® BuscaLegis.ccj.ufsc.br

(Artigos) ter em depósito medicamento sem registro no ministério da saúde é crime hediondo?

Luiz Flávio Gomes |*
Rogério Sanches Cunha

No Processo criminal 7.232-7/2001, que tramitou pela Primeira Vara da comarca de Vinhedo (SP), duas pessoas foram acusadas de terem violado as normas penais contempladas no art. 273, § 1º-B, incisos I e III, do CP. O art. 273, § 1º-B pune a conduta de quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto: (I) sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; (II) em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no item anterior; (III) sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; (IV) com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; (V) de procedência ignorada; (VI) adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente. A pena, para qualquer desses casos, varia de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão e o crime é etiquetado como hediondo, de acordo com o que estabelece o art. 1º, inciso VII-B, da Lei nº 8.072/90.

Um dos autores deste artigo (o Promotor de Justiça Rogério Sanches Cunha), nas suas alegações finais, manifestou pela absolvição das acusadas, que são proprietárias de uma Clínica de Medicina Natural. O magistrado Cléverson de Araújo corretamente julgou improcedente a ação penal.

Fundamento da absolvição: inconstitucionalidade do dispositivo legal citado, por violação de vários princípios: da intervenção mínima, lesividade (ofensividade), proporcionalidade etc.

A questão central é a seguinte: para a existência do delito previsto no art. 273, § 1º-B, basta ter em depósito (ou vender ou expor a venda) um produto (medicamento) não registrado nos órgãos competentes ou é preciso que esse produto seja nocivo para a saúde do ser humano? Basta que não seja identificado corretamente (fórmula em língua estrangeira) ou precisa apresentar nocividade para a integridade física do ser humano?

Pelo que foi redigido pelo legislador, não se exigiria nenhuma verificação sobre a nocividade do produto. Em outras palavras: o legislador descreveu um tipo penal de perigo abstrato (ou seja: partiu da premissa de que qualquer produto sem registro nos órgãos competentes já é perigoso). Do ponto de vista administrativo isso é correto (e aceitável). Do ponto de vista penal, na atualidade, isso é abominável, ainda mais quando se considera que estamos diante de uma pena mínima de dez anos de prisão (crime hediondo etc.).

Para fins penais, por força do princípio da ofensividade (nullum crimen sine iniuria) (cf. GOMES, L.F, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. e BIANCHINI, A., Direito penal-PG, v. 1, São Paulo: RT, 2007, p. 464 e ss.), não basta (para a intervenção penal) a realização formal (literal, gramatical) do tipo. Mais que isso: impõe-se a efetiva ofensa ao bem jurídico protegido (no caso: saúde, integridade física das pessoas etc.).

No Direito penal moderno já não é suficiente a constatação da tipicidade formal. Ela é necessária, mas não é tudo. Para além da tipicidade formal, impõe-se a verificação da tipicidade material, que se funda em três exigências: desvalor da conduta (criação ou incremento de riscos proibidos), desvalor do resultado (ofensa ao bem jurídico) e imputação objetiva desse resultado (vínculo desse resultado com o risco proibido criado).

Quem tem em depósito um medicamento estrangeiro (com fórmula em língua estrangeira), sem registro nos órgãos sanitários brasileiros, comete uma irregularidade (infração

administrativa), chega a realizar o tipo penal do art. 273, § 1º-B, do ponto de vista formal, mas não comete nenhum delito (do ponto de vista material). O fato é penalmente (materialmente) atípico.

Sem afetação séria do bem jurídico protegido (lesão ou perigo concreto) não se justifica a incidência do Direito penal (sobretudo quando o legislador cometeu o desatino de cominar pena de prisão de dez anos, no mínimo). Sábia, muito sábia, a decisão do magistrado. Uma pena de dez anos só pode ter incidência quando o agente violar a norma penal causando lesão ou perigo concreto de lesão a bens jurídicos de terceiros. Meras irregularidades administrativas podem (e devem) ser sancionadas com sanções desse setor jurídico. Não se concebe como razoável confundir o Direito penal com o Direito administrativo, punindo aquele (Direito Penal) simples infrações administrativas, que poderiam perfeitamente ser evitadas sem a sua intervenção, desde que houvesse o efetivo exercício da atividade fiscalizatória dos órgãos de vigilância sanitária competentes, com a conseqüente imposição de severas sanções, como o fechamento do estabelecimento, a cobrança de multa em valor condizente com a gravidade dos fatos etc. Ao invés disso, preferiu o legislador afastar a incidência do princípio da subsidiariedade e utilizar o Direito Penal como forma de inibição direta a essa prática criminosa.

É sabido que o Direito Penal é regido por princípios que balizam sua intervenção, fazendo com que a norma punitiva tenha incidência somente diante de fatos que, por sua gravidade, não poderiam ser dirimidos por outros ramos do Direito.

Um desses princípios é o da intervenção mínima. O Direito, independentemente do ramo em que se considere, tem a função precípua de garantir a manutenção da paz social, solucionando ou evitando conflitos de forma a permitir a regular convivência em sociedade. Por isso, normas, por exemplo, de Direito Civil determinam que, uma vez praticado um ato ilícito, faz-se necessária a reparação, e, por sua vez, o Direito Processual Civil prevê mecanismos aptos a compelir o autor de tal ato a remediar o dano causado.

No entanto, há casos em que somente o Direito Penal é capaz de evitar a ocorrência de atos ilícitos ou de puni-los à altura da lesão ou do perigo a que submeteram determinado bem jurídico, dotado de relevância para a manutenção da convivência social pacífica.

É a partir daí que se verifica a importância do princípio da intervenção mínima (destinado especialmente ao legislador), segundo o qual o Direito Penal só deve ser aplicado quando estritamente necessário (ultima ratio), mantendo-se subsidiário (a sua intervenção fica condicionada ao fracasso das demais esferas de controle) e fragmentário (observa somente os casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado). Deve servir como a derradeira trincheira no combate aos comportamentos indesejados, aplicando-se de forma subsidiária e racional à preservação daqueles bens de maior significação e relevo.

Na lição de Cezar Roberto Bitencourt, o princípio da intervenção mínima "orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais". [1]

Heleno Cláudio Fragoso, nesta mesma linha, já enfatizava que "desde logo se deve excluir do sistema penal a chamada criminalidade de bagatela e os fatos puníveis que se situam puramente na ordem moral. A intervenção punitiva só se legitima para assegurar a ordem externa. A incriminação só se justifica quando está em causa um bem ou valor social importante. Não é mais possível admitir incriminações que resultem de certa concepção moral da vida, de validade geral duvidosa, sustentada pelos que têm o poder de fazer a lei. Orienta-se o Direito Penal de nosso tempo no sentido de uma nova humanização, fruto de larga experiência negativa".[2]

Como já destacado acima, o princípio da intervenção mínima é composto de duas características:

a) subsidiariedade: somente após se constatar que outros meios de solução social dos conflitos não são aptos a dirimi-los é que serão utilizados os modelos coercitivos de que dispõe o Direito Penal, que, aliás, por sua natureza drástica, determinam que a tutela penal seja a última alternativa passível de se utilizar;

b) fragmentariedade: o Direito Penal não se destina à proteção de todos os bens juridicamente tutelados, mas somente daqueles dotados de especial relevância social. Quer isto dizer que, de toda a gama de interesses protegidos pelo ordenamento jurídico, volta-se o Direito Penal apenas a parte dele (fragmentos).

Observadas essas considerações, a análise do § 1º-B do art. 273 do Código Penal não pode conduzir a outra conclusão senão a da inconstitucionalidade, uma vez ignorados veementemente, pelo legislador, pressupostos básicos para a tipificação de determinado fato como criminoso.

Ainda que não se considere imprópria a tipificação desses fatos que, repise-se, poderiam ser inibidos mediante simples medidas administrativas, é inevitável o argumento de que a pena prevista (de dez a quinze anos de reclusão) não obedeceu ao princípio da proporcionalidade, que impõe a observação das características que exteriorizam a gravidade do fato em relação àquelas que determinam a gravidade da pena. Embora não tenha previsão expressa, é corolário de outra garantia constitucional, que trata da individualização da pena.

O inciso XLVI do art. 5º da CF determina que "a lei regulará a individualização da pena...". Do mandamento se extrai que a pena, para cumprir adequadamente as suas funções (retribuição, prevenção e ressocialização), deve ajustar-se de acordo com a relevância do bem jurídico tutelado, sem se desconsiderar as condições pessoais do agente.

O princípio em estudo deve ser observado em três momentos:

a) o legislativo: quando da cominação em abstrata da pena, deve o legislador atentar para a gravidade do crime praticado bem como para a relevância do bem jurídico tutelado;

b) o judicial: quando da sentença, ao juiz é imposta a observação das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal. Após a análise essas circunstâncias individualmente consideradas é que o julgador irá estabelecer o quantum e a forma de cumprimento da reprimenda;

c) o executório: quando da execução da pena imposta, de acordo com o artigo art. 5° da Lei de Execução Penal, os condenados serão classificados de acordo com seus antecedentes e personalidade para orientar a individualização da execução penal. A própria Constituição Federal, aliás, traz alguns dispositivos que indicam a necessidade de observância desse princípio também na fase de execução, como o inciso XLVIII do artigo 5º: "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado".

Pois bem. Vê-se claramente que o legislador, depois de ignorar princípios que norteiam a tipificação de determinados fatos, também deixou de observar a proporcionalidade na cominação da pena, vez que pune com a mesma intensidade as condutas de falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais e as de importar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribuir ou entregar a consumo estes mesmos produtos, mas em descumprimento a normas meramente administrativas.

Ora, não se pode conceber a mesma punição àquele que falsifica o produto a ser utilizado para fins terapêuticos e ao indivíduo que, simplesmente, expõe à venda o produto sem sinais de falsificação, mas que não contava com registro no órgão de vigilância sanitária (que é do que se trata nos presentes autos). Seria o mesmo que estabelecer idêntica reprimenda, v. g., ao homicídio e à lesão corporal.

Não bastasse isso, aplicam-se ao art. 273, § 1º-B, do Código Penal, os consectários da Lei nº 8.072/90. Verifica-se aqui nova impropriedade legislativa. A rotulação de um delito como hediondo deve ser acompanhada da maior cautela possível, devendo-se alçar a essa classe somente aqueles fatos que realmente sejam capazes de causar repulsa, pavor na sociedade. Obviamente, as ações insculpidas no dispositivo em análise não podem ser consideradas tão graves a ponto de serem submetidas a um instituto reservado a fatos envolvidos em especial seriedade.

O manejo de uma lei como a nº 8.072/90, ademais, deve ser efetuado mediante análise séria, atenta e pormenorizada do bem jurídico a ser tutelado, de forma a possibilitar adequadas formas de sanção penal. Não é isso, todavia, o que se pode extrair do exposto.

1. Tratado de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2004.

2. Lições de Direito Penal, Parte Geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2003, p. 05.

* Doutor em Direito penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri, Mestre em Direito penal pela USP, Secretário-Geral do IPAN (Instituto Panamericano de Política Criminal), Consultor e Parecerista, Fundador e Presidente da Rede LFG – Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (1ª Rede de Ensino Telepresencial do Brasil e da América Latina - Líder Mundial em Cursos Preparatórios Telepresenciais –

Disponível em:
http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=20080312165925920 .
Acesso em: 24 mar. 2008.