

09/03/2010

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 94.397 BAHIA

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
PACTE.(S) : **MARCUS VINÍCIUS SOARES DE MELO**
IMPTE.(S) : **FABIANO PIMENTEL**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

EMENTA: AÇÃO PENAL. Tráfico de entorpecentes. Comercialização de “lança-perfume”. Edição válida da Resolução ANVISA nº 104/2000. Retirada do cloreto de etila da lista de substâncias psicotrópicas de uso proscrito. Abolitio criminis. Republicação da Resolução. Irrelevância. Retroatividade da lei penal mais benéfica. HC concedido. A edição, por autoridade competente e de acordo com as disposições regimentais, da Resolução ANVISA nº 104, de 7/12/2000, retirou o cloreto de etila da lista de substâncias psicotrópicas de uso proscrito durante a sua vigência, tornando atípicos o uso e tráfico da substância até a nova edição da Resolução, e extinguindo a punibilidade dos fatos ocorridos antes da primeira portaria, nos termos do art. 5º, XL, da Constituição Federal.

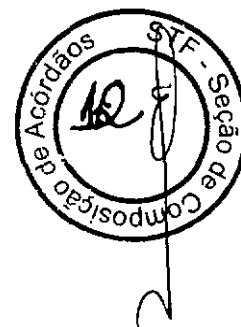
ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro CEZAR PELUSO, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conceder a ordem, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra ELLEN GRACIE e o Senhor Ministro JOAQUIM BARBOSA.

Brasília, 09 de março de 2010.



Ministro **CEZAR PELUSO**
Relator



09/03/2010

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 94.397 BAHIA

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
PACTE.(S) : **MARCUS VINÍCIUS SOARES DE MELO**
IMPTE.(S) : **FABIANO PIMENTEL**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de MARCUS VINÍCIUS SOARES DE MELO, contra ato da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que, por unanimidade, lhe denegou a ordem no **HC nº 97.355**.

O paciente foi denunciado pela prática do delito descrito no artigo 12 da Lei nº 6.368/76, por posse da substância cloreto de etila ("lança-perfume"), que deixou de constar, posto que brevemente, do rol daquelas proibidas pelas resoluções do Poder Executivo.

Buscando o trancamento da ação penal, impetrou-se *habeas corpus* junto ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que, por unanimidade, denegou a ordem.

Contra essa decisão, a defesa impetrou novo pedido de *writ*, desta vez perante o Superior Tribunal de Justiça, que, por unanimidade, também denegou a ordem, em ato aqui reputado configurador de constrangimento ilegal:

“PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ATIPICIDADE DA CONDUTA. DESCRIMINALIZAÇÃO. CLORETO DE ETILA. RESOLUÇÃO 104



HC 94.397 / BA

DO DIRETOR DA ANVISA. ATO VICIADO DECLARADO NULO. AUSÊNCIA DE PRODUÇÃO DE EFEITOS NO MUNDO JURÍDICO. ORDEM DENEGADA.

1. O artigo 12 da Lei 6.368/1976 é norma penal em branco, vez que necessita de complementação para que se possa apreender seu âmbito de aplicação.

2. Na compreensão da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a Resolução nº 104/2000 editada pelo Diretor da ANVISA é inválida, por não ter sido referendada pelo colegiado. Precedentes.

3. O ato nulo não produz efeitos no mundo jurídico.

4. O cloreto de etila, vulgarmente conhecido como lança-perfume, continua sendo substância proibida pela Lei Antidrogas, de modo que a sua venda e manutenção em depósito constitui, em tese, crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem denegada” (fl. 52).

Alega o impetrante que, por força da Resolução RDC 104/2000, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que excluiu o cloreto de etila da relação de substâncias entorpecentes proibidas, operou a *abolitio criminis*.

Requer, liminarmente, seja concedida a ordem, para trancamento da ação penal e, no mérito, reproduz idêntico pleito.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 121-122).

A Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 125-129).

É o relatório.

HC 94.397 / BA

VOI O

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator): 1. Assiste razão ao impetrante.

A questão cinge-se à caracterização, ou não, de *abolitio criminis* quanto ao tráfico de cloreto de etila (lança-perfume), em razão da edição de resolução da ANVISA. Para enfrentá-la, é necessário resumir os acontecimentos à época da edição das sucessivas resoluções que excluíram e, oito dias depois, voltaram a incluir o cloreto de etila na lista das substâncias entorpecentes.

2. Como se sabe, o Brasil adota o sistema de enumeração legal das substâncias entorpecentes para complementação do tipo penal em branco relativo ao tráfico de entorpecentes (art. 12 da Lei 6.368/76, vigente à época dos fatos). O art. 36 dessa lei determina sejam consideradas entorpecentes, ou capazes de determinar dependência física ou psíquica, as substâncias que assim forem especificadas em lei ou ato do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia do Ministério da Saúde – sucedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

O problema surge com a Resolução ANVISA RDC nº 104, de 7 de dezembro de 2000, que **retirou o cloreto de etila** da Lista F2 - Lista das Substâncias Psicotrópicas de Uso Proscrito no Brasil, da Portaria SVS/MS nº 344/98, de 12 de maio de 1998 –, para incluí-lo na Lista D2 (Lista de Insumos Químicos Utilizados como Precursores para Fabricação e Síntese de Entorpecentes e/ou Psicotrópicos, da Portaria SVS/MS nº 344/98, sujeitos ao controle do Ministério da Justiça). Tal resolução foi editada pelo Diretor-

HC 94.397 / BA

Presidente da ANVISA, *ad referendum* da diretoria colegiada, com fundamento no art. 13, IV, do Decreto 3.029/99, que estatui:

“Art. 13. Ao Diretor-Presidente incumbe:

“IV - decidir *ad referendum* da Diretoria Colegiada as questões de urgência”

Ocorre que a Diretoria Colegiada da ANVISA **não referendou o ato**, e, oito dias depois, reeditou a Resolução nº 104, cujo novo texto incluiu o cloreto de etila na Lista B1 (substâncias psicotrópicas, DOU de 15/12/2000).

Alegam os impetrantes que a primeira Resolução nº 104 foi editada de acordo com o Regimento Interno da ANVISA e, suposto tenha sido alterada, produziu efeitos no período em que esteve em vigor, nos termos do art. 1º, § 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Afirmam, daí, ter havido *abolitio criminis* em relação às condutas de porte e tráfico da substância cloreto de etila, e, nos termos do art. 107, III, do Código Penal, estar extinta a punibilidade do paciente.

3. O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando posição consolidada a partir do julgamento do **REsp nº 299.659**, indeferiu pedido idêntico. Na oportunidade, o STJ entendeu que a primeira versão da Resolução ANVISA RDC nº 104 é nula, porque emanada de autoridade incompetente e, como tal, não produziu efeitos jurídicos. Afirmou que não havia urgência por autorizar que o diretor-presidente baixasse resolução sem prévia análise da diretoria colegiada, o que teria maculado o processo administrativo de

HC 94.397 / BA

elaboração da norma. E, diante do entendimento deste STF de que “a norma do § 4º do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil não possui o efeito de afastar do cenário jurídico-constitucional o devido processo legislativo” (HC nº 77.724, Rel. Min. **MARCO AURÉLIO**, DJ 02/02/2001), decidiu considerar válida apenas a segunda edição da Resolução nº 104, afastando, assim, a alegação de ocorrência de *abolitio criminis*.

A defesa contesta, aqui, o argumento de nulidade da primeira edição da Resolução nº 104. Afirma que o Judiciário, freqüentemente, se abstém de apreciar as circunstâncias de urgência e relevância de medidas provisórias, por cuidar que se trata de atos discricionários do Poder Executivo, e, da mesma forma, lhe faltaria competência para avaliar a urgência que justificou, à época, a edição do ato normativo pelo Diretor-Presidente da ANVISA.

4. A questão é, portanto, de saber se a primeira edição da Resolução RDC ANVISA nº 104 produziu, ou não, efeitos legais até a reedição, oito dias depois.

Tenho que a resposta é positiva.

Como visto, o Regimento Interno da ANVISA confere ao seu Diretor-Presidente a competência para editar atos normativos, *ad referendum* da diretoria colegiada. E, *data venia*, o fato de a primeira versão da Resolução ANVISA RDC nº 104 não ter sido posteriormente referendada pelo órgão colegiado não lhe afasta a vigência entre sua publicação no DOU e a realização da sessão plenária.

HC 94.397 / BA

É que não se trata, aqui, de ato administrativo complexo, em que a manifestação de dois ou mais órgãos lhe integre a formação, de sorte que seu aperfeiçoamento dependa de todas as manifestações. O ato administrativo *ad referendum*, neste caso, é ato simples, decorrente da vontade de um único órgão – a Diretoria da ANVISA, representada, excepcionalmente, por seu Diretor-Presidente, mas precário, porque pode ser alterado ou revogado pelo órgão colegiado.

E, quanto à exeqüibilidade do ato, não se pode esquecer que o propósito da norma que confere ao diretor-presidente a competência para editar resoluções urgentes é, precisamente, assegurar-lhes a vigência imediata, nos casos em que aguardar a reunião do órgão colegiado lhes possa fulminar a utilidade. Daí que, sendo formalmente válida, a resolução editada pelo diretor-presidente produziu efeitos até a republicação, com texto absolutamente diverso, oito dias depois.

A decisão ora impugnada declarou a nulidade do ato praticado pelo diretor-presidente sob argumento de que faltava, no caso, o requisito de urgência. Lembro, porém, que a primeira edição da Resolução não foi objeto de impugnação judicial, donde não teve sua legalidade diretamente questionada. O exame jurisdicional do mérito do requisito de urgência, pelo STJ, ocorreu durante o juízo de recursos criminais relacionados a casos de cloreto de etila como substância entorpecente.

Tal circunstância não afasta, por si só, a competência do Poder Judiciário para analisar os motivos que precedem o ato administrativo em casos

HC 94.397 / BA

concretos. Mas o questionamento ao requisito da urgência para afastar a validade da primeira edição da Resolução ANVISA RDC nº 104 não resiste à mera leitura do preâmbulo da Resolução, que aponta “a *decisão do Conselho Nacional Antidrogas – CONAD, em reunião realizada em 5 de dezembro de 2000*” e a “urgência do assunto” como razões para a sua pronta edição.

Daí não haver, no caso, evidente falta do requisito formal de urgência, que confere ao diretor-presidente o poder de editar normas com vigência imediata *ad referendum* do órgão colegiado, não sendo razoável afirmar tenha havido usurpação de competência da diretoria colegiada da ANVISA. A nova Resolução, editada pelo órgão colegiado, não questionou a urgência da matéria, mas alterou-lhe substancialmente o conteúdo material. De modo que a rejeição, pela diretoria colegiada, ao ato monocrático praticado por seu diretor-presidente, não disse respeito à sua conformidade com o Regimento da ANVISA, mas à oportunidade e conveniência da inclusão da substância em uma ou em outra lista de produtos controlados – o que **SEABRA FAGUNDES** definiria como “utilidade intrínseca do ato”¹.

Não havendo falar que “a *matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada*”², não vejo como reconhecer nulidade à primeira edição da Resolução ANVISA RDC nº 104, sem incorrer em indevida apreciação do mérito do ato administrativo, que produziu efeitos durante a curta vigência. De todo modo,

¹ *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 131.

HC 94.397 / BA

diante da repercussão do ato administrativo na tipicidade penal, e, assim, em homenagem ao princípio da legalidade penal, cuida-se aqui de caso típico em que a manutenção do ato é menos prejudicial ao interesse público do que sua invalidação³.

5. Afastada a tese de que a primeira edição da Resolução ANVISA RDC nº 104 padeceria de vício no processo de *elaboração da norma*, cumpre analisar se houve mero erro material, corrigido pela nova edição, publicada oito dias depois.

Nos casos de errata na lei ou em qualquer outro ato normativo, é preciso distinguir entre erro material (gráfico), cuja correção não altera o conteúdo da norma anterior, e erro substancial, quando a republicação modifica ou subtrai, parcial ou totalmente, o sentido do ato anterior. Nesta última hipótese, não se cuidará de mera correção, mas de edição de lei nova, nos termos do art. 1º, § 4º, da LICC (*"as correções de texto de lei já em vigor consideram-se lei nova"*).

Ora como se viu, a primeira edição da Resolução ANVISA RDC nº 104 entrou em vigor na data de sua publicação. E o seu teor, supra transcrito, elimina *"qualquer dúvida sobre o respectivo alcance, afastando-se, assim, a possibilidade de ter-se como ocorrido mero erro datilográfico"* (HC nº 80.752/MC, Rel. Min. **MARCO AURÉLIO**, DJ 14/03/2001). Donde, a nova edição da Resolução, ao modificar substancialmente o texto vigente, significou, para efeitos

² Art. 2º, parágrafo único, "d", da Lei nº 4.717/65.



HC 94.397 / BA

do art. 12 da Lei nº 6.368/76, conferir novo sentido à expressão “*substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*” (grifei), elemento da norma penal incriminadora.

Não é necessário alongar-me na demonstração de que a inclusão de determinada substância na Lista B1 (substâncias psicotrópicas) da ANVISA representa o aperfeiçoamento do tipo penal de tráfico de entorpecentes, e, assim, tal ato administrativo deve revestido de todas as garantias aplicáveis às leis penais. Limito-me, aqui, a transcrever a lição do saudoso professor **HELENO CLÁUDIO FRAGOSO**:

“Em regra, a alteração dos complementos da norma penal em branco, se discriminar a ação ou beneficiar o réu, não pode deixar de retroagir. As disposições que completam as leis penais em branco integram o conteúdo de fato da conduta incriminada e sua alteração representa uma nova valoração jurídica do mesmo”⁴

Daí que conferir eficácia retroativa à nova redação da Resolução ANVISA RDC nº 104, que tornou a definir o cloreto de etila como substância psicotrópica, representaria flagrante violação ao art. 5º, XL, da Constituição Federal.

6. Tem-se, portanto, que a resolução publicada no dia 07/12/2000 retirou o cloreto de etila da Lista F2 (*substâncias psicotrópicas de uso proscrito*) e colocou-o na Lista D2 (*insumos químicos utilizados para fabricação e síntese*)

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 229.

HC 94.397 / BA

de entorpecentes e/ou psicotrópicos). A partir dessa data, e até a nova publicação da resolução, em 15/12/2000, o consumo, porte ou tráfico da substância já não eram alcançados pela Lei de Drogas. Em outras palavras, tais condutas eram *atípicas* durante esse período.

Ora, diante da disposição constitucional de retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 5º, XL), há de se considerar extinta a punibilidade dos agentes que praticaram quaisquer daquelas condutas **antes** de 07/12/2000. Como o paciente foi denunciado por ter sido flagrado comercializando frascos de cloreto de etila em 18 de fevereiro de 1998, impõe-se-lhe a concessão da ordem.

7. Diante do exposto, **concedo a ordem**, para declarar extinta a punibilidade do ora paciente no **Processo-Crime nº 140.98.604896-9**, nos termos do art. 107, III, do Código Penal.



Ministro **CEZAR PELUSO**
Relator

⁴ *Lições de Direito Penal*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 106.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 94.397

PROCED. : BAHIA

RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO

PACTE.(S) : MARCUS VINÍCIUS SOARES DE MELO

IMPTE.(S) : FABIANO PIMENTEL

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Concedida a ordem, nos termos do voto do Relator. Votação unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 09.03.2010.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello e Eros Grau. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador