

PRISCILA MENDES DE LIMA

**A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO CRIME DE
TRÁFICO DE DROGAS AOS ILÍCITOS PREVISTOS NO ARTIGO 273 DO CÓDIGO
PENAL**

Uma análise a luz do princípio da proporcionalidade.

Brasília

2014

PRISCILA MENDES DE LIMA

**A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO CRIME DE
TRÁFICO DE DROGAS AOS ILÍCITOS PREVISTOS NO ARTIGO 273 DO CÓDIGO
PENAL**

Uma análise a luz do princípio da proporcionalidade.

Monografia apresentado pela aluna Priscila Mendes de Lima para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Professor Marcus Vinícius Reis Bastos.

Brasília

2014

LIMA, Priscila Mendes de.

A possibilidade de aplicação do preceito secundário do crime de tráfico de drogas aos ilícitos previstos no art. 273 do Código Penal: uma análise à luz do princípio da proporcionalidade.

... fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito no Centro Universitário de Brasília- UniCEUB.

Orientador: Professor Marcus Vinícius Reis Bastos.

PRISCILA MENDES DE LIMA

**A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO CRIME DE
TRÁFICO DE DROGAS AOS ILÍCITOS PREVISTOS NO ART. 273 DO CÓDIGO
PENAL**

Uma análise a luz do princípio da proporcionalidade

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília

Orientador: Professor Marcus Vinícius Reis
Bastos.

Brasília, ___ de _____ de 2014.

Banca Examinadora

Marcus Vinícius Reis Bastos
Orientador

Examinador

Examinador

Dedico este trabalho ao Senhor Deus, pois sem Ele nada seria possível e a minha família, por todo amor a mim dedicado, em especial aos meus pais, às minhas avós Fátima e Devirgens, a minha irmã Paula e as minhas primas Juliana e Andreza.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por sua paciência, bondade e amor incondicional e por me guiar em todas as circunstâncias, dando-me forças para vencer mais uma batalha.

Aos meus amados pais, por dedicarem as suas vidas a me fazer feliz, muitas vezes sacrificando os seus sonhos para a concretização dos meus. Faltam palavras capazes de expressar minha gratidão e admiração por vocês.

Aos meus amigos, por serem o meu apoio nos momentos difíceis.

Às queridas e admiráveis Cláudia Oliveira e Raquel Ramos, por serem os exemplos que pretendo seguir e por verem em mim as qualidades que eu mesma não enxergo. Serei eternamente grata por todo carinho a mim despendido.

Agradeço a toda a equipe Revolução 5 da Igreja Sara Nossa Terra. A vida é melhor quando temos boas amizades ao nosso lado.

Agradeço ainda ao professor Marcus Vinícius, pela educação e elegância ímpar, me auxiliando a cada passo deste trabalho.

RESUMO

Após diversos escândalos no país envolvendo a falsificação de remédios, no escopo de atender aos reclames da população brasileira que exigia do Poder Público medidas mais severas a essa espécie de crimes, o legislador editou a Lei n. 9.677/98, majorando substancialmente as penas previstas ao crime de falsificação, corrupção, adulteração e alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, atualmente consagrados no artigo 273 do Código Penal, além de ampliar o rol dos objetos materiais e das condutas puníveis. Tais alterações não foram bem vistas pelos juristas brasileiros que alegam a inconstitucionalidade dessas perante o princípio da proporcionalidade. Diante das críticas surge, principalmente nos Tribunais Regionais Federais Brasileiros, tese que visa, no julgamento do caso concreto, o afastamento da pena cominada ao artigo 273, aplicando em seu lugar, aquela prevista ao tráfico de drogas no art. 33 da Lei n. 11.343/06. Neste trabalho estudaremos a possibilidade do magistrado, no exercício de suas competências, realizar essa mitigação, proferindo sentença que utiliza o preceito primário do art. 273 combinado com o preceito secundário do artigo 33 da Lei de Tóxicos.

Palavras-chaves: Artigo 273 do Código Penal. Lei n. 9.677/98. Princípio da proporcionalidade. Lei 11. 343/06.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL	11
1.1 O conceito de Direito Penal	11
1.2 Finalidade e Características do Direito Penal	15
1.2.1 <i>Direito e Moral</i>	15
1.2.2 <i>Princípio da Intervenção Mínima</i>	17
1.2.4 <i>O Bem jurídico Protegido</i>	18
1.3 Princípios Orientadores do Direito Penal	19
1.3.1 <i>Princípio da Legalidade ou Princípio da Reserva Legal</i>	19
1.3.1.1 Conceito	19
1.3.1.2 Princípio da legalidade: função	20
1.3.1.3 A legalidade formal e a legalidade material	21
1.3.2 <i>Princípio da Proporcionalidade</i>	23
1.3.2.1 Conceito	24
1.3.2.2 Elementos parciais ou subprincípios integrantes da proporcionalidade	24
1.3.2.3 A proporcionalidade e as leis restritivas de direitos fundamentais	28
1.3.2.4 A proporcionalidade e o devido processo legal substantivo	34
1.3.2.5 As várias denominações do princípio da proporcionalidade	36
2 FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTOS DESTINADOS A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS	37
2.1 Lineamentos Gerais do Artigo 273	37
2.2 Objeto Material	38
2.3 Condutas Puníveis	41
2.4 O artigo 273 e a Lei nº 9.677/98	43
2.4.1 <i>Contexto histórico da Lei n. 9.677/98</i>	43
2.4.2 <i>Críticas aos fundamentos da Lei n. 9.677/98</i>	49

3 PROPORCIONALIDADE E APLICAÇÃO DA PENA QUANDO DO COMETIMENTO DO DELITO DO ARTIGO 273.....	51
3.1 O Entendimento Jurisprudencial Na Aplicação da Pena do Artigo 273	51
3.2 O Artigo 273 e o Princípio da Proporcionalidade	59
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS.....	64

INTRODUÇÃO

No ano de 1998, os noticiários brasileiros foram bombardeados com numerosos escândalos envolvendo a falsificação de remédios. Essa era a principal notícia, tanto na mídia escrita quanto na falada, sendo dado especial destaque aos casos que envolveram os medicamentos “Microvlar” e “Androcur”.

O primeiro consistia em um anticoncepcional que, ao ser disponibilizado no mercado sem um dos seus principais componentes, o sal terapêutico, que foi substituído por farinha de trigo, contribuiu para a ocorrência de inúmeras gestações não planejada pelas mulheres que o utilizavam. O episódio ficou conhecido como o caso das “pílulas de farinhas”.

O segundo, por sua vez, era destinado ao tratamento do câncer de próstata e gerou revolta na população quando apurado que vinha sendo comercializado sem nenhum princípio ativo em sua composição, concorrendo para a aceleração da morte de seus usuários.

Esses episódios associados à descoberta de grandes laboratórios irregulares destinados a produção de medicamentos sem autorização dos órgãos públicos competentes e de eficácia contestável geraram vultosa comoção no país que clamava por punições mais severas aos praticantes dos crimes dessa natureza.

É nessa conturbada conjuntura social que o legislador brasileiro, com objetivo de dar rápida e efetiva resposta aos anseios punitivos lastreados na sociedade, editou a Lei n. 9.677 de 2 de julho de 1998 majorando consideravelmente a pena do crime de *falsificação, corrupção, alteração e adulteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais* consagrado no artigo 273 do Código Penal, que passou de 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão para 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão mantendo-se a multa.

A *novatio legis* também foi a responsável por incluir, no §1º-A, do artigo 273, as matérias primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de usos em diagnóstico como objetos materiais desse delito, além de criar as figuras típicas do §1º-B que, para doutrina majoritária, consistem em ilícitos administrativos e ampliar o rol das condutas puníveis tipificadas no §1º, todos do artigo 273.

Ainda no ano de 1998, no dia 20 de agosto, foi publicada a Lei n. 9.695/98, responsável por acrescentar ao art. 1º da Lei nº 8.072 de 1990 – Lei dos Crimes Hediondos – o inciso VII-B que reconhece a natureza hediondo do crime ora estudado.

As alterações elencadas, em sua maioria, foram objeto de reprovação por parte dos operadores do direito, visto que parte considerável, entendeu que as disposições trazidas pela Lei n. 9.677/98 eram inconstitucionais quando confrontadas com o princípio da proporcionalidade.

Em razão de tal entendimento, diversos são os julgados, principalmente nos Tribunais Regionais Federais Brasileiros, que afastam a incidência da pena estabelecida no artigo 273, aplicando a cominada ao tráfico de drogas no artigo 33 da Lei n. 11.343/06, dimensionada de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão.

Analisaremos neste trabalho a possibilidade do magistrado ao exercer suas competências jurisdicionais aplicar aos ilícitos do artigo 273 pena diversa da prevista pelo legislador, em prevalência ao princípio da proporcionalidade.

Para tanto, no Capítulo I estudaremos o conceito e a missão do direito penal, além dos princípios confrontados no debate em comento, sendo possível ao leitor se integrar dos desdobramentos que o envolvem.

No Capítulo II, elucidaremos o artigo 273 e as mudanças trazidas pela Lei n. 9.677/98, explicitando as principais controvérsias que o contornam.

Por fim, no Capítulo III adentraremos na jurisprudência existente sobre o tema, verificando os argumentos contrários e favoráveis utilizados pelos Tribunais Brasileiros na substituição ou não da sanção cominada ao diploma legal estudado.

Na elaboração deste trabalho utilizamos o método dedutivo, adotando como fonte de pesquisa livros, artigos publicados da internet e legislações variadas.

1 APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL

1.1 O conceito de Direito Penal

Francisco de Assis Toledo entende que o direito penal é “aquela parte do ordenamento jurídico que estabelece e define o *fato-crime*, dispõe sobre quem deva por ele responder e, por fim, fixa as penas e medidas de segurança a serem aplicadas”.¹

Para Mezger, o direito penal é “o conjunto de normas jurídicas que regulam o exercício do poder punitivo do Estado, associando ao delito, como pressuposto, a pena como consequência”.²

O segmento jurídico em questão consiste, portanto, no conjunto de regras e princípios que visando limitar o *ius puniendi* estatal, evitar as sanções abusivas, garantir proteção à liberdade do indivíduo e a boa convivência social dará a determinados comportamentos humanos a qualidade de crime, definindo seus agentes e fixando a pena a serem-lhe aplicadas.

Todos os conceitos acima estão corretos, no entanto, se ater apenas a eles implica limitar a magnitude do objeto estudado.

Quando denominado pelo seu sinônimo, ciência penal, o direito penal pode ser definido ainda, como a reunião de conhecimentos voltados à elucidação das normas criminais e dos institutos por ela consagrados com o objetivo de melhor aplicá-los ao caso concreto, levando-se em conta os padrões de *justiça*. Isso porque, segundo o entendimento de Welzel, o direito penal é “ciência prática”, que tem por objeto o complexo comportamento humano, não podendo se limitar a ser mero instrumento de revelação da vontade do legislador em determinado momento

¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.1

² MEZGER, apud TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.1.

histórico, ou um simples reproduzidor da letra da lei.³ Fala-se aqui, de acordo com a doutrina moderna, da chamada função criadora do direito penal.⁴

A interpretação das normas incriminadoras deve ser dinâmica, não consistindo em “jogo de encaixe” onde ao ser praticado o ato considerado delituoso aplica-se de imediato e friamente o dispositivo legal. É preciso que se analisem as circunstâncias do fato e os valores envolvidos.⁵

Com acuidade, Cezar Roberto Bitencourt ensina que:

“O Direito Penal apresenta-se, por um lado como um *conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança*. Por outro lado, apresenta-se como um conjunto de valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais.”⁶

Contudo, mais do que um instrumento de punição, a norma criminal deve orientar-se, principalmente, a prevenir as infrações penais.⁷

Assim, todas as vezes que uma lei é editada, o seu preceito primário⁸ – parte da norma que irá definir a conduta proibida ou desejada – tem a finalidade de informar a todos que estão submetidos à jurisdição daquele ordenamento tudo o que lhe é vedado ou permitido, punido ou aceito.⁹

Já o preceito secundário¹⁰, elemento do tipo normativo que irá fixar a pena aplicável ao agente delinquente, possui a intenção de intimidar a sociedade ou nela inserir a necessidade de respeito a alguns valores morais, partindo do pressuposto

³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.2

⁴ Cezar Robert Bitencourt esclarece que o Direito Penal ao ser utilizado no sentido de ciência penal exerce uma “função criadora, liberando-se das amarras do texto ou da dita *vontade estática* do legislador, assumido seu verdadeiro papel, reconhecidamente valorativo e essencialmente crítico no contexto da modernidade jurídica.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 57).

⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.2

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 57

⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.3

⁸ Na lição de Rogério Greco: “O preceito primário (*perceptum iuris*), é o encarregado de fazer a descrição detalhada e perfeita da conduta que se procura proibir ou impor” (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 13. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2011. Vol. I. p. 19).

⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.3

¹⁰ Ao “preceito secundário (*sactio iuris*), cabe a tarefa de individualizar a pena, cominando-a em abstrato” (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 13. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2011. Vol. I. p. 19).

de que as punições aplicadas aos indivíduos que cometeram ilícitos servem de exemplo para os membros da sociedade, demonstrando a estes, que caso não observem o disposto no preceito primário, haverá sobre eles a incidência da sanção cominada, ocorrendo a chamada prevenção geral da pena.¹¹

Sendo a intimidação insuficiente e vindo o cidadão a praticar um delito teremos a realização da prevenção especial, visto que a pena que antes estava prevista no plano abstrato, é materializada na sentença condenatória, neutralizando o infrator (prevenção especial negativa)¹², que ao ser retirado temporariamente do meio social, nas hipóteses em que há a imposição de uma pena privativa de liberdade, não praticará novos ilícitos e o ressocializando, para que no cumprimento da sanção que lhe foi imposta, reflita sobre seu ato e não volte a infringir o direito (prevenção especial positiva)¹³.

Acerca do tema, Hassemer é crítico quanto à eficácia da prevenção geral, compreendendo que:

“A intimidação como forma de prevenção atenta contra a dignidade humana, na medida em que ela converte uma pessoa em instrumento de intimidação de outras e, além do mais, os efeitos dela esperados são altamente duvidosos, porque sua verificação real escora-se, necessariamente, em categorias empíricas bastante imprecisas, tais como:

- o inequívoco conhecimento por parte de todos os cidadãos das penas cominadas e das condenações (pois do contrário o Direito Penal não atingiria o alvo que ele se propõe) e

- a motivação dos cidadãos obedientes à lei a assim se comportarem precisamente em decorrência da cominação e aplicação de pena (pois do contrário o Direito Penal como instrumento de prevenção seria supérfluo).”¹⁴

No que diz respeito à função ressocializadora atribuída ao direito penal, são interessantes os questionamentos de Rogério Greco.

“Em um sistema penitenciário falido, como faremos para reinserir o condenado na sociedade da qual ele fora retirado pelo Estado? Será que a pena cumpre, efetivamente, esse efeito ressocializante ou a contrário, acaba de corromper a personalidade do agente? Busca-se produzir que tipo de ressocialização? Quer-se impedir que o condenado volte a praticar

¹¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.3

¹² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.3

¹³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 13. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2011. Vol. I. p. 474

¹⁴ HASSEMER, Winfried apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 13. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2011. Vol. I. p. 476

novas infrações penais, ou quer-se fazer dele uma pessoa útil para a sociedade?”¹⁵

De fato, é questionável a efetividade da função preventiva incumbida ao direito penal, contudo segundo a lição de Francisco de Assis Toledo para quem “os tipos legais de crime constituem verdadeira autorização primária para que o Estado possa intervir em certas áreas reservadas, na esfera da liberdade individual”,¹⁶ tal função é muito mais concreta do que se imagina.¹⁷

É que de acordo com o ilustre doutrinador, por meio da formulação de um fato típico, permite-se que órgãos e agentes estatais voltados à repressão e prevenção penal possam agir em determinadas áreas geográficas inibindo a realização de condutas delituosas.¹⁸

Isso fica claro, por exemplo, na hipótese do policiamento ostensivo realizado em locais mais propensos à prática de crimes. A presença destes agentes pode até não impedir que novos delitos venham a ser praticados, porém, certamente influenciarão na diminuição da ocorrência destes.¹⁹

Disserta Francisco de Assis Toledo que, além disso, é preciso que se tenha em mente, a ideia de que o crime é fenômeno social, resultado de vários fatores, não podendo ser dada somente ao direito penal a missão de combatê-lo. Na prevenção aos fatos delituosos existem uma série de estruturas sociais como a família e a escola, por exemplo, que devem atuar concomitantemente com a atividade legiferante para a concretização deste fim.²⁰

Com maestria, explica o ex Ministro do STJ:

“Em grave equívoco incorrem, frequentemente, a opinião pública, os responsáveis pela Administração e o próprio legislador, quando supõem

¹⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 13. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2011. Vol. I. p. 476

¹⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.4

¹⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.4

¹⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.4

¹⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.4

²⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.5

que, com a edição de novas leis penais, mais abrangentes ou mais severas, será possível, resolver-se o problema da criminalidade crescente [...].²¹

Não percebem os que pretendem combater o crime com a só edição de leis que desconsideram o fenômeno criminal como efeito de muitas causas e penetram em um círculo vicioso invencível, no qual a própria lei penal passa, frequentemente, a operar ou como importante fator criminológico, ou como intolerável meio de opressão.”²²

1.2 Finalidade e Características do Direito Penal.

Sabendo que a prevenção dos delitos não é incumbência exclusiva do direito penal, torna-se imprescindível a análise da seguinte pergunta:

Qual a função específica do direito penal no combate ao crime?

Em suma, a função imediata do direito penal é a proteção de bens jurídicos relevantes.²³

E aqui, ponderamos imperioso que seja realizada a importante distinção entre direito e moral.

1.2.1 Direito e Moral

Os romanos já anunciavam a máxima *nos omne quod licet honestum est*, ou seja, nem tudo o que é lícito é honesto, deste modo, é possível inferir que direito e moral são ciências distintas.

Contudo, apesar de serem distintas, as duas ciências não podem ser totalmente desassociadas uma da outra, afinal o direito penal prescinde de elementos de foro íntimo, como, dolo, culpa e boa fé e, além disso, tem por escopo, a formação de uma consciência ética na sociedade, ou seja, visa a formação de uma sociedade comprometida em respeitar alguns valores fundamentais, como a honestidade e o respeito ao próximo.²⁴

²¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.5

²² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.5

²³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.13

²⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.8-12

Por tal razão, as leis criminais não podem ser incompatíveis com as leis da moral, e nem poderiam, pois isso implicaria em total ineficácia daquelas, ou pior, fundamentaria a criação de normas e punições abusivas e arbitrárias.²⁵

Ocorre que na seleção dos bens passíveis da tutela penal, são levados em conta critérios jurídicos e políticas criminais, que nem sempre são correspondentes com a ética, por isso não são raras as vezes que temos dispositivos contrários as virtudes nesta consagrada.²⁶

Assis de Toledo expõe, como exemplo, o crime de estelionato consagrado no art. 171 do Código Penal²⁷, visto que para a sua configuração não basta a simples obtenção de vantagem valendo-se da falta de conhecimento de outrem, mas que isso tenha ocorrido através da utilização de um meio fraudulento.

“Nota-se, portanto, no exemplo dado, que o legislador penal, ao elaborar a norma proibitiva do estelionato, desconsiderou o conteúdo ético, esqueceu-se completamente da máxima “faça o bem e não o mal”, e por razões pragmáticas, optou por uma fórmula jurídica que permitisse o livre desenvolvimento das relações de negócios reputadas necessárias para o tráfico de bens materiais. O ético cede lugar ao utilitário.”²⁸

Deste modo, o direito penal não pode ser contrário a moral, mas nem sempre será perfeitamente com ela compatível.²⁹

O ordenamento jurídico criminal possui caráter limitado, não atuando em todas as situações consideradas ilícitas ou antiéticas,

“mas apenas naquelas em que os demais ramos do direito foram incapazes de proporcionar uma resposta satisfatória e mesmo assim, incidindo apenas quando a ofensa causada for considerada grave.”³⁰

²⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.12

²⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.13

²⁷ Art. 171, CP. *Obter para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento*. BRASIL. Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 06 de maio de 2014.

²⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.11

²⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.14

³⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.14

Não tem o direito penal a função de criar seres humanos com caráter e personalidade respeitáveis ou ainda, ser o principal meio de educação do indivíduo. Isto é competência da família, da igreja e dos órgãos estatais voltados para essa função, como aqueles de proteção às crianças e adolescentes, por exemplo.

1.2.2 Princípio da Intervenção Mínima.

Quanto ao caráter limitado da ciência criminal, dispõe o princípio da intervenção mínima, que por possuir as punições mais severas à pessoa, o direito penal deve manter-se subsidiário e fragmentário em relação às demais esferas jurídicas, não atuando em qualquer hipótese, mas apenas quando sua presença for estritamente necessária.

Por atuação subsidiária, é concebido que havendo a transgressão ao texto legal, só haverá a atuação penal quando os demais instrumentos jurídicos se mostrarem insuficientes para a reparação do dano causado.

Com maestria, Guilherme de Souza Nucci esclarece a questão:

“[...] Ocorrida a vulneração legal, busca-se o amparo do Direito Administrativo, impondo-se uma multa; quando não, socorre-se ao Direito Civil, galgando-se o direito à reparação do dano; ainda procura-se o Direito Trabalhista, corrigindo-se a falta. E assim sucessivamente. Esgotadas as medidas punitivas extrapenais, permanecendo a reiteração do ato lesivo, capaz de gerar rupturas indesejáveis na paz social, lança-se mão do tipo penal incriminador, viabilizando-se a intervenção estatal penal.”³¹

A fragmentariedade, por sua vez, consiste na ideia que o direito penal é, nas palavras do supradito doutrinador, o “fragmento punitivo máximo do conjunto normativo”, por isso, apenas as lesões mais graves aos bens jurídicos mais importantes serão objetos de sua tutela.³²

Consequência natural da intervenção mínima são os princípios da insignificância e o da adequação social.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 168

³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 169

O primeiro, segundo Fernando Capez, determina que “o Direito Penal não deve preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico.”^{33 34}

O segundo, por sua vez, dispõe que determinadas condutas, por serem socialmente aceitas, ainda que proporcionem uma lesão ao bem jurídico tutelado, não serão tipificadas como crime.

Perfurar a orelha de um recém-nascido, com autorização de sua mãe, para nele colocar um brinco, é um exemplo comumente citado na doutrina brasileira onde há a aplicação do princípio em estudo, visto que, apesar ter havido lesão corporal em face da criança, não fica configurado o fato típico.

Francisco Assis de Toledo ressalta que com certa frequência, temos aplicada conjuntamente ao princípio da adequação social, a máxima, já estudada, *non omne quod licet honestum est*, “vale dizer, podem as condutas socialmente adequadas não ser modelares, de um ponde de vista ético.”³⁵.

1.2.3 O Bem Jurídico Protegido

Francisco de Assis Toledo ensina que bem “em um sentido muito amplo, é tudo o que se nos apresenta como digno útil, necessário, valioso.”³⁶

Bens jurídicos, são portanto, todas as coisas que por serem consideradas essenciais para o bom convívio social, foram selecionados pelo direito, para receberem do Estado uma tutela diferenciada.

Aduz Welzel que o:

³³ O STF, em vários julgados, a exemplo dos HC 92743 / RS, HC 92.961/SP, HC 95.742-1/RS, firmou o entendimento que apara a aplicação do princípio da insignificância ao caso concreto é preciso que sejam atendidos quatro requisitos: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, inexpressividade da lesão jurídica provocada.

³⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral: (arts. 1º a 120)*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 1. p. 26

³⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.132

³⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.15

“bem jurídico é um bem vital ou individual que, devido ao seu significado social, é juridicamente protegido. Pode ele apresentar-se, de acordo com o substrato, de diferentes formas, a saber objeto psicofísico ou objeto espiritual-ideal (exemplo daquele, a vida; deste, a honra), ou uma situação real (respeito pela inviolabilidade de domicílio) ou uma ligação vital (casamento ou parentesco), ou relação jurídica (propriedade, direito de caça), ou ainda um comportamento de terceiro (lealdade dos funcionários públicos, protegida contra a corrupção).”³⁷

Contudo, como o direito penal é regido pelo princípio da intervenção mínima, dentre os bens selecionados pelo direito, apenas os mais importantes e somente contra as lesões mais graves, serão acobertados pela lei criminal.³⁸

Logo, a função imediata do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, todavia, não será todo bem, um bem jurídico e nem todo bem jurídico será protegido pelo Direito Penal.³⁹

1.3 Princípios Orientadores do Direito Penal

1.3.1 Princípio da Legalidade ou Princípio da Reserva Legal.

1.3.1.1 Conceito

Consistindo em literal tradução do enunciado latino de Feurbach – “*nullum crimem, nulla poena sine praevia legem.*” – o princípio da legalidade está consagrado no art. 5º, XXXIX da Constituição Brasileira de 1988 e determina que: *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.*⁴⁰

41.

³⁷ WELZEL apud TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.16

³⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.17

³⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994., p.17

⁴⁰ CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na constituição*. 3. ed., revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.14

⁴¹ No mesmo sentido dispõe o art. 1º do Código Penal, *in verbis*: *Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.* BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 06 de maio de 2014.

Ou seja, só haverá crime quando lei editada em momento anterior a prática do suposto delito assim prever a conduta realizada, de modo que o mesmo entendimento será estendido as penas.⁴²

E quando falamos em lei, estamos falando de lei em sentido estrito, isto é, ato normativo de competência do Poder Legislativo, mais precisamente, de acordo com o disposto no art. 22, I, CF/88, da União.⁴³

1.3.1.2 Princípio da legalidade: função

O princípio da reserva legal, desde a sua consolidação, no período iluminista, com a obra do Marquês de Beccaria e o enunciado de Feuerbach, visa à garantia da liberdade, que só ocorrerá quando o tipo penal descrever, com riqueza de detalhes, a ação e o resultado punidos, e claro, a pena.⁴⁴

Uma norma que previsse como crime toda ofensa a família, por exemplo, estaria em sentido amplo atendendo as exigências do princípio da legalidade (previsão prévia da conduta punível), contudo, ineficaz seria a proteção à liberdade, pois todo comportamento que acarretasse esse resultado constituiria um fato delituoso, dando ensejo a condenações abusivas e tendenciosas por parte da autoridade responsável.⁴⁵

Nesta perspectiva, para Claus Roxin:

“uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão de poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo.”⁴⁶

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 81

⁴³ O art. 22, I, CF/88 determina que compete privativamente a União, e conseqüentemente ao Congresso Nacional, legislar as matérias que versem sobre direito penal e direito processual.

⁴⁴ CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na constituição*. 3. ed., revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.17

⁴⁵ CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na constituição*. 3. ed., revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.18

⁴⁶ ROXIN, Claus apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. I. p.91

A essa exigência de detalhamento do fato típico, dá-se o nome de princípio da taxatividade ou mandato de determinação dos tipos penais.⁴⁷

O princípio da legalidade, portanto, em face do cidadão, reveste-se em verdadeiro instrumento de proteção e de segurança jurídica contra o poder punitivo estatal, visto que estabelece algumas regras, que devem ser severamente seguidas, para que haja a condenação de alguém pelo cometimento de um suposto fato típico.

Além desta função garantidora, a doutrina moderna incumbe também ao tipo penal a chamada função dogmática que para Luiz Vicente Cernicchiaro, consiste na atividade de “seleção de condutas que, por sua repercussão negativa, precisam ser punidas com a mais eficaz das sanções jurídicas”,⁴⁸ sendo o resultado de um “trabalho cultural. Cada legislação reflete o momento histórico de seu país.”⁴⁹

1.3.1.3 A legalidade formal e a legalidade material

Para o bom entendimento do alcance do princípio da legalidade, é imprescindível o entendimento das correntes doutrinárias fundamentadoras do crime.

O crime pode ser analisado sob dois aspectos: o formal e o material.

Inicialmente, as infrações penais eram analisadas, puramente, em seu aspecto formal.⁵⁰ Neste plano de análise, Cernicchiaro nos ensina que “crime é a descrição de uma conduta acompanhada de sanção. [...] É a realização da conduta descrita na lei penal, ou seja, contrária ao preceito da norma jurídica.”⁵¹

Consistindo na representação dos preceitos do positivismo jurídico, nessa acepção, o vetor determinante na constatação do crime seria o texto legal e nada mais. A lei era concebida como a fonte precípua do Direito Penal, sendo dispensável

⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17. ed., revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. I p.91

⁴⁸ CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na constituição*. 3. ed., revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.21

⁴⁹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na constituição*. 3. ed., revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.21

⁵⁰ CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na constituição*. 3. ed., revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.15

⁵¹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na constituição*. 3. ed., revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.15

a análise de qualquer outro elemento para a compreensão e formação deste. O Direito Penal e a lei escrita se equivaleriam.⁵²

Numa análise material, todavia, a lei é colocada em segundo plano. Na configuração e estudo do crime, o importante não é a definição legal, mas sim a substância do fato, assim como os efeitos que este causou na sociedade.⁵³

Cernicchiaro preleciona que:

“sob o aspecto substancial, o fenômeno é analisado sob outra ótica. Interessa fundamentalmente a natureza e a estrutura do fato. Nesse ângulo, a colocação do legislador é desconsiderada. Interessa exclusivamente a ontologia do fato.”⁵⁴

Dotada de princípios jusnaturalistas, na vertente material do crime, prevalece o entendimento de que a lei escrita, não pode sozinha, fundamentar a formação, interpretação e justificação do direito penal e, por conseguinte, dos delitos, sendo preciso que seja realizada uma investigação da realidade de determinada sociedade em dado momento histórico, extraíndo daí quais são os seus valores e objetivos e identificando o seu ideal de justiça, determinando o conceito de legalidade e de legitimidade, e somente a partir disso teríamos subsídios suficientes para a identificação das infrações penais.⁵⁵

O direito penal seria aqui, o resultado desta investigação histórico-cultural.

Guilherme de Souza Nucci entende que o direito penal, em razão da função garantidora que exerce, é incompatível com o conceito material de crime.

“Prevalece no sistema jurídico-penal o conceito de legalidade formal, vinculando que se encontra ao de crime, no sentido formal. Interessa-nos a superioridade do princípio de que *somente* há crime se houver *lei anterior* definindo-o como tal. Desse modo, por mais grave que possa ser determinada conduta, trazendo resultados catastróficos à sociedade, o mais relevante, para que exista a possibilidade de punição na órbita penal é a sua expressa previsão em algum tipo penal incriminador. Afinal, crime é a

⁵² CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na constituição*. 3. ed., revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.16

⁵³ CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na constituição*. 3. ed., revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.15

⁵⁴ CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na constituição*. 3. ed., revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.15

⁵⁵ CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na constituição*. 3. ed., revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.16

conduta descrita em tipo penal incriminador; ausente a descrição, inexistente o delito.”⁵⁶

Concordamos com o posicionamento do eminente doutrinador. Permitir que condutas não elencadas no conjunto normativo penal possam ser consideradas crimes em razão dos efeitos que produziram na sociedade consistem grave ofensa ao princípio da segurança jurídica e poderia legitimar condenações abusivas.⁵⁷

O direito penal traz as penalidades mais graves do ordenamento jurídico, logo sua aplicação prescinde de regras claras e objetivas.

A Constituição Federal de 1988 é clara ao definir em seu art. 22, I que cabe privativamente a União legislar sobre a matéria penal, portanto, é inaceitável autorizar aos magistrados, por meio de instrumentos como a analogia, por exemplo, criarem novos tipos penais, além do mais, isto consistiria em nítido desrespeito a separação de poderes consagrada no Estado Democrático Brasileiro.

Contudo, é também inaceitável negar a importante influência que o conceito material de crime exerce em nosso ordenamento jurídico, afinal, já analisamos que o direito penal prescinde de valores morais, devendo estar em consonância com os anseios sociais.

Mais do que isso, exerce o direito penal uma função criadora, não se resumindo a ser instrumento de reprodução da vontade estática do legislador.

Em um Estado Constitucional Democrático como o brasileiro, o conceito daquilo que é legal ou ilegal vai muito além da prévia previsão do fato na lei, mas depende, principalmente do seu conteúdo e da sua compatibilidade com os valores sociais e constitucionais.

1.3.2 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é, certamente, um dos principais pontos deste trabalho, afinal é pressuposto essencial para que se possa compreender a constitucionalidade ou não do art. 273 do Código Penal.

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 83

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 83

O princípio em questão está presente em todos os ramos do direito, em especial no direito administrativo e no direito civil. Aqui, ele será analisado, principalmente, quando aplicado ao direito penal no controle de constitucionalidade das leis criminais.

1.3.2.1 Conceito

Numa definição sucinta, o princípio da proporcionalidade corresponde a um instrumento jurídico limitador do Poder Legislativo, uma vez que visa impedir que este no exercício da atividade legiferante cometa excessos, desta forma, toda lei deve constituir meio adequado, necessário e justo para a consecução do fim a que se destina.

É vedado ao legislador a criação de normas abusivas que contrariem os valores consagrados na Constituição.

1.3.2.2 Elementos parciais ou subprincípios integrantes da proporcionalidade

A doutrina alemã indica que o princípio da proporcionalidade é formado pela conjugação de três subprincípios ou elementos parciais. São eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁵⁸

Uma norma só será considerada constitucional e plenamente válida do ponto de vista da proporcionalidade quando atender a estes três elementos cumulativamente.

Logo abaixo será estudado o conceito destes subprincípios e como o magistrado no exercício do controle judicial das normas deve analisá-los.

a) Subprincípio da adequação ou da idoneidade.

Uma lei é adequada ou idônea sempre que o seu conteúdo corresponder a um meio potencialmente capaz de atingir a finalidade para a qual foi criada.⁵⁹

⁵⁸ BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília – DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica. 1996. p. 72

⁵⁹ CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Ed., 2009. p. 94.

Na órbita do Direito Penal, isto ocorrerá, quando o instrumento normativo se mostrar, ao menos propenso, a prevenir a ocorrência de condutas delituosas, fim precípua deste ramo do direito.⁶⁰

Suzana de Barros Toledo esclarece que sob a perspectiva da adequação não se questiona a necessidade do meio, isto é, pouco importa se dentre as opções disponíveis, a que foi utilizada é a melhor ou a mais grave à sociedade, o que interessa é a sua aptidão para a concretização do fim estabelecido.⁶¹

Belize Câmara Correa acentua que “uma medida só será considerada inadequada se não contribuir em nada para fomentar o alcance do objeto visado.”⁶²

Antes de analisar a idoneidade, deve o juiz averiguar o porquê da criação da norma, verificando se o motivo utilizado está entre aqueles permitidos na Constituição Federal, ou seja, deve ser constatado se o legislador possuía legitimidade para realizar as intervenções previstas no dispositivo legal criado. Estando tudo dentro do autorizado, dar-se prosseguimento a análise.⁶³

O respeito ao elemento adequação deve ser averiguado sob um prisma negativo no momento da criação da norma. Assim, apenas quando o meio utilizado for, nítida e inequivocadamente, incapaz de alcançar o objetivo firmado haverá a declaração de sua idoneidade e conseqüente inconstitucionalidade⁶⁴. Isso porque, nas palavras de Pedraz Penalva, “a lei, como produto da vontade do legislador, é no momento de sua edição, apenas uma previsão abstrata cujas virtualidades só com o decurso do tempo vão se revelando.”⁶⁵

⁶⁰ CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Ed., 2009. p. 94

⁶¹ BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília – DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica. 1996. p. 74

⁶² CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Ed., 2009. p. 94

⁶³ BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília – DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica. 1996. p. 75

⁶⁴ BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília – DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica. 1996. p. 75

⁶⁵ PENALVA apud BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília – DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica. 1996. p. 75

Se, por um acaso, no decorrer de sua vigência, uma norma considerada adequada, se revelar contrária aos preceitos consagrados na Constituição, não se fala aqui em inadequação ou inidoneidade, mas sim num processo de inconstitucionalização que pode se dar em razão de várias circunstâncias, entre elas a alteração da realidade fática ou de alguns valores sociais.⁶⁶

Trata-se de tarefa complexa apurar quando a intervenção penal é idônea, pois para isso não são consideradas quantas pessoas foram submetidas a sanção penal, mas sim quantas se absteram de praticar ilícitos em razão dela.⁶⁷

Ademais, em face do aumento crescente da criminalidade questiona-se se de fato a penalidade cominada é insuficiente e por isso inapta à prevenção de delitos, ou se falhos são as demais instituições estatais e sociais também voltadas à prevenção dos crimes, que ao não cumprirem o seu papel, prejudicam a eficiência do Direito Penal.⁶⁸

b) Subprincípio da necessidade ou exigibilidade.

O meio é necessário quando, dentre as opções hábeis à realização do fim pretendido, o legislador optou por aquela menos gravosa, mas tão eficaz quanto as demais.⁶⁹

Em razão do princípio da intervenção mínima, uma lei criminal será necessária quando os demais ramos do direito se mostrarem falhos ou insuficientes à proteção do bem jurídico tutelado. Como já foi estudado, o direito penal não atua em qualquer situação, mas apenas quando há uma lesão grave a um bem jurídico relevante.⁷⁰

Nesse sentido, dispõe Belize Câmara Correa:

⁶⁶ BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília – DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica. 1996. p. 75

⁶⁷ CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Ed., 2009. p. 97

⁶⁸ CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Ed., 2009. p. 97

⁶⁹ BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília – DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica. 1996. p. 76

⁷⁰ CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Ed., 2009. p. 104

“Se outro meio mais suave e igualmente idôneo a atingir a finalidade pretendida puder ser manejado em lugar do arsenal jurídico, a incriminação acaso implementada transbordará os limites impostos pela necessidade, tornando-se arbitrária e, portanto, contrária a proporcionalidade.”⁷¹

Preleciona Suzana de Toledo Barros, que uma norma só poderá ser reputada como desnecessária quando se puder indicar a existência de outro recurso menos danoso e que possua igual ou maior eficácia que o adotado.⁷²

A doutrinadora prossegue e assevera que o elemento necessidade ao contrário do que ocorre na adequação, é apurado através de um enfoque positivo, uma vez que, é insuficiente a simples afirmação que o método adotado não é o que acarreta efeitos mais brandos. Para que se possa concluir pela desnecessidade, “o juiz há de indicar qual o meio mais idôneo e por que objetivamente produziria menos consequências gravosas, entre os vários meios adequados ao fim colimado.”⁷³

Percebe-se, portanto, que o elemento necessidade prescinde do elemento adequação. O meio só se mostra necessário, quando antes de tudo, puder ser aferido como idôneo.⁷⁴

c) Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Toda lei ao ser editada visa a proteção de determinado bem jurídico. Ocorre que na concretização desse intuito outros bens são, por via reflexa, atingidos. Por isso, não são raras as vezes em que uma medida apesar de ser adequada e necessária, revela-se injusta, pois a restrição imposta a um dos interesses em conflito contraria a ideia de equilíbrio entre os direitos protegidos no texto constitucional.

Com maestria Suzana de Toledo Barros deslinda que:

“Há situações em que é plenamente possível identificar um desequilíbrio na relação meio-fim, sem que se possa concluir pela desnecessidade da

⁷¹ CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Ed., 2009. p. 105

⁷² BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília – DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica. 1996. p. 77

⁷³ BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília – DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica. 1996. p. 77

⁷⁴ BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília – DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica. 1996. p. 77

providência legislativa, porque *não está em causa a existência de outra medida menos lesiva, mas, sim, a precedência de um bem ou interesse sobre outro.*"⁷⁵ (grifos nossos)

Por exemplo, o artigo 124 do Código Penal determina que a gestante que "*provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque*", será submetida a uma pena de detenção de um a três anos. Neste caso, dois bens jurídicos estão em conflito: a vida do feto e a liberdade da mãe para decidir sobre prosseguimento da gravidez.

Estes dois direitos, vida e liberdade, são protegidos pela Constituição Brasileira e nenhum deles é considerado mais importante do que o outro, todavia, o legislador, por meio de um juízo de ponderação, entendeu que nas hipóteses consagradas no art. 124, CP, a vida prevalecerá sobre a liberdade.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito é o objeto jurídico que fundamenta esse juízo de ponderação e averigua se as restrições impostas aos bens em conflito são proporcionais a intensidade do dano e a relevância do bem jurídico. É por meio dele que se faz uma distribuição equânime dos ônus.

Naturalmente, a sanção imposta ao indivíduo que pratica um crime, por implicar limitações a determinados direitos, deve ser condizente com a gravidade da lesão causada. Essa, inclusive, para Belize Câmara é a função característica da proporcionalidade em sentido estrito no direito penal.

"A missão específica desse subprincípio é examinar se a carga imposta pela sanção penal se mostra compatível com a relevância do interesse protegido pela norma, ou seja, se há proporção entre o delito e a pena a este cominada. Nessa etapa, haverá o sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental de liberdade e a importância do bem tutelado entre o delito e a pena a este cominada."⁷⁶

1.3.2.3 A proporcionalidade e as leis restritivas de direitos fundamentais

a) Os direitos fundamentais.

José Afonso da Silva ensina que em razão complexidade dos direitos fundamentais e das várias denominações que lhe foram atribuídas, ao longo dos

⁷⁵ BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília – DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica. 1996. p. 80

⁷⁶ CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Ed., 2009. p. 110

anos, cada qual, com algumas acepções distintas, como por exemplo, direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, entre outros, estabelecer um conceito a tais direitos trata-se de missão arduosa.⁷⁷

Por não configurar o objeto central desta pesquisa, não iremos nos ater a explicar as discussões doutrinárias sobre o tema, sendo suficiente, no momento, defini-los como as garantias conquistadas, ao longo da história, pelo homem frente ao Estado, visando limitar a interferência deste na esfera jurídica do cidadão ou exigir atuações estatais positivas voltadas a concretização destas conquistas.

Direito à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança, à saúde, à alimentação, à moradia, são exemplos clássicos de direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988.

b) Regras, princípios e proporcionalidade.

É cada vez mais pacífico na doutrina moderna a ideia de que o ordenamento jurídico é composto por normas, regras e princípios. Aquela seria o gênero, do qual estas seriam as espécies.^{78 79}

A distinção destas duas espécies não é tarefa fácil. Aqueles que se dispuseram ao debate do assunto, ao longo do tempo, criaram diversos fundamentos para realizar esta diferenciação.

José Joaquim Gomes Canotilho aponta a existência de, pelo menos, cinco critérios diferenciadores:⁸⁰

a) grau de abstração: os princípios são mais abstratos, pois podem ser aplicados em um número indeterminado de situações, ao contrário das regras que já são elaboradas com objetivo de serem aplicadas a uma situação específica.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 175

⁷⁸ CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Ed., 2009. p. 45

⁷⁹ Robert Alexy preleciona que “tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2011, p. 87).

⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina. 1993. p. 166

Critério semelhante vem a ser o da generalidade⁸¹. Robert Alexy afirma que este é um dos métodos mais arguidos entre os autores. Nesta perspectiva “os princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.”⁸²

b) grau de determinabilidade na aplicação no caso concreto: raciocínio defendido por Esser e Karl Larenz, Canotilho explica que para esta corrente, os princípios por serem dotados de um conteúdo impreciso, necessitam de ações mediadoras que viabilizem a sua aplicação ao caso concreto, ao passo que as regras, são aplicadas diretamente ao fato. São passíveis de subsunção.⁸³

c) caráter de fundamentabilidade na aplicação do caso concreto: Suzana de Barros Toledo, sob a docência de Canotilho preceitua que “os princípios são fundamentais, na medida em que correspondem à estrutura do sistema jurídico. As regras apóiam-se nos princípios.”⁸⁴

d) proximidade da ideia de direito: os princípios são *Standards*, diretrizes vinculantes relacionadas à exigência de justiça, para Dworking, ou na ideia de direito para Larenz, ao passo que as regras são normas vinculantes em face de seu conteúdo funcional.⁸⁵

e) natureza normogénética: os princípios justificam e fundamentam as regras. São o seu alicerce, isto é, correspondem a sua *ratio legis*.⁸⁶

Para Robert Alexy, entre princípios e regras existe uma diferença *qualitativa*. Os primeiros seriam *mandados de otimização* que “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, e justamente, pela sua concretização não depender apenas das possibilidades fáticas, podem ser realizados em graus distintos.⁸⁷

⁸¹ Por generalidade entende-se que os princípios são aplicados a um número indeterminado de pessoas.

⁸² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2011, p. 87

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina. 1993. p. 166

⁸⁴ BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília – DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica. 1996. p. 154

⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina. 1993. p. 167

⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina. 1993. p. 167

⁸⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 90

As regras, por sua vez, “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”, pois são formadas por *determinações* que se encontram no âmbito daquilo que é possível fática e juridicamente.⁸⁸

Contudo, segundo o autor, o que diferencia crucialmente estas duas espécies de normas, vem a ser o modo pelo qual são solucionadas as colisões entre princípios e os conflitos entre as regras.⁸⁹

Quando duas regras tutelam o mesmo bem, mas preveem consequências jurídicas distintas, elas entram em conflito, cuja solução pode ser dada pela introdução de uma cláusula de exceção⁹⁰ ou pela declaração de invalidade de uma delas, extinguindo-a do conjunto normativo.⁹¹

Isto ocorre, pois o conflito entre regras é solucionado no plano da validade, ou uma regra é válida e aplicável ao caso concreto ou não é. “Não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos.”⁹²

Já as colisões entre os princípios são decididos de forma completamente diversa. Um princípio não deverá ser extinto, declarado inválido ou nele inserido uma cláusula de exceção, mas sim, a depender das circunstâncias presentes no caso concreto, um princípio prevalecerá sobre o outro, por meio de um juízo de ponderação, respeitando-se a proporcionalidade em sentido estrito.⁹³

Suzana de Barros Toledo, sob a influência de Canotilho, pontifica que:

“Os princípios constituem exigências de otimização, não obedecem à lógica do **tudo** ou **nada** das regras. Eles não trazem consigo, como as regras jurídicas, a decisão definitiva quanto a uma conduta imperativa (fazer ou não fazer) ou facultativa, por isso têm um caráter normativo só *prima facie*.”

⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 91

⁸⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 92

⁹⁰ “Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio”. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 92).

⁹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 92

⁹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 92

⁹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 93

Diante do caso concreto, admitem ser ponderados, objetivando harmonizar os vários valores que encerram.”⁹⁴

É que a colisão entre princípios se dá na dimensão do peso.

Diante de tudo que fora exposto, questiona-se: o princípio da proporcionalidade é uma regra ou um princípio?

Com maestria Belize Câmara Correa, responde que nem um e nem o outro. “A proporcionalidade pode ser classificada entre os postulados normativos aplicativos, ou seja, metanormas ou normas de segundo grau, que estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípio e regras.” Isto ocorre, pois a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito nunca serão relativizadas ou ponderadas a depender das circunstâncias do caso concreto.⁹⁵

Luis Virgílio Afonso da Silva elucidada:

“Assim, resta claro que não é a proporcionalidade que se choca com outros princípios e corre o risco de ser afastada ou atenuada no caso concreto. *Diferentemente, ela sempre irá incidir como critério de interpretação e aplicação do direito para solucionar o conflito entre dois ou mais princípios, elegendo o meio que melhor realize todos eles.*”⁹⁶ (grifo nosso)

Portanto, há uma certa imprecisão terminológica na afirmação de que determinada norma é inconstitucional, pois violou o princípio da proporcionalidade. Na verdade, a violação incide sobre as normas que não foram aplicadas em observância a este.⁹⁷

c) Direitos fundamentais e os princípios.

A Carta Política de 1988 consagrou os direitos fundamentais tanto na forma de princípios, à exemplo da liberdade de religião, como na estrutura de regras, cite-se a obrigação de relaxamento da prisão ilegal, no entanto, Alexy ensina que esta espécie de direitos possui um duplo caráter, pois mesmo quando estão arquitetados

⁹⁴ BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília – DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica. 1996. p. 154

⁹⁵ CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Ed., 2009. p. 51

⁹⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. apud CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Ed., 2009. p. 52

⁹⁷ CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Ed., 2009. p. 52

no modelo de regras, revelam-se também como princípios, devido a importância dos valores que protegem.

Por conseguinte, todas as vezes que uma situação ensejar uma colisão entre dois ou mais direitos fundamentais, ensejará também um conflito entre princípios e como fora estudado, a solução a ser dada, depende de um juízo de ponderação, orientado pelas diretrizes da proporcionalidade em sentido estrito.

E aqui fica evidente a conexão entre a proporcionalidade e os direitos fundamentais. Toda restrição feita aos últimos, deriva e depende da orientação dos primeiros. Suzana de Barros Toledo atesta que a “concretização dos direitos fundamentais está atada ao princípio da proporcionalidade, em razão do caráter principiológico das normas que os contemplam.” Por isso muitos chegam a afirmar que o fundamento da proporcionalidade são os próprios direitos fundamentais.

d) Leis restritivas aos direitos fundamentais na órbita penal.

No âmbito penal, a liberdade humana de ir e vir consagrada no art. 5º, XV, CF/88, é certamente, o mais elementar dos direitos, o que não configura um impedimento à futuras restrições, afinal a depender do caso concreto, pode não ser a liberdade, o princípio preponderante.⁹⁸

Na verdade, muitas vezes, ela é restringida para que haja a proteção de um valor considerado essencial à sociedade. Nestas hipóteses, o direito fundamental a liberdade encontra-se em situação de colisão com o princípio da supremacia do interesse público. Nas palavras de Alice Bianchini, ocorre uma “situação paradoxal de que, para proteger bens e direitos individuais e coletivos, há que se sacrificar bens e direitos individuais.”⁹⁹

Dessarte, Belize Câmara Correa entende ser correto afirmar que as normas penais que preveem uma pena possuem uma dupla função. De um lado, são restritivas, pois diminuem a esfera de proteção de um direito fundamental, mas também podem ser consideradas “normas de garantia”, uma vez que identificam um

⁹⁸ CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Ed., 2009. p. 73

⁹⁹ BIANCHINI, Alice. apud CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Ed., 2009. p. 73

âmbito de proteção a direitos da coletividade, caso, venham a colidir com a liberdade numa situação concreta.¹⁰⁰

1.3.2.4 A proporcionalidade e o devido processo legal substantivo

O princípio do devido processo legal ou *due processo of law*, em sua concepção originária consistia no conjunto de normas processuais, relacionadas basicamente a ampla defesa e ao contraditório, cujo objetivo era a proteção da liberdade e dos bens do cidadão, de modo que ninguém poderia ser deles privados sem um prévio julgamento pautado nas leis vigentes.¹⁰¹

Aqui, eram analisados tão somente o aspecto formal das normas, sendo dada pouca importância ao seu conteúdo.

Nos meados do século XX, contudo, a Constituição torna-se o cerne do novo Estado que se formava, e a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais os seus principais valores.

Neste cenário, nasce o devido processo legal substantivo (*substantive due processo of law*). Assim, não é mais suficiente um processo legislativo previamente definido e regular. É preciso que ele seja justo, democrático, consoante com a ideia de justiça e principalmente conforme os direitos consagrados na Constituição.¹⁰²

Toda lei deve ser proporcional ao fim pretendido. São vedadas lei abusivas, ainda que tenham sido emanadas de uma autoridade competente. As normas passam a extrair seu fundamento de validade diretamente dos dispositivos constitucionais.

¹⁰⁰ CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Ed., 2009. p. 73

¹⁰¹ CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Ed., 2009. p. 66

¹⁰² CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Ed., 2009. p. 67

Luís Roberto Barroso assimila que “esta versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental.”¹⁰³

O devido processo legal deixa de ser resumido a um complexo de garantias processuais e passa a ser mecanismo de defesa dos direitos fundamentais. Transforma-se em “instrumento colocado ao alcance do Poder Judiciário para controlar todos os atos emanados do Estado”.¹⁰⁴

Nessa nova perspectiva, ele passa a exigir a averiguação da legitimidade das leis e dos atos estatais sob o ângulo da proporcionalidade, apurando a sua compatibilidade aos fins amparados na Constituição, pela ótica da adequação e da necessidade e verificando a intensidade das restrições aos direitos fundamentais.¹⁰⁵

Os direitos fundamentais passam a ser a diretriz da Constituição e tudo, injustificadamente, prejudicá-los será reputado como inconstitucional.

Para que uma norma seja válida, portanto, é insuficiente o respeito ao processo legislativo constitucional ou legal estabelecido para a sua edição. Deve ser, criteriosamente, observado se seu conteúdo é livre de arbitrariedades, irrazoabilidades e principalmente, se é compatível com a Carta Magna vigente.¹⁰⁶

Belize Câmara Correa acentua que:

“Esse fenômeno pode ser visualizado com clareza no direito penal ao constatarmos que o dogma da legalidade não reina absoluto e isolado na órbita das leis incriminadoras, sendo também imperiosa a demanda por tipificações que se ajustem ao modelo de proteção de direitos fundamentais estabelecido na Constituição, de modo a sacrificá-los somente e na medida do imprescindível para uma efetiva proteção.”¹⁰⁷

Suzana de Barros Toledo, com acuidade preleciona que no controle aos atos excessivos ou desnecessariamente restritivos, a proporcionalidade complementa o

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto apud BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília – DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica. 1996. p. 67

¹⁰⁴ CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Ed., 2009. p. 68

¹⁰⁵ CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Ed., 2009. p. 68

¹⁰⁶ CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Ed., 2009. p. 68

¹⁰⁷ CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Ed., 2009. p. 69

princípio da reserva legal consagrado no art. 5º, II, CF/88, uma vez que a exigência de lei para obrigar *alguém a fazer ou deixar de fazer algo* revela-se falha nesta missão. “E ao complementá-lo, a ele se incorpora, de modo a converte-se no princípio da reserva legal proporcional, ou, ainda, no devido processo legal substancial.”¹⁰⁸.

1.3.2.5 As várias denominações do princípio da proporcionalidade

Algumas expressões são utilizadas como sinônimos do princípio da proporcionalidade.

Os americanos, por exemplo, falam em *razoabilidade*. Já os alemães preferem a denominação *proibição ou vedação de excesso*.

O Supremo Tribunal Federal, em vários julgados, utilizou a nomenclatura *princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade*.

Apesar das variações terminológicas e das polêmicas sobre a questão, Suzana de Barros Toledo dispõe que todas estas expressões podem ser utilizadas, desde que sejam empregadas no mesmo sentido dado ao princípio da proporcionalidade.¹⁰⁹

¹⁰⁸ BARROS, Suzana Toledo. *Op. cit.*, p. 90.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 70.

2 FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTOS DESTINADOS A FINS TERAPÊUTICOS E MEDICINAIS

Com redação dada pela Lei nº 9.677 de 2 de Julho de 1998, o artigo 273 está consagrado no Capítulo III do Título VIII do Código Penal e prevê o crime de *falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais*.

“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 produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

§1-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.

§1-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 constata no 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) ano a 3 (três) anos, e multa.”.

2.1 Lineamentos Gerais do Artigo 273

No Título VIII do Código Penal, estão consagrados os crimes contra a incolumidade pública, “consistente na segurança generalizada de todos os cidadãos,

sem limitação e determinação de pessoas contra danos físicos, morais e patrimoniais.”¹¹⁰.

Dentro do aspecto incolumidade pública, no capítulo III do Código Penal encontram-se os tipos que visam à proteção específica da saúde pública.

O art. 273, portanto, tem a incolumidade pública como bem jurídico genérico e a saúde pública como bem jurídico específico, tratando-se, também, de um crime de perigo abstrato.

Crimes de perigo segundo Paulo Queiroz são aqueles em que “o legislador ao descrever o tipo, contenta-se com o só perigo que a ação representa para o bem jurídico”, ou seja, para que ocorra a concretização do delito é prescindível a ocorrência de um concreto dano ao bem jurídico tutelado, sendo suficiente que a conduta praticada o tenha colocado em uma situação de risco de lesão.¹¹¹

O perigo será abstrato ou presumido “quando o legislador tipifica a conduta por julgá-la perigosa em si, independentemente de qualquer risco efetivo, isto é, a lei o presume *jure et de jure*”. Assim, basta que o agente pratique a ação ou omissão tipificada para que haja a configuração do crime, sendo dispensada a comprovação de um resultado lesivo como decorrência da conduta criminosa.¹¹²

2.2 Objeto Material

Privilegiando o mandamento da taxatividade, para a boa compreensão da extensão do artigo 273, é preciso, em primeiro lugar, definir qual é o objeto material do crime, ou seja, o que são produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais.

A Lei n. 5.991/73, que dispõe sobre o Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos, e dá outras providências, em seu art, 4º, II, conceitua que medicamento é “todo produto

¹¹⁰ JESUS, Damásio de. *Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a impropriedade material a dos crimes contra a paz pública*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 3º volume. p. 285

¹¹¹ QUEIROZ. Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 166

¹¹² QUEIROZ. Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 166

farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico”.¹¹³.

Com base neste conceito, Carla Liliane Waldow Esquiavel conclui serem produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais “todos os meios empregados com o *objetivo de prevenir ou curar doenças*, e estão relacionados com a sua composição farmacêutica.”¹¹⁴.

A Lei nº 9.677/98, contudo, ampliou este rol, passando a incluir no §1º- A, “os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico”. A exceção dos medicamentos, os produtos aí previstos não possuem como função imediata a prevenção ou a cura de enfermidades e apenas, fortuitamente, podem vir a proporcionar perigo à saúde humana.

Cezar Roberto Bitencourt pontua que:

“o legislador, nesse aspecto, descuidou da boa técnica legislativa, pois se no *caput* do artigo deixa evidenciado que o objeto da ação típica deve recair sobre “produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais”, não tem sentido a inclusão, neste marco, inclusive pela desproporção das penas cominadas, de produtos destinados ao *embelezamento do corpo ou a higienização de ambientes*.”¹¹⁵

De acordo com o art. 4º, III, da Lei n. 5.991/73, insumo farmacêutico é a “droga ou matéria-prima aditiva ou complementar de qualquer natureza, destinada a emprego em medicamentos, quando for o caso, e seus recipientes.”. Assim, insumo farmacêutico é o gênero, do qual, a matéria-prima dos medicamentos é a espécie.

116

A lei nº 6.360/76, que dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e correlatos, Cosméticos,

¹¹³ BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 6. ed. rev. e. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 4. p. 341

¹¹⁴ ESQUIVEL. Carla Liliane Waldow apud BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 6. ed. rev. e. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 4. p. 341

¹¹⁵ BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 6. ed. rev. e. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 4. p. 342

¹¹⁶ BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 6. ed. rev. e. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 4. p. 342

Saneantes e outros Produtos e dá outras providências, no art.3º, V, dispõe que cosméticos são “produtos para usos externo, destinados à proteção ou ao embelezamento das diferentes partes do corpo, tais como pós-faciais, talcos, cremes de beleza, creme para as mãos e similares, mascaras faciais, [...]”¹¹⁷

Os saneantes, por sua vez, segundo o art. 3º, VII, da Lei nº 6.360/76, correspondem a:

“substâncias ou preparações destinadas á higienização, desinfecção ou desinfestação domiciliar, em ambientes coletivos e/ou públicos, em lugares de uso comum e no tratamento da água, compreendendo:

- a) inseticidas [...];
- b) raticidas [...];
- c) desinfetantes [...];
- d) detergentes [...]. ”.¹¹⁸

Por fim, pelo disposto no art. 4º, II, da Lei n. 5.991/73, as substâncias utilizadas para fins de diagnóstico são abrangidas pelo próprio conceito de medicamentos.¹¹⁹

Os insumos farmacêuticos e as matérias-primas, portanto, apesar de equiparados, pelo legislador, aos produtos com fins terapêuticos ou medicinais, não são destinados diretamente à cura ou a prevenção de doenças, mas apenas indiretamente podem, talvez, realizar esta função.¹²⁰

Quanto ao tema, o maior equívoco do legislador ocorreu quando ele inseriu entre os objetos materiais do art. 273 os cosméticos e os saneantes. Produtos que nem ao menos, indiretamente, são produzidos para atender finalidades paliativas,

¹¹⁷ BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 6. ed. rev. e. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 4. p. 342

¹¹⁸ BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 6. ed. rev. e. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 4. p. 342

¹¹⁹ BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 6. ed. rev. e. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 4. p. 342

¹²⁰ BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 6. ed. rev. e. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 4. p. 344

curativas ou preventivas, isto é, não são destinados a fins terapêuticos e medicinais.¹²¹

De fato, a falsificação, a corrupção, a adulteração e a alteração de cosméticos, saneantes, insumos farmacêuticos e matérias-primas podem acarretar riscos a saúde das pessoas, contudo, tendo em vista a gravidade da pena aplicada que, por si só, se revela elevada quando baseada apenas na falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substâncias destinadas efetivamente a fins curativos e paliativos, seria mais aceitável que o legislador criasse um tipo penal específico para aqueles produtos, ou que no mínimo, exigisse para a configuração do delito a comprovação do dano causado, retirando a infração da categoria dos crimes de perigo abstrato, afinal, não nos parece razoável presumir que um batom ou um perfume adulterado, por exemplo, sempre promoverão lesões a saúde de alguém, aplicando-se ao indivíduo infrator uma pena mínima de 10 anos de reclusão. Penalidade maior do que a cominada àquele que pratica estupro de vulnerável, cuja sanção prevista no art. 217-A do Código Penal é de 8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão.

2.3 Condutas puníveis

De acordo com o *caput* do art. 273 são punidas as condutas de falsificação (atribuir como verdadeiro aquilo que não é), corrupção (estragar, infectar), adulteração (contrafazer, deturpar) e alteração (modificar, transformar).¹²²

Nos moldes do §1º do art. 273, incluído pela Lei nº 9.677/98, *na mesma pena incorrem quem “importar (fazer vir do exterior), vender (alienar onerosamente), expuser a venda (oferecer ou manter em exposição para vender) ou, de qualquer*

¹²¹ BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 6. ed. rev. e. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 4. p. 344

¹²² BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 6. ed. rev. e. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 4. p. 344

outro modo *distribui* (dar, repartir) ou *entrega a consumo* (repassar)” o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.¹²³

Também estarão sujeitos as penas prevista no *caput*, segundo o §1º-B, mais uma inovação trazida pela Lei nº. 9.677/98, quem praticar as condutas previstas no §1º em relação à produtos com as seguintes características:

I – sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;

II – em desacordo com a fórmula constante do registro previsível;

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.

Salvo o inciso IV (com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade), todas as condutas elencadas no art. 273, §1º-B, são ilícitos administrativos previstos nas Leis nº 6.360/77 e nº 6.437/77, consubstanciando flagrante desrespeito aos princípios da subsidiariedade e da intervenção mínima do Direito Penal.¹²⁴

Sobre o tema, Bitencourt pontifica que “a falta de critério do legislador na seleção das condutas penalmente relevantes é bastante criticável, porque implica uma verdadeira *administrativização* do Direito Penal”. No dispositivo em debate, foram colocadas sob a tutela penal, questões sociais de eminente interesse de outro ramo do ordenamento jurídico, havendo “verdadeira *usurpação de funções* que correspondem ao Direito Administrativo.”¹²⁵

Já vimos no capítulo I que o tipo penal exerce a denominada função dogmática, consistente na seleção das condutas que, devido a sua gravidade a vida em sociedade, recebem a mais severas das penalidades jurídicas .

¹²³ BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 6. ed. rev. e. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 4. p. 344

¹²⁴ BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 6. ed. rev. e. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 4. p. 344

¹²⁵ BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 6. ed. rev. e. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 4. p. 346

Mais do que isso, a legitimação do tipo penal, não se dá exclusivamente pela relevância do bem jurídico protegido, mas principalmente pela correlação entre este e as condutas selecionadas. Isto é, os comportamentos criminalizados devem representar meios aptos a causar danos ao bem jurídico. Se não forem, devem ser considerados penalmente irrelevantes.¹²⁶

Preleciona Bitencourt que em relação ao §1º-B, deve ser realizada uma interpretação restritiva, pois somente assim estaríamos “em condições de evitar que o fenômeno da expansão do Direito Penal se transforme num autêntico arbítrio do legislador, insustentável perante os princípios limitadores do *ius puniendi estatal*”.¹²⁷

Tal entendimento é importantíssimo, principalmente por estarmos diante de um crime de perigo abstrato.

É evidente a falta de coerência do legislador ao colocar sob a égide de proteção do artigo 273 situações que nem sempre irão causar prejuízo a saúde pública. Vender um cosmético ou um insumo farmacêutico, sem registro no órgão competente, por exemplo, não implica, necessariamente, em danos a saúde.

O ideal seria que as hipóteses do §1º-B não tivessem sido penalmente tipificadas, mas uma vez que foram, teria sido mais sensato se o legislador, no mínimo, tivesse exigido a comprovação dos prejuízos como pressuposto para a consumação do crime.

2.4 O artigo 273 e a Lei nº 9.677/98

2.4.1 Contexto histórico da Lei n. 9.677/98

Antes das alterações trazidas pela Lei n. 9.677/98, os artigos 272 e 273 do Código Penal determinavam que; *in verbis*:

Art. 272 – Corromper, adulterar ou falsificar substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo, tornando-a nociva à saúde.
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

¹²⁶ BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 6. ed. rev. e. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 4. p. 346

¹²⁷ BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 6. ed. rev. e. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 4. p. 346

§1º. Está sujeito a mesma pena quem vende, expõe a venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma entrega a consumo a substância corrompida, adulterada ou falsificada.

Art. 273. Alterar substância alimentícia ou medicinal:

I – modificando-lhe a qualidade ou reduzindo-lhe o valor nutritivo ou terapêutico;

II - suprimindo, total ou parcialmente, qualquer elemento de sua composição normal, ou substituindo-o por outro de qualidade inferior:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

§1º - Na mesma pena incorre quem vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, entrega a consumo a substância alterada nos termos deste artigo.

Modalidade culposa

§ 2º. Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) meses, e multa .

Ocorre que no ano de 1998 houveram no Brasil diversos escândalos envolvendo a falsificação de remédios, gerando na população o sentimento de impunidade e o desejo de sanções mais severas aos praticantes de tal crime.¹²⁸

Cita-se como principais acontecimentos os fatídicos episódios envolvendo o anticoncepcional “Microvlar” e o medicamento “Androcur”.

No primeiro caso, a empresa Schering ao adquirir uma nova máquina embaladora, simulou a fabricação de pílulas anticoncepcionais para atestar a eficiência do produto adquirido. Por ser apenas um teste, houve a substituição do componente sal terapêutico por farinha de trigo, sendo excluída a capacidade anticoncepcional do medicamento. Acontece que, por erro da empresa, esse lote de anticoncepcionais com farinha foi comercializado, ensejando dezenas de gestações indesejadas.¹²⁹

O “Androcur”, por sua vez, era destinado ao tratamento do câncer de próstata e gerou revolta nos brasileiros quando constatado que mais de 1 milhão de pílulas sem princípio ativo algum foi colocada à venda, contribuindo para a antecipação da morte dos seus usuários.¹³⁰

¹²⁸ PASTORE, Karina. Notícia retirado da internet. Disponível em:

<http://veja.abril.com.br/080798/p_040.html>. Acesso em 20 set. 2014.

¹²⁹ OLIVEIRA, Ricardo Rachid de. *Efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 273 do Código Penal: entre a analogia in bonam partem e a analogia in malam partem*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 54, jun. 2013. Disponível em:

<[HTTP://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao054/Ricardo_Oliveira.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao054/Ricardo_Oliveira.html)> Acesso em: 20 set. 2014.

¹³⁰ CONTE, Carla. Notícia retirada da internet. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff25099803.htm>> Acesso em: 20 set. 2014.

Aliado a tais acontecimentos, foram descobertos robustos laboratórios clandestinos onde eram fabricados e alterados produtos destinados a fins medicinais.

Foi neste conturbado cenário que o Deputado Benedito Domingos apresentou o Projeto de Lei nº 4.207/98, cujo objetivo era a inclusão do crime de *corrupção, adulteração e falsificação de substância alimentícia ou medicinal, expondo à venda, na forma qualificada*, que na época estava tipificado no art. 272, §1º combinado com o art. 285 do Código Penal, ao rol das infrações consideradas hediondas, sob a justificativa de que o delito em comento acarreta “imensurável dano social, pois atinge direta e, às vezes, irremediavelmente o sagrado bem da vida humana”, sendo o legislador “generoso” quando previu a este delito pena de 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão e multa.¹³¹

Para o parlamentar:

“A incidência da ação de fraudadores inescrupulosos, ávidos de enriquecimento ilícito, ainda que á custa da disseminação de substâncias nocivas, e até danosas, à saúde, hoje, vem ocorrendo com frequência, explorando a boa fé pública com a falsificação de medicamentos, em sua maioria, autossáveis pelo povo”¹³²

Ao aludido projeto de lei foram apensados os projetos de lei nº 4.463/98, 4.531/98, 4.533/98, 4.535/98, 4.561/98 e 4.575/98 e 4.584/98 que, em suma, visavam o reconhecimento da hediondez do delito de falsificação, adulteração e corrupção de remédios.¹³³

O PL 4.463, de autoria do Deputado Ênio Bacci, visava a criação do inciso VIII no art. 1º da Lei n. 8.072/90, passando a prever como o hediondo o delito de

¹³¹ Domingos, Benedito. *Projeto de Lei nº 4.207/98*. p.4. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0D79B0AB4C653497408E358A5BD39228.proposicoesWeb1?codteor=1128727&filename=Avulso+-PL+4207/1998> Acesso em: 21 set. 2014.

¹³² Domingos, Benedito. *Projeto de Lei nº 4.207/98*. p.4. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0D79B0AB4C653497408E358A5BD39228.proposicoesWeb1?codteor=1128727&filename=Avulso+-PL+4207/1998> Acesso em: 21 set. 2014.

¹³³ Domingos, Benedito. *Projeto de Lei nº 4.207/98*. p. 25. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0D79B0AB4C653497408E358A5BD39228.proposicoesWeb1?codteor=1128727&filename=Avulso+-PL+4207/1998> Acesso em: 21 set. 2014.

*corrupção, adulteração ou falsificação de substância alimentícia ou medicinal (art. 272); e alteração de substância alimentícia ou medicinal, ambos na forma dolosa.*¹³⁴

Explicou o congressista que isso se fazia necessário

“diante dos fatos estarrecedores e inadmissíveis ocorridos recentemente em nosso país, aos quais assistimos indignados, mas impassíveis, diante da falta de meios para punir *com a maior severidade possível* os responsáveis por crimes hediondos, sem no entanto, estar nomeado pela lei como tal.”. (grifos nossos).¹³⁵

No PL nº 4.531/98, o Deputado Cunha Ribeiro assevera que “considerar a adulteração, a falsificação e a distribuição de tais medicamentos como crimes hediondos é um dever”¹³⁶

Já o parlamentar Elias Murad, responsável pelo PL nº 4.533/08 entendia que:

“transformar a conduta prevista no art. 272 do Código Penal, isto é, a de corrupção, adulteração ou falsificação de substância alimentícia ou medicinal, é uma medida que deve ser tomada com a mais extrema urgência, a fim de que se possa colocar um freio a essas práticas de horrendo espectro.”¹³⁷

No PL nº 4.561/98, o congressista Valdir Colatto postula:

“trata-se de um crime de covarde, monstruoso, hediondo que está a merecer um tratamento legal mais rigoroso, mais severo, a fim de desestimular sua prática e de punir adequadamente tais criminosos.”¹³⁸

De composição dos até então Ministro da Justiça Renan Calheiros e do Ministro da Saúde José Serra, após solicitação ao Presidente da República Fernando Henrique Cardoso para que o enviasse ao Congresso Nacional, foi

¹³⁴ Domingos, Benedito. *Projeto de Lei nº 4.207/98*. p. 34. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0D79B0AB4C653497408E358A5BD39228.proposicoesWeb1?codteor=1128727&filename=Avulso+-PL+4207/1998> Acesso em: 21 set. 2014.

¹³⁵ Domingos, Benedito. *Projeto de Lei nº 4.207/98*. p. 35. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0D79B0AB4C653497408E358A5BD39228.proposicoesWeb1?codteor=1128727&filename=Avulso+-PL+4207/1998> Acesso em: 21 set. 2014.

¹³⁶ Domingos, Benedito. *Projeto de Lei nº 4.207/98*. p. 38. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0D79B0AB4C653497408E358A5BD39228.proposicoesWeb1?codteor=1128727&filename=Avulso+-PL+4207/1998> Acesso em: 21 set. 2014.

¹³⁷ Domingos, Benedito. *Projeto de Lei nº 4.207/98*. p. 41. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0D79B0AB4C653497408E358A5BD39228.proposicoesWeb1?codteor=1128727&filename=Avulso+-PL+4207/1998> Acesso em: 21 set. 2014.

¹³⁸ Domingos, Benedito. *Projeto de Lei nº 4.207/98*. p. 48. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0D79B0AB4C653497408E358A5BD39228.proposicoesWeb1?codteor=1128727&filename=Avulso+-PL+4207/1998> Acesso em: 21 set. 2014.

apresentado também o projeto de lei nº 4.642/98 que propunha a redação atual do artigo 273 e que foi igualmente apensado ao PL nº 4.207/98.¹³⁹

Os Ministros alegavam a necessidade de serem realizadas profundas alterações no capítulo III do Código Penal, principalmente no que dizia respeito a falsificação de remédios e alimentos, de modo que “optou-se por distinguir entre substâncias alimentícias e produtos terapêuticos em disposições autônomas, eliminando-se o mesmo tratamento que lhes dispensaram os artigos 272 e 273.”¹⁴⁰

Pugnavam por maior rigor quanto a apuração da veracidade dos medicamentos colocados a venda no mercado brasileiro e ressaltavam a necessidade de ser dada maior atenção a importação de remédios sem registro na Secretaria de Vigilância Sanitária.¹⁴¹

“Registra-se, nessa mesma linha de preocupação, lançamento no mercado de produtos importados, sem registro na Secretaria de Vigilância deste Ministério, como impõe a lei, quando não internalizados pelas vias do descaminho, com a agravante de serem anunciados como realce para as suas propriedades miraculosas, sem comprovação científica, induzindo a erro o consumidor gerando sério risco para a sua saúde.”¹⁴²

Destacaram a importância de serem tipificadas como crime a falsificação de produtos como os cosméticos e os saneantes.

“Considerou-se, ademais que grandes riscos para a saúde e a vida podem ser gerados pela falsificação de outros produtos de interesse sanitário, entre eles, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico, não abrangidos pela legislação revista, também ele alvo da ação que se quer punir mais vigorosamente.”¹⁴³

¹³⁹ Domingos, Benedito. *Projeto de Lei nº 4.207/98*. p. 58. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0D79B0AB4C653497408E358A5BD39228.proposicoesWeb1?codteor=1128727&filename=Avulso+-PL+4207/1998> Acesso em: 21 set. 2014.

¹⁴⁰ Domingos, Benedito. *Projeto de Lei nº 4.207/98*. p. 57. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0D79B0AB4C653497408E358A5BD39228.proposicoesWeb1?codteor=1128727&filename=Avulso+-PL+4207/1998> Acesso em: 21 set. 2014.

¹⁴¹ Domingos, Benedito. *Projeto de Lei nº 4.207/98*. p. 56. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0D79B0AB4C653497408E358A5BD39228.proposicoesWeb1?codteor=1128727&filename=Avulso+-PL+4207/1998> Acesso em: 21 set. 2014.

¹⁴² Domingos, Benedito. *Projeto de Lei nº 4.207/98*. p. 56. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0D79B0AB4C653497408E358A5BD39228.proposicoesWeb1?codteor=1128727&filename=Avulso+-PL+4207/1998> Acesso em: 21 set. 2014.

¹⁴³ Domingos, Benedito. *Projeto de Lei nº 4.207/98*. p. 57. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0D79B0AB4C653497408E358A5BD39228.proposicoesWeb1?codteor=1128727&filename=Avulso+-PL+4207/1998> Acesso em: 21 set. 2014.

Dispuseram ainda que era imperioso “estender a responsabilidade penal a quantos que, de qualquer forma, intervém no processo de disposição dos medicamentos aos consumidores desde a fase de fabricação até a disposição.”¹⁴⁴

E por fim, pleitearam que o crime de falsificação de medicamentos fosse rotulado como crime hediondo, dada as características do crime que “retira da vítima potencial oportunidade de proteção, na suposição, aliás, de estar recebendo o tratamento eficaz contra o seu mal.”¹⁴⁵

O PL n° 4.207/98 e seus apensos foram encaminhados ao Senado Federal no dia 24 de junho de 1998, que sem realizar nenhuma alteração na redação proposta pela Câmara dos Deputados, o aprovou no dia 1° de julho de 1998. No dia seguinte, realizada a sanção presidencial, o projeto de lei em análise foi convertido na Lei Ordinária n° 9.677 de 2 de julho de 1998 que “*altera dispositivos do Capítulo III do Título VIII do Código Penal, incluindo na classificação dos delitos considerados hediondos crimes contra a saúde pública e da outras providências*”.¹⁴⁶

Não obstante a ementa da aludida lei incluir os crimes contra a saúde como hediondos, não havia em seu texto normativo e em nenhum outro diploma legal disposições que corroborassem esse entendimento, motivo pelo qual o Deputado Ronaldo Cunha apresentou o projeto de lei n° 4.628/98 que ao ser transformado no dia 20 de agosto de 1998 na Lei n° 9.695/98, acrescentou ao art. 1° da Lei n° 8.072 de 1990 o inciso VII-B, passando a ser efetivamente considerado hediondo o crime de “*falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais*”.

Alberto Silva Franco assevera:

¹⁴⁴ Domingos, Benedito. *Projeto de Lei n° 4.207/98*. p. 57. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0D79B0AB4C653497408E358A5BD39228.proposicoesWeb1?codteor=1128727&filename=Avulso+-PL+4207/1998> Acesso em: 21 set. 2014.

¹⁴⁵ Domingos, Benedito. *Projeto de Lei n° 4.207/98*. p. 57. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0D79B0AB4C653497408E358A5BD39228.proposicoesWeb1?codteor=1128727&filename=Avulso+-PL+4207/1998> Acesso em: 21 set. 2014.

¹⁴⁶ Domingos, Benedito. *Projeto de Lei n° 4.207/98*. p. 161. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0D79B0AB4C653497408E358A5BD39228.proposicoesWeb1?codteor=1128727&filename=Avulso+-PL+4207/1998> Acesso em: 21 set. 2014.

A Lei n. 9.677/98 nasceu, no entanto, com a indicação falsa de seu conteúdo. A “bula” do novo produto normativo continha uma evidente dessincronia entre a ementa e o texto legal. A ementa rotulava os delitos mencionados na lei como crimes hediondos, mas nenhuma palavra do texto confirmava essa etiqueta. Para corrigir a falta de sintonia entre ementa e texto, foi necessária a produção de uma nova Lei: a Lei n° 9.695/95, de 20 de agosto de 1998, publicada no Diário Oficial do dia imediato. Por ela, a marca “crime hediondo” foi pendurada apenas na figura típica do art. 273 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi atribuída pela Lei ° 9.677/98, excluído o §2º do referido artigo.”¹⁴⁷

2.4.2 Críticas aos fundamentos da Lei n. 9.677/98

Em nenhum momento o legislador ao editar a Lei n. 9.677/98 justificou as alterações por ela trazidas com base em estudos voltados ao combate e a prevenção do crime, pelo contrário, os parlamentares se valeram exclusivamente de argumentos de índole emocional para fundamentarem o reconhecimento da hediondez do artigo 273.

Como exposto, arguíam que isso era necessário em razão “dos fatos estarrecedores e inadmissíveis ocorridos recentemente em nosso país.”.

Na mesma esteira, os senhores Renan Calheiros e José Serra ao editarem o PL n° 4.642/98 não apresentaram motivos relevantes que amparassem a rigorosa ampliação da pena do delito de *falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais*, que passou de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa para 10 (dez) a 15 (quinze) anos, sendo mantida a multa.

Não há ainda elementos criminológicos que apoiem a inclusão dos saneantes, dos cosméticos e das substâncias de uso em diagnóstico no rol dos objetos materiais do art. 273, cujo fundamento utilizado foi o de que “grandes riscos para a saúde e a vida podem ser gerados pela falsificação de outros produtos de interesse sanitário”. Não se questionou se tais produtos tinham por finalidade principal a cura de doenças ou se a falsificação destes produtos sempre colocam em risco a saúde pública ou ainda se seria razoável aplicar penas tão severas a tais condutas.

¹⁴⁷ FRANCO, Alberto Silva. *Há um produto novo na praça*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 70/Ed.esp., set.1998, p. 01

Alerta Alberto Silva Franco que a “carência inadmissível de técnica legislativa, a absurda equiparação entre medicamentos, cosméticos e saneantes e a adoidada quantificação punitiva” estão entre os principais problemas do artigo 273.¹⁴⁸

Fica evidente que o único intuito do legislador ao criar a Lei n. 9.677/98 era o de atender ao clamor social e dar efetiva resposta aos meios de comunicação que propagavam a ideia da impunidade do sistema penal brasileiro. Assim, como resultado do despreparo e da afoiteza do Poder Legislativo brasileiro, houve a promulgação de uma lei que apesar de tutela bem um jurídico legítimo, ofende princípios básicos como o da proporcionalidade e o da intervenção mínima.

Nesse sentido Alberto Silva Franco aduz que:

“Feita a lei penal, atendidos aos insistentes reclamos dos meios de comunicação social, provocada a impressão política de que o legislador está atento e pronto para intervir, “acalmada” a opinião pública, passa-se a ideia de que tudo estará resolvido até que outro problema surja, a demandar nova intervenção penal. Isto acarreta uma verdadeira inflação legislativa gerando o caos e o esgarçamento da tessitura punitiva.”¹⁴⁹

¹⁴⁸ FRANCO, Alberto Silva. *Há um produto novo na praça*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 70/Ed.esp., set.1998, p. 03

¹⁴⁹ FRANCO, Alberto Silva. *Há um produto novo na praça*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 70/Ed.esp., p. 03, set.1998.

3 PROPORCIONALIDADE E APLICAÇÃO DA PENA QUANDO DO COMETIMENTO DO DELITO DO ARTIGO 273

3.1 O Entendimento Jurisprudencial Na Aplicação da Pena do Artigo 273

Os equívocos que permeiam o artigo 273, principalmente no que diz respeito a pena exorbitante que lhe foi cominada, não passaram despercebidos pela doutrina e pela jurisprudência que não poupam críticas a nova redação do supra diploma legal, sendo considerável o número de juristas que defendem a sua total inconstitucionalidade frente ao princípio da proporcionalidade, a exemplo de Cezar Roberto Bitencourt¹⁵⁰ e Alberto Silva Franco.¹⁵¹

Contudo, enquanto o Supremo Tribunal Federal não analisa a questão, algumas soluções voltadas a dirimir ou, ao menos reduzir, os impactos negativos que a Lei n. 9.677/98 trouxe aos agentes que praticaram crimes contra a saúde foram suscitadas pelo Poder Judiciário Brasileiro.

Entre elas, destaca-se o posicionamento do Juiz Federal do TRF da 4ª Região Ricardo Rachid de Oliveira que defende especificamente em relação ao crime de importação de medicamentos sem autorização dos órgãos de vigilância sanitária amoldado no art. 273, §1º-B, I do Código Penal, a sua declaração incidental de inconstitucionalidade pelos juízes de 1º grau, devendo o juiz, como consequência do controle difuso de constitucionalidade, proferir sua decisão “*tal qual não existisse a norma considerada inconstitucional*”, passando o agente a ser tipificado na conduta do art. 334 do Código Penal, qual seja, contrabando, pois era este o fato típico que antes da vigência da Lei n. 9.677/98 contemplava a importação de remédios que não possuíam registro no órgão competente.¹⁵²

Para o magistrado:

¹⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 6. Ed. rev. e. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 4

¹⁵¹ FRANCO, Alberto Silva. *Há um produto novo na praça*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 70/Ed.esp., set.1998.

¹⁵² OLIVEIRA, Ricardo Rachid de. *Efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 273 do Código Penal: entre a analogia in bonam partem e a analogia in malam partem*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 54, jun. 2013. Disponível em: <[HTTP://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao054/Ricardo_Oliveira.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao054/Ricardo_Oliveira.html)> Acesso em: 25 set. 2014.

“a declaração dessa inconstitucionalidade não pode ter por efeito a aplicação por analogia, de qualquer outra pena que não seja a prevista em tipo que contenha a descrição de importação de medicamento sem autorização legal, sob pena de utilizar-se de analogia em desfavor do réu.”¹⁵³

Outra importante tese arguída, principalmente nos Tribunais Regionais Federais, e esta corresponde ao tema central deste trabalho, é que diante da inconstitucionalidade do artigo 273 seria plausível ao o juiz aplicar a pena referente ao tráfico de drogas prevista no artigo 33 da Lei n. 11.343/06 (Lei de Tóxicos) que varia de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão, visto que este também é um crime hediondo e de perigo abstrato que tutela a saúde pública, sendo possível ainda, a depender do caso concreto, a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos.

É o que decidiu, a 6º Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do, Recurso Especial nº 915442/SC, cuja relatora era a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, conforme ementa:

*[...] 2. A Lei 9.677/98, ao alterar a pena prevista para os delitos descritos no artigo 273 do Código Penal, mostrou-se excessivamente desproporcional, cabendo, portanto, ao Judiciário promover o ajuste principiológico da norma. 3. **Tratando-se de crime hediondo, de perigo abstrato, que tem como bem jurídico tutelado a saúde pública, mostra-se razoável a aplicação do preceito secundário do delito de tráfico de drogas ao crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.** 4. O Superior Tribunal de Justiça, por diversas vezes, já assentou a possibilidade de início do cumprimento da pena em regime aberto, bem como de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, àqueles que tenham praticado crime de tráfico ilícito de entorpecentes ou outro crime hediondo, antes da entrada em vigor das Leis 11.343/06 e 11.464/07. (grifos nossos) [...].*

(STJ - REsp: 915442 SC 2007/0010944-9, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 14/12/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2011).

¹⁵³ OLIVEIRA, Ricardo Rachid de. *Efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 273 do Código Penal: entre a analogia in bonam partem e a analogia in malam partem*. Revista de Doutrina da 4º Região, Porto Alegre, n. 54, jun. 2013. Disponível em: <[HTTP://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao054/Ricardo_Oliveira.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao054/Ricardo_Oliveira.html)> Acesso em: 20 set. 2014.

Trata-se de questão polêmica que ainda não encontra posição consolidada na jurisprudência brasileira.

A 1º Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2º Região na Apelação Criminal nº 8398, referente ao processo nº 2010.51.01.490154-0, inclinou-se a favor quanto a substituição do preceito secundário do artigo 273.

Aduz o juiz federal convocado Aluísio Mendes, relator do feito que:

[...] a Lei nº 9.677/98, ao alterar o preceito secundário aplicado ao delito previsto no artigo 273, do Código Penal, para o patamar de dez a quinze anos, mostrou-se excessivamente desproporcional, cabendo, desta forma, a intervenção do Poder Judiciário, ajustando a norma em questão aos princípios constitucionais.¹⁵⁴

[...]Note-se que, ambos os delitos tem como bem jurídico a saúde pública e retratam crimes de perigo abstrato, de modo que essa analogia não nega gravidade ao fato nem impõe a dita pena desproporcional, atendendo todos os interesses em jogo e promovendo verdadeiro ajuste principiológico. Contudo, ao aderir a esse entendimento creio necessário submeter tal matéria ao plenário, por força do art. 167 do R. I.¹⁵⁵

Contudo ao se submeter o tema ao Plenário da Corte, na arguição de inconstitucionalidade 47, firmou-se o entendimento da impossibilidade da decretação da inconstitucionalidade do artigo 273 com base apenas na desproporcionalidade da sanção cominada quando comparada a crimes mais graves. Ademais, em face do princípio da legalidade, entendeu a Corte não ser realizável a aplicação da pena do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 273 DO CÓDIGO PENAL. PROPORCIONALIDADE DA PENA. REJEIÇÃO. NULLUN CRIME, NULA POENA SINE PRAEVIA LEGE.

Não se pode inquirir de inconstitucional a sanção prevista para o crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins medicinais ou terapêuticos, apenas por se reputá-la desproporcional comparativamente a crimes considerados mais graves. Pretender aplicar analogicamente a pena de crime diverso (tráfico de drogas, art. 33 da Lei n.º 11.343/2006) atenta contra o artigo 5º, XXXIX, da Lei Maior. A fixação em abstrato da pena correspondente é opção legislativa infensa à invasão judicial (questão política). Arguição de inconstitucionalidade rejeitada.

(TRF-2 ARGINC: 47 - 2010.51.01.490154-0, Relator: Desembargador Federal GUILHERME COUTO, Data de Julgamento: 22/08/2011, CORTE ESPECIAL). (grifos nossos).

¹⁵⁴ Inteiro teor da Apelação Criminal nº 8398 do TRF da 2º Região, p. 3.

¹⁵⁵ Inteiro teor da Apelação Criminal nº 8398 do TRF da 2º Região, p. 14.

No Tribunal Regional Federal da 3ª Região vários são os precedentes sobre o assunto, havendo julgados tanto a favor quanto contra a mitigação da penalidade do artigo 273.

Os que entendem pela aplicação de sanção diversa à prevista no Código Penal para o crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, se valem do mesmo raciocínio empregado pela 6ª Turma do STJ. Vejamos:

“PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. ART. 273, §1º-B, INCISOS I, III E VI, DO CP. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO NÃO-REGISTRADO PELA ANVISA. PRODUTOS ANABOLIZANTES E REMÉDIOS UTILIZADOS NO TRATAMENTO DE DISFUNÇÃO ERÉTIL. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. CONFISSÃO. DESCABIMENTO DO BENEFÍCIO DO ART. 41, DA LEI 11.343/06. PERDIMENTO DO VEÍCULO. APLICAÇÃO DO ART. 91, II, “A”, DO CP. DOSIMETRIA DE PENA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E HISTÓRICA DA LEI 9.677/98. APLICAÇÃO DAS PENAS PREVISTAS NO ART. 33, DA LEI 11.343/06. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

(...)

4. A configuração do tipo penal do art. 273, §1º-B, do CP, independe da demonstração de risco efetivo dos medicamentos ou que tenham sido estes adulterados, corrompidos ou falsificados. A criação desta figura típica pela Lei 9.677/98 veio justamente para reprimir penalmente a conduta de perigo abstrato de importar produto terapêutico ou medicinal em desconformidade com o controle da vigilância sanitária.

(...)

6. Face aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, é nítido o rigor excessivo empregado pelo legislador na fixação da pena mínima aplicável aos delitos do art. 273, §1º e §1º-B, do CP. A interpretação sistemática da legislação penal conduz à adoção da pena mínima aplicável ao crime de tráfico de drogas (art. 33, da Lei 11.343/06) como parâmetro na dosimetria da pena a ser cominada para o delito em tela

7. Manutenção da pena em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, para cumprimento inicial em regime fechado, e 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa. 6. Apelação parcialmente provida.” (grifos nossos)

(TRF/3ª Região, Segunda Turma, ACR nº 201061060027363, Relator Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES, publicado em 16/12/2010). (grifos nossos)

Em contraposição, os juízes que não admitem esta substituição, fundam seu posicionamento, como ocorreu no Plenário do TRF da 2ª Região, na preponderância do princípio da legalidade que norteia o Direito Penal, conforme o art. 5º, XXXIX da Constituição Federal de 1988 e o art. 2º do Código Penal.

Asseveram ainda a impossibilidade do juiz agir como legislador positivo, ainda que diante de normas flagrantemente inconstitucionais, pois se isto fosse permitido haveria nítida ofensa ao princípio da separação de poderes consagrado no art. 2º do texto constitucional de 1988.

Recomenda-se ao magistrado que esteja convencido da inconstitucionalidade do artigo 273, que declare isso incidentalmente, não aplicando o dispositivo ao caso concreto, proferindo, conseqüentemente, sentença absolutória.

DIREITO PENAL - PROCESSO PENAL - ARTIGO 273, § 1º-B, INCISO I e V, DO CÓDIGO PENAL - A NORMA PENAL SUPOSTAMENTE INFRINGIDA PERMANECE VÁLIDA EM SUA INTEGRALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO - ANALOGIA COM A PENA DE TRÁFICO - NULIDADE DA SENTENÇA. 1 - O Magistrado reconheceu autoria, materialidade e dolo, condenou o réu pela prática do delito previsto no art. 273, § 1ºB, I e V do Código Penal, mas tomou como base a pena mínima de 5 (cinco) anos prevista para o delito de Tráfico de Drogas, conforme o art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, argüindo que a pena mínima de 10 (dez) anos de reclusão, estabelecida pelo legislador, referente ao delito de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, previsto no art. 273 do Código Penal, fere os princípios da humanidade e da proporcionalidade. 2 - Não é possível utilizar o preceito secundário de outra norma penal para corrigir suposta desproporcionalidade do legislador, pois tal procedimento fere o princípio da estrita legalidade previsto no art. 5º XXXIX da Carta Magna e no art. 2º do Código Penal, resultando em sentença nula, já que se utiliza pena diversa da prevista em lei, convertendo o Judiciário em legislador positivo. 3 - Não pode Juiz atuar como legislador positivo, por mais excepcional que seja o caso e por mais razoável que seja a analogia feita. A lei não deixou lacunas a serem supridas pelo julgador. Se o Magistrado se convenceu da desproporcionalidade do critério adotado pelo legislador no preceito secundário da norma penal ao fixar da pena por ferir o princípio da isonomia e razoabilidade das leis deve declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade do preceito normativo contrastante com a Constituição, deixando de aplicá-lo ao caso concreto e, por conseguinte, absolver o réu, mas não escolher a pena de outro delito contra a saúde pública. 4 - De ofício, anulada a r. sentença e julgada prejudicada a apelação. Determinado o retorno dos autos à primeira instância, para que outra decisão seja proferida, observando o princípio da estrita legalidade previsto no art. 5º XXXIX da Carta Magna e no art. 2º do Código Penal.

(TRF - 3ª Região - ACR 41783 - Proc. 2009.60020039404 - 1ª Turma - d. 17.05.2011 - DJF3 CJ1 de 03.06.2011, pág.353 -Rel. Juiz José Lunardelli) (grifos nossos).

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DESCAMINHO E DESCAMINHO E IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. NULIDADE DA SENTENÇA. COMBINAÇÃO DE LEIS. 1. Apelações da defesa interpostas contra sentença que condenou os réus como incurso nas penas dos artigos 334 e 273, §1º-B, inciso I, ambos do Código Penal. 2. Com a superveniência da ordem de habeas corpus concedida pelo STF, absolvendo os acusados da prática do crime de descaminho, é de ser julgada prejudicada a apelação é de ser julgado prejudicada a apelação na parte que se refere ao artigo 334

do Código Penal. 3. Nulidade na sentença, diante da combinação de leis, aplicando-se ao crime do artigo 273 do Código Penal a pena prevista para o tráfico de drogas (artigo 33 da Lei nº 11.343/2006). 4. Não olvida esta Relatora da latente discussão sobre a inconstitucionalidade da pena privativa de liberdade do delito do artigo 273 do Código Penal, sob o argumento da irrazoabilidade e desproporcionalidade do montante estipulado pelo legislador, variante entre dez e quinze anos de reclusão. 5. Porém, enquanto não há voz uníssona nesta Casa de Justiça sobre o tema, perfilho o entendimento de que ao juiz não cabe fazer as vezes de legislador, aplicando ao crime do artigo 273 do Código Penal a pena do delito de descaminho ou do delito de tráfico de drogas, combinando assim o preceito primário de um tipo com o preceito secundário de outro, a criar um terceiro tipo penal, em respeito ao princípio da reserva legal e do princípio da separação dos poderes, um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Precedentes. 6. Anulação da sentença em virtude da impossibilidade de combinação de leis, por desrespeito aos princípios da reserva legal e da independência dos poderes.

(TRF - 3ª Região - ACR 34291 - 1ª Turma - d. 03.05.2011 - e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/05/2011 PÁGINA: 142 - Rel. Juiz Silvia Rocha) (grifos nossos).

No julgamento da Apelação Criminal 40700, também foi utilizado como argumento contrário, a ideia de que a penalidade do artigo 273 foi estabelecida pelo legislador devido a periculosidade inerente à conduta tipificada, uma vez que, quem utiliza remédio falsificado ou sem registro no órgão sanitário competente não tem a consciência da sua irregularidade, acreditando estar se valendo do melhor tratamento para sua doença, quando na verdade está apenas retardando a sua cura, o que justifica a sanção cominada, não havendo necessidade de se recorrer a pena do tráfico de drogas.

PENAL E PROCESSO. ART. 334, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. DESCAMINHO. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ART. 273, § 1º E § 1º-B DO CÓDIGO PENAL. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA COMPETENTE. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DA NORMA. PROIBIÇÃO DA REFORMATIO IN PEIUS. LIMITAÇÃO À QUANTIDADE DE PENA E REGIME DE CUMPRIMENTO JÁ FIXADOS NA SENTENÇA. 1. Denúncia que narra a prática dos crimes definidos no artigo 334, "caput", e 273, § 1º e § 1º-B, do Código Penal. Sentença condenatória para ambos os delitos, declarando, contudo, a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, aplicando, para esse delito, a pena cominada ao delito tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006

[...] 7. Não merece prevalecer o entendimento do r. juízo a quo, que considerou desproporcional a pena abstratamente imposta ao crime do art. 273 do CP e declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário dessa norma, tendo aplicado a pena mínima prevista no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. 8. A elevada nocividade da conduta se infere da própria elementar do tipo, consistente na "falta de registro no órgão de vigilância sanitária competente", fato que

revela se tratarem de medicamentos que não têm sua segurança reconhecida pela agência federal de controle sanitário, de forma que seus efeitos podem acarretar sério risco a saúde da população e à própria vida daqueles que o consumirem, daí a opção do legislador pelo especial rigor na repressão e no apenamento do delito, bem como sua classificação no rol de crimes hediondos (art. 1º, VII,-B da Lei nº 8.072/90). 9. Não há nisso qualquer exagero por parte do legislador. Quem adquire substância entorpecente o faz sabendo de sua natureza, de seus malefícios e de seu caráter ilícito, e mesmo assim já se considera o seu tráfico ilícito um crime hediondo. Assim, com mais forte razão merece intenso repúdio e severa repressão a conduta de importar ou comercializar medicamento irregular, porque quem o consome não necessariamente tem conhecimento dessa ilicitude e certamente pensa que o faz em benefício de sua saúde, normalmente deixando de se submeter ao tratamento adequado, arriscando-se inconscientemente tanto pelos efeitos nocivos da substância como pela falta de outra recomendada por seu médico e autorizada pela agência federal. 10. Por tal razão, não caberia ao julgador, como pressuposto do exercício de sua função jurisdicional, realizar o prévio juízo de proporcionalidade entre a pena abstratamente imposta no preceito secundário da norma com o bem jurídico valorado pelo legislador e alçado à condição de tipo na norma penal, função esta típica do poder legislativo e opção política não sujeita ao controle judicial. 11. Pelos mesmos motivos, é inadequada a aplicação analógica à espécie da pena de 5 (cinco) anos de reclusão prevista para o delito de importação ilegal de drogas, com idêntica objetividade jurídica. 12. Deve ser afastada, pois, a declaração de inconstitucionalidade contida na sentença, a fim de que a pena cominada para o delito previsto art.273 do CP seja normalmente aplicada. Todavia, considerando a ausência de recurso por parte da acusação, e tendo em vista o princípio da proibição da reformatio in peius, impõe-se a limitação dessa pena à quantidade fixada na r. sentença para o delito do art. 273(descontada a parte da pena relativa ao delito de descaminho-vide fl.262 vº). Pena de multa reduzida. [...]

(TRF - 3ª Região - ACR 40700 - 2ª Turma - d. 27.07.2010 - e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/08/2010 PÁGINA: 253 - Rel. Desembargador Federal Henrique Herkenhoff) (grifos nossos).

Não há, portanto, entre as turmas que compõem o TRF da 3º Região voz uníssonas quanto ao problema em estudo. Mas a controvérsia para ter sido elucidada quando na Arguição de Inconstitucionalidade nº 000793-60.2009.4.03.6124, o Órgão Especial do Egrégio Tribunal decidiu pela constitucionalidade do artigo 273, vedando a aplicação de pena diversa da que foi estabelecida pelo legislador no Código Penal em nome do princípio da legalidade e da separação de poderes.

DIREITO PENAL. ARTIGO 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMINADA EM ABSTRATO (PRECEITO SECUNDÁRIO DA NORMA). INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À PROPORCIONALIDADE E À RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE REJEITADA. - Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade criminal suscitado pela Quinta Turma deste Tribunal em sede de apelação criminal (proc. nº 0000793-60.2009.4.03.6124/SP),

versando sobre a desarmonia do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal com a Constituição Federal, por ausência de proporcionalidade e razoabilidade. - **Inexistente o aventado vício de inconstitucionalidade da pena fixada em abstrato pela norma secundária do art. 273, § 1º-B, do Estatuto Repressivo, pois o seu rigor decorre da própria natureza do bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública, e da elevada potencialidade lesiva da conduta tipificada, devidamente sopesadas pelo legislador. - Inadmissível a aplicação analógica de penas previstas para outros delitos, preconizada em razão das pretensas desproporcionalidade e ausência de razoabilidade, eis que atentatória aos princípios da separação dos poderes e da reserva legal, não cabendo ao julgador, no exercício da sua função jurisdicional, realizar o prévio juízo de proporcionalidade entre a pena abstratamente imposta no preceito secundário da norma com o bem jurídico valorado pelo legislador e alçado à condição de elemento do tipo penal, por se tratar de função típica do Poder Legislativo e opção política, não sujeita, portanto, ao controle judicial.** Precedente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região sobre a mesma questão (ARGINC nº 47 - processo 201051014901540 -, Rel. Des. Federal Guilherme Couto de Castro, Plenário, j. 22.08.2011, E-DJF2R 08.09.2011.) - O próprio Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, já reconheceu a impossibilidade de o Poder Judiciário, na ausência de lacuna da lei, se arrogar função legiferante e criar por via oblíqua, ao argumento da inadequação da sanção penal estabelecida pelo Legislativo, uma terceira norma, invadindo a esfera de atribuições do Poder competente (v.g., HC nº 109676/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 14.08.2013; RE nº 443388/SP, Relª. Minª. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 11.09.2009). Precedentes, na mesma linha, do E. STJ. - Habeas corpus a ser concedido de ofício que não se conhece, por se tratar de medida de competência da Turma julgadora da apelação criminal que deu origem ao incidente, eis que cabe àquele Órgão fracionário conhecer das questões de fato relativas ao caso concreto. - Arguição de Inconstitucionalidade rejeitada. Habeas Corpus ex officio não conhecido.

(TRF-3 - ARGINC: 793 SP 0000793-60.2009.4.03.6124, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, Data de Julgamento: 14/08/2013, ORGÃO ESPECIAL) (grifos nossos).

No Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a questão ainda não chegou ao Plenário da Corte, contudo diante dos precedentes encontrados, principalmente na 7ª Turma, nos parece que prevalece no Tribunal a possibilidade da aplicação do art. 33 da Lei nº 11.343/06 ao delito do art. 273 do Código Penal, como dispõe a sentença proferida em 03 de junho de 2014 na Apelação Criminal 50057495520104047002.

PENAL. MEDICAMENTOS. AUSÊNCIA DE REGISTRO. IMPORTAÇÃO. ART. 273, § 1º-B, I, DO CP. PENA. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE. ART. 155 DO CP. 1. A importação irregular de grande quantidade de medicamentos de uso controlado ou sem registro no Brasil impõe o enquadramento do fato no art. 273, § 1º e 1º-B, do Código Penal. 2. **Nos caso em que o fato esteja subsumido no artigo 273, § 1º-B, do Código Penal, sem que a conduta exponha a sociedade e a economia popular a enormes danos, o entendimento majoritário da 4ª Seção deste Tribunal firmou-se no sentido de que deve ser aplicada a pena cominada para o tráfico ilícito de drogas, prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/06.** 3. O artigo 273 do CP

é hipótese genérica, que trata da introdução irregular de medicamentos sem registro nas listas descritas na Portaria do Ministério da Saúde. 4. É admitida a forma tentada na hipótese de condenação pelo art. 273 do CP. 5. Não tendo havido o ingresso dos medicamentos no território nacional, pois a apreensão ocorreu ainda na Ponte Internacional da Amizade, sem ter sido ultrapassada a zona de fiscalização aduaneira, caracteriza-se a tentativa, nos termos do art. 14, inciso II, do CP. 6. A prisão em flagrante gera a presunção de autoria, a qual, por ser relativa, comporta prova em contrário, ônus que incumbe à defesa, a quem compete produzir prova capaz de demonstrar a inocência dos réus ou a inverossimilhança da tese acusatória, a teor do art. 156 do CPP. 7. Comprovada a materialidade, a autoria e o dolo quanto ao delito de importação irregular de medicamentos sem registro na ANVISA, e não havendo excludentes de ilicitude ou de culpabilidade a serem consideradas, a condenação do réu é medida que se impõe. [...]

(TRF-4 - ACR: 50057495520104047002 PR 5005749-55.2010.404.7002, Relator: Revisora, Data de Julgamento: 03/06/2014, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: D.E. 05/06/2014) (grifos nossos).

No Superior Tribunal de Justiça, não há unanimidade. Enquanto a 6ª Turma, como já explicitado, mostra-se a favor a aplicação do preceito secundário da Lei 11.343/06, a 5ª turma no julgamento do Agravo Regimental nº 1425272 SP 2013/0409492-8 no dia 13 de maio de 2014 não coadunou do mesmo entendimento.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPORTAÇÃO E TRANSPORTE DE MEDICAMENTOS DESTINADOS A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. ART. 273, § 1º-B, I, DO CP. PLEITO PELA APLICAÇÃO DA PENA PREVISTA NA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. **Não é possível aplicação da pena prevista ao delito de tráfico de drogas ao crime do art. 273, § 1º-B, I, do CP**, porquanto as substâncias dos medicamentos encontrados não constam na lista de entorpecentes (Portaria nº 344, de 12-5-1998 da Anvisa) 2. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg no REsp: 1425272 SP 2013/0409492-8, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 13/05/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/05/2014) (grifos nossos).

O Supremo Tribunal Federal ainda não analisou a matéria, porém, existem julgados na Suprema Corte Brasileira que se alinham no tocante à impossibilidade do magistrado agir como legislador ativo formando uma terceira lei, quando da inconstitucionalidade de um dispositivo legal. Aponta-se o Habeas Corpus nº 109676/RJ, cujo relator é o Ministro Luiz Fux e o Recurso Extraordinário Nº 196.590/AL, relatado pelo ex Ministro Moreira Alves.

3.2 O Artigo 273 e o Princípio da Proporcionalidade

Quando analisado frente ao princípio da proporcionalidade não há dúvidas quanto a inconstitucionalidade do artigo 273, principalmente em relação ao disposto em seus §1º- A e §1º- B.

Este, apesar de consubstanciar meio adequado à prevenção de crimes, fim precípua do direito penal, não cumpre com as finalidades propostas pelos subprincípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Não é meio necessário, especificamente, no tocante ao previsto no §1º-B, pois como verificado, o legislador criminalizou ilícitos administrativos, avocando para o direito penal a competência de outro ramo do ordenamento jurídico, em nítido desrespeito ao princípio da intervenção mínima.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, verifica-se que com vistas à proteção da saúde pública, houve a imposição de uma restrição demasiadamente gravosa a liberdade individual, ferindo a idéia de equilíbrio que deve prevalecer entres os direitos fundamentais quando em conflito.

A sanção cominada no art. 273, portanto, mostra-se desarrazoada uma vez que havendo uma divisão desigual dos ônus, não é condizente com a intensidade dos danos acarretados ao bem jurídico tutelado.

Prelecionada Belize Câmara Correa que o intuito da proporcionalidade em sentido estrito é, justamente, verificar a compatibilidade entre a carga imposta pela sanção penal frente a relevância do interesse amparado pela norma.¹⁵⁶

No que concerne ao diploma legal em análise, o legislador falhou ainda, quando no único interesse de dar uma rápida resposta aos anseios sociais da época, desconsiderou, na edição da Lei n. 9.677/98, que o crime é fenômeno social resultante de vários fatores. Em razão disso, no combate à falsificação, corrupção, adulteração e alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais devem concorrer diversos setores da sociedade e do direito, em especial do direito administrativo, de modo que a lei penal sempre será a *ultima ratio*.

Ressalta-se ainda que em um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, na averiguação na constitucionalidade das normas, não se verifica apenas

¹⁵⁶ CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Ed., 2009. p. 110

a sua compatibilidade formal com os dispositivos constitucionais, mas também a sua compatibilidade material.

Prevalece atualmente a necessidade do respeito ao devido processo legal substantivo, pelo qual, se exige que todo ato emanado pelo poder Público seja compatível com os fins consagrados na Constituição, não se admitindo restrições injustificadas e desproporcionais aos direitos fundamentais.

Nessa vertente, torna-se evidente, mais uma vez, o descompasso do artigo 273 com a Lei Maior em vigor.

Muitos, portanto, são os motivos que fundamentam a inconstitucionalidade do citado artigo, contundo, enquanto isso não é declarado formalmente pelo órgão competente ou não é promulgada nova lei corrigindo as falhas existentes, não cabe ao Poder Judiciário substituir a pena abstratamente prevista, pois isso implicaria em grave violação ao princípio da legalidade e a separação de poderes, elemento basilar do Estado Brasileiro, afinal, estaria o Poder Judiciário exercendo competências do Poder Legislativo.

Pactuamos do entendimento firmado pela 1ª Turma do TRF da 3ª região, no julgamento da Apelação Criminal nº 41783, pelo qual o juiz diante da desproporcionalidade do artigo 273 deve incidentalmente declarar sua inconstitucionalidade, deixando de aplicá-lo ao caso concreto e, por conseguinte, absolver o réu.

É entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal a impossibilidade do magistrado agir como legislador positivo no controle de constitucionalidade.

O Ministro Luiz Fux, no julgamento do Habeas Corpus 109.6776/RJ, que tinha por objeto a declaração incidental da inconstitucionalidade do crime de injúria discriminatória prevista no art. 140, § 3º do Código Penal frente o princípio da proporcionalidade sendo requerido pelo paciente que a pena do delito fosse determina em *quantum* inferior a pena base de 1 ano, entendeu que:

O impetrante pretende ver alterada a sanção penal prevista em lei – de um a três anos de reclusão para pena não superior a um ano -, mediante declaração de inconstitucionalidade.

Ora, o Supremo Tribunal Federal reiteradamente tem decidido que, em se tratando de declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, o Poder Judiciário atua como legislador negativo, jamais como legislador positivo.¹⁵⁷

No mesmo sentido, Recurso Especial nº 196.590/AL:

SERVIDOR PÚBLICO. DECRETO-LEI 2.225/85. – FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DA QUESTÃO AO ARTIGO 37, CAPUT, DA CARTA - No tocante à alegada violação ao artigo 5º, caput, da Carta Magna, o que pretendem os recorrentes é que, com base no princípio constitucional da igualdade, lhes seja estendida a transferência determinada pelo Decreto-Lei 2.225/85. Ora, se esse Decreto fosse inconstitucional nessa parte por violação do princípio da igualdade, sua declaração de inconstitucionalidade teria o efeito de tê-lo como nulo, não podendo, portanto, ser aplicado às categorias por ele beneficiadas, e não o de estender a transferência por ele concedida a outra categoria que ele não alcança. **Em se tratando de inconstitucionalidade de ato normativo, o Poder Judiciário atua como legislador negativo, jamais como legislador positivo.** Portanto, a acolhida da pretensão dos ora recorrentes é juridicamente impossível por parte do Poder Judiciário. Recurso extraordinário não conhecido.

(RE 196590, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 16/04/1996, DJ 14-11-1996 PP-44492 EMENT VOL-01850-11 PP-02101) (grifos nossos).

Não é possível ainda justificar a mitigação da sanção do artigo 273 com fulcro numa possível analogia *in bonam partem*, dado que essa prescinde de falha do legislador e efetiva lacuna na lei, o que não ocorre na problemática em estudo. O legislador não falhou quanto à previsão legal da pena, mas sim quanto a sua majoração.

Por fim, tanto no STF quanto no STJ é pacífico a impossibilidade da combinação de leis penais, quando ocorre a conjugação do preceito primário de uma norma com o preceito secundário de outra, criando uma terceira lei (*Lex tertia*).

Nesse sentido, cita-se a súmula 501 do Superior Tribunal de Justiça.

Súmula n. 501, STJ – É cabível a aplicação retroativa da Lei 11.343/06, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, **sendo vedada a combinação de leis.** (grifos nossos).

Diante do exposto, entendemos ser proscrito ao magistrado, em privilégio ao princípio da proporcionalidade, aplicar ao artigo 273 do Código Penal a sanção prevista no art. 33 da Lei n. 11.343/06.

¹⁵⁷ Inteiro Teor do HC 109676, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 13-08-2013 PUBLIC 14-08-2013, p. 11. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4318619>. Acesso em: 30 de set. de 2014.

CONCLUSÃO

O legislador brasileiro mostrou-se demasiadamente irresponsável ao criar a Lei n. 9.677/98. Faltou a ele a sensibilidade e a consciência de que o direito penal traz ao indivíduo a pior das sanções, qual seja, a privação liberdade, não podendo ser utilizado de forma temerária, sendo, por isso mesmo, regido por princípios como o da intervenção mínima e o da legalidade.

Após uma análise aprofundada do artigo 273 não resta dúvidas quanto a desproporcionalidade das penas ali cominadas, principalmente quando verificado que produtos como os cosméticos e os saneantes, que nem mesmo indiretamente são destinados a fins terapêuticos ou medicinais foram incluídos no rol dos objetos materiais do delito.

A crítica é ainda maior quando verificado que os crimes tipificados no parágrafo 1º-B não correspondem a ilícitos penais, mais sim, a ilícitos que deveriam ser combatidos e prevenidos pelo direito administrativo.

A inconstitucionalidade do supra diploma legal é gritante

Nessa esteira, mostra-se justificável a tentativa dos magistrados, diante do caso concreto, de tentar sanar os equívocos existentes no artigo 273, mitigando a sua pena, contudo dispõe o artigo 2º da Carta Magna que são poderes *independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*. Logo, permitir ao Poder Judiciário combinar o preceito secundário de uma norma com o preceito primário de outra, mesmo que para beneficiar o réu, consubstanciaria em nítido desrespeito a separação de poderes, não sendo plausível a correção de um erro por meio de outro.

Ademais, o princípio da legalidade que norteia o direito penal, dispõe justamente que serão aplicadas aos delitos a pena previamente cominada.

Assim, cabe ao Poder Legislativo agir, o mais rápido possível, para corrigir as falhas existentes, incumbindo também ao Supremo Tribunal Federal manifestar-se sobre o tema, declarando formalmente a incompatibilidade do artigo 273 com os preceitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica. 1996..

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4º Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 214 apud BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica. 1996.

BIANCHINI, Alice apud CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 maio 2014

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 06 maio 2014)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp: 915442 SC 2007/0010944-9*. Sexta Turma. Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS

MOURA. Brasília: 14 de dezembro de 2010 Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19128347/recurso-especial-resp-915442-sc-2007-0010944-9-stj>> Acesso em: 20 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 109.676*. Pactuante: Vital da Cruz Mendes Curto. Pactuado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 11 de junho de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4318619>> Acesso em: 30 de set. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 196590*. Primeira Turma. Requerido: Izete Galvão de Moura e Outro. Requerente: União Federal. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 16 de abril de 1996. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744240/recurso-extraordinario-re-196590-al>>. Acesso em: 30 de set. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Sumula 501, de 03 de dezembro de 1969*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=501.NUME.NAOS.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 30 de set. de 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. parte geral: (arts. 1º a 120). 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.v.1.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na constituição*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CONTE, Carla. Outro sócio da Veado D'Ouro é indiciado: versão de acusado de participar de falsificação de Androcur contradiz a de outro dono. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff25099803.htm>>. Acesso em: 20 set. 2014.

CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal no Juizado Especial.: *ACR 8398 DF*. Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F. Relator: Min. Arnaldo Camanho de Assis. Brasília, 15 de dezembro de 1998. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3210088/apelacao-criminal-no-juizado-especial-acr-8398-df>> Acesso em: 20 set. 2014

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal no Juizado Especial.: *ACR 8398 DF*. Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F. Relator: Min. Arnaldo Camanho de Assis. Brasília, 15 de dezembro de 1998. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3210088/apelacao-criminal-no-juizado-especial-acr-8398-df>> Acesso em: 20 set. 2014.

DOMINGOS, Benedito. *Projeto de Lei nº 4.207/98*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0D79B0AB4C653497408E358A5BD39228.proposicoesWeb1?codteor=1128727&filename=Avulso+-PL+4207/1998>. Acesso em: 21 set. 2014.

ESQUIVEL. apud BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANCO, Alberto Silva. Há um produto novo na praça. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 70., set.1998. (Edição Especial).

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 13. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011. v.1.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a impropriedade material a dos crimes contra a paz pública*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal Regional Federal. Apelação Criminal ACR 41783. Primeira Turma. Apte.: Edmilson Jose da Silva Hoffmann. Apdo.: Justiça Publica. Relator Desembargador Federal José Lunardelli.. São Paulo, 17 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/70183080/trf-3-judicial-ii-13-05-2014-pg-1>>. Acesso em: 20 set. 2014

MEZGER TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Ricardo Rachid de. *Efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 273 do Código Penal: entre a analogia in bonam partem e a analogia im malam partem*. Disponível em: <HTTP://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao054/Ricardo_Oliveira.html> Acesso em: 20 set. 2014.

PARANA. Tribunal Regional Federal Apelação Criminal. ACR: 50057495520104047002 PR. 5005749-55.2010.404.7002. Sétima Turma. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Luiz Carlos Cardoso Rodrigues. Relator: Marcio Antônio Rocha. Curitiba, 03 de junho de 2014. Disponível em: < <http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/122805041/apelacao-criminal-acr-50057495520104047002-pr-5005749-5520104047002/inteiro-teor-122805088>>. Acesso em: 20 set. 2014

PASTORE, Karina. *O Paraíso dos remédios falsificados*. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/080798/p_040.html>. Acesso em 20 set. 2014.

PENALVA apud BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica. 1996.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal. Arguição de Inconstitucionalidade. 2010.51.01.490154-0 ARGINC RJ. Plenário. Argte: Carlito Martins da Silva (reu preso). Argdo: Ministério Público. Relator: Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro. Rio de Janeiro, 28 de julho de 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/29080476/pg-2-judicial-trf-tribunal-regional-federal-da-2-regiao-trf-2-de-02-08-2011>>. Acesso em: 20 set. 2014

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal. Apelação Criminal ACR 34291. Primeira Turma. Rel. Juiz Silvia Rocha. São Paulo 03 de maio de 201.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal. Apelação Criminal ACR 40700 Segunda Turma Rel. Desembargador Federal Henrique Herkenhoff. São Paulo . 27 de julho de 2010

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal. Apelação Criminal. ACR nº 201061060027363. Segunda Turma. Relator Desembargador Federal: Cotrim Guimarães. São Paulo, 10 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/55765011/trf-3-judicial-i-interior-20-06-2013-pg-1034>>>. Acesso em: 20 set. 2014

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal. Arguição de Inconstitucionalidade. ARGINC: 793 SP 0000793-60.2009.4.03.6124. Relator: Desembargador Federal Márcio Moraes. São Paulo, 14 de agosto de 2013. Disponível em: < <http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24033894/arguicao-de-inconstitucionalidade-criminal-arginc-793-sp-0000793-6020094036124-trf3>>. Acesso em: 20 set. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 1994.