



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I - CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS – DIREITO**

ELEODÓRIO SALES BONFIM NETO

**CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL SOB O PRISMA
DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE,
OFENSIBILIDADE E DA INTERVENÇÃO MÍNIMA**

**CAMPINA GRANDE
2018**

ELEODÓRIO SALES BONFIM NETO

**CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL SOB O PRISMA
DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE,
OFENSIBILIDADE E DA INTERVENÇÃO MÍNIMA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional Penal

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Milena Barbosa de Melo

**CAMPINA GRANDE
2018**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

B713c Bonfim Neto, Eleodorio Sales.

Constitucionalidade do artigo 273 do código penal sob o prisma dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, ofensibilidade e da intervenção mínima [manuscrito] / Eleodorio Sales Bonfim Neto. - 2018.

28 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2018.

"Orientação : Profa. Dra. Milena Barbosa de Melo, Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Falsificação de Medicamentos. 2. Crime Hediondo. 3. Princípios Constitucionais. I. Título

21. ed. CDD 342.02

ELEODÓRIO SALES BONFIM NETO

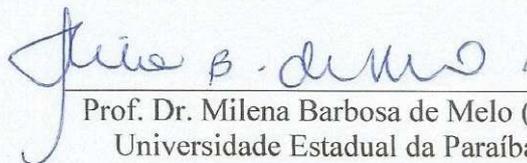
CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL SOB O PRISMA
DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE,
OFENSIBILIDADE E DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

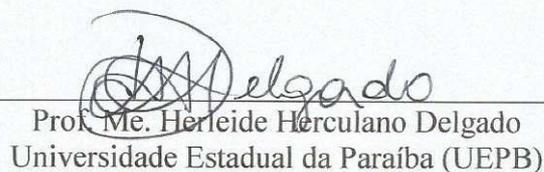
Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

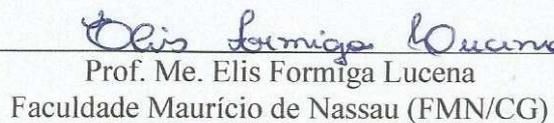
Área de concentração: Direito Constitucional
Penal

Aprovada em: 28/11/2018.

BANCA EXAMINADORA


Prof. Dr. Milena Barbosa de Melo (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)


Prof. Me. Herleide Herculano Delgado
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)


Prof. Me. Elis Formiga Lucena
Faculdade Maurício de Nassau (FMN/CG)

“Um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade e, como consequência, a vigilância dos magistrados e a severidade de um juiz inexorável que, para ser uma virtude útil, deve ser acompanhada de uma legislação branda. A certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido à esperança da impunidade, pois, os males, mesmo os menores, quando certos, sempre surpreendem os espíritos humanos, enquanto a esperança, dom celestial que frequentemente tudo supre em nós, afasta a ideia de males piores, principalmente quando a impunidade, outorgada muitas vezes pela avareza e pela fraqueza, fortalece-lhe a força.”

(Cesare Beccaria)

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	05
2	DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	06
2.1	As Leis nº 9.677/98 e 9.695/98: um estudo sobre as leis dos remédios.....	07
2.2	Críticas às leis aprovadas.....	08
3	AS ALTERAÇÕES DO ARTIGO 273 DO CP.....	09
3.1	O processo de reexame do Art. 273 do CP.....	11
3.2	A caracterização do crime hediondo.....	12
4	DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	13
4.1	Princípio da Proporcionalidade.....	14
4.2	Princípio da Razoabilidade.....	15
4.3	Princípio da Ofensividade ou Lesividade.....	15
4.4	Princípio da Intervenção Mínima.....	16
5	DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 273 DO CP.....	16
5.1	Do Montante da Pena.....	16
5.2	Medicamento x cosmético x saneante.....	17
5.3	Condutas inócuas.....	18
5.4	Crime hediondo.....	18
6	DECISÕES JUDICIAIS EM CASOS CONCRETOS.....	18
6.1	Alternativas após a declaração de inconstitucionalidade.....	20
7	OUTRAS FORMAS DE COMBATE À FALSIFICAÇÃO DE MEDICAMENTOS.....	21
8	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	23
	REFERÊNCIAS	25

CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL SOB O PRISMA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE, OFENSIBILIDADE E DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Eleodório Sales Bonfim Neto*

RESUMO

Em 1998 foi noticiada pela mídia uma onda de eventos com inúmeros escândalos envolvendo a falsificação de remédios. Diante da pressão da mídia e a repercussão nacional e internacional gerada, o Poder Legislativo editou as leis nº 9.677/1998 e nº 9.695/1998, incluindo o crime de falsificação, corrupção, adulteração e alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais como crime hediondo, bem como recrudescer a pena prevista no art. 273, que tipifica tais condutas. Ocorre que estas alterações motivaram discordância por parte dos operadores do direito, os quais entendem que referida lei era inconstitucional por ferir os princípios da carta magna, tais como, proporcionalidade, razoabilidade, ofensividade e intervenção mínima. Este trabalho pretende abordar a questão histórica, analisar o art. 273 do CP, discorrer sobre os princípios que estariam sendo violados, apontar alternativas à aplicação da norma em estudo e mostrar outras formas de proteger a saúde pública sem suprimir direitos fundamentais. Propõe também a criação forma qualificada quando o tipo penal for praticado por organização criminosa ou que gere resultado de dano concreto. O método usado foi exploratório, sendo estruturado a partir de uma revisão bibliográfica e análise documental. O objetivo geral desta pesquisa é contribuir para melhor adequação da punibilidade ao tipo penal de acordo com o grau de reprovação e lesividade para a sociedade.

Palavras-Chave: Falsificação de Medicamentos. Crime Hediondo. Inconstitucionalidade. Princípios.

1 INTRODUÇÃO

Ao se estudar os crimes hediondos nos deparamos com uma série de crimes violentos, lesivos e de grande reprovabilidade. À primeira vista, o crime do artigo 273 tem um potencial danoso bastante elevado abstratamente, porém, em casos concretos o que se nota são crimes de baixo potencial ofensivo sendo sancionados com penas muito severas. Portanto, somos levados a refletir e nos inquietar sobre a motivação desse status de crime hediondo e também acerca da pena inicial tão elevada - 10 anos.

O cerne dessa discussão está na rigidez do tratamento para condutas que se amoldam ao referido tipo penal. Por exemplo, um sujeito que usa uma pequena quantidade de um produto saneante como água sanitária, completa o restante do frasco com água e expõe essa

*Aluno de Graduação em Direito na Universidade Estadual da Paraíba – Campus I.
Email: eleodoriosales@gmail.com

mercadoria à venda está sujeito à pena de no mínimo 10 anos de reclusão, sem direito a liberdade provisória e todo o tratamento mais duro da lei de crimes hediondos.

Ao pesquisar sobre o tema, observou-se jurisprudências divergentes sobre a constitucionalidade do referido artigo. Em uma delas, um indivíduo que vendia alguns comprimidos de anabolizante em uma academia foi enquadrado no artigo em estudo (REsp 1.360.290). Nesse caso, o STJ o considerou inconstitucional o preceito secundário da referida norma, por ferir os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Ele aplicou a pena do tráfico de drogas. Apesar disso, temos outras decisões, inclusive do STF (RE: 829226 SP), que confirmam a validade do dispositivo.

Ademais, a norma continua em vigor e produzindo efeitos, bem como, existem indivíduos cumprindo pena em razão dela. A importância de discutir esse assunto reside na possibilidade de surgirem novos embates judiciais e da necessidade de sanar esta controvérsia a fim de garantir segurança jurídica e respeito aos ditames constitucionais.

Trazemos como problema: o artigo 273 do CP está consoante com os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade no tocante ao montante da pena inicial mínima e ao status de crime hediondo?

A metodologia utilizada nesta investigação foi a revisão da literatura. A princípio se buscou fazer o levantamento histórico a partir de notícias de 1998. Houve consulta dos documentos oficiais como leis. A revisão foi feita a partir de textos difusos na internet sobre o tema que apontavam nas suas referências textos de autores consagrados e que assim poderiam ser consultados para embasar o nosso posicionamento. A partir dessas fontes, chegamos aos escritos originais. A fundamentação de direito constitucional penal foi feita a partir da consulta a obras de doutrinadores nacionalmente respeitados.

O objetivo geral desta pesquisa é contribuir para melhor compreensão acerca das questões relativas à punibilidade e, ainda, ao tipo penal de acordo com o grau de reprovação e lesividade para a sociedade. Os objetivos específicos são: Entender por qual motivo o delito do artigo 273 do CP está elencado como crime hediondo; Descobrir por quais razões a pena inicial do delito é tão elevada; Compreender o contexto histórico ao tempo da tipificação do crime; Averiguar se a pena do referido artigo está de acordo com a gradação de gravidade em comparação com outros crimes.

2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Em 1998, a empresa Schering do Brasil, que manufacturava o anticoncepcional Microvlar, um dos mais vendidos da época, produziu pílulas de farinha para testar uma nova

máquina de embalagem. Porém, esses comprimidos inócuos, que eram semelhantes visualmente ao medicamento e que deveriam ter sido incineradas, acabaram sendo desviados e vendidos em farmácias (CONTE e MARTINS, 1998). Algumas mulheres engravidaram usando-as (GASPAR, 1998). O incidente das "pílulas de farinha" foi noticiado para todo o país, sendo um dos motivos para mudanças na legislação referente à falsificação de medicamentos (GUIMARÃES, 2014).

De acordo com a Folha de São Paulo, no dia 20 de maio de 1998, o laboratório recebeu uma carta anônima dizendo que anticoncepcionais ineficazes poderiam estar no mercado. No dia 01 de junho, uma consumidora ligou para a empresa alegando ter ficado grávida enquanto usava o anticoncepcional. A Vigilância Sanitária só foi informada do caso no dia 20 de junho, após reportagem da TV Globo. Após isto, o produto foi provisoriamente retirado no mercado (CONTE, 1998).

Todavia, antes deste caso, os noticiários já estavam repletos de notícias que denunciavam a circulação de medicamentos falsos. Por exemplo, no dia 5 de junho de 1998, foi divulgada, na Folha de São Paulo, a apreensão de medicamentos falsificados em Curitiba pela Delegacia de Crimes Contra o Consumidor, em sua maioria antibióticos (MODKOVSKI, 1998). Outra notícia no dia seguinte, comunicou que em abril e maio do mesmo ano haviam ocorrido 37 apreensões de medicamentos falsos, dentre antibióticos e remédios usados no tratamento de AIDS e câncer nos estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Santa Catarina. Grande parte das apreensões se devia a uma ofensiva do Ministério da Saúde contra remédios falsos e clandestinos (APREENSÕES, 1998).

No portal da Folha de São Paulo, dos 30 dias de junho, em 12 deles houveram notícias referentes a problemas com medicamentos falsos e de origem duvidosa. Foram 25 notícias apenas nesse portal sobre o tema no mês de junho, sem contar com a televisão e outros jornais da época, impressos ou não.[†]

2.1 As Leis nº 9.677/98 e 9.695/98: um estudo sobre as leis dos remédios

A fim de dar uma resposta à sociedade e também levando em conta a eleição que estava próxima, no dia 18 de junho de 1998 foi noticiado que o governo enviaria ao congresso um projeto de lei que pretendia tornar inafiançáveis os crimes de falsificação de medicamentos e alimentos, bem como, aumentaria as penas desses delitos para 10 a 15 anos (GONDIM, 1998b). No dia 24, o projeto foi aprovado na Câmara do Deputados e no dia 30

[†] Utilizou-se, como referência, o portal Folha de São Paulo em virtude da facilidade de acesso via internet e por ser um jornal de grande alcance.

passou no Senado, sendo sancionado no dia 02 de julho sem vetos (LEI, 1998) (HAIGH, 1998a). A lei nº 9.677/98 (Lei dos Remédios) passou pelo congresso sem discussão, em razão de um acordo para a aprovação mais célere.

Para se ter uma ideia da maneira como a lei foi aprovada, o objetivo da mesma, além de aumentar as penas, era torná-la um crime hediondo. Porém, esqueceram de alterar o artigo 1º da Lei 8.072/90, que define quais são os crimes hediondos. Tal disposição constou apenas na ementa da lei aprovada, que não tem valor de lei (HAIGH, 1998c). Foi necessário, então, uma nova lei apenas para colocar o delito como crime hediondo. Este só foi aprovado em agosto, em virtude do recesso parlamentar. Ainda se cogitou aprová-lo durante o recesso, porém a legislação não permitia (FALSIFICAÇÃO, 1998).

No dia 12 de agosto, em votação simbólica, a Câmara dos Deputados aprovou projeto de lei que classificava a falsificação e adulteração de remédios e alimentos como crimes hediondos (FALSIFICAR, 1998). No dia 13 de agosto, foi aprovado no Senado, em votação simbólica também, mas sob protestos de alguns senadores (HAIGH, 1998b). No dia 20 de agosto, foi sancionada, porém com veto: a falsificação de alimentos foi excluída do rol de crimes hediondos (BRASIL, 1998). Assim, a Lei Nº 9.695, definiu apenas a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273 CP) como crimes hediondos.

2.2 Críticas às leis aprovadas

FARIA (1998), classifica o processo legislativo no Brasil como estarecedor, principalmente na esfera penal. Às vésperas do pleito de 1998, o Congresso Nacional, juntamente com o governo, aprovou aos trancos e barrancos leis absurdas, desviando a atenção dos reais problemas que determinaram aquele quadro trágico da saúde pública. Os políticos elaboraram um texto de lei atabalhado com a intenção de demonstrar o aspecto "atuante" do Executivo e do Legislativo.

Ainda de acordo com o autor, apesar da ausência de mecanismos eficazes de controle de fraudes de medicamentos, o governo tentou transmitir a falsa aparência de solução através de leis severas, onde a pena do art. 273 do CP saltou de um a três anos de reclusão, para dez a quinze anos. A lei foi elaborada sem critérios técnicos mínimos, baseada em casos que tinha ocorrido próximos a data da elaboração, envoltos pela comoção popular. Ele previu que, no futuro, a lei prejudicaria milhares de cidadãos que, embora viessem a cometer crimes de falsificação ou adulteração, poderiam perfeitamente sofrer penas adequadas ao crime praticado, sem a necessidade do terrorismo estatal.

O problema da falsificação de medicamentos estava, principalmente, na ausência de fiscalização. Um exemplo, dessa deficiência, é que apenas no dia 11 de junho de 1998 (após muitas denúncias sobre medicamentos falsos), o Governo do Rio de Janeiro determinou que os hospitais, clínicas e farmácias só poderiam comprar remédios de distribuidoras cadastradas pelo Estado (CLEMENTE, 1998). Outro exemplo dessa carência é uma notícia de 02 de julho de 1998 que dizia que a forma de classificação dos lotes de medicamentos por indústrias e distribuidores não permitia que fossem identificados desvios (REGISTRO, 1998).

Durante a votação da lei 9.695/98 no Senado, José Eduardo Dutra (PT-SE) disse: "Com a pressa, a lei saiu com imperfeições. Ela não estabelece gradação. Alguém que colocar água com sal em um xampu anticaspa será julgado pela mesma lei usada para aquele que falsifica remédio contra câncer" (HAIGH, 1998b).

Após a aprovação dessas leis, o juiz George Lopes Leite, coordenador do 1º Congresso Nacional da Execução Penal, afirmou que o governo tentava iludir a opinião pública ao passar a ideia que ao tornar o crime hediondo e aumentar as penas ir-se-ia reduzir a falsificação. De acordo com ele, "Hediondizar crimes não reduz a criminalidade. Esse problema da falsificação de remédios pode ser resolvido satisfatoriamente com uma boa fiscalização sanitária e com penas pecuniárias que assegurem o confisco dos bens dos empresários e a indenização ampla às vítimas" (GONDIM, 1998a).

Portanto, as leis, para tornar crime hediondo e para aumentar penas, foram editadas de modo precipitado para dar uma resposta à sociedade. Foram uma "solução" rápida para acalmar os ânimos da população e mostrar que o governo estava agindo no caso. Não se pensou nas consequências das leis, nem nas anomalias que estas poderiam criar. Assim, hoje temos pessoas, por exemplo, que foram condenadas por venderem pequenas quantidades de anabolizantes com pena maior do que indivíduos que cometeram o crime de homicídio.

3 AS ALTERAÇÕES DO ARTIGO 273 DO CP

A Lei 9.677/98 alterou o conteúdo dos artigos 272 a 277 do Código Penal Brasileiro. As modificações ocorridas nos artigos 274 a 277 foram basicamente o aumento de pena, pena de reclusão no lugar de detenção e abrangência dos tipos penais à produtos terapêuticos. O art. 272 passou a tratar exclusivamente de condutas relacionadas a falsificação de produtos alimentícios. E, por fim, as mudanças que houveram no art. 273, que é o objeto deste estudo, serão analisadas a seguir.

Redação antes da Lei 9.677/98:

Alteração de substância alimentícia ou medicinal

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 um a três anos, e multa, de um a cinco contos de réis

§ 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 dois a seis meses, e multa, de duzentos mil réis a um conto de réis.

Redação após a Lei 9.677/98:

Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado 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 o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

§ 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

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

II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;

III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;

IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;

V - de procedência ignorada;

VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

Modalidade culposa

§ 2º - Se o crime é culposo:

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

Observou-se que na redação anterior do art. 273 era necessário que a alteração do produto resultasse em perda de qualidade ou redução do valor nutritivo/terapêutico ou que houvesse supressão de algum componente. Se fosse adicionado algo bom, por exemplo, um suplemento vitamínico no qual houvesse uma vitamina a mais que não estivesse descrita no rótulo, não haveria punição. Já na nova redação, basta a alteração da composição, mesmo que benéfica ao consumidor, para configuração do crime. A alteração de alimentos foi retirada desse artigo.

Foram equiparadas à falsificação, produtos sem registro, de procedência ignorada ou adquiridos de estabelecimento sem licença sanitária. Houve aumento da pena de 1 a 3 anos para 10 a 15 anos e no parágrafo primeiro foi adicionada a importação como conduta

delituosa. Existe a modalidade culposa, que teve sua pena aumentada de 2 a 6 meses, para 1 a 3 anos.

O conceito de produto para fins terapêuticos e medicinais para o artigo foi ampliado para medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. Portanto, tinturas para cabelos, maquiagem e esmalte de unha, bem como água sanitária e desinfetante, por exemplo, passaram a ter o mesmo "status" dos remédios.

3.1 O processo de reexame do Art. 273 do CP

As características estruturais desse crime de acordo com SEADI (2002) são: Objetivo jurídico: a saúde pública; Sujeito ativo: qualquer pessoa que pratique os atos descritos (crime comum); Sujeito passivo: a coletividade e, eventualmente, pessoas afetadas pelo crime; Tipo objetivo: Falsificar, corromper, adulterar ou alterar. Tipo subjetivo: dolo; Admite tentativa; Objeto material: Produtos destinados a fins medicinais, cosméticos, saneantes e de uso em diagnóstico; Pena: 10 a 15 anos de reclusão; Ação pública incondicionada; Consuma-se independente do resultado da ação.

Caso haja morte pode haver o concurso material entre homicídio doloso e o delito referido. Também há as figuras equiparadas, sendo punidos da mesma forma quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entregue à consumo o produto alterado (GONÇALVES, 2015).

Caso haja repercussão interestadual ou internacional, a Polícia Federal pode apurar o crime, sem prejuízo da responsabilidade dos outros órgãos de segurança, conforme Art. 1º, V, Lei 10.446/2002.

Trata-se de crime de perigo abstrato, em que a lei presume absolutamente a nocividade da conduta, independentemente de qualquer dano a terceiro. Ou seja, basta que haja a alteração da composição, mesmo que traga benefícios ao produto, ou a exposição à venda do produto adulterado para configurar o crime.

Além disso, o parágrafo 1º-B acrescenta outras possibilidades para que se consume o crime, nomeadamente, falta de registro, procedência ignorada ou aquisição do produto de estabelecimento sem licença. Desse modo, nessas hipóteses, mesmo que o produto seja original e tenha a mesma composição, estará configurado o crime. Ao trazer um medicamento que ainda não esteja registrado na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), mesmo para uso próprio, o sujeito pratica a conduta, no caso, importar o remédio sem registro.

3.2 A caracterização do crime hediondo

Crimes hediondos são vistos como socialmente mais reprováveis, mais repugnantes e que devem ser tratados mais severamente por parte do legislador e do Estado. No texto do artigo 5º inciso XLIII da Constituição Federal de 1988 é admitida a existência de crimes hediondos:

Art. 5º XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

A tortura, o tráfico de drogas e o terrorismo são equiparados aos crimes hediondo por força do referido inciso. A definição de quais crimes são hediondos está na lei nº 8.072/90. No seu artigo 1º estão elencados os crimes hediondos. No inciso VII-B está a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Este inciso foi incluído pela lei 9.695/98.

Outros crimes hediondos são:

1. Homicídio qualificado ou praticado em atividade típica de grupo de extermínio;
2. Lesão corporal dolosa de natureza gravíssima e lesão corporal seguida de morte ou quando praticadas contra autoridade ou agente integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;
3. Latrocínio;
4. Extorsão qualificada pela morte;
5. Extorsão mediante sequestro e na forma qualificada;
6. Estupro;
7. Epidemia com resultado morte;
8. Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável;
9. Genocídio;
10. Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito.

Os crimes de perigo abstrato hediondos são apenas o tráfico de drogas, terrorismo (exemplo: art. 2º, § 1º, I da lei 13.260), posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito e a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. De acordo com ESTEFAM e GOLÇALVES (2015), crimes de perigo abstrato são aqueles que o tipo penal se limita a descrever uma conduta, presumindo-a perigosa, mesmo que não haja lesão do bem jurídico tutelado.

Além de serem inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, são insuscetíveis de indulto, têm suas penas cumpridas inicialmente em regime fechado, a progressão de regime se dá após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três

quintos), se reincidente. A prisão temporária também é mais longa: 30 dias, prorrogável por igual período.

Por conseguinte, o tratamento dado ao tipo penal do art. 273 do CP é excessivamente gravoso. Isso em um crime de perigo abstrato, que inclusive pode não oferecer riscos a saúde pública. Por exemplo, uma pessoa que importa um creme de cabelo que é vendido nos Estados Unidos, mas que ainda não foi registrado Brasil, por ser muito recente e por haver demora para esse registro ser aprovado, responderá por um crime hediondo e com pena de 10 a 15 anos.

4 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios não estão expressos diretamente na nossa constituição. Entretanto, isso não significa que não fazem parte dela. Eles são peças-chave na compreensão e elaboração do ordenamento jurídico, devendo ser seguidos em conjunto com os outros princípios.

É de se destacar o fato de que o princípio da proporcionalidade não se encontra expresso na Constituição Federal brasileira, apesar de que esta circunstância não impede seu reconhecimento, pois assim dispõe o § 2º, do artigo 5º, "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (...)". A partir desse texto da Magna Carta de 1988, os princípios que mesmo não estando explícitos em sua redação deverão ser reconhecidos e por consequência respeitados (PACHECO, 2007).

Outro ponto a se destacar é a hierarquia das normas no direito, sendo a constituição a origem de todo o sistema legislativo brasileiro. As disposições infraconstitucionais devem estar de acordo com o que manda a carta magna.

Há também a hierarquia entre princípios e regras, na qual aqueles prevalecem sobre estas. Neste trabalho, pretende-se confrontar os princípios e as regras do artigo 273 do CP.

A primeira diferença de relevo entre estas espécies de normas jurídicas reside na hierarquia, já que os princípios, por constituírem a expressão inicial dos valores fundamentais que informam determinado ramo jurídico, encontram-se em patamar superior às regras, de tal modo que um aparente confronto entre ambos deverá ser solucionado em favor daqueles (ESTEFAM e GONÇALVES, 2015, p. 92).

Uma característica importante dos princípios é a plasticidade ou polifomia. Este princípio denota a maior facilidade com a qual essas normas jurídicas podem ser utilizadas em diferentes situações e épocas. "Os princípios, portanto, contam com a possibilidade de serem interpretados de acordo com o momento histórico e social, tornado-se mais duradouros" (ESTEFAM e GONÇALVES, 2015).

Por exemplo, em 1998 o delito que estamos trabalhando foi considerado hediondo atendendo a um apelo social, em virtude do grande número de falsificações de medicamentos.

Portanto, naquele momento, essa medida pode ter sido razoável (princípio da razoabilidade), para sinalizar para a sociedade e para os falsificadores que aquele era um delito grave. Hoje, porém, ela se mostra irrazoável, como será discutido ao longo do texto.

4.1 Princípio da Proporcionalidade

O proporcional deve ser entendido como uma forma de manter o equilíbrio ou contrabalancear forças antagônicas. No direito penal, as violações das normas tendem a desestabilizar a ordem e frente a essas temos as sanções que são aplicáveis. Assim, uma lesão mais grave a um bem jurídico mais importante, deve possuir uma reprimenda mais enérgica do que se fosse um trauma menor.

Para o professor Gilmar Mendes, uma norma será inconstitucional, levando em conta este princípio, se existirem outras medidas menos lesivas e eficazes para a proteção do bem jurídico (MENDES, 2001). Ele cita um julgamento do Tribunal Constitucional Federal Alemão:

Os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais (*BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* apud MENDES, 2001, p. 02).

Além da proibição de excesso, Estefam e Gonçalves (2015) advogam este princípio mostra sua face também na proibição da proteção deficiente. Não se pode punir em excesso e nem deixar os bens jurídicos desprotegidos.

O princípio da proporcionalidade se desdobra em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Aquela se refere a idoneidade da medida adotada para a proteção do bem jurídico. Assim, se há um bem jurídico relevante, pode-se utilizar o direito penal. O segundo está relacionado à existência de meios menos lesivos e mais eficazes para a persecução do valor em questão. Por fim, deve-se analisar a gravidade da conduta e a pena que será aplicada. Este último serve de fundamento para aplicação do princípio da insignificância (ESTEFAM e GONÇALVES, 2015).

Para atingir o objetivo do legislador há outras ferramentas mais eficientes, sendo o direito penal um dos últimos instrumentos a ser utilizado. Como exemplo, temos a vigilância da cadeia de produção dos medicamentos, a fiscalização das portas de entrada de produtos estrangeiros e sanções administrativas, que visem não só punir, mas também prevenir a ocorrência do delito.

A falsificação de medicamentos até justifica a aplicação de penas restritas de liberdade. Porém, poderiam ser utilizadas penas menores, de acordo com o caso concreto, sem prejuízo da proteção à saúde pública.

Portanto, esse dispositivo de lei não atende ao princípio da proporcionalidade, pois existem outros mecanismos menos danosos aos direitos fundamentais da liberdade para atingir os fins almejados.

4.2 Princípio da Razoabilidade

O princípio da razoabilidade, como se depreende, decorre da obediência à razão. Esta é intrínseca ao bom senso, à justiça, ao equilíbrio. Ela elucida a conexão entre um efeito e uma causa. E não pode estar submissa ao capricho, à arbitrariedade. Portanto para que o princípio seja cumprido, a norma analisada deve exibir lógica, moderação, prudência, sensatez (OLIVEIRA, 2003 apud CAMPO, 2011).

Trazendo a razoabilidade para a análise do artigo 273 do CP, vê-se um desalinhamento entre o crime e a severidade da pena. Enquanto a adulteração de um cosmético tem a pena inicial fixada em 10 anos em regime inicial fechado, o crime de homicídio (art. 121) tem uma pena inicial de 6 anos, o estupro (art. 213) de 6 anos, Lesão corporal seguida de morte (art. 129 § 3º) de 4 anos.

O legislador, a fim de coibir a falsificação generalizada de medicamentos feita por organizações criminosas e distribuídas em larga escala, estendeu demais o alcance do tipo penal e não estabeleceu gradação da pena. Assim, temos pequenos delitos, como a importação de medicamentos sem registro para uso próprio, sendo punidos severamente.

Concordamos com a posição de GUIMARÃES (2014):

Este dispositivo penal em estudo também peca por transgressões técnicas, não prevendo as necessárias causas especiais, sejam de diminuição ou aumento, ou qualquer outro mecanismo jurídico que venha permitir ao aplicador da lei adequada individualização da pena do agente, redundando, em verdade, no “engessamento” da atividade judicial (GUIMARÃES, 2014).

4.3 Princípio da Ofensividade ou Lesividade

Segundo o princípio da ofensividade, não há crime sem lesão efetiva ou ameaça concreta ao bem jurídico tutelado. Trata-se da exigência do resultado jurídico concreto na avaliação do tipo penal (ESTEFAM e GOLÇALVES, 2015). Porém, da forma como o art. 273 está redigido, condutas que não trazem risco à saúde pública estão sendo severamente penalizadas.

Portanto, se um indivíduo colocasse água em um xampu e o colocasse a venda, não haveria dano ou riscos de danos à saúde pública. Poderia haver penalização na esfera do direito do consumidor, mas não na esfera do artigo em estudo, porque não haveria lesão nem ameaça ao bem jurídico protegido por ela.

Conduta inócua também seria a importação de um novo medicamento, que ainda não tem registro na ANVISA, mas que em outros países já é utilizado legalmente.

4.4 Princípio da Intervenção Mínima

De acordo com CONDE (2001), o poder de punir atribuído ao Estado deve ser regado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, o direito penal só deve intervir em casos de ofensas muito graves aos bens jurídicos fundamentais. Os abalos mais leves são objeto de outros ramos do direito. Desta forma, diz-se que o direito penal tem um caráter "subsidiário" em relação aos demais ramos do ordenamento jurídico.

Não deve ser utilizado o direito penal como resposta para tudo, sob pena de injustificado cerceamento de garantias fundamentais. A lei foi editada sob um populismo judicial, na qual os políticos do legislativo e do executivo, às vésperas das eleições e com o cenário de vários escândalos de falsificação de medicamentos, elaboram um texto de lei sem rigor técnico com a intenção de demonstrar o aspecto "atuante" do Executivo e do Legislativo.

Na mesma direção afirma BITENCOURT (1995):

Criminalidade e violência ocupam o centro das preocupações de todos os segmentos da sociedade brasileira. Tradicionalmente as autoridades governamentais adotam uma política de exacerbação e ampliação dos meios de combate à criminalidade, como solução de todos os problemas sociais, políticos e econômicos que afligem a sociedade. Utilizam o Direito Penal como panaceia de todos os males. Defendem graves transgressões de direitos fundamentais e ameaças a bens jurídicos constitucionalmente protegidos, infundem medo, revoltam e ao mesmo tempo fascinam a uma desavisada massa carente e desinformada (BITENCOURT, 1995, p. 118).

5 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 273 DO CP

Neste capítulo, pretendemos apresentar, de forma sucinta e clara, os principais pontos do artigo 273 do CP que não se coadunam com a Constituição Federal, apontando o princípio ferido e a razão pela qual há lesão daquele fundamento.

5.1 Do Montante da Pena

O primeiro ponto de inconstitucionalidade é o preceito secundário do art. 273, por não haver gradação da pena e porque o montante inicial desta é muito elevado para um crime de

perigo abstrato, superando em muito a pena de crimes de perigo concreto, tais como homicídio e estupro. Se compararmos com um dos crimes de perigo abstrato mais graves do ordenamento, o tráfico de drogas, a pena inicial do art. 273 é o dobro.

[...] a nova redação do art. 273 do CP acabou por colocar em pé de igualdade condutas absolutamente distintas do ponto de vista da lesividade/gravidade que representam, igualando situações jurídico-penalmente inigualáveis (QUEIROZ, 2010).

Por outro lado, em razão da ausência de gradação, pouco importa falsificar dez ou milhares de comprimidos, sendo que estes serão distribuídos em larga escala. O crime será o mesmo e as penas análogas. Se um dono de laboratório ou um pequeno comerciante falsificarem medicamentos, eles responderão da mesma maneira, sem levar em conta que o laboratório venderia os produtos para milhares de pessoas. Posto isto, há violação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. SANDRI (2018) vê, também, violação do princípio da isonomia, pois delitos com potencialidade lesiva desigual são punidos igualmente.

5.2 Medicamento x cosmético x saneante

Medicamento é definido como sendo uma substância destinada à cura ou ao alívio de doenças, bem como ao combate de males e enfermidades; já cosméticos são produtos destinados à limpeza, conservação e maquiagem da pele e saneantes são entendidos como produtos de limpeza geral (BITENCOURT, 2011).

Trata-se de um fato de que por serem substâncias industrialmente manipuláveis os cosméticos e saneantes podem desencadear reações no organismo, tais quais processos alergênicos, porém estes efeitos são menos graves do que o que pode ser gerado por um remédio tarja preta (aqueles que devem ser prescritos por receita médica e que podem causar dependência), por exemplo. Logo, "falsificar, corromper, adulterar ou alterar" um desses remédios tarja preta não seria a mesma coisa do que realizar as mesmas condutas com um produto cosmético ou um saneante, pois as consequências não seriam as mesmas (CORRÊA, 2014).

Não há dúvidas que a alteração, falsificação, adulteração e a corrupção de medicamentos, desde que diminuam o potencial terapêutico ou causem danos à saúde, devem ser punidos. Porém, o art. 273, no seu parágrafo 1º-A, pune da mesma forma a adulteração de cosméticos e saneantes, elevando estes ao mesmo patamar dos medicamentos. Assim, se um dono de uma indústria vende esmalte de qualidade inferior ao que era esperado (constante no rótulo ou registro) e um dono de laboratório fabrica fármacos para o câncer sem atividade terapêutica, eles terão penas semelhantes.

A reprimenda aos crimes de falsificação de cosméticos e de saneantes poderia inclusive ficar adstrita à esfera administrativa. A Lei 6437/77 já prevê punições para isto. Há, portanto, violação do princípio da intervenção mínima. Mesmo que houvesse necessidade de

utilização do direito penal, o tratamento dado deveria ser mais brando do que o oferecido à falsificação de medicamento. Não estão sendo respeitados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Punir da mesma forma a falsificação de cosméticos e saneantes como se pune o falsificador de medicamentos fere os princípios constitucionais de legalidade e razoabilidade ou de proporcionalidade, principalmente porque não há como comparar, na ofensibilidade à saúde pública, produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais a meros cosméticos ou simples saneantes (SEADI, 2002, p. 49).

5.3 Das Condutas inócuas

O referido artigo no seu parágrafo 1º-B, incisos I, V e VI também elenca condutas inócuas para a saúde pública, que deveriam ser punidas somente na esfera administrativa e não na penal, evitando assim a administrativização do direito penal. Ele equipara a falsificação de medicamentos ao comércio de produtos sem registro, de procedência ignorada ou adquiridos de estabelecimentos sem licença sanitária. Portanto, mesmo que o medicamento seja original e tenha a mesma eficácia, a pessoa que importar, vender, expor à venda ou que tenha em depósito, distribua ou entregue a consumo esse fármaco, terá a mesma pena do indivíduo que falsificar um medicamento. Trata-se, pois, de ofensa direta aos princípios da ofensividade e da intervenção mínima do direito penal.

Um exemplo seria a importação de um novo medicamento que ainda está em processo de registro no Brasil, mas que em outros países já é vendido normalmente. Outro caso, seria a venda de um creme vaginal em uma farmácia de manipulação que teve seu alvará de funcionamento vencido e o proprietário esqueceu de renovar. Ele responderá pelo crime de falsificação de medicamentos, com pena de 10 a 15 anos, sem direito a fiança.

5.4 Crime hediondo

O referido artigo também está no rol dos crimes hediondos. Estes são vistos pela população como violentos, gravíssimos, de alta lesividade e reprovabilidade social. Posto isto, é desproporcional considerá-lo hediondo, pois o mesmo é de perigo abstrato e há condutas mais reprováveis que não são consideradas hediondas, como o homicídio simples e o tráfico de pessoas. Portanto há violação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

6 DAS DECISÕES JUDICIAIS EM CASOS CONCRETOS

O STJ declarou em 2015 a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do CP, por ferir os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade. Esta declaração foi dada em sede de controle difuso de constitucionalidade, tendo efeito apenas

inter partes e apresentando efeito ex tunc. Portanto, atingiu apenas o réu e não pode ser aplicado a outros casos, exceto como forma de jurisprudência para que o juiz fundamente sua decisão.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1. A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 2. É viável a fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa, examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais. 3. Em atenção ao **princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade** das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal. 4. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretense usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas - notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública. 5. A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso. 6. Arguição acolhida para declarar **inconstitucional** o preceito secundário da norma. (STJ - AI no HC: 239363 PR 2012/0076490-1, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 26/02/2015, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 10/04/2015)

Esta outra decisão, do TRF4, de 2009, já tinha reconhecido inconstitucionalidade do preceito secundário da art. 273 do CP. Foi aplicada a pena do delito do tráfico de entorpecentes.

PENAL. ART. 273, § 1º-B, INCISOS I, III E VI, DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N.º 9.677/98, QUE ACRESCENTOU O § 1º-A E § 1º-B AO DISPOSITIVO LEGAL. INVIABILIDADE. DIAS-MULTA. SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. OMISSÃO. DOSIMETRIA INCOMPLETA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INVIABILIDADE. NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA.

1. Posicionamento desta Corte Regional de que somente se justifica a aplicação da pena abstratamente cominada ao tipo penal quando a conduta imputada possa gerar grandes danos ao bem jurídico tutelado. Ausente tamanha gravidade, resta inviabilizada a aplicação da reprimenda fixada pelo legislador, eis que visivelmente desproporcional à conduta praticada, razão pela qual se tem admitido a limitação da pena a ser concretamente fixada, tomando como parâmetro o apenamento previsto para o tráfico de entorpecentes na época em que cometido o fato (art. 12 da Lei 6.368/76).

2. Fato que não implica o reconhecimento da inconstitucionalidade integral da Lei n.º 9.677/98, na medida em que a tipificação das condutas atende à escolha calçada

em motivos de política criminal do contexto histórico vigente, não havendo impedimento que conduta punida administrativamente torne-se penalmente relevante, caso se verifique a ineficácia da primeira forma de repressão.

3. Comprovado que o réu, de maneira livre e consciente, internou em solo nacional produtos de origem estrangeira destinados a fins terapêuticos ou medicinais, sem registro, sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização e, ainda, adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente, resta caracterizada a conduta descrita no tipo do artigo 273, § 1º-B, incisos I, III e VI, do Código Penal.

4. Manutenção do número de dias-multa conforme pena abstratamente cominada ao delito de tráfico de entorpecentes vigente à época do fato (art. 12 da Lei 6.368/76).

5. Ausência de análise da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, caracterizando a dosimetria incompleta da reprimenda.

6. Omissão que não pode ser suprida nesta instância, sob pena de supressão de um grau de jurisdição.

7. Nulidade parcial da sentença, que contraria o princípio constitucional da individualização da pena (grifo nosso) (ACR 200670020058607, TADAAQUI HIROSE, TRF4 – SÉTIMA TURMA, 25/03/2009).

Recentemente, em outubro de 2018, o STF reconheceu repercussão geral do tema e pretende discutir a questão no plenário para sanar divergências e diminuir a insegurança jurídica que paira sobre o crime em questão.

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO SANITÁRIO. EXAME DE PROPORCIONALIDADE DA PENA. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. A decisão recorrida declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, cuja pena cominada é 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão, para aqueles que importam medicamento sem registro na ANVISA (art. 273, § 1º-B, do CP). 2. O Tribunal de origem afirmou que viola o princípio da proporcionalidade a cominação de pena elevada e idêntica para uma conduta completamente diversa daquela praticada por quem falsifica, corrompe, adultera ou altera produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput, do CP). Em razão disso, indicou que a conduta do § 1º-B, I, do art. 273, do Código Penal, deve ser sancionada com base no preceito secundário do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. 3. Constituem questões constitucionais relevantes definir (i) se a cominação da pena em abstrato prevista para importação de medicamento sem registro, tipificada no art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal, viola os princípios da proporcionalidade e da ofensividade; e (ii) se é possível utilizar preceito secundário de outro tipo penal para fixação da pena pela importação de medicamento sem registro. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. RE 979962 RG / RS. Ministro ROBERTO BARROSO. (STF, 2018)

6.2 Alternativas após a declaração de inconstitucionalidade

Após a declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, o juiz deve decidir qual pena aplicar ao caso. ANDRAUS (2014) cita três possibilidades: "o reconhecimento da atipicidade material do fato por aplicação do princípio da insignificância, a aplicação analógica de penas mais brandas cominadas a delitos semelhantes e declaração de inconstitucionalidade da inovação legislativa em controle difuso."

Para a aplicação do princípio da insignificância, devem ser levados em consideração quatro requisitos: a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; a mínima ofensividade da conduta; e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Seria este reservado para casos de pequenos delitos, como a importação de fármaco, sem registro na ANVISA para consumo próprio.

NUCCI (2017), apesar de não concordar com a pena exorbitante, defende que não se deve considerar a bagatela nesses casos, dizendo que há relevância jurídica em punir as condutas do tipo penal em estudo. Para ele, o ideal é o uso da analogia com a aplicação da pena do tráfico de entorpecentes (art. 33, Lei 11.343/06).

Porém, de acordo com SANDRI (2018),

[...] a partir do momento que ocorre a declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário de um tipo penal, e utiliza-se a pena de outro tipo penal, estar-se-á criando um novo tipo penal e gerando usurpação da competência legislativa exclusiva do parlamento (SANDRI, 2018).

Portanto, de acordo com a autora, não seria possível utilizar o preceito secundário de outra norma, por exemplo a de tráfico de entorpecentes, como tem sido visto em algumas decisões do judiciário, após declarar inconstitucional o preceito secundário do art. 273 do CP. Segundo a mesma, haveria violação de outros princípios constitucionais, em especial a segurança jurídica, o princípio da legalidade e da reserva legal.

Outra solução judicial que pode ser utilizada seria a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.677/98 e do artigo 1º da Lei nº 9.695/98. Dessarte, seria aplicada a norma anterior e a respectiva pena: alteração de substância medicinal; pena de 1 a 3 anos e multa. Este entendimento foi defendido pelo desembargador Nuevo Campos, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da apelação nº 990.09.152620-7.

7 OUTRAS FORMAS DE COMBATE À FALSIFICAÇÃO DE MEDICAMENTOS

A principal forma de combate à falsificação de medicamentos é a fiscalização adequada por parte da vigilância sanitária dos estabelecimentos de produção e venda desses produtos.

Sinteticamente as ações do tipo penal são a adulteração, a importação e a venda de produtos adulterados ou de procedência duvidosa. A importação pode ser coibida através do controle das fronteiras e da aquisição de medicamentos em estabelecimentos adequados. A questão da venda e distribuição podem ser punidas utilizando normas de direito do consumidor, a exemplo do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor.

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos **vícios de qualidade** ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

II - os produtos deteriorados, **alterados, adulterados**, avariados, **falsificados, corrompidos**, fraudados, **nocivos à vida ou à saúde**, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

O art. 175 do CP também elenca os crimes que podem ser relacionados com essas condutas:

Art. 175 - Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor:

I - vendendo, como verdadeira ou perfeita, **mercadoria falsificada** ou deteriorada;

II - entregando uma mercadoria por outra:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

§ 1º - Alterar em obra que lhe é encomendada a qualidade ou o peso de metal ou substituir, no mesmo caso, pedra verdadeira por falsa ou por outra de menor valor; vender pedra falsa por verdadeira; vender, como precioso, metal de ou outra qualidade:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

§ 2º - É aplicável o disposto no art. 155, § 2º.

A Lei nº 6437/77 que configura as infrações e as sanções relativas à legislação sanitária federal. Ela elenca, no art. 2º, as seguintes penalidades cabíveis, sem prejuízo da esfera penal e civil:

Art. 2º da Lei nº 6437/77 - Sem prejuízo das sanções de natureza civil ou penal cabíveis, as infrações sanitárias serão punidas, alternativa ou cumulativamente, com as penalidades de:

I - advertência;

II - multa;

III - apreensão de produto;

IV - inutilização de produto;

V - interdição de produto;

VI - suspensão de vendas e/ou fabricação de produto;

VII - cancelamento de registro de produto;

VIII - interdição parcial ou total do estabelecimento;

IX - proibição de propaganda;

X - cancelamento de autorização para funcionamento de empresa;

XI - cancelamento do alvará de licenciamento de estabelecimento.

IX - proibição de propaganda;

X - cancelamento de autorização para funcionamento da empresa;

XI - cancelamento do alvará de licenciamento de estabelecimento;

XI-A - intervenção no estabelecimento que receba recursos públicos de qualquer esfera.

XII - imposição de mensagem retificadora;

XIII - suspensão de propaganda e publicidade.

É interessante frisar que no art. 6º da referida lei, o legislador define que para a imposição da pena e a sua graduação seriam levados em conta circunstâncias atenuantes e

agravantes, bem como a gravidade do fato, levando em conta as consequências para saúde pública. Isso não ocorre no art. 273 do CP. Neste a única "circunstância" que modifica o montante da pena é se ele foi cometido na modalidade culposa, pena de 1 a 3 anos e multa.

Art. 6º da Lei nº 6437/77 - Para a imposição da pena e a sua graduação, a autoridade sanitária levará em conta:

I - as circunstâncias atenuantes e agravantes;

II - a gravidade do fato, tendo em vista as suas consequências para a saúde pública;

III - os antecedentes do infrator quanto às normas sanitárias.

Por fim existe, através do direito civil, a possibilidade de obter indenizações de caráter pecuniário para reparar os danos que foram causados pelos fármacos de má qualidade. Abaixo estão os art. 186 e 927 do Código Civil.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos concluir que o dispositivo de lei analisado não se encontra de acordo com a nossa constituição federal e merece ser reformado. Também gostaríamos de ressaltar a importância do bem jurídico que ele protege, a saúde pública. Assim, não deve-se dizer o tipo penal em estudo é desnecessário. O que não se pode permitir são os excessos de uma lei que não passou por um processo de discussão mais minucioso.

É interessante notar como a mídia influencia o processo legislativo. A pressão social por vezes atua auxiliando a aprovação de leis mal elaboradas, que necessitarão de reforma posterior e regulação do poder judiciário.

Em síntese, os problemas encontrados no tipo penal em estudo são: a ausência de graduação de acordo com o grau de lesividade (não importa se vendeu um medicamento falso para uma ou para um milhão de pessoas) e a punição à condutas inócuas (ausência de necessidade da conduta poder causar dano ou que reduza o valor terapêutico da substância).

Propomos uma redução da pena inicial para entre 2 e 5 anos para que assim, o juiz, analisando o caso concreto possa adequar melhor a reprimenda. Utilizando o princípio da proporcionalidade, ele determinaria melhor a pena de acordo com a gravidade da conduta.

Também gostaríamos de sugerir a criação de uma forma qualificada. Esta teria uma pena maior, podendo ser inclusive a que vigora no momento, e seria aplicada quando o delito fosse praticado por uma organização criminosa com distribuição de mercadorias em larga escala. Tal forma apresenta potencial deletério para a saúde pública bem maior. Outra

qualificadora seria o resultado dano que a conduta do agente provocaria, por exemplo: lesão corporal ou morte em consequência da conduta do agente.

O ideal seria uma solução que partisse do legislativo. Temos o Projeto de Lei 6975/2013 que pretende manter hediondos apenas os crimes do art. 273 que causem dano à saúde. Porém, o montante da pena não é alvo de alteração nesta proposição e não ocorre tramitação da mesma desde 2014.

CONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 273 OF THE CRIMINAL CODE UNDER THE PRISM OF THE PRINCIPLES OF PROPORTIONALITY, REASONABILITY, OFFENSIBILITY AND MINIMUM INTERVENTION

ABSTRACT

In 1998, the media reported a wave of events with countless scandals involving counterfeit drugs. Faced with media pressure and the national and international repercussions generated, the Legislative Branch issued Laws 9,677/1998 and 9,695/1998, including the crime of falsification, corruption, adulteration and alteration of products intended for therapeutic or medical purposes as a crime heinous as well as increased penalty provided in art. 273, which typifies such conduits. These changes motivated disagreement on the part of the legal operators, who understand that said law was unconstitutional for violating the principles of the charter, such as proportionality, reasonableness, offensiveness and minimal intervention. This paper intends to address the historical question, analyze the art. 273 of the CP, to discuss the principles that were being violated, to point out alternatives to the application of the standard being studied, and to show other ways of protecting public health without suppressing fundamental rights. It also proposes to create a qualified form when the criminal type is practiced by a criminal organization. The method used was exploratory, being structured from a bibliographical review and documentary analysis. The general objective of this research is to contribute to a better adaptation of punishability to the criminal type according to the degree of disapproval and lesivity for the society.

Keywords: Forgery of Medicines. Heinous crime. Unconstitutionality. Principles.

REFERÊNCIAS

ANDRAUS, Daniel Bombarda. **A decisão judicial em face da violação aos princípios constitucionais penais pelo crime previsto no artigo 273, do Código Penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4042, 26 jul. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30496>>. Acesso em: 17 out. 2018.

APREENSÕES são 37 em 2 meses. Folha de São Paulo, São Paulo, 6 jun. 1998. Caderno cotidiano. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff06069803.htm>>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução: José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco**. Revista Brasileira de Ciências Criminas, p. 118-127, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Mensagem nº 976. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/1998/VEP-LEI-9695-1998.pdf>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

CAMPOS, Murilo. **Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e o processo administrativo disciplinar**. Caderno Virtual, v. 1, n. 23, 2011. Disponível em <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/viewFile/544/358>>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

CLEMENTE, Isabel. **Governo do Rio recadastra distribuidoras de remédios**. Folha de São Paulo, São Paulo, 11 jun. 1998. Caderno cotidiano. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff11069804.htm>>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al derecho penal**. 2ª ed. B de F Ltda. Buenos Aires, 2001.

CONTE, Carla. **Laboratório da pílula diz não temer blitz**. Folha de São Paulo, São Paulo, 26 jun. 1998. Caderno cotidiano. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff26069812.htm>>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

CONTE, Carla; MARTINS, Lucia. Pílulas **desviadas são poucas, diz Schering**. Folha de São Paulo, São Paulo, 1 jul. 1998. Caderno cotidiano. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff01079817.htm>>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

CORRÊA, Igor Carvalhal Frazão. **O crime do artigo 273 do código penal: uma análise crítica da conduta e sua inclusão no rol dos crimes hediondos em face dos princípios da ofensividade, proporcionalidade e razoabilidade**. 2014. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/o-crime-do-artigo-273-do-codigo-penal-uma-analise-critica-da-conduta-e-sua-inclusao-no-rol-dos-crimes-hediondos-em-face-dos-principios-da-ofensividade-proporcionalidade-e-razoabilidade/123729>>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

ESTEFAM, André; GONCALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado@: parte geral**. 4ª ed. São Paulo. Saraiva, 2015.

FALSIFICAÇÃO de remédios terá novo projeto de lei. Folha de São Paulo, São Paulo, 03 jul. 1998. Caderno cotidiano. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff03079808.htm>>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

FALSIFICAR remédios vira crime hediondo. Folha de São Paulo, São Paulo, 13 ago. 1998. Caderno cotidiano. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff13089830.htm>>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

FARIA, A. C. C. O. A vulgarização do crime hediondo. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 71, p. 03-04, 1998. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/91-71-Outubro-1998>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

GASPAR, Malu. **Pílula inócua faz mais três vítimas no ABCD**. Folha de São Paulo, São Paulo, 1 jul. 1998. Caderno cotidiano. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff01079816.htm>>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

GONDIM, Abnor. **Lei que torna os crimes hediondos é ineficaz, diz juiz**. Folha de São Paulo, São Paulo, 17 ago. 1998a. Caderno brasil. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc17089802.htm>>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

GONDIM, Abnor. **Serra quer aumentar punição de falsificador**. Folha de São Paulo, São Paulo, 18 jun. 1998b. Caderno cotidiano. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff18069825.htm>>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

GUIMARÃES, Luis Paulo Cotrim. **Pílulas de farinha e o delito do art. 273 do código penal**. Revista Justiça & Cidadania. Edição 170. 6 de outubro de 2014. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/pilulas-de-farinha-e-o-delito-art-273-codigo-penal/>>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado®: parte especial**. 5ª ed. São Paulo. Saraiva, 2015.

HAIGH, Vanessa. **Erro faz falsificar remédio não ser crime hediondo**. Folha de São Paulo, São Paulo, 02 jul. 1998c. Caderno cotidiano. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff02079808.htm>>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

HAIGH, Vanessa. **Falsificar remédio será crime hediondo**. Folha de São Paulo, São Paulo, 1 jul. 1998a. Caderno cotidiano. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff01079819.htm>>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

HAIGH, Vanessa. **Senado aprova crime hediondo para remédio**. Folha de São Paulo, São Paulo, 14 ago. 1998b. Caderno cotidiano. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff14089824.htm>>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

LEI tira fiança de falsificação. Folha de São Paulo, São Paulo, 25 jun. 1998. Caderno cotidiano. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff25069817.htm>>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras**. Revista Diálogo Jurídico, v. 1, n. 5, p. 1-25, 2001.

MODKOVSKI, Roger. **Medicamentos falsificados são apreendidos em Curitiba**. Folha de São Paulo, São Paulo, 5 jun. 1998. Caderno cotidiano. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff05069831.htm>>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 17ª ed, 2017.

PACHECO, Eliana Descovi. A proporcionalidade enquanto princípio. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 44, ago 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4351>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **A propósito do art. 273, §1º-B, do Código Penal**. 2010. Disponível em <http://www.pauloqueiroz.net/a-proposito-do-art-273-%C2%A71%C2%B0-b-do-codigo-penal/>. Acesso em 13/10/2018.

REGISTRO de lotes de remédio não permite identificar fraude. Folha de São Paulo, São Paulo, 2 jul. 1998. Caderno cotidiano. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff06069803.htm>>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

SANDRI, Suellen. **A (in)constitucionalidade do artigo 273 e parágrafos do Código Penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5320, 24 jan. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63095>>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

SEADI, Jorge Abdala. **Crimes hediondos e a falsificação de medicamentos**. EDIPUCRS, 2002. Disponível em <<https://books.google.com.br/books?id=e2lid-lolXwC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 979962**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. DJ: 03/08/2018. STF, 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314953747&ext=.pdf>>. Acesso em: 16 de outubro de 2018.