

APLICAÇÃO DE PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL: A PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL¹

Paulo Bueno de Azevedo²

Juiz Federal - Seção Judiciária de São Paulo;

Mestre em Direito Político e Econômico - Universidade Presbiteriana Mackenzie;

Especialista em Direito Penal Econômico Europeu - Universidade de Coimbra

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade demonstrar a possibilidade de aplicação da pena abaixo do mínimo legal, sem ofensa ao princípio da legalidade, com fundamento no princípio da proporcionalidade. Demonstrar-se-á a possibilidade de utilização da analogia *in bonam partem*, impedindo a aplicação de pena arbitrária.

PALAVRAS-CHAVE: Pena. Proporcionalidade. Legalidade. Analogia.

1 Introito

O princípio da legalidade no Direito Penal representa uma das garantias fundamentais do cidadão contra o possível arbítrio do Estado. Impede-se, assim, que se puna ao bel-prazer do julgador, que poderia criar delitos ou estabelecer penas mínimas ou máximas diferenciadas para cada caso concreto ou para cada acusado. Assim, a definição das infrações penais é prevista em lei, bem como os limites mínimos e máximos das penas.

A lição de que a lei expressa a vontade do povo é ensinada desde os primeiros anos das faculdades de Direito e raramente questionada, ao menos sob a perspectiva de conceitos abertos e dotados de alta equivocidade como justiça ou injustiça. De fato, é perigosa a ideia de que só devem ser aplicadas leis justas, porquanto cada pessoa pode ter seu próprio entendimento do que seria ou não justo.

Surge, na linha do tirocínio acima exposto, a noção de segurança jurídica a nortear as relações humanas. É certo que ninguém pode se sujeitar ao arbítrio de um magistrado, que não pode deixar de aplicar uma lei simplesmente por não gostar ou discordar de seu conteúdo.

Isso vale para a aplicação da pena diante da condenação por crime ou contravenção, não obstante a discricionariedade regrada pelas normas referentes à dosimetria e aos limites mínimo e máximo da pena.

Tal discricionariedade atende ao princípio da isonomia, no já clássico sentido de que não se podem igualar punições para delitos, ainda que tipificados no mesmo dispositivo, de desigual gravidade. Cuida-se de discricionariedade regrada por diversos parâmetros estabelecidos nas três diferentes etapas de aplicação da pena. Nas primeira e segunda fases, nas quais existem diversos critérios subjetivos (artigos 59, 61, 62 e 65 do Código Penal), é proibido fixar a pena acima ou abaixo do mínimo legal. Isso somente é possível na terceira fase, com as objetivas causas legais de aumento ou diminuição da pena.

¹ Enviado em 25/8, aprovado em 2/10 e aceito em 25/10/2010.

² E-mail: pbazevedo@jfsp.jus.br.

Não se pode, portanto, em princípio, nas primeiras fases da fixação da pena, com base em simples critérios subjetivos, desrespeitar os parâmetros legais.

Seria, no entanto, absoluto o princípio da legalidade no que concerne à aplicação da pena? Não há dúvidas de que o máximo legal, incluindo a pena máxima com as causas de aumento, não pode ser desrespeitado, sob pena de ofensa a direito fundamental. Mas, e quanto ao mínimo legal? Haveria a mesma violação de direito fundamental? Em caso negativo, qual a justificativa para não observá-lo? Como o juiz poderia estabelecer novo limite mínimo da pena sem o risco do arbítrio? São as questões a serem enfrentadas no presente estudo.

2 Proporcionalidade e aplicação da pena: o caso dos remédios e dos cosméticos

A partir de uma intuição sobre o individual, tentar-se-á extrair uma conclusão geral, a qual, no entanto, de certo modo paradoxal, só poderá ser utilizada em hipóteses excepcionais. Noutras palavras, a defesa da proporcionalidade como meio de aplicação da pena abaixo do mínimo legal será estudada sob o prisma do artigo 273 do Código Penal,³ com o que se procurará extrair algumas regras a serem eventualmente utilizadas noutras situações. Só que tais diretrizes não podem servir de pretexto a uma cruzada pela absoluta proporcionalidade das penas, porquanto isso equivaleria a abandonar de vez a legalidade. O sistema legislativo sempre encontrará imperfeições, já que essa é uma característica essencialmente humana. E os juizes, também humanos, não podem ter a pretensão de alcançar um estado de perfeição proporcional entre as penas de todos os crimes. Mas, em absoluto, isso não significa que se deva desconsiderar a flagrante injustiça de certas punições. É o que veremos a seguir.

A proporcionalidade das penas aos delitos foi uma das preocupações de Cesare Beccaria na obra *Dos Delitos e das Penas*. Assim disse o marquês que tanto contribuiu para a ciência penal:

O interesse geral não se funda apenas em que sejam praticados poucos crimes, porém ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para obstar os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver proporção entre os crimes e os castigos (BECCARIA, 1995, p. 61).

Falar em proporção entre crime e castigo é uma ideia que goza de ampla aceitação nos meios doutrinários e jurisprudenciais. Todavia, a grande questão é como se obter a proporcionalidade ideal. Ou, talvez, possamos indagar até se existe ou se é possível alcançar esse ideal.

³ "Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. § 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. § 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. § 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso 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. § 2º - Se o crime é culposo: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa."

Hodiernamente, o legislador é responsável por estabelecer os limites mínimo e máximo da pena. Porém, como surgem tais parâmetros? É possível o cálculo matemático da sanção penal?

Numa certa adaptação da teoria da “análise econômica do Direito” (*Law and Economics*) ao âmbito penal, alguns sustentam que o criminoso não pode visualizar vantagens no crime, ainda que seja efetivamente punido. Em suma, a desvantagem da pena deve ser maior do que o possível proveito do fato delituoso.

O que na teoria parece relativamente simples, e até óbvio, ainda não responde ao problema eminentemente prático do estabelecimento das penas. Como quantificar, por exemplo, a pena do homicídio? Como traduzir o fato de tirar a vida de uma pessoa em anos de privação de liberdade? Não existe, decerto, uma fórmula para calcular o preço da vida humana, razão pela qual a questão se transfere para o domínio da moral, devendo o legislador cominar uma pena que preserve os interesses da sociedade.

Diante da impossibilidade do cálculo penal e, a partir da premissa de que os legisladores são os representantes da sociedade, poder-se-ia inferir que o problema das penas proporcionais só poderia ser resolvido pelo próprio Legislativo, com a alteração de leis conforme a vontade do povo.

Entretanto, não concordamos em parte com tal conclusão, a qual poderia acarretar o absoluto arbítrio dos legisladores, renunciando-se a qualquer tipo de controle. Isso porque se não existe a fórmula perfeita de calcular as penas, há, pelo menos, um meio de se exigir um mínimo de objetividade na aferição dos limites mínimos e máximos das penas, qual seja: a observação empírica das penas já atribuídas a outros crimes. Trata-se, pois, de um método eminentemente pragmático de comparação de penas de diferentes infrações. Nessa linha de raciocínio, a pena do mencionado delito de homicídio, por exemplo, não pode ser menor do que a pena do crime de furto simples, sob pena de se considerar a propriedade como bem jurídico mais relevante do que a vida.

Em suma, o legislador, ao estabelecer a pena de um crime, deve atentar para as penas já existentes no ordenamento, arquitetando, na medida do possível e do razoável, o crescimento gradativo das penas conforme a crescente gravidade dos delitos. Destaca-se aqui a lição de Miguel Reale Jr.:

O legislador, mormente no âmbito penal, não é nem pode ser onipotente, pois as incriminações que cria e as penas que comina devem guardar relação obrigatória com a defesa de interesses relevantes. Os fatos incriminados devem, pois, efetivamente ameaçar, colocar em risco ou lesar esses interesses relevantes.

Isto porque a ação do legislador penal está sujeita ao *princípio constitucional da proporcionalidade*, também dito princípio da razoabilidade, e ao *princípio da ofensividade* (REALE JR., 1999, p. 415).

Voltemos nossa atenção ao caso do artigo 273 do Código Penal. Esse dispositivo tem sua atual redação dada pela Lei nº 9.677/98, a qual determinou a pena de reclusão, de 10 a 15 anos, e multa, para as seguintes condutas: falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Nas mesmas penas incorre quem

importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado (CP, art. 273, § 1º). O § 1º-A inclui entre os produtos do tipo penal em tela os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. Finalmente, o § 1º-B estabelece as mesmas penas para quem pratica as ações descritas no § 1º, em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: a) sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; b) em desacordo com a fórmula constante do registro previsto na hipótese anterior; c) sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; d) com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; e) de procedência ignorada; f) adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

Em primeiro lugar, deve-se observar que a infração penal em tela consubstancia crime de perigo abstrato, sendo desnecessário comprovar risco ou efetiva ocorrência de prejuízo a quem efetivamente usou, por exemplo, o remédio falsificado. A opção pelo delito de perigo abstrato ou presumido é suficientemente válida na presente hipótese. Com efeito, amiúde, ainda que o remédio falso seja inócuo, não curando nem prejudicando quem o toma, pode haver um agravamento da saúde do paciente por não lhe ter sido ministrado o medicamento adequado. De outro lado, esse raciocínio não deve ser o mesmo para o caso de cosméticos, pois um cosmético falsificado inócuo que, por exemplo, não prejudica a pele deve ser tratado como indiferente penal pela insignificância ou ser enquadrado noutro tipo como crime contra o consumidor ou estelionato.

Ocorre que a presunção do perigo e a pena mínima cominada de 10 anos de reclusão trouxeram situação de aguda desproporcionalidade de penas, criticada por muitos doutrinadores. Comumente, compara-se que a nova pena mínima do art. 273 do Código Penal supera a do homicídio, previsto no art. 121 do mesmo diploma legal. Veja-se, nesse sentido, o entendimento de Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

A partir de dois exemplos proporcionados quando da análise da Lei nº 9.677/1998, é possível evidenciar três situações onde a comparação entre duas hipóteses normativas leva a resultados bastante diversos. Assim, com o advento daquela lei, falsificar substância alimentícia, tornando-a nociva à saúde, ou reduzindo-lhe o valor nutritivo, passou a ser conduta bem mais grave do que ofender a integridade corporal de uma pessoa; provocar uma intoxicação alimentar ou levar uma pessoa a ingerir um alimento com menor poder nutritivo tem o dobro de gravidade em relação à ação de quem provocou, para uma pessoa, a cegueira ou deformidade permanente, ou mesmo a incapacidade permanente para o trabalho. Ainda, falsificar produtos cosméticos, saneantes ou terapêuticos, provocará uma desproporcionada punição em confronto com o preceito sancionatório previsto para o delito de homicídio simples. Como se percebe, nos dois primeiros exemplos, a análise da discrepância entre os comportamentos incriminados e as respectivas penas é feito com base em outros tipos onde o mesmo bem jurídico é objeto de tutela, o que torna a comparação mais fácil em termos de se determinar o quanto uma infração pode ser considerada mais grave do que a outra, ou ainda, se uma infração tem uma determinada pena, é possível estimar a quantidade de pena que seria igual ao outro delito, por esse parâmetro.

O terceiro exemplo, no entanto, ao comparar a conduta incriminada pela nova lei ao homicídio, que num ordenamento orientado a partir da pessoa humana deveria ser o crime considerado mais grave, ao mesmo tempo em que evidencia de forma chocante a desproporção contida na nova figura delituosa, acaba por inviabilizar que seja, a partir desta comparação, delineada a quantia que seria mais proporcional àquela, dada a discrepância dos valores em jogo (GOMES, 2003, p. 187-188).

Não obstante a constatação da desproporcionalidade da pena do art. 273 do Código Penal, a ilustre autora, no fim do trecho acima transcrito, indica a inviabilidade do crime de homicídio como meio adequado para se mensurar qual seria a pena mais adequada, diante da “discrepância dos valores em jogo”. Todavia, essa discrepância também é utilizada como argumento para defender a pena cominada pela Lei nº 9.677/98: há alguns julgados que, fazendo justamente a comparação com o crime de homicídio, asseveram que o tipo do art. 273 é destinado à proteção de bem jurídico penal difuso, ao passo que o delito contra a vida tutelaria meramente bem jurídico individual.

Nesse diapasão, haveria solução adequada à desproporcionalidade prevista no dispositivo em tela? Antes de responder a essa indagação, é preciso examinar questão prejudicial: o argumento ainda majoritário da jurisprudência no sentido de que o juiz não pode aplicar a pena abaixo do mínimo legal sob pena de usurpar a função legiferante – isto é, haveria ofensa ao princípio da legalidade.

Em suma, a fim de superar a desproporcionalidade do art. 273 do Código Penal, é preciso enfrentar, preliminarmente, dois grandes problemas: a) o princípio da legalidade é óbice à aplicação da pena abaixo do mínimo legal?; b) caso seja negativa a resposta à pergunta anterior, o juiz pode inventar uma pena mínima ou deve começar do zero?

O princípio da legalidade, em última análise, representa um direito fundamental do cidadão contra o arbítrio do Estado. Se a pena é diminuída abaixo do mínimo legal, com fulcro no princípio da proporcionalidade, está-se, na verdade, reforçando a defesa do cidadão contra o arbítrio legislativo do mesmo Estado. Dessa forma, por si só, não se pode invocar o princípio da legalidade a fim de que ele atue contra sua própria finalidade. Nessa senda, a relevante lição de Fábio Bittencourt da Rosa, desembargador federal da 4ª Região:

Exatamente por isso é que, sempre que o desacato a um princípio que sustenta a garantia penal implica o favorecimento do indivíduo, torna-se regra aceitável dentro do sistema. A analogia ou a interpretação extensiva *in bonam partem* são admitidas, porque colaboram com a liberdade individual ao invés de suprimi-la. Não se pode lançar mão de um princípio criado para proteger o réu para o fim de prejudicá-lo. Do mesmo modo, a criação de solução penal que descriminaliza, diminui a pena, ou de qualquer modo beneficia o acusado, não pode encontrar barreira para sua eficácia no princípio da legalidade, porque isso seria uma ilógica solução de aplicar um princípio contra o fundamento que o sustenta. Se regra de hierarquia inferior à lei beneficiar o acusado ou condenado haverá de ter garantida sua validade e eficácia (ROSA, 2003, p. 4).

Vê-se, portanto, que o caráter protetivo do princípio da legalidade não se coaduna com a tese que o apresenta como impeditivo de aplicação da pena abaixo do mínimo legal. Mas, isso, obviamente, não ocorrerá em todo e qualquer caso: apenas quando se aplicar o implícito princípio da proporcionalidade, nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.⁴

Contudo, uma das críticas mais comuns à aplicação da pena abaixo do mínimo legal é a de que o juiz estaria legislando – ou seja, estaria excedendo a sua função. Aqui, devemos abordar a segunda pergunta anteriormente formulada, a relativa à quantificação de nova pena mínima pelo julgador.

Em nosso entender, o juiz apenas estaria legislando se fixasse uma pena sem utilizar como parâmetro o ordenamento jurídico penal já existente, propondo uma sanção conforme os seus próprios critérios éticos e morais. Isso ocorreria até mesmo se não estabelecesse um limite mínimo, iniciando-se a pena do zero. A existência da pena mínima estabelecida pelo legislador é corolário de sua legitimidade para a criação dos tipos penais. Integra a lei penal, dessa forma, o mínimo de retribuição para quem comete determinado delito, e comete desvio o magistrado que se opõe à existência desse mínimo retributivo.

Tal conclusão, porém, não infirma a tese anteriormente proposta, mas fixa-lhe necessários limites, eis que a proporcionalidade como método de aplicação da pena abaixo do mínimo legal deve ser buscada dentro do sistema legal de penas, e não exclusivamente no campo extrajurídico (ético-moral). Em suma, o juiz deve constatar a desproporcionalidade da pena imposta a um crime, comparando-a com aquela, inferior, imposta a outra análoga infração, de igual ou maior gravidade.

Portanto, o instrumento para a aplicação da pena abaixo do mínimo legal é a analogia *in bonam partem*. O uso da analogia não é, em regra, associado à usurpação de função legislativa pelo juiz. Não há motivo, portanto, para se vedar o seu uso na hipótese em apreço.

Uma das possíveis impugnações ao uso da analogia para a aplicação de pena abaixo do mínimo legal seria o fato de que tal recurso só poderia ser utilizado na ausência de lei, o que não ocorreria no caso em apreço. Logo, o juiz legislaria ao usar a analogia quando existe a lei.

O raciocínio exposto somente seria válido se o juiz brasileiro fosse apenas um cego aplicador da lei, sem a possibilidade de aferir a sua constitucionalidade, o que sabemos não ser verdade.

Quando se verifica pena flagrantemente mais grave imposta a delito menos ofensivo, constata-se que o legislador violou o princípio da proporcionalidade das penas, lembrado desde os tempos da influência do Iluminismo sobre o Direito Penal – conforme demonstrado acima, com a referência a Beccaria. Assim, ainda que não encontre uma menção expressa no texto constitucional, a proporcionalidade das penas pode ser enquadrada no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, como anteriormente aludido. Legitima-se, assim, o uso da analogia *in bonam partem* com o fundamento do controle de constitucionalidade da lei penal flagrantemente desproporcional.

⁴ “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

É mister enfatizar que a proporcionalidade só pode ser um meio de diminuição da pena desproporcional, e não de seu aumento. Em caso contrário, estar-se-ia utilizando um direito fundamental (proporcionalidade das penas) para prejudicar outro direito fundamental consistente em não ser punido com sanção mais grave do que a prevista em lei (legalidade), o que seria ilógico e arbitrário.

Feito esse parêntese, é preciso aprofundar a solução proposta. Em outras palavras, como e quando usar a analogia? No caso do artigo 273 do Código Penal, são encontradas soluções diversas na jurisprudência. É o que examinaremos a seguir.

3 A analogia *in bonam partem* e a aplicação da pena abaixo do mínimo legal: estudo das soluções avençadas pela jurisprudência do artigo 273 do Código Penal

Na jurisprudência, além das decisões que não admitem a aplicação da pena abaixo do mínimo legal, são encontradas duas principais soluções para a proporcionalidade do artigo 273 do Código Penal, quais sejam: a aplicação analógica da pena mínima do crime de contrabando e descaminho ou a do tráfico de drogas.

Cumpra recordar que a comparação com o homicídio serve apenas para demonstrar a desproporção da pena da infração em estudo, mas não funciona como parâmetro para a aplicação analógica da punição mínima, tendo em vista a diversidade dos bens jurídicos tutelados.

A analogia com o crime de contrabando e descaminho é menos comum, geralmente utilizada nos casos de importação de remédios sem o devido registro. Essa não é a melhor opção, porquanto, não obstante a coincidência (nem sempre presente) da importação, são delitos com bens jurídicos diversos. Enquanto um tutela a Administração Pública, o outro protege a saúde pública. Além disso, o crime do artigo 273 do Código Penal é etiquetado como hediondo, nos termos da Lei nº 8.072/90, o que não é o caso de contrabando e descaminho.

Destarte, o tráfico de drogas surge como a opção mais adequada para se utilizar a analogia *in bonam partem* na hipótese em tela.

Em primeiro lugar, ambos são delitos contra a saúde pública e têm como sujeito passivo a coletividade - ou seja, tutelam bem jurídico difuso. Assim, derruba-se a justificativa que muitos dão para a pena maior do que a do crime de homicídio. Não se concebe que alguém que traga remédios sem registro, por exemplo, do Paraguai, possa ser punido de forma muito mais grave do que quem trafica *crack* - contribuindo para um funesto cenário de vício e violência de muitos jovens, como diariamente noticiado pelos meios de comunicação. Também em termos de prejuízos concretos à saúde, sabe-se muito bem que, amiúde, o consumo de drogas pode levar à morte dos seus consumidores. É bem verdade que o uso de remédios adulterados ou inócuos pode também acarretar a morte, especialmente de pacientes em delicada situação de saúde. Mas não se vislumbra que esse possível resultado seja mais grave do que a morte oriunda do uso das drogas, razão pela qual não se justifica a gritante diferença entre as penas de ambos os delitos.

Outrossim, esses delitos são considerados hediondos pela legislação penal, outro fator muito lembrado para justificar a pena maior que a do homicídio simples. Da mesma forma, é difícil justificar porque dois crimes hediondos que tratam, basicamente, de drogas têm penas tão díspares. Afinal, não se esqueça que os medicamentos são espécies de drogas, com fins terapêuticos.

Destarte, atentando-se para a semelhança dos bens jurídicos tutelados, idêntica classificação como crimes de perigo abstrato (classificação doutrinária) e como hediondos (classificação legal), mostra-se suficientemente adequada a aplicação analógica da pena mínima do tráfico de drogas como meio de adequar a pena do art. 273 do Código Penal ao princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, decidi o TRF da 2ª Região, em acórdão relatado pelo desembargador federal Messod Azulay Neto:

PENAL - COMERCIALIZAÇÃO DE ANABOLIZANTES SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ART. 273, § 1º-B, I, DO CP - FIXAÇÃO DA PENA - OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - REDUÇÃO - PARÂMETRO - DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (LEI Nº 6.368/76)

I - O recorrente foi apenado por comercializar produtos medicinais sem registro no órgão competente entregando-os aos outros dois denunciados para que internassem a mercadoria proibida em solo norte-americano, visando sua comercialização a partir da cidade de Miami.

II - Há nos autos provas suficientes da autoria e materialidade do delito, afastando a possibilidade de absolvição.

III - Ao discorrer sobre a utilização da analogia em Direito Penal, o eminente Desembargador Federal Fábio Bittencourt da Rosa, afirmou "a criação de solução penal que descriminaliza, diminui a pena, ou de qualquer modo beneficia o acusado, não pode encontrar barreira para sua eficácia no princípio da legalidade, porque isso seria uma ilógica solução de aplicar-se um princípio contra o fundamento que o sustenta" (in *Direito Penal*, Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 4).

IV - Merece reforma o comando sentencial apenas no que diz respeito à sanção imposta. tão-somente para fins de fixação da pena, aplicando-se analogicamente a pena-base cominada para o crime do artigo 12, *caput*, c/c o artigo 18, I e III nº 6.368/76, totalizando 5 (cinco) anos de reclusão.

V - Recurso parcialmente provido. (ACR nº 2003.51.01.5034421)

Com tal analogia, evita-se que o julgador legisle, pois ele não arbitra uma pena sem critério, mas sim aplica uma já existente de crime de maior ou, pelo menos, de igual gravidade. Trata-se da solução mais adequada, em nosso entender, para sanar o problema da desproporcionalidade do dispositivo ora analisado.

4 Conclusão

É difícil mudar uma ideia há muito tempo enraizada dentro de nós. A aplicação da pena abaixo do mínimo legal é lição repetida à exaustão nas faculdades de Direito e, em regra, mostra-se a medida mais correta a ser tomada, ainda que não se concorde com a norma. De fato, o juiz não pode se lançar numa quixotesca cruzada pela perfeita

proporcionalidade das penas. Isso é tão certo quanto o fato de que o juiz também não pode fechar os olhos para os excessos do legislador.

Conforme dissemos ao longo do presente estudo, pretendemos, da análise de um caso particular, extrair uma conclusão geral a ser utilizada em hipóteses excepcionais. Chegou, então, o momento de explicitarmos nossas conclusões:

- a) Em primeiro lugar, a proporcionalidade entre pena e crime não pode ser aferida abstratamente pelo juiz: deve ser observado o ordenamento jurídico. Noutras palavras, não se pode substituir a moral legislativa pela moral judicial;
- b) Observar o ordenamento jurídico significa comparar as penas atribuídas a outros crimes, atentando-se para a relevância do bem jurídico protegido e para a gravidade da conduta. Assim, o furto não poderia ser punido com maior intensidade do que o homicídio, o que seria teratológico;
- c) A adequação da proporcionalidade se dá por meio de controle de constitucionalidade da norma que fixa a pena flagrantemente desproporcional: deve-se aplicar, por analogia, a pena mínima de outro delito. É flagrantemente desproporcional que a pena mínima do artigo 273 supere em cinco anos a pena mínima do tráfico de drogas;
- d) A analogia *in bonam partem* deve ser aplicada a partir de crime que tutela bem jurídico idêntico ou semelhante, de maior ou igual gravidade. Tal como o delito do art. 273, o tráfico de drogas é crime contra a saúde pública que tutela a coletividade; e deve ser aplicada, por analogia, a sua pena mínima.

O procedimento acima sugerido reforça a proteção contra o arbítrio do Estado, uma das finalidades do princípio da legalidade, o qual não pode ser invocado, então, como empecilho. Mas, justamente por isso, não se deve aplicá-lo com o intuito de aumentar as penas, eis que surgiria o arbítrio moral judicial. Ainda que o delito mereça pena maior, trata-se de reivindicação a ser feita ao Legislativo.

Enfim, esperamos ter contribuído para o debate a respeito da aplicação da pena abaixo do mínimo legal com fundamento no princípio da proporcionalidade, lembrando que, se não cabe ao juiz legislar, não pode se omitir diante dos excessos legislativos, deve procurar a solução mais adequada dentro do próprio ordenamento jurídico. Num derradeiro pensamento, o magistrado deve sempre privilegiar a Constituição, ainda quando se encontra diante do movediço terreno dos limites máximo e mínimo da pena.

SETTLEMENT OF PENALTY UNDER THE MINIMUM DETERMINED BY LAW: THE PROPORTIONALITY IN THE CRIMINAL LAW

ABSTRACT: This article aims to demonstrate the possibility of settlement of penalty under the minimum determined by law, not offending the principle of legality, with support in the principle of proportionality. It will be demonstrated the possibility of the use of analogy *in bonam partem*, avoiding the settlement of an arbitrary penalty.

KEYWORDS: Penalty. Proportionality. Legality. Analogy.

Referências

- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 11. ed. São Paulo: Hemus, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: RT, 2007.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2005.
- REALE JR. Miguel. A inconstitucionalidade da Lei dos Remédios. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, RT, v. 763, maio 1999.
- ROSA, Fábio Bittencourt da. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.