

DF PAULO ESPIRITO SANTO: A próxima sessão é no dia 12. Ele traz o voto e eu vou votar.

DR. ADVOGADO: Eu venho do interior de Minas.

DF PAULO ESPIRITO SANTO: Mas, Doutor, é melhor assim. Há casos aqui em que faço um pequeno resumo – não muito em Penal - e vem o advogado para fazer sustentação oral. Eu digo: “Doutor, eu vou consignar a sua sustentação oral, Vossa Excelência está aí trabalhando, deixou o escritório, está aqui, mas acontece que eu vou absolver. Se meus eminentes Pares me acompanharem...”

Foi em um caso passado. Acho que o Doutor Athié me acompanhou e o Doutor Abel não estava; era o Doutor Calmon. Eu falei isso para absolver; o Doutor Athié me acompanhou. Ele disse: “Vou acompanhar, apesar de ter aqui na tela – questão de Previdência – quatro anotações desse mesmo fato...” Eu disse: “Mas eu considere isso, estou absolvendo.” Já estava definido. “Eu vou acompanhar então.” E o Doutor Advogado falou: “Eu gostaria de falar.” Eu disse: “Doutor, já foi absolvido por unanimidade!” A cliente dele estava ali, sentada naquela cadeira. Quando eu fui proclamar o resultado, ele falou: “Doutor, eu gostaria de dar uma palavrinha.” Eu

pensei que ele iria elogiar, porque quem ganha sempre fica feliz: “A Turma foi muito boa!” Não. Ele falou: “Apesar de ele ter sessenta e oito anotações...” Aí o Doutor Guilherme Calmon falou: “Como?” Com quatro ele já estava na dúvida! “Mas essas anotações foram esporádicas.” A mulher quase caiu debaixo da cadeira. Ele foi falar e não precisava falar. Estava absolvendo a ré!

Então, venha de Minas, Doutor!

DR. ADVOGADO: (Fala fora do microfone)

DF PAULO ESPIRITO SANTO: Eu vou esperar o voto do Doutor Abel, mas eu já tenho uma posição, mais ou menos.

DF ABEL GOMES: Ele está dizendo que haverá duas sessões: dia 12 e dia 17. Dá para ver com calma.

DF PAULO ESPIRITO SANTO: Sim. Estou muito simpático a essa tese.

DR. ADVOGADO: (Fala fora do microfone)

DF PAULO ESPIRITO SANTO: Não fale, porque pode ser que eu mude a minha posição.

PROCESSO 2010.51.01.490154-0 (2M)

RESULTADO PARCIAL

DF PAULO ESPIRITO SANTO: Após o voto do Relator optando pela primeira opção proposta por ele mesmo de reiniciar o julgamento e proferir novo voto no sentido de desqualificar...

DF ABEL GOMES: Nós acompanhamos a primeira opção.

DF PAULO ESPIRITO SANTO: Acompanhamos, foi unânime - a primeira opção -, e votando pelo novo enquadramento na questão tributária apenas, fixando uma pena mínima, substituindo... Enfim, dando parcial provimento. Pediu vista o Doutor Abel Gomes, aguardando-a o Doutor Paulo Espirito Santo. A Secretaria não juntará a transcrição, por enquanto.

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DOS ARTIGOS 273, § 1º-B E 334, § 1º, “C”, AMBOS DO CÓDIGO PENAL.

1. Absolvição quanto ao crime do artigo 273, § 1º-B do Código Penal, nos termos do art. 386, VI do CPP, com base no artigo 21 do Código Penal.
2. Comprovada a autoria e materialidade com relação ao crime do artigo 334, § 1º, “c” do Código Penal.
3. Mantida a pena fixada em primeira instância, substituída por duas restritivas de direito.
5. Apelação da defesa conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Membros da Primeira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso, nos termos do Voto do Relator.

Rio de Janeiro, 17 de abril de 2013 (data do julgamento).

ANTONIO IVAN ATHIÉ
Desembargador Federal – Relator

Inicialmente, ressalto ao em. Presidente desta Primeira Turma Especializada, Desembargador Federal PAULO ESPÍRITO SANTO que estes autos só foram conclusos ao meu gabinete para elaboração de voto-vista, no dia 18/03/2013, razão pela qual não pude levar o recurso a julgamento nas últimas sessões do ano passado, como havíamos debatido na sessão do dia 05/12/2012.