



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE (UFS)
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA (POSGRAP)
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO (COPGD)
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (PRODIR)
MESTRADO EM DIREITO

HENRIQUE GASPAR MELLO DE MENDONÇA

**UMA FILTRAGEM CONSTITUCIONAL NO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE
MEDICAMENTOS E AFINS**

São Cristóvão, (SE)

2020

HENRIQUE GASPAR MELLO DE MENDONÇA

**UMA FILTRAGEM CONSTITUCIONAL NO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE
MEDICAMENTOS E AFINS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito - Mestrado (PRODIR), da Universidade
Federal de Sergipe (UFS).

Área de concentração: Constitucionalização do Direito.

Linha de Pesquisa: Processo de Constitucionalização
dos Direitos e Cidadania: Aspectos Teóricos e
Metodológicos.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes

São Cristóvão, (SE)

2020

**FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE**

M539f Mendonça, Henrique Gaspar Mello de
Uma filtragem constitucional no crime de falsificação de medicamentos e afins / Henrique Gaspar Mello de Mendonça ; orientador Carlos Alberto Menezes. – São Cristóvão, SE, 2020.
173 f. : il.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, 2020.

1. Direitos fundamentais. 2. Falsificação. 3. Pena (Direito). 4. Medicamentos. 5. Proporcionalidade (Direito). I. Menezes, Carlos Alberto, orient. II. Título.

CDU 342:343.222.2:615

HENRIQUE GASPAR MELLO DE MENDONÇA

**UMA FILTRAGEM CONSTITUCIONAL NO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE
MEDICAMENTOS E AFINS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito à seguinte banca examinadora:

Aprovada em: _____.____.____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes – Universidade Federal de Sergipe
Orientador

Prof. Dr. Clóvis Marinho de Barros Falcão – Universidade Federal de Sergipe
Examinador interno

Prof. Dr. Evânio José de Moura Santos – Faculdade de Direito 8 de Julho
Examinador externo

São Cristóvão, (SE)

2020

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço aos meus pais: José Alfredo Pinheiro de Mendonça (*in memoriam*) e Liége Mello de Mendonça, pelo amor e torcida incondicional, bem como pelo auxílio moral e material, os quais me ajudaram a chegar até aqui. Da mesma forma, às minhas irmãs Ana Laura Mello de Mendonça e Carolina Mello de Mendonça que, no exercício de irmandade, deram sua contribuição à minha formação, como cidadão. Ao meu avô Alfredo Gaspar de Oliveira Mendonça (*in memoriam*), meu grande inspirador na trilha dos estudos e da profissão.

A todas as Forças Positivas do Universo, até aquelas inimagináveis e despercebidas, que me impulsionaram e me resguardaram nesta caminhada.

A todos os amigos, inclusive aqueles que angariei durante o mestrado, que nas horas de dificuldade, aflição e dúvidas, prestaram seu auxílio, quando solicitados.

Àqueles que, embora não contribuíssem diretamente na caminhada dos estudos, ajudaram em outros setores da minha vida, contribuindo para o meu bem-estar, deixando o ambiente mais propício às minhas vitórias.

Ao meu orientador, Professor Carlos Alberto Menezes, pela combinação adequada de: exigência e cordialidade; apresentando-se sempre solícito, quando precisei ser orientado, bem como a sua secretária Heleni de Jesus Santos, por fazer tão bem a missão delegada de ponte ao meu orientador.

À instituição Universidade Federal de Sergipe, que me acolheu nesta caminhada, bem como ao seus professores que, intervindo da sua forma peculiar, contribuíssem para o êxito nesta estrada da vida.

À nossa querida “Renatinha”, Renata Ramos, pela eficiência na recepção, trato e orientação na Secretaria do PRODIR.

Por fim, ao Estado de Sergipe, que me recepcionou profissionalmente e fornece suas portas de crescimento, para meu aprendizado e aperfeiçoamento.

A todos que, direta ou indiretamente, contribuíssem para mais esta conquista, meu muito obrigado!!!

“A grande mágica da vida, que produz grandes realizações, se faz com três qualidades principais: preparação, coragem e perseverança”.

(Sebastião Bicalho)

RESUMO

O presente trabalho visa analisar o preceito primário e secundário do art. 273, § 1º-B, do CP à luz da Constituição Federal, especialmente, sua pena mínima em abstrato e sua tipologia como crime de perigo abstrato. Na primeira seção, é exposta a problematização, explicando o porquê do agravamento da pena, analisando a textura normativa do art. 273, § 1º-B, do CP, delineando a falsificação de medicamentos e afins, como um problema atual de saúde pública, mostrando o viés jurisprudencial sobre o tema, além de comparar a pena com tipos semelhantes no direito alienígena. Na seção 2, há a abordagem da constitucionalização do Direito Penal, com enfoque no princípio da proporcionalidade, da razoabilidade, da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana e da igualdade material, com o objetivo de levantar a hipótese de (in)constitucionalidade da pena abstrata do § 1º-B do art. 273 do CP, a qual oscila entre 10 a 15 anos de reclusão. Na seção 3, confronta-se a referida pena com o direito penal simbólico, na seção 4, analisa-se a abstração do perigo com o princípio da ofensividade. Na seção 5, explana-se sobre o controle de constitucionalidade pelo Judiciário em relação aos tipos penais, abordando temas como: hermenêutica, poder criativo do juiz, princípio da separação dos poderes, ativismo judicial, a combinação de leis e técnicas interpretativas e de decisões em sede de jurisdição constitucional. Na última seção, expõem-se as possíveis modalidades de decisões judiciais, visando sanar o vício de inconstitucionalidade presente no art. 273, § 1º-B, do CP.

PALAVRAS-CHAVE: Falsificação. Medicamentos. Pena. Proporcionalidade. Direitos fundamentais. Freios e contrapesos.

ABSTRACT

El presente trabajo tiene como objetivo analizar los preceptos primarios y secundarios del arte. 273, §1º-B, del CP bajo la luz de la Constitución Federal, especialmente, su pena mínima en abstracto y su tipología como delito de peligro abstracto. En la primera sección, se expone la problematización, explicando la razón del agravamiento de la pena, analizando la textura normativa del artículo 273, § 1º-B, del CP, describiendo la falsificación de medicamentos y similares, como un problema de salud pública actual, mostrando el sesgo jurisprudencial sobre el tema y comparando la pena con tipos similares en derecho extranjero. La Sección 2 trata de la constitucionalización del derecho penal, centrándose en el principio de proporcionalidad, razonabilidad, individualización de la pena, la dignidad de la persona humana y la igualdad material, con el objetivo de plantear la hipótesis de la (in) constitucionalidad de la pluma abstracta del §1º-B del art. 273 del CP, que oscila entre 10 y 15 años de prisión. En la sección 3, la pena se confronta con el derecho penal simbólico, en la sección 4, la abstracción del peligro se analiza con el principio del nocividad. En la sección 5, se explica el control de la constitucionalidad por el poder judicial en relación con los tipos criminales, abordar temas tales como: hermenéutica, el poder creativo del juez, el principio de separación de poderes, activismo judicial, la combinación de leyes y técnicas de interpretación y de decisiones en sede de la jurisdicción constitucional. En la última sección, se exponen las posibles modalidades de decisiones judiciales para remediar el defecto de inconstitucionalidad presente en el artículo 273, § 1º-B, del CP.

KEYWORDS: Falsificación. Medicamento. Sanción. Proporcionalidad. Derechos fundamentales. Frenos y contrapesos.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIN	– Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	– Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgRg	– Agravo Regimental
AI	– Arguição de Inconstitucionalidade
Amp.	– Ampliada
AMS	– Assembleia Mundial de Saúde
ANRM	– Autoridades Nacional ou Regional Reguladoras de Medicamentos
ANVISA	– Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Atual.	– Atualizada
CP	– Código Penal
CCJ	– Comissão de Constituição e Justiça de Cidadania
CCJR	– Comissão Constituição e Justiça e Redação
CF/1988	– Constituição Federal de 1988
CPC	– Código de Processo Civil
CPP	– Código de Processo Penal
DJe	– Diário da Justiça Eletrônico
DPF	– Departamento da Polícia Federal
DUDH	– Declaração Universal dos Direitos Humanos
EResp	– Embargos de Divergência no Recurso Especial
GSMS	– Sistema Mundial de Vigilância e Monitoração para os produtos médicos de qualidade inferior e falsificados
HC	– <i>Habeas Corpus</i>
IFPMA	– Federação Internacional das Associações de Fabricantes de Produtos Farmacêuticos
Inq-Agr	– Inquérito-Agravo Regimental
MJ/MS	– Exposição de Motivos Interministeriais
MES	– Ministério da Educação e Saúde
OMS	– Organização Mundial de Saúde
OPAS	– Organização Pan-Americana da Saúde
PDT	– Partido Democrático Trabalhista
PPB	– Partido Progressista Brasileiro
PSDB	– Partido da Social Democracia Brasileira

PL	– Projeto de Lei
RDC	– Resolução da Diretoria Colegiada
RE	– Recurso Extraordinário
Resp	– Recurso Especial
RISTF	– Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
Rel.	– Relator
Rev.	– Revisada
RvCr	– Revisão Criminal
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
STF	– Supremo Tribunal Federal
SUS	– Sistema Único de Saúde
TJ/DF	– Tribunal de Justiça do Distrito Federal
TJ/PR	– Tribunal de Justiça do Paraná
TJ/SC	– Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJ/SP	– Tribunal de Justiça de São Paulo
TJ/SE	– Tribunal de Justiça de Sergipe
TRF	– Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 DA PROBLEMATIZAÇÃO	14
1.1 A razão do agravamento do preceito secundário do art. 273 do CP pela Lei nº 9.677 de 02.07.1998.....	14
1.2 A textura normativa do art. 273 do CP antes e após a modificação pela Lei nº 9.677/1998 e da legislação da ANVISA.....	18
1.3 A falsificação de medicamentos: um problema de saúde pública mundial e brasileiro.....	24
1.4 A situação jurisprudencial sobre a (in)constitucionalidade do preceito secundário do art. 273, §1º-B, do CP.....	37
1.5 A comparação interna e alienígena de penas de outros delitos com a reprimenda do art. 273, §1º-B, do CP.....	47
2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL.....	55
2.1 Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, como vetores interpretativos na coibição de excessos do poder estatal.....	56
2.1.1 A diferenciação técnica entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade.....	56
2.2 O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade direcionado ao preceito secundário do art. 273, §1º-B, do CP.....	63
2.3 A pena em abstrato do art. 273, §1º-B, do CP sob o prisma da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana e da igualdade material.....	70
3 A PENA E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO.....	81
4 O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE OU OFENSIVIDADE E OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.....	86
5 A POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NOS PRECEITOS PRIMÁRIOS E SECUNDÁRIOS DOS TIPOS PENAIIS POR MEIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	94
5.1 O evolucionismo da hermenêutica e o poder criativo do juiz.....	94
5.2 O princípio da separação dos poderes e o ativismo judicial.....	104
5.3 A combinação de leis, as técnicas interpretativas e de decisão no controle de constitucionalidade.....	114

5.4	Decisões manipulativas ou intermediária em sede de jurisdição constitucional.....	128
6	POSSÍVEIS DECISÕES DO JUDICIÁRIO ANTE A INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º-B DO ART. 273 DO CP.....	135
6.1	Inconstitucionalidade integral do art. 273, §1º-B, do CP.....	135
6.2	Inconstitucionalidade do art. 273, §1º-B, do CP, com efeito repristinatório.....	137
6.3	Inconstitucionalidade parcial do art. 273, §1º-B, do CP.....	138
	CONCLUSÕES.....	142
	REFERÊNCIAS.....	149

INTRODUÇÃO

O presente trabalho não perfilha a exclusão do Direito Penal como instrumento de proteção do bem jurídico saúde pública em relação às condutas de falsificar, corromper, adulterar ou alterar produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais. O escopo principal é chamar a atenção para desproporcionalidade da pena imposta pelo legislador, de 10 a 15 anos de reclusão, principalmente a mínima, para as condutas tipificadas nos incisos de I a VI do §1º-B do art. 273 do CP, dentre elas, a destinação ao consumo de medicamentos, matérias-primas, insumos farmacêuticos, cosméticos, saneantes e de uso em diagnóstico: sem registro no órgão sanitário; com fórmula em desacordo com a registrada no órgão fiscalizador; sem características de identidade e qualidade exigidas para a comercialização; com redução de sua capacidade terapêutica; de procedência ignorada ou adquiridos de estabelecimento sem licença estatal.

Será demonstrado também como base em exemplos de produtos irregulares apreendidos pela ANVISA, que muito deles, caso fossem submetidos a uma perícia, haveria a possibilidade da constatação de ausência absoluta de potencialidade lesiva à saúde pública, mas que, por opção do legislador em presumir o perigo de forma absoluta, o transgressor estaria sujeito a uma pena de, no mínimo, 10 anos, como na venda de um cosmético sem registro no órgão sanitário, porém totalmente inofensivo à saúde humana.

O tema é palpitante, porque a jurisprudência brasileira é divergente sobre a in(constitucionalidade) da pena em abstrato do art. 273, §1ºB, do CP. O STJ e o STF têm posições antagônicas. Há também posicionamento da doutrina sobre o tema. Apesar de já existirem teses sedimentadas na doutrina e jurisprudência, em ambas não há um aprofundamento com maior densidade para demonstrar a (in) constitucionalidade do preceito primário e/ou secundário do tipo em análise.

Neste trabalho, houve a preocupação de explorar a legislação sanitária sobre o tema. Expor exemplos reais extraídos de apreensões cotidianas da ANVISA ou da Polícia Federal, para que o leitor reflita sobre a possibilidade de aplicação de uma pena totalmente desproporcional à gravidade da conduta, sendo, em alguns casos, a reprimenda aplicada para um produto sem potencial lesivo algum à saúde pública.

Com a finalidade de delinear a problemática inserida no contexto do tema, serão apresentadas as razões do agravamento da pena do art. 273 do CP pelo legislador, a textura normativa do art. 273 do CP antes e após o agravamento em abstrato da pena pela Lei nº 9.677 de 02.07.1998, bem como a posição jurisprudencial, principalmente, do Superior Tribunal de

Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), e, reflexamente, de outros Tribunais pátrios, assim como do Ministério Público, onde ficará consignada a insegurança jurídica sobre a matéria ante a presença de divergências entre os Tribunais e dentro do próprio Ministério Público. Será realizada a comparação do preceito secundário do art. 273, §1º-B, do CP, com outras penas em abstrato de outros delitos tipificados no ordenamento jurídico pátrio e no direito alienígena, para que se tenha noção da altivez da reprimenda imposta pelo tipo penal, objeto desta abordagem, principalmente da pena mínima, que é de dez anos de reclusão.

Em seguida, objetivando levantar a hipótese da inconstitucionalidade da pena de reclusão de 10 a 15 anos, para as condutas descritas no art. 273, §1º-B, do CP, serão explorados diversos princípios de envergadura constitucional, bem como o simbolismo penal negativo irradiado pelo referido preceito secundário e a atuação do Direito Penal simbólico, como instrumento de resposta do legislador a contextos sociais emergentes em determinados momentos de pressão midiática e popular.

Uma vez abordada a proporção da pena em abstrato e a presunção absoluta de perigo, como violadores de alguns direitos fundamentais, abrir-se-á uma questão, consistente na possibilidade de o Judiciário realizar o controle de constitucionalidade do preceito primário e secundário do art. 273, §1º-B, do CP, abrindo-se espaço para que seja aplicada pena em abstrato de outro tipo penal que possua gravidade semelhante e proteja também a saúde pública, sem que isto represente uma ofensa ao princípio da separação dos poderes e ao da legalidade. Para tanto, haverá uma digressão sobre o poder criativo do juiz e seus limites no campo na hermenêutica, indicando as possíveis técnicas de interpretação e de decisões a serem utilizadas no saneamento de eventual vício de inconstitucionalidade.

Será demonstrada também a relevância dos direitos fundamentais e a obrigação dos três poderes da República em obedecê-los e respeitá-los, destacando-se que a atuação do Executivo, Legislativo e Judiciário deve ser sempre balizada, acima de tudo, pela Constituição, e que, na hipótese de falha de um dos poderes na preservação dos direitos fundamentais, abre-se a possibilidade no sistema de freios e contrapesos, para que outro aja, visando assegurar a ordem constitucional.

Trata-se de um tema contemporâneo e de relevância, pois passa pela avaliação de valores fundamentais como segurança da sociedade, especificamente quanto à saúde pública, *versus* liberdade individual, não existindo uma posição pacífica e com efeito vinculante até o momento sobre a (in)constitucionalidade do art. 273, §1º-B, do CP, devendo-se avaliar as consequências práticas pelo reconhecimento ou não da desproporcionalidade ou da

desrazoabilidade da pena legal imposta para determinadas condutas com potencialidade de atingir a saúde pública e, de modo reflexo, até o direito à vida.

É necessário que o Direito Penal intervenha na proteção dos bens jurídicos, regulando condutas de maior gravidade, protegendo a sociedade, sendo justo também que a pena imposta seja proporcional ao mal ou ao perigo causado pelo infrator, sendo este o propósito desta dissertação, a qual exporá as teses jurídicas que norteiam a matéria, reconhecendo a atual vulnerabilidade da saúde pública frente a algumas condutas violadoras e a necessidade de intervenção do Direito Penal, porém sem desrespeitar a noção de individualização da pena, a qual deve ser respeitada tanto pelo Poder Legislativo, como pelo Poder Judiciário, cada qual no seu campo de atuação.

O método utilizado neste trabalho será o dedutivo, tendo como fonte a norma positivada, a doutrina e a jurisprudência, pátrias e alienígenas, procurando primeiro delinear a problemática existente sobre o tema, registradas as divergências que existem em nível doutrinário e jurisprudencial, tanto na exposição do problema, como da hipótese, sempre se preocupando em não deixar as ideias apenas no plano teórico, mas buscando incidi-las em realidade fática, demonstrando as consequências jurídicas e práticas na aplicação das teses ventiladas, para que a conclusão, pela (in)constitucionalidade parcial do art. 273 §1º-B, do CP, tenha densidade científica.

Embora esta dissertação tenha como foco o art. 273, §1º-B, do CP e, assim, preferiu-se, porque é o que suscita mais controvérsias, sendo o alvo principal de debates em nível de jurisprudência e de doutrina, nada impede que o conteúdo aqui exposto sirva de reflexão para outras condutas diluídas na estrutura do tipo penal do art. 273 do CP.

Vale ressaltar também que este trabalho não apresenta um marco teórico, um autor determinado ou uma escola de pensamento ou filosófica específica. A fundamentação que dá alicerce ao texto tem por base diversos autores, afastados no tempo e no espaço. Nesta linha eclética, procura-se demonstrar as teses e as antíteses, não privando o leitor de uma visão global, proporcionando reflexão crítica sobre os temas abordados.

1 DA PROBLEMATIZAÇÃO

O presente seção pretende delinear as causas fáticas que levaram o legislador a apenar com maior gravidade as condutas de falsificar, corromper, adulterar ou alterar produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, inclusive descrevendo o procedimento legislativo desencadeado para essa finalidade, bem como expor a manifestação da jurisprudência pátria sobre a (in)constitucionalidade da pena em abstrato para as condutas tipificadas no art. 273, § 1º-B, do CP, revelando a insegurança jurídica, ante as divergências jurisprudenciais. Realiza também a comparação da pena em abstrato do referido tipo com a de outros crimes, para que se tenha noção da escala de gravidade da reprimenda imposta pelo legislador brasileiro, inclusive, com a de outros tipos penais estrangeiros, que visam proteger a saúde pública em face de condutas semelhantes.

1.1 A razão do agravamento do preceito secundário do art. 273 do CP pela Lei nº 9.677 de 02.07.1998

No primeiro semestre do ano de 1998, a partir de fevereiro, fora constatada em circulação, em diversos Estados Brasileiros, o medicamento chamado Androcur, para tratamento de câncer, com indicação a pertencer ao lote 351, tendo o laboratório Schering do Brasil uma vez consultado, dito que esse lote ainda não teria sido fabricado. O referido medicamento falsificado apresentava embalagem, rótulo e bula idênticos aos originais, porém o lote 351 que constava na caixa do remédio ainda não teria sido fabricado pelo laboratório (BRAGON, 1998). Alguns pacientes com câncer, que teriam ingerido comprimidos do lote 351 vieram a óbito durante o tratamento. Com a apreensão do medicamento falsificado, constatou-se ser placebo, não contendo princípio ativo para combater o câncer (CONTE, 1998).

Em junho de 1998, também foi constatado que o medicamento Microvlar do laboratório Schering do Brasil, pílula anticoncepcional, chegou ao mercado à disposição de consumidores, sem o princípio ativo, tendo como conteúdo “farinha”. Em 22 de junho de 1998, o Ministério da Saúde determinou a retirada do mercado do anticoncepcional Microvlar, do laboratório Schering do Brasil, ordenando a paralisação da produção e, posteriormente, interditando a fábrica. Vários casos de gravidez indesejada foram registrados. O presidente do referido laboratório explicou, à época, que foram produzidas 600.000 (seiscentos mil) cartelas, contendo no conteúdo farinha, com a finalidade de testar uma nova máquina de embalagem, que o produto deveria ter sido incinerado, porém havia sido roubado e chegado às farmácias.

A empresa foi multada em R\$ 2.700.000,00 (dois milhões e setecentos mil reais). Muitas consumidoras grávidas processam o laboratório (FALSO..., 2007).

A composição das pílulas era integrada por amido de milho e talco. Averiguou-se que ocorreu a produção de 25.090.922 drágeas (2.258,183 Kg), com “farinha”. Dessas, 1.128 Kg (um mil cento e vinte e oito quilos) foram utilizadas para testar as embalagens entre 12 de janeiro e 21 de abril de 1998. Embora o laboratório Schering do Brasil tivesse ciência do problema, só em 19 de junho de 1998, admitiu-o publicamente, isto é, aproximadamente, dois meses após o descarte e provável chegada do placebo ao mercado consumo (PÍLULA..., [1998]). A situação ficou mais conhecida como: “o caso das pílulas de farinha”.

A Lei Ordinária de nº 9.677 de 02 de julho de 1998, que alterou dispositivos do Capítulo III do Título VIII do Código Penal, incluindo na classificação dos delitos considerados hediondos crimes contra a saúde pública e deu outras providências, percorreu o respectivo procedimento legislativo. Nasceu do Projeto de Lei nº 4.207/1998, de autoria do Deputado Federal Benedito Domingos - PPB/DF, apresentado em 04.03.1998, tendo como porta de entrada a Câmara dos Deputados. Em 17.06.1998, fora lido e publicado o parecer da Comissão Constituição e Justiça e Redação (CCJR) pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa do Projeto. Em 24.06.1998, fora discutido em turno único de votação, sendo designado o Deputado Marconi Perillo - PSDB/GO, para proferir parecer em substituição à CCJR, tendo sido aprovada em votação simbólica a redação final oferecida pelo Deputado Marconi Perillo e tido como prejudicado o Projeto inicial, bem como os demais apensados. Em 29.06.1998, o referido documento foi encaminhado para o Senado Federal (BRASIL, 1998b). Nessa Casa Legislativa, 30.06.1998, foi a data em que mais se concentrou a prática de atos procedimentais do processo legislativo, inclusive, a designação do Senador Lúcio Alcântara – PSDB/CE, como Relator e a aprovação do seu parecer favorável ao Projeto pela Comissão Constituição e Justiça (CCJ). Em 01.07.1998, foi aprovada a redação final pelo Senado Federal em caráter de urgência, após sofrer emendas e retornar a redação original. Em 02.07.1998, o Projeto foi sancionado e convertido na Lei nº 9.677/1998, a qual foi publicada na mesma data (BRASIL, 1998b).

O momento em que se desencadeou o Projeto de nº 4.207/1998, o qual mais tarde foi transformado na Lei nº 9.677/1998, era de comoção social e de exploração da mídia, ante a gravidade da situação e a repercussão de caráter nacional, daí ocorreu a mobilização do Poder Executivo e Legislativo para agravar a pena do art. 273 do CP, bem como torná-lo crime hediondo, sendo mínimas as divergências na caminhada do processo legislativo, o qual

caminhou impelido pelo caráter de urgência solicitado pelos parlamentares, sendo concluído em menos de quatro meses da apresentação do Projeto para pauta.

O Parlamento e o Executivo se mobilizaram para dar uma resposta à sociedade ante o surgimento de gravidezes indesejadas e do cenário de abalo da saúde pública, (FALSIFICAR...,1998; FALSIFICAÇÃO..., 1998), sendo uma das mudanças do Código Penal a elevação de pena em abstrato do art. 273, a qual era de 1 a 3 anos, passando para de 10 a 15 anos. Percebe-se da leitura da Exposição de Motivos Interministeriais n. 402, de MJ/MS de 17.06.1998¹, em resposta à Mensagem nº 725 do Presidente da República², o qual também enviou Projeto de Lei pelo agravamento das sanções, que o delito utilizado como paradigma para a elevação da pena com caráter de hediondez, foi o homicídio qualificado.

Diversos projetos de lei foram anexados ao PL 4.207/1998, de autoria de vários deputados, inclusive do Presidente da República³, todos com a finalidade de recrudescer a pena dos crimes contra a saúde pública, inclusive a do art. 273 do CP, havendo em todos apresentação de justificativas para a alteração legislativa. Uma das justificativas presentes, foi a ação de fraudadores inescrupulosos, visando o enriquecimento ilícito, que põem em risco a saúde pública, atingindo a classe mais pobre e desavisada da sociedade, a qual costuma comprar medicamentos sem prescrição médica, pondo no mercado substâncias nocivas à saúde, capazes de levar à morte ou substâncias ineficazes ao fim, para qual se destinam, chamando atenção para o clamor social, diante de fatos televisionados pela população, quanto à falsificação de medicamentos (BRASIL, 1940).

Registre-se também que, como se observa no procedimento legislativo da Lei nº 9.677/1998, não houve muito espaço para uma discussão mais aprofundada entre os

¹ Dossiê Digitalizado do Trâmite do PL 4.207/1998, consta excerto da Exposição de Motivos Interministeriais n. 402, de MJ/MS de 17.06.1998, que indica a pena do homicídio qualificado, reclusão doze a trinta anos, art. 121, § 2º, do CP, como paradigma da pena de reclusão de dez a quinze anos para o delito do art. 273 do CP: “Em arremate, enfatize-se a inspiração da medida em perfeita simetria com o preceito constitucional que erige a vida e a saúde no plano mais elevado das conquistas individuais, por isso que seria necessário, para resguardá-las, o estabelecimento de certa proporcionalidade com a sanção prevista para os crimes de homicídio, em sua forma qualificada, dadas as suas conotações com as falsificações aqui tratadas, que se dão em idênticas circunstâncias, ademais da correspondência com o envenenamento de água potável, alimentos e medicamentos, já com igual pena de dez a quinze anos de reclusão, como prevista no artigo 270 do Código Penal” (BRASIL, 1998b, p. 71-72).

² Por meio da Mensagem nº 725 do Presidente da República, à época, a qual está anexada ao procedimento do PL 4.207/1998, o Poder Executivo cobra a reforma penal, em relação à projeto de lei, com a mesma finalidade, emanado do Chefe do Executivo: “Senhores Membros do Congresso Nacional, Nos termos do artigo 61 da Constituição Federal, submeto à elevada deliberação de Vossas Excelências o texto do projeto de lei que ‘Altera dispositivos do Capítulo III, Título VIII, do Código Penal, relativo aos crimes contra a saúde pública, e dá outras providências’” (BRASIL, 1998b, p. 70).

³ Parecer da CCJR indica os Projetos apensados: nº 4.463, de 1998; nº 4.531, de 1998; nº 4.533, de 1998; nº 4.535, de 1998; nº 4.561, de 1998; nº 4.575, de 1998, todos estes de autoria de Deputados Federais. E o Projeto de Lei nº 4.642, de 1998, de iniciativa do Poder Executivo, todos visando alterar os dispositivos do Capítulo III, Título VIII, do Código Penal (BRASIL, 1998b, p. 151).

parlamentares em torno do agravamento da pena do art. 273 do CP, haja vista que na Câmara dos Deputados, o Projeto de lei foi aprovado por votação simbólica⁴ e, no Senado, em tempo recorde, em regime de urgência, em apenas quatro dias, ocorreu a aprovação do referido Projeto.

Logo após a publicação da Lei nº 9.677/1998, deu-se movimento no Congresso Nacional para aprovar o PL 4.628/1998, de autoria do Deputado Silvio de Abreu do PDT/MG, tendo como apensos o PL 4.686/1998 da Presidência da República e o PL 4.668/1998 do Deputado Ênio Bacci do PDT/RS e outros Deputados, todos com o objetivo de tornar hediondo o delito do art. 273 do CP em todas as suas modalidades dolosas. O PL 4.668/1998 além de incluir o art. 273 do CP como crime hediondo, visava também por no rol da hediondez, o crime de falsificação de produtos alimentícios previsto no art. 272 do CP. Todos estes três Projetos de Leis foram aglutinados em um único substitutivo, o qual considerava crime hediondo na modalidade dolosa as condutas descritas nos art. 272 e 273, ambos do CP. O procedimento correu também de forma célere, em regime de urgência, sendo apresentado no Plenário da Câmara dos Deputados em 18.06.1998, aprovado pela Câmara dos Deputados em turno único de discussão e votação em 12.08.1998, e, em 13.08.1998, pelo Senado da mesma forma. Em 20.08.1998, foi sancionado, transformando-se na Lei nº 9.695/1998, a qual incluiu o inciso VII-B no art. 1º da Lei nº 8.072/1990, tornado hediondo o crime de falsificação de medicamentos e afins do 273 do CP, além de alterar a Lei nº 6.437/1977, a qual dispõe sobre infrações à legislação sanitária federal, estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências, para incluir novas infrações e sanções administrativas. Em 21.08.1998, entrou em vigou com a publicação. O Presidente da República vetou o Projeto de Lei, na parte que considerava como crime hediondo o art. 272, tendo o sido o veto mantido pelo Congresso Nacional em sessão conjunta em 22.09.1998 (BRASIL, 1998c).

Na verdade, a intenção de tornar o crime hediondo estava presente desde a tramitação do PL 4.207/1998, que deu origem à Lei nº 9.677/1998, constando em sua ementa tal desiderato. A ideia de tornar o delito hediondo vem de Projeto de Lei do Executivo, o PL 4.642/1998 aglutinado ao PL 4.207/1998, porém por equívoco, esqueceram de por no texto para votação o artigo que tornava o crime hediondo⁵. A justificativa para tornar todas

⁴ “Na votação simbólica, utilizado na votação da maioria das proposições, o presidente da Câmara, ao anunciar a votação de qualquer matéria, convida os deputados a favor a permanecerem sentados e proclama o resultado manifesto dos votos. Em caso de dúvida, o presidente consultará o Plenário quanto ao resultado proclamado, assegurando o direito aos deputados de pedirem verificação de votação. Já a votação nominal é feita pelo sistema eletrônico de votos, em casos previstos no Regimento Interno da Câmara, como na votação de matérias que exigem quórum especial” (BRASIL, [2004]).

⁵ Consta no Dossiê Legislativo do PL 4.628/1998, na Exposição de motivos nº 58-MS/MJ de 02 de julho de 1998 direcionada ao Presidente da República a justificativa de tal equívoco: “Em face da existência de

modalidades dolosas do art. 273, como crime hediondo, foi o evento morte que acometeu algumas vítimas que consumiram medicamentos falsificados⁶.

1.2 A textura normativa do art. 273 do CP antes e após a modificação pela Lei nº 9.677/1998 e da legislação da ANVISA

Existiam dois dispositivos no CP tratando sobre a falsificação de remédios: O art. 272, com a denominação de crime de corrupção, adulteração ou falsificação de substância alimentícia ou medicinal, com pena de reclusão prevista de dois a seis anos para as hipóteses dolosas, e de seis meses a um ano, para condutas culposas⁷. Também tinha o art. 273 do CP, sob a denominação legal de crime de alteração de substância alimentícia ou medicinal, o qual previa como condutas ilícitas a alteração de substância alimentícia ou medicinal da seguinte forma: modificando-lhe a qualidade ou reduzindo-lhe o valor nutritivo ou terapêutico; suprimindo, total ou parcialmente, qualquer elemento de sua composição normal ou substituindo-o por outro de qualidade inferior; vender, expor à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo a substância alterada. Para conduta dolosa cominava pena de reclusão de um a três anos e multa. Na modalidade culposa, pena de detenção de dois a seis meses e multa⁸.

inúmeros projetos em tramitação na Câmara dos Deputados que buscavam enquadrar a prática de falsificação de medicamentos na Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 1990), viu-se aquela Casa Legislativa na contingência de ter elaborar um substitutivo que haveria de consolidar as idéias contidas nas diversas proposições. Por algum lapso, a redação final fez inserir na ementa do substitutivo a referência à falsificação de medicamento como crime hediondo sem que houvesse a necessária e específica alteração do texto normativo consolidado. Equívoco mais grave acabou por ser perpetrado: o art. 2º da proposta original do Executivo foi suprimido na redação final. Assim, o substitutivo aprovado acabou por contemplar na ementa referência aos crimes hediondos que não consta do texto normativo. Como a ementa não tem força normativa, revela-se inútil a referência dela constante: sem qualquer correspondência no texto” (BRASIL, 1998c).

⁶ Consta na justificativa do Deputado Silvio de Abreu, época, no dossiê legislativo do PL 4.628/1998 a seguinte justificativa: “A imprensa de todo o País tem divulgado diariamente a prática de um dos crimes mais covardes, mais perversos, contra a população brasileira: a falsificação de remédios. Pessoas portadoras de câncer estão morrendo devido à ingestão de medicamentos falsos, que nada tem a ver com a cura dessa doença. A ausência do remédio correto, eficaz, tem dizimado muitas vidas. Estamos diante de uma máfia especializada, que está praticando um verdadeiro genocídio, exterminando todos os nossos doentes. Este Parlamento não pode permanecer inerte diante dessa barbárie, dessa monstruosidade. Assim, propomos alteração na Lei nº 8.072/90, para tipificar, como crime hediondo, a falsificação de substâncias medicinais, para o que contamos com a colaboração de nossos ilustres Pares” (BRASIL, 1998c).

⁷ “Corrupção, adulteração ou falsificação de substância alimentícia ou medicinal. Art. 272. Corromper, adulterar ou falsificar substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo, tornando-a nociva à saúde: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, de cinco a quinze contos de réis. § 1º Está sujeito à mesma pena quem vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, entrega a consumo a substância corrompida, adulterada ou falsificada. Modalidade culposa § 2º Se o crime é culposo: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa, de quinhentos mil réis a dois contos de réis” (BRASIL, 1940).

⁸ “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:

A figura do antigo art. 272 do CP tem mais correlação com as figuras típicas do *caput* do atual art. 273 do CP. Já a redação antiga do art. 273 do CP, tem mais correlação com as figuras típicas do §1º-B do atual art. 273 do CP. É nesta última que este trabalho concentrará suas abordagens, mas nada impede que algumas considerações, com as devidas adaptações, sirvam para uma reflexão geral do atual texto do art. 273 do CP, na sua integralidade.

Após ser modificado pela Lei nº 9.677/1998, o delito do art. 273 passou a ser denominado falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, ampliando o rol de condutas criminosas, inclusive, passou a ter como objeto material também cosméticos, saneantes e os usados em diagnósticos. São estas as condutas delituosas: falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribuir ou entregar para o consumo produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado; vender, expor à venda, ter em depósito, distribuir ou entregar produto: sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; em desacordo com a fórmula constante do registro; sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; de procedência ignorada; adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente. Para essas condutas sob o crivo do dolo previu pena de reclusão de 10 a 15 anos e multa. Na modalidade culposa, pena de detenção de um a três anos e multa⁹. Substâncias alimentícias foram excluídas do tipo do art. 273 do CP, figurando como objeto do atual do art. 272 do mesmo Diploma Penal Pátrio.

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” (BRASIL, 1940).

⁹ “Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) § 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. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) § 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. (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) § 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; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; ((Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) V - de procedência ignorada; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente. (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) Modalidade culposa § 2º - Se o crime é culposo: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)” (BRASIL, 1940).

Segue abaixo quadro comparativo dos arts. 272 e 273, ambos do CP, antes e após a Lei nº 9.677/1998, ressaltado que o foco deste trabalho é o §1º-B do art. 273 do CP.

Quadro 1 – Comparativo dos artigos 272 e 273 do CP, antes e depois à Lei 9.677/1998

ANTES	← LEI Nº 9.677/1998 →	DEPOIS
Art. 272		Art. 273
“Corrupção, adulteração ou falsificação de substância alimentícia ou medicinal. Art. 272. Corromper, adulterar ou falsificar substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo, tornando-a nociva à saúde: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, de cinco a quinze contos de réis.		“Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)
§1º Está sujeito à mesma pena quem vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, entrega a consumo a substância corrompida, adulterada ou falsificada. Modalidade culposa § 2º Se o crime é culposos: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa, de quinhentos mil réis a dois contos de réis (BRASIL, 1940).		§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. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)
		§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. (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)
“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-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; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; ((Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) V - de procedência ignorada; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente. (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)
§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 culposos: Pena - detenção, de dois a seis meses, e multa, de duzentos mil réis a um conto de réis” (BRASIL, 1940).		Modalidade culposa§ 2º - Se o crime é culposos: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)” (BRASIL, 1940).

Fonte: BRASIL (1940)

Constata-se que, pela nova redação do art. 273 do CP, seu campo de incidência se tornou mais abrangente, visto que alcança desde cosméticos até medicamentos essenciais para

a vida, buscando-se também punir todas as etapas de comercialização de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais.

Especificamente, em relação às condutas criminalizadas do §1º-B do art. 273 do CP, a dos incisos II, III e IV, em tese, são mais graves, haja vista que são comportamentos que interferem na qualidade, composição ou identificação do conteúdo produto. Já os incisos I, V e VI se reservam para situações, onde o conteúdo do produto é adequado e em conformidade com sua identificação, estando, de acordo, também, com os fins que se destinam, mas que apenas não passaram pelo crivo dos órgão sanitário fiscalizador competente.

Quanto à sua classificação doutrinária, o tipo do art. 273 do CP caracteriza-se como: a) crime comum, poder ser praticado por qualquer pessoa, não se exigindo qualidades especiais por parte do sujeito ativo; b) Crime vago, a coletividade é o sujeito passivo; c) crime comum e abstrato, a lei presume, de forma absoluta, o risco criado a um número indeterminado de pessoas com a prática ilícita; d) crime formal, consuma-se com a prática de qualquer das condutas descritas legalmente, independente de causar prejuízo a alguém ou não; e) plurissubsistente, admite-se a tentativa ante a possibilidade de se fracionar o *inter criminis*; f) de ação pública incondicionada (MASSON, 2018, p. 362-365).

Preconiza o art. 200, inciso I, da CF que compete ao Sistema Único de Saúde (SUS) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, homoderivados e outros insumos. O SUS é definido pela Lei nº 8.090/1990, como sendo o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração Indireta e Direta e das fundações mantidas pelo poder público. Esta mesma Lei atribui ao órgão de vigilância sanitária, de acordo com seu art. 6º, §1º, inciso I as competências para o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, relacionem-se com à saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo.

Conforme art. 6º, inciso I, a, e §1º da Lei nº 8.080/1990 e o art. 4º da Lei nº 9.782/1999, esta execução da política de controle fica a cargo da ANVISA, a qual detém competência para regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam riscos à saúde pública (art.8º, *caput*, da Lei nº 9.782/1999).

A ANVISA, criada pela Lei nº 9.782/1999, portanto, logo após a Lei nº 9.677/1998, levando-se em conta o cenário prático no âmbito da falsificação, corrupção, adulteração ou

alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais¹⁰, incluindo os saneantes¹¹, cosméticos¹², os utilizados em uso em diagnóstico¹³, insumos farmacêuticos¹⁴ e matérias-

¹⁰ Em consonância com o inciso II do art. 4º da Lei nº 5.991/1973, medicamento é: “produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico” (BRASIL, 1973).

¹¹ Conforme o art.3º, inciso VII, da Lei 6.360/76, saneantes são: “[...]substâncias ou preparações destinadas à higienização, desinfecção ou desinfestação domiciliar, em ambientes coletivos e/ou públicos, em lugares de uso comum e no tratamento da água compreendendo: **a) inseticidas** - destinados ao combate, à prevenção e ao controle dos insetos em habitações, recintos e lugares de uso público e suas cercanias; **b) raticidas** - destinados ao combate a ratos, camundongos e outros roedores, em domicílios, embarcações, recintos e lugares de uso público, contendo substâncias ativas, isoladas ou em associação, que não ofereçam risco à vida ou à saúde do homem e dos animais úteis de sangue quente, quando aplicados em conformidade com as recomendações contidas em sua apresentação; **c) desinfetantes** - destinados a destruir, indiscriminada ou seletivamente, microorganismos, quando aplicados em objetos inanimados ou ambientes; **d) detergentes** - destinados a dissolver gorduras e à higiene de recipientes e vasilhas, e a aplicações de uso doméstico (BRASIL, 1976, grifo nosso). Na Biblioteca Temática da ANVISA sobre saneantes, a qual reúne toda a legislação sobre o tema, consta a seguinte apresentação: “Os saneantes são produtos que facilitam a limpeza e a conservação de ambientes (casas, escritórios, lojas, hospitais), mas, apesar de serem amplamente utilizados pela população, apresentam alguns riscos associados à sua utilização, motivo pelo qual estão sujeitos à regulação sanitária realizada pela Anvisa. Alguns exemplos de saneantes são detergente líquido, sabão em pó, cera, água sanitária, raticidas e desinfetantes. A Anvisa atua no registro e na notificação desses produtos, antes de sua comercialização, observando critérios de qualidade para garantir a sua eficácia e segurança. A Agência também elabora normas e padrões, apoia o cadastro de informações sobre a ocorrência de problemas de saúde causados por saneantes, atua no controle e na avaliação de riscos, acompanha o desenvolvimento técnico-científico de substâncias e, quando necessário, adota medidas corretivas para eliminar, evitar ou minimizar os perigos relacionados aos saneantes” (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2019a).

¹² De acordo com o art. 3º, inciso V, da Lei nº 6.360/1976 cosméticos são: “[...] produtos para uso 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, máscaras faciais, loções de beleza, soluções leitosas, cremosas e adstringentes, loções para as mãos, bases de maquiagem e óleos cosméticos, rugas, “blushes”, batons, lápis labiais, preparados anti- solares, bronzeadores e simulatórios, rímeis, sombras, delineadores, tinturas capilares, agentes clareadores de cabelos, preparados para ondular e para alisar cabelos, fixadores de cabelos, laquê, brilhantinas e similares, loções capilares, depilatórios e epilatórios, preparados para unhas e outros” (BRASIL, 1976). De acordo com a RDC nº 7 de 10.02.2015, os cosméticos podem ser classificados em de 1º e de 2º grau, conforme a predisposição de causar algum dano à saúde, em função da probabilidade de ocorrência de efeitos não desejados devido ao uso inadequado do produto, sua formulação, finalidade de uso, áreas do corpo a que se destinam e cuidados a serem observados quando de sua utilização, sendo os de 2º grau, os de risco mais acentuado. Os de 1º grau estão elencados em um Anexo I, e dos de 2º Grau no Anexo II, ambos da referida Resolução (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2015).

¹³ Consta em Manual Para Regularização de Produtos Para Diagnóstico *In Vitro* da ANVISA a seguinte definição de produtos para diagnóstico: “Os produtos para diagnóstico in vitro sob regime de Vigilância Sanitária compreendem todos os reagentes, calibradores, padrões, controles, coletores de amostra, materiais e instrumentos, usados individualmente ou em combinação, com intenção de uso determinada pelo fabricante, para análise in vitro de amostras derivadas do corpo humano, exclusivamente ou principalmente para prover informações com propósitos de diagnóstico, monitoramento, triagem ou para determinar a compatibilidade com potenciais receptores de sangue, tecidos e órgãos. Destacam-se nesta definição os produtos para autoteste, destinados à utilização por leigos, profissionais da área da saúde, ou pelo laboratório clínico, permitindo o acompanhamento das condições de uma doença, detecção de condições específicas, com a intenção de auxiliar o paciente, porém não sendo considerado conclusivo para o diagnóstico” (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2016). A RDC nº 36 de 26.08.2015 especifica o que são reagentes, calibradores, coletores de amostra e dá outras providências.

¹⁴ Conforme o inciso III do art.4º da Lei nº 5.991/1973, insumo farmacêutico é: “droga ou matéria-prima aditiva ou complementar de qualquer natureza, destinada a emprego em medicamentos, quando for o caso, e seus recipientes” (BRASIL, 1973). De acordo com item 3.6 do Anexo da RDC nº 57 de 17.11.2009 da ANVISA insumos farmacêuticos são: “Insumo Farmacêutico Ativo (IFA) - Também denominado fármaco, ou simplesmente princípio ativo, é o componente farmacologicamente ativo destinado ao emprego em medicamento” (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2009). Na Biblioteca de Insumos

primas¹⁵ destinadas à fabricação desses produtos, possui vasta e exaustiva legislação, com o objetivo de fiscalizar e coibir condutas que ponham em risco a saúde pública. Muito dessas normas se encontram em Resoluções, Resoluções da Diretoria Colegiada, conhecidas pela sigla RDC, como também em Instruções Normativas e Portarias¹⁶. O regramento sanitário é abrangente, passando a regular todas as etapas da comercialização do produto, desde a fabricação até a venda, normatizando o registro dos produtos, a autorização das empresas e o licenciamento dos estabelecimentos, a responsabilidade técnica dos profissionais, a rotulagem e publicidade, a exportação e importação de produtos e matérias primas, embalagens, meios de transportes, além de estabelecer infrações administrativas e suas respectivas sanções. A Lei nº 6.360/1976 também representa o importante marco normativo sobre regras sanitárias, dispondo sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos, além de determinar outras providências. A Lei nº 6.437/1977 também tipifica infrações administrativas e sanções, dentre elas, destaca-se no seu art.10, inciso IV, a infração administrativa de fabricar medicamentos e correlatos sem registro, licença, ou autorizações do órgão sanitário competente ou contrariando o disposto na legislação sanitária pertinente¹⁷.

A Lei nº 5.991/1973 dispõe sobre o Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos e dá outras Providências e o Decreto nº

Farmacêuticos da ANVISA, a qual reúne toda a legislação emanada dessa instituição sobre insumos farmacêuticos, consta a seguinte apresentação: “Os insumos farmacêuticos representam o início da cadeia produtiva da indústria farmacêutica. Para assegurar a qualidade das matérias-primas utilizadas na produção de medicamentos, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) é responsável pela autorização de funcionamento das empresas e pelo controle sanitário dos insumos farmacêuticos, mediante a realização de inspeções sanitárias e a elaboração de normas. Além disso, a Agência realiza o cadastramento dos insumos farmacêuticos ativos para empresas que exerçam as atividades de fabricar, importar, exportar, fracionar, armazenar, expedir, embalar e distribuir insumos. As notificações de insumos farmacêuticos com desvios de qualidade também são avaliadas pela Anvisa” (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2019a).

¹⁵ O art. 3º, inciso XII, da Lei 6.360/1976 define matéria-prima como: “[...] substâncias ativas ou inativas que se empregam na fabricação de medicamentos e de outros produtos abrangidos por esta Lei, tanto as que permanecem inalteradas quanto as passíveis de sofrer modificações; Aliás, já na Magna carta Inglesa de 1215, do João Sem-Terra, havia previsão nos arts. 20 e 21. Art. 20: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição” (BRASIL, 1976).

¹⁶ Encontradas na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, (2019a), a qual remete ao site da ANVISA, está disposta a biblioteca temática das normas, o que facilita a pesquisa por assunto desejado, onde existe toda a legislação condensada por tema.

¹⁷ O tipo penal do inciso I do § 1º-B do art. 273 do CP é correlato com a infração administrativa do art.10, inciso IV, da Lei nº 6337/1977: “IV - extrair, produzir, fabricar, transformar, preparar, manipular, purificar, fracionar, embalar ou reembalar, importar, exportar, armazenar, expedir, transportar, comprar, vender, ceder ou usar alimentos, produtos alimentícios, medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos, produtos dietéticos, de higiene, cosméticos, correlatos, embalagens, saneantes, utensílios e aparelhos que interessem à saúde pública ou individual, sem registro, licença, ou autorizações do órgão sanitário competente ou contrariando o disposto na legislação sanitária pertinente pena - advertência, apreensão e inutilização, interdição, cancelamento do registro, e/ou multa” (BRASIL, 1977).

8.077 de 14.08.2013, o qual regulamenta as condições para o funcionamento de empresas sujeitas ao licenciamento sanitário e o registro, controle e monitoramento, no âmbito da vigilância sanitária.

1.3 A falsificação de medicamentos: um problema de saúde pública mundial e brasileiro

A preocupação com a qualidade dos remédios é muito antiga. Escritos do século IV a.C chamam atenção sobre o perigo de medicamentos falsificados. No século I, Dioscórides¹⁸, um médico grego, identificou produtos médicos nessas condições, bem como orientou sobre sua detecção. Essa preocupação até hoje existe, ante a circulação efetiva de produtos médicos fraudados ou fora das especificações legais, de acordo com dados da Organização Mundial de Saúde (OMS). No plano internacional, esse problema começou a ser tratado em 1985, na conferência de Especialistas no Uso Racional de Medicamentos, realizada em Nairóbi, no Quênia, onde se exortou que a OMS, junto com outros órgãos internacionais e não governamentais, deveria averiguar sobre a possibilidade de estabelecer um observatório para coletar dados e informar os governos sobre a natureza e extensão da falsificação.

Em 1988, a Assembleia Mundial de Saúde (AMS), órgão diretor da OMS, adotou a resolução WHA41.16, pela qual solicitava ao Diretor da OMS um programa de prevenção e detecção de medicamentos falsificados com fraudes em seu conteúdo ou identificação ou com baixo padrão de qualidade. Como resultado dessa solicitação, foi realizado um *workshop* pela OMS e pela Federação Internacional das Associações de Fabricantes de Produtos Farmacêuticos (IFPMA) em Genebra, no início de abril de 1992, onde foi estabelecida a seguinte definição (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2005, p. 9):

Medicamentos falsificados são aqueles deliberada e fraudulentamente rotulados de forma incorreta com relação à identificação e/ou fonte. A falsificação pode se aplicar tanto a produtos de marca quanto a genéricos, sendo que os mesmos podem incluir produtos com os princípios corretos ou incorretos, sem princípios ativos, com princípios ativos insuficientes ou com embalagem falsa (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2005, p. 10).

Em documento elaborado em 2005, pela Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) em parceria com a OMS e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), são citados como exemplos de medicamentos falsificados os seguintes produtos: **a)** os que não contém nenhum dos princípio ativos declarados em seu rótulo; **b)** aqueles com princípios

¹⁸ “Pedânio Dioscórides [...] foi um autor greco-romano, considerado o fundador da farmacognosia através da sua obra *De materia medica*, a principal fonte de informação sobre drogas medicinais desde o século I até ao século XVIII” (DIOSCÓRIDES, 2019).

ativos diversos dos especificados na embalagem; **c)** os que contêm a potência correta dos princípios ativos descritos, porém com fonte diferente da indicada; **d)** produtos que contêm as drogas indicadas, mas em potência ou quantidade diferentes das declaradas ou que possuam impurezas em seu conteúdo. Este mesmo documento ao registrar o impacto na saúde pública, ressalta (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2005, p. 13):

Até agora, os medicamentos falsificados que foram descobertos raramente eram eficazes. Em muitos casos, foram realmente perigosos e prejudiciais à saúde pública, causando sofrimento humano e ônus aos serviços de saúde. Os pacientes podem não responder tão rapidamente como deveriam e, em alguns casos, podem não responder de forma alguma. O tratamento com medicamentos falsificados ineficazes, tais como antibióticos ou vacinas, pode causar sério prejuízo a uma vasta porção da população. Em casos extremos, os medicamentos falsificados podem causar graves danos à saúde ou exacerbar as condições que estão sendo tratadas devido aos componentes prejudiciais que podem conter. Por exemplo, a incorporação de dietilenoglicol em produtos farmacêuticos, fraudulentamente ou por erro, causaram a morte de mais de 500 pessoas, a maioria delas crianças. Quando ingerido, o dietilenoglicol pode afetar o sistema nervoso central, fígado e rins, podendo levar à morte por falência renal. Em um outro caso conhecido, comprimidos de placebo sem os princípios ativos foram roubados e vendidos como medicamento contraceptivo, levando, conforme foi declarado, à gravidez indesejada (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2005, p. 15)¹⁹.

Os casos de falsificação mundial de medicamentos entre os anos de 2000 e 2006 aumentaram 800 % (oitenta por cento). É estimado pelas autoridades neste intervalo temporal 800.000 (oitocentos mil) mortes em todo o mundo, apresentando um crescimento anual de 13% (treze por cento), gerando lucros na ordem de 75 (setenta e cinco) bilhões de dólares (HURTADO; LASMAR, 2014).

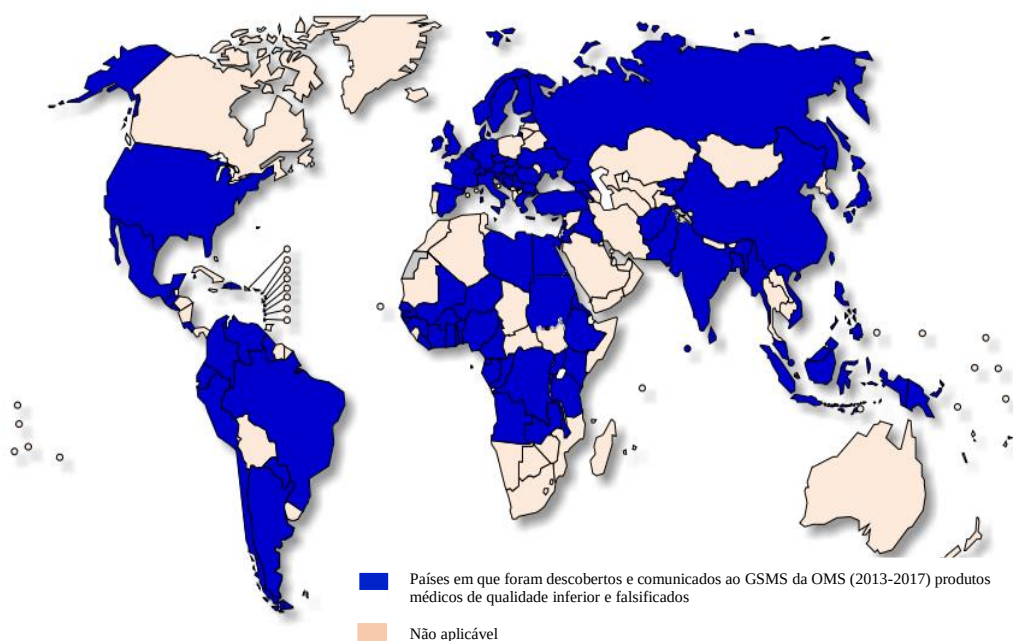
Antes de expor os dados constantes em relatório do Sistema Mundial de Vigilância e Monitoração para os produtos de qualidade inferior e falsificados (GSMS) da Organização Mundial de Saúde (OMS), elaborado com base em dados recolhidos durante seus primeiros quatro anos de funcionamento, de julho de 2013 à junho de 2017, pertinente consignar o universo de produtos médicos, definidos pela Assembléia Mundial da Saúde, órgão diretor da OMS, no apêndice 3 do anexo ao documento A70/23, indicando o âmbito de produtos médicos com riscos para saúde. São eles: **a) produtos médicos de qualidade inferior**, aqueles autorizados, porém que não cumprem os padrões de qualidade ou as especificações ou ambas; **b) produtos médicos não registrados /não licenciados**, este conjunto indica os que não foram submetidos a avaliação e/ou aprovação da ANRM para o mercado em que são

¹⁹ “Dietilenoglicol, também denominado DEG ou éter de glicol é um composto orgânico de fórmula química $C_4H_{10}O_3$ (dispostos como $HO-CH_2-CH_2-O-CH_2-CH_2-OH$). É um líquido claro, higroscópico e sem odor. É miscível com água e solventes polares tais como os alcoóis. Também é miscível com éteres. [...] Como o etilenoglicol, uma solução de dietilenoglicol e água é usada como um anticongelante. Ambos diminuem o ponto de fusão e aumentam o ponto de ebulição da solução, fazendo-a mais adequada para climas frio (DIETILENOGLICOL, 2019).

vendidos, distribuídos ou usados, sob reserva das condições autorizadas nos termos da regulamentação e legislação nacional ou regional; c) **produtos falsificados**, os que indicam a sua identidade, composição ou origem de forma deliberadamente fraudulenta²⁰ (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2018, p. 3).

A circulação de medicamentos falsos ou de qualidade inferior é um problema mundial. Vale ressaltar que este relatório do GSMS é baseado apenas nos produtos que foram detectados pelo sistema de notificação de casos recepcionados pelo GSMS, não sendo possível determinar toda extensão do problema derivado da falsificação de medicamentos, até porque, como alerta o GSMS, são baixos os níveis de detecção, ante a insuficiente cultura da notificação. A figura abaixo extraída do relatório fornece uma ideia da dimensão do problema. De acordo com Sistema de Vigilância Sanitária da OMS.

Figura 1 - Países em que foram descobertos e comunicados ao GSMS da OMS produtos médicos de qualidade inferior e falsificados em 2013–2017



Fonte: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (2018)

²⁰ As definições, pela Assembleia Mundial de Saúde, de produtos médicos de qualidade inferior, não registrados, não licenciados e os falsificados em si, são objetos materiais das condutas criminosas descritas nos incisos no § 1º-B do art. 273 do CP, *in verbis*: “ § 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: **I** - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; **II** - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; **III** - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; **IV** - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; **V** - de procedência ignorada; **VI** - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente” (BRASIL, 1940).

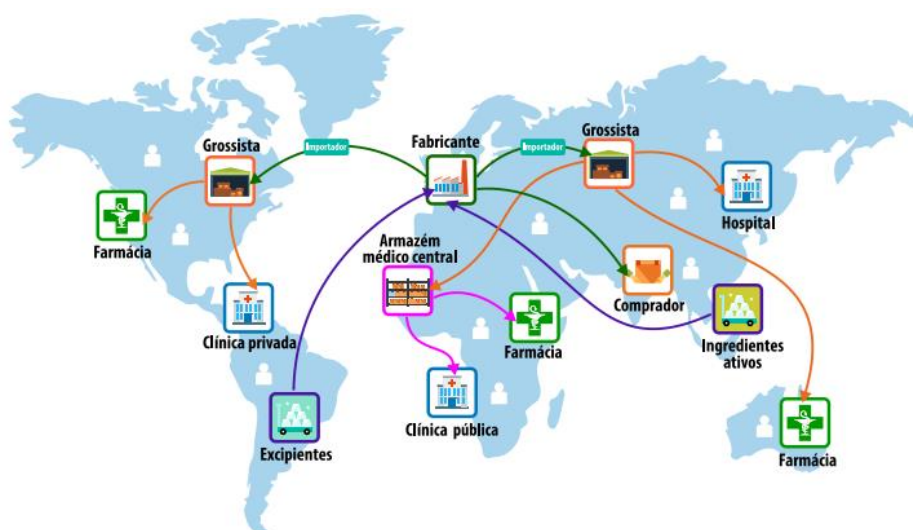
Excerto extraído do relatório do GSMS da OMS fornece uma noção do perigo da circulação de medicamentos falsificados ou com qualidade inferior:

[...] os produtos médicos de qualidade inferior são produzidos por fabricantes registrados. Contudo, esses produtos não cumprem os padrões de qualidade aprovados, ou porque são mal fabricados ou porque são incorretamente embalados e transportados. No caso dos medicamentos falsificados, a manufatura e as embalagens são deliberadamente concebidas para enganar o consumidor. Esses produtos, disfarçados de produtos médicos, podem conter quantidades de ingredientes ativos perigosamente elevadas ou ineficazmente baixas. Podem conter contaminantes (como foi o caso do medicamento para a tosse no Paquistão e no Paraguai), ou não conter qualquer ingrediente ativo. Por vezes, os medicamentos que ultrapassaram o prazo de validade determinado pelos fabricantes e reguladores são de novo embalados e colocados no mercado, apresentando-se, às vezes, como um medicamento completamente diferente. Essas irregularidades podem minar a confiança das pessoas nos sistemas de saúde e pôr a sua saúde em risco, ao mesmo tempo que consomem os orçamentos das famílias e dos governos. [...] Quando os medicamentos não têm o efeito desejado (como acontece com a maioria dos produtos médicos de qualidade inferior e falsificados), podem prolongar a doença e os inconvenientes, o absentismo ao trabalho e, muitas vezes, o sofrimento associado à doença. Os médicos e outros profissionais de saúde desperdiçam o seu precioso tempo procurando tratamentos alternativos, quando aquilo que de fato é preciso são versões de qualidade do mesmo tratamento. Nos piores casos, alguns dos quais estão descritos neste relatório, as pessoas morrem, quer por falta de tratamento da doença, quer porque é o próprio produto que as mata (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2018, p. 5).

O relatório do GSMS da OMS também aponta como problema de consumo de medicamentos adulterados ou fora das especificações a promoção de infecções, pois, no caso dos antibióticos ou antimicrobianos, esses possuem determinados princípios ativos e dosagens específicas para destruir agentes patogênicos específicos, assim, quando desnaturados na composição ou na medida, proporcionam a subsistência de alguns agentes patogênicos, com espaço para se multiplicarem e infectarem outras pessoas, haja vista a grande mobilidade hodierna dos seres humanos pelos meios de transportes e pela concentração da população em espaços públicos e privados. O referido relatório, apesar de baseado apenas em 1500 notificações de diversos países, entre 2013 e 2017, indica com segurança os principais problemas detectados com comércio clandestino de medicamentos corrompidos ou sem as especificações exigidas legalmente, dentre eles, destaca: **a)** risco efetivo à saúde, com prolongamento de doenças e causando mortes; **b)** promoção à resistência antimicrobiana e de infecções resistentes aos remédios; **c)** abalo da confiança dos profissionais de saúde e do sistema de saúde; **d)** criação de desconfiança sobre a eficácia das vacinas; **e)** esgotamento dos limitados orçamentos das famílias e dos sistemas de saúde; **f)** geração de rendimentos às redes de criminosos (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2018, p. 7).

O mapa abaixo constante no relatório do GSMS ilustra o percurso de um medicamento, demonstrando a complexidade do comércio ilegal, descrevendo a ligação entre os diversos atores envolvidos na fabricação clandestina de remédios, que vai desde o pequeno vendedor e comprador ao grande fabricante, perpassando por estabelecimentos públicos e privados, apontando o relatório que, muitas vezes, as embalagens e os medicamentos são fabricados e impressos em diferentes países e todos os componentes são transportados até um destino final, onde são organizados e distribuídos.

Figura 2 - O percurso de um medicamento



Fonte: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (2018, p. 7)

A base de dados da GSMS, formada entre 2013 e 2017, criada a partir das notificações sobre irregularidades ao sistema de vigilância da OMS, aponta que a falsificação, adulteração, corrupção ou fabricação em desrespeito às normas sanitárias e de fiscalização recai não só sobre produtos salva-vidas, mas também sobre aqueles destinados ao bem-estar, os quais compreendem os de tratamento de disfunção erétil, de musculação, dieta e até os cosméticos, que, geralmente, são comprados pela internet, o que dificulta a identificação dos falsários. O quadro a seguir ilustra essa realidade.

Quadro 2 - Exemplos de produtos de qualidade inferior e falsificados comunicados ao GSMS (2013–2017)

Tipo de produto	Números de estados- membros que comunicaram	Número total de relatórios sobre produtos	Porcentagem de todos produtos comunicados à base de dados ^a
Anestésicos e analgésicos	29	126	8,5
Antibióticos	46	244	16,9
Medicamentos contra o cancro	19	100	6,8
Contraceptivos e tratamentos de fertilidade	19	29	2,0
Medicamentos para a diabetes	7	11	0,8
Medicamentos para o coração	22	75	5,1
Medicamentos para o VIH/ hepatite	9	43	2,9
Produtos de bem-estar ^b	37	124	8,5
Antipalúdicos	26	286	19,6
Medicamentos psiquiátricos	19	45	3,1
Vacinas	11	29	2,0

Nota: a) Uma vez que apenas determinados produtos são apresentados nesta tabela, as percentagens desta coluna não somam 100%. No Anexo do relatório principal é apresentada uma Tabela que mostra a distribuição de todos os produtos comunicados, usando a classificação anatômica terapêutica química. b) Os produtos designados como “de bem-estar” incluem produtos para uso cosmético, tratamento da disfunção erétil, musculação e dieta.

Fonte: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (2018, p. 12)

Em relação aos produtos de origem ignorada, o GSMS também alerta para seus riscos:

[...] são muitas as vezes em que uma falta da devida diligência sobre a origem dos produtos e sua entrada na cadeia de abastecimento resultam em versões de qualidade inferior e falsificadas que chegam aos doentes através dos hospitais, clínicas e farmácias, ou seja, os locais que deveriam garantir aos doentes o maior grau de confiança de que os medicamentos são seguros (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2018, p. 14).

Sobre quem falsifica, de acordo com os dados do GSMS da OMS, percebe-se que tem desde o trabalho rudimentar ou caseiro, em menor escala, ao sofisticado, feito por organizações criminosas em nível industrial. É o que descreve o relatório do Sistema Mundial de Vigilância e Monitoração da OMS:

Não existe nenhuma outra fonte de informação que possa fornecer uma resposta clara. Como já se discutiu, o mercado farmacêutico é um negócio hiperglobalizado de bilhões de dólares. Por ano, há milhares de milhões de doses de medicamentos em centenas de milhares de formulações que são vendidos em todo o mundo, em países que têm normas e regulamentos diferentes. E isto sem considerar todos os kits de diagnóstico e outros produtos médicos. Os produtos médicos falsificados são normalmente fabricados e embalados por criminosos, que se esforçam arduamente para não serem detectados. Em alguns casos, trata-se de operações de baixo investimento e de baixa tecnologia, feitas a partir de casas ou de garagens. No entanto, existem também inúmeras evidências de produção à escala industrial (ver, por exemplo, a secção 4.1.3, que descreve como os funcionários aduaneiros angolanos capturaram 33 milhões de doses de antipalúdicos falsos escondidos numa

encomenda de alto-falantes estereofônicos, num navio proveniente da China) (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2018, p. 14)²¹.

Delineando a problemática mundial sobre a existência de remédios falsificados e de qualidade inferior, o relatório aponta um quadro de resumo, onde reconhece que não é possível ter o número absoluto de produtos médicos deficientes nem em mercados específicos ou no mundo, porém os dados revelam que: eles existem em todas as regiões, sejam do tipo genérico ou inovadores e quanto mais se procura mais se encontra. Que o problema afeta uma vasta gama de produtos, incluindo vacinas, antibióticos comuns, antipalúdicos, medicamentos para cranco, dentre outros produtos salva-vidas (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2018, p. 17).

Em um dos seus pareceres conclusivos, relata o Sistema Mundial de Vigilância e Monitoração da OMS:

A OMS e os seus parceiros estão a trabalhar no sentido de desenvolver métodos que permitam uma quantificação mais rigorosa do número de produtos médicos de qualidade inferior e falsificados. Contudo, já existem provas suficientes de que o problema é significativo, é mundial e afeta muitos tipos de produtos salva-vidas. Poderá argumentar-se que essas provas são mais do que suficientes para justificar e exigir um esforço considerável de todas as partes interessadas para prevenir, detectar e responder à ameaça colocada por esses produtos (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2018, p. 16).

No Brasil, a realidade não é diferente. Apesar da existência da Portaria nº 2.814 do Ministério da Saúde, de 29 de maio de 1998, a qual regula a questão da contrafação, tentando-se assegurar a qualidade dos medicamentos aos consumidores, impondo sanções às empresas que comercializarem medicamentos falsificados ou fora das especificações exigidas pelo regramento normativo no âmbito farmacológico e sanitário, bem como pela entrada em vigor da Lei nº 11.903, de 14 de janeiro de 2009, a qual prevê o rastreamento de produtos em toda cadeia farmacêutica até o consumo, dispondo sobre o rastreamento da produção e do consumo de medicamentos por meio de tecnologia de captura, armazenamento e transmissão eletrônica de dados, somado ao fato de o crime de falsificação de medicamentos ser considerado hediondo desde 1998, de acordo com o art. 1º, VII-B, da Lei nº 8072/90, houve o aumento do comércio de remédios fraudados ou sem atender às exigências dos órgãos de fiscalização sanitária.

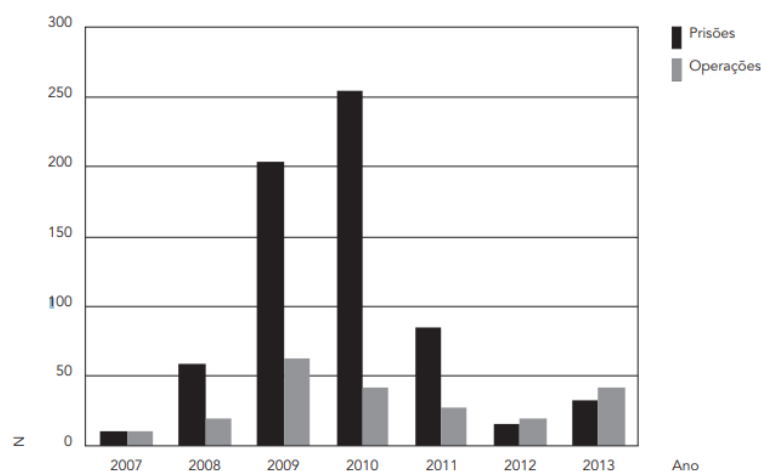
Com base em dados obtidos pela ANVISA, entre os anos de 2007 e 2011, com o auxílio da Polícia Federal, a qual, através do uso de metodologia analítica, considerou a

²¹ “Medicação antimalárica, também conhecido simplesmente como antimalárico ou antipalúdico, são projetados para prevenir ou curar malária” (MEDICAÇÃO ANTIMALÁRICA, 2018).

situação de grave risco sanitário a ocorrência de crimes dentro do estabelecimento farmacêutico, sendo as classes terapêuticas indicadas como as constantes no conteúdo dos produtos apreendidos e em suas embalagens, sendo o perfil químico detectado por realização de perícias pelo Departamento da Polícia Federal (DPF). A ação fiscalizatória e repressiva dos referidos órgãos se deu nas 27 (vinte e sete) Unidades Federativas do País, em todos os Estados e no Distrito Federal foram encontrados remédios falsificados, seja em locais mais ou menos favorecidos economicamente, tendo se destacado o Estado do Paraná com a maior ocorrência de casos, seguido pelos Estados de São Paulo e de Santa Catarina. No total, foram 224 (duzentos e vinte e quatro) operações, 659 (seiscentos e cinquenta e nove) prisões em flagrantes, sendo cerca de 70 % (setenta por cento) os proprietários de farmácia, 15 % os farmacêuticos técnicos responsáveis e o restante outras pessoas envolvida na ilicitude. Foram apreendidos 115.000 (cento e quinze mil) unidades de medicamentos falsos e contrabandeados, 271.000 (duzentos e setenta e um mil) caixas de medicamentos controlados e 348 (trezentos e quarenta e oito) toneladas de medicamentos fitoterápicos²² sem registro na ANVISA. Os medicamentos para disfunção erétil conhecidos pelo nome de Cialis e Viagra representaram 78% (setenta e oito por cento) das apreensões. As perícias realizadas constataram que, em muito dos produtos, os princípios ativos indicados no rótulo, sequer existiam no conteúdo do medicamento ou este apresentava outro tipo de substância farmacológica. O gráfico abaixo ilustra a constatação desta operação estatal (HURTADO; LASMAR, 2014, p. 894).

²² De acordo com a Resolução-RDC nº 48 de 16 de março de 2004 da ANVISA, que dispõe sobre o registro de medicamento fitoterápico, este constitui: “medicamento obtido empregando-se exclusivamente matérias-primas ativas vegetais. É caracterizado pelo conhecimento da eficácia e dos riscos de seu uso, assim como pela reprodutibilidade e constância de sua qualidade. Sua eficácia e segurança é validada através de levantamentos etnofarmacológicos de utilização, documentações tecnocientíficas em publicações ou ensaios clínicos fase 3. Não se considera medicamento fitoterápico aquele que, na sua composição, inclua substâncias ativas isoladas, de qualquer origem, nem as associações destas com extratos vegetais.” Em um sentido mais coloquial, são aqueles produzidos a partir de plantas medicinais. Os fitoterápicos são medicamentos industrializados e tem legislação específica. Consistem em uma mistura complexa de substâncias, onde, na maioria dos casos, o princípio ativo é desconhecido. Assim como outros medicamentos, os fitoterápicos quando utilizados de forma incorreta podem proporcionar problemas de saúde. Assim, visando proteger os consumidores, a ANVISA editou uma Resolução de 10 de março de 2010, padronizando sua comercialização. Uma das exigências é que suas embalagens contenham folhetos, indicando para que serve e seus possíveis efeitos colaterais (MEDICAMENTO FITOTERÁPICO, 2019).

Gráfico 1- Número de operações e prisões entre 2007 e 2011



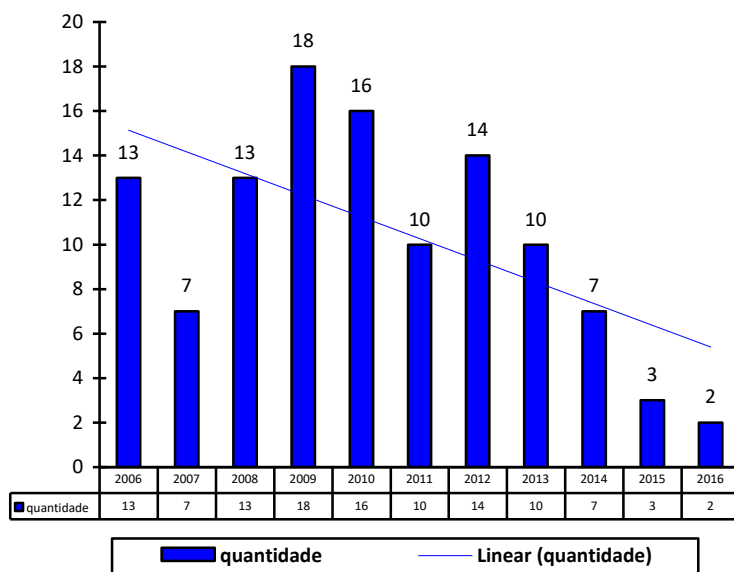
Fonte: HURTADO; LASMAR (2014, p. 894)

Especificamente sobre os medicamentos fitoterápicos, Hurtado e Lasmar, funcionários da ANVISA e da DPF, respectivamente, com base em dados coletados pela ANVISA entre 2007 e 2011, fruto de fiscalização em operação conjunta com a Polícia Federal, expõem:

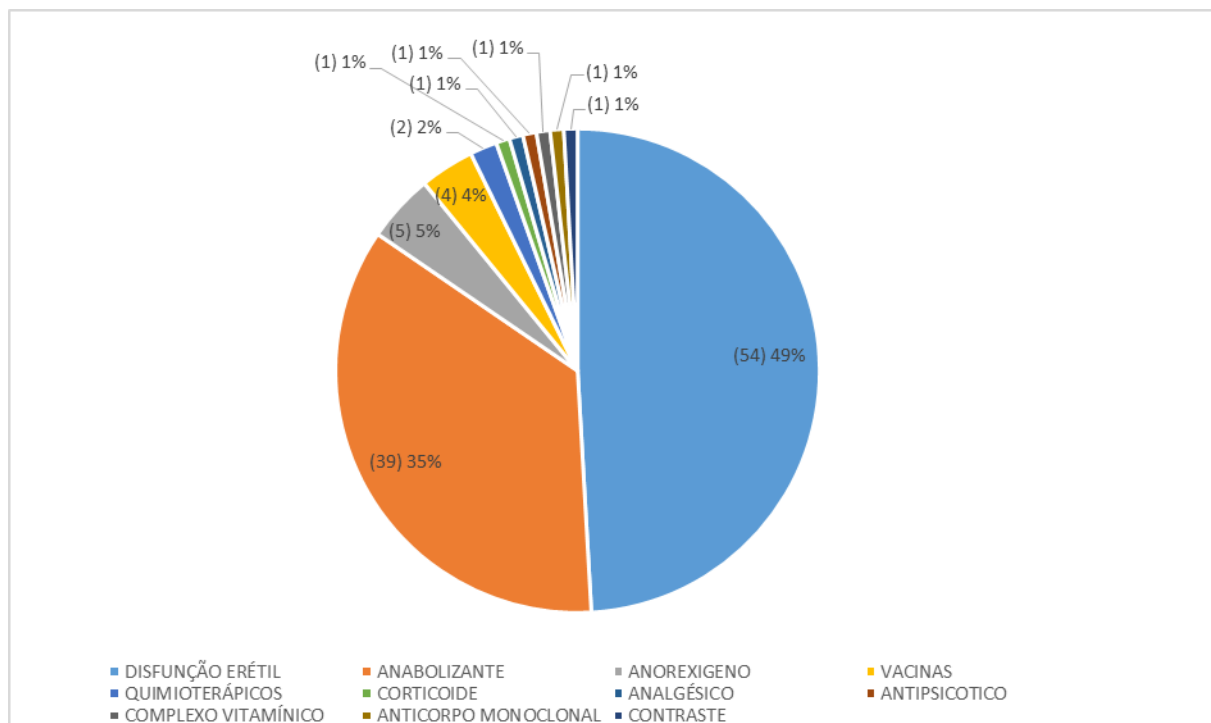
Também são casos de prisão em flagrante a comercialização e fabricação dos medicamentos ditos como “naturais”, os fitoterápicos sem registro na ANVISA, medicamentos esses de muita aceitação pela população, devido à peculiaridade da cultura popular em acreditar que medicamentos ditos como “naturais” não oferecem risco à saúde. Dentre as operações realizadas, 45% foram apreensões desses medicamentos, cujas embalagens prometem curas milagrosas para diversas doenças, como câncer, AIDS, hipertensão, atrite, artrose, entre outras. Muitas pessoas consomem esses medicamentos acreditando nas propriedades terapêuticas a eles atribuídas. Além de não terem a comprovação de eficácia para essas doenças, muitos são fabricados em locais clandestinos, sem nenhum controle higiênico, acrescentando-se ainda o fato de muitos pacientes abandonarem o tratamento tradicional cientificamente comprovado, migrando para estes tipos de medicamento (HURTADO; LASMAR, 2014, p. 892).

O Observatório de Análise Política em Saúde do Instituto de Saúde Coletiva da Universidade Federal da Bahia, preocupado com a problemática da falsificação de remédios no Brasil, com o objetivo de averiguar a evolução no combate a essa prática ilícita, por meio do seu eixo de Políticas de Medicamentos, Assistência Farmacêutica e Vigilância Sanitária, realizou um levantamento de dados sobre medicamentos falsificados, entre 2006 e 2016, com base em publicações no Diário Oficial da União, especificamente, com base em 112 (cento e doze) registros de irregularidades. Os gráficos abaixo ilustram o resultado da pesquisa.

Gráfico 2 – Registros de falsificação X ano

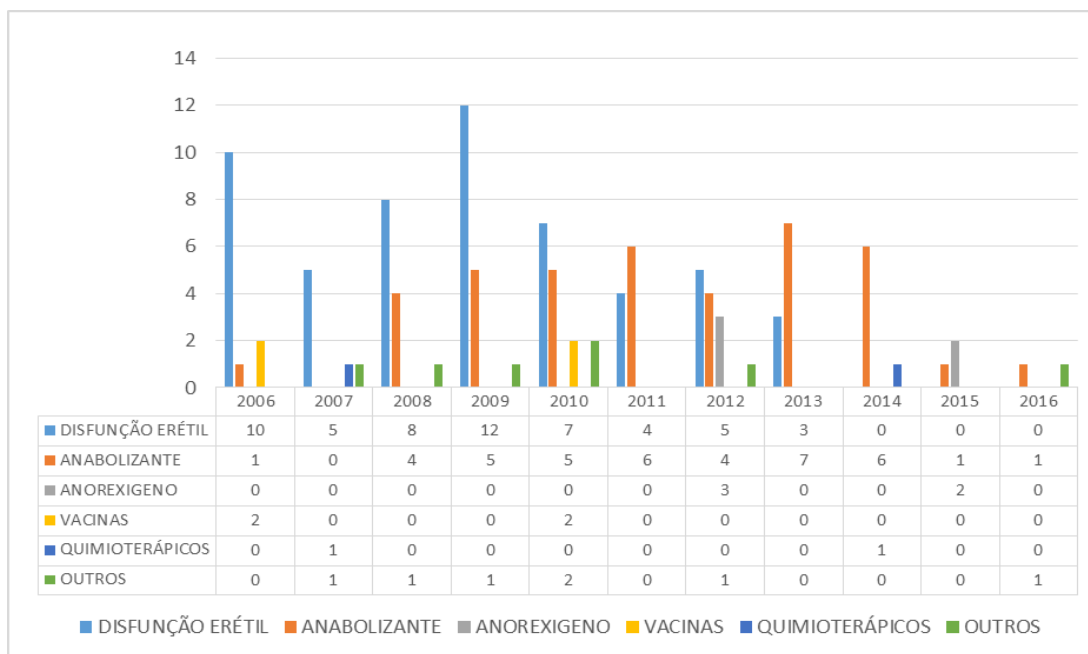


Fonte: JESUS, COSTA, ARAÚJO, ([2017], p. 5)

Gráfico 3 – Classe terapêutica *versus* falsificação

Fonte: JESUS, COSTA, ARAÚJO, ([2017], p. 6)

Gráfico 4 – Classe Terapêutica por Ano



Fonte: JESUS, COSTA, ARAÚJO, ([2017], p. 6)

Percebe-se, com base no gráfico 1, ilustrativo de números de registros de falsificação, que nos seis primeiros anos (2006-2011) ocorreu uma oscilação. O ano de 2009 teve o maior número de registros e o ano de 2007, o menor. Em relação ao gráfico 2, sobre as classes terapêuticas mais propensas para a falsificação, os para disfunção erétil aparecem, em primeiro lugar, com 49% do total falsificado, seguidos pelos anabolizantes com 35%, pelos anorexígenos²³, com 5%, e pelos 4% das vacinas.

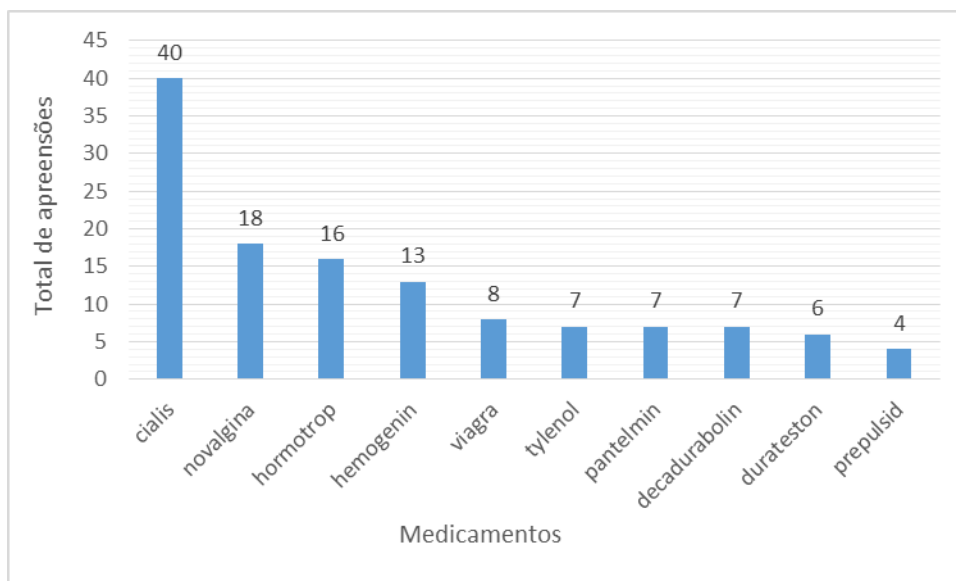
No que tange ao gráfico 3, verifica-se que de 2013 em diante ocorreu a queda de registros por medicamentos de disfunção erétil, não contendo nenhum registro nos anos de 2015 e 2016, provavelmente, pela quebra da patente do Viagra, com abertura ao mercado dos genéricos, já que o foco dos falsificadores são os produtos caros, inacessíveis a camada de baixa renda, porém desejados. Já os anabolizantes, tiveram uma constância todos os anos.

Em outra análise no banco de dados da ANVISA, entre 1998 e 2015, constataram-se os seguintes índices em relação ao tipo de medicamento apreendido e estatística da classe terapêutica visada pelos falsários, de acordo com as figuras abaixo, percebendo que o

²³ “Anorexígeno, Anorético ou Anomirineronético são medicamentos com a finalidade de induzir a anorexia - aversão ao alimento, falta de apetite, ou seja, são os famosos remédios para emagrecer. Geralmente são anfetaminas, metanfetaminas e similares, mesma classe de drogas da cocaína, crack e crystal meth. Atualmente, as drogas anorexígenas utilizadas no Brasil são a dietilpropiona (anfepramona), o fenproporex, fenfluramina, fenilpropanolamina e o manzidol. Dentre eles, o femproporex é o anorexígeno mais utilizado no Brasil (60% das prescrições) [...]” (ANOREXÍGENO, 2019).

medicamento Cialis ocupa o primeiro lugar, seguidos pela Novalgina e Hormotrop. Quanto à classe terapêutica, manteve-se o *ranking* coerente com os tipos de medicamentos mais falsificados, liderando os vasodilatadores, seguidos pelos analgésicos e anabolizantes. Resultados desta pesquisa abaixo (COSTA *et al.*, 2016, p. 24-26).

Gráfico 5 - Medicamentos apreendidos por falsificação e quantidade de lotes entre 1998-2015



Fonte: COSTA (2016, p. 24)

Tabela 1 - Medicamentos apreendidos segundo a classe terapêutica

CLASSE TERAPÊUTICA	NÚMERO DE APREENSÕES
Vasodilatador	17,36%
Analgésico	10,07%
Anabolizante	9,38%
Antibacteriano	7,99%
Anti-inflamatório	6,25%
Hormônio crescimento humano	5,56%
Antiparasitário	4,17%
Anorexígeno	2,43%
Suplementação vitamínica	2,08%
Antifúngico	2,08%
Anti-hipertensivo	2,08%
Descongestionante	1,74%
Antipsicótico	1,74%
Antiemético	1,74%
Produto biológico	1,74%
Anestésico	1,74%
Antiulceroso	1,74%
Antineoplásico	1,39%
Antiflatulento	1,39%
Antiviral	1,39%
Vasodilatador cerebral	1,04%
Analgésico opioide	1,04%
Mucolítico	1,04%
Relaxante muscular	1,04%
Antidepressivo	1,04%
Broncodilatador	1,04%
Anticoncepcional	1,04%
Antisséptico	0,69%
Não se aplica	0,69%
Antiácido	0,69%
Antienxaquecoso	0,69%
Ansiolítico	0,69%
Preparado enzimático proteolítico	0,35%
Antigotoso	0,35%
Redutor da absorção de gorduras	0,35%
Fitoterápico	0,35%
Anti-ácido	0,35%
Formação de anticorpos	0,35%
Antineuríticas	0,35%
Hematopoiético	0,35%
Antialérgico	0,35%
Antilipêmico	0,35%
Uso em diagnóstico	0,35%
Anti-histamínico	0,35%
Estimulante da ovulação	0,35%
Creme vaginal	0,35%
Diurético	0,35%
Total Geral	288

Fonte: COSTA (2016, p. 25-26)

Diante dessa exposição fática e estatística, atesta-se que o problema de falsificação de medicamentos e fins é uma realidade mundial e brasileira que põe em risco a saúde pública, percebendo-se também que as descrições das figuras típicas do §1º-B do art. 273 do CP não

estão descondividentes com as mais rotineiras condutas falsificadoras ou descumpridoras da normatividade dos órgãos sanitários, como também que apesar do aumento da pena mínima em abstrato para 10 anos e da inclusão do rol dos crimes hediondos, a pena não cumpriu seu papel inibidor de condutas criminosas, ainda se encontrando em constantes ataques o bem jurídico saúde pública.

Não se pode olvidar também que o constituinte originário de 1998, constitucionalizou o direito à saúde, impondo proteção ao bem jurídico saúde pública, onde no art.196 estabelece que a saúde é um direito de todos e no art. 197 impõe ao poder público, na forma da lei, o dever de regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e serviços da saúde.

1.4 A situação jurisprudencial sobre a (in)constitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do CP

Analisar-se-á, principalmente, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal de Federal (STF), onde, de forma reflexa, será exposta também a posição de alguns Juízos, de outros Tribunais e do Ministério Público.

No STJ, o primeiro caso foi analisado em 29.10.2009 no HC nº 93.870/RJ (BRASIL, 2009a), ocasião em que três réus foram acusados no art. 273, §1º e §1º-B, I, todos do CP, nesse caso, o parecer do Ministério Público foi pela constitucionalidade da pena abstrata do delito, sendo denegada a ordem, onde em trecho da ementa do julgado, percebe-se a síntese da tese pela constitucionalidade do preceito secundário e pela impossibilidade de substituí-lo por pena abstrato menor prevista no ordenamento jurídico:

[...] 5. Não cabe ao Julgador aplicar uma norma, por semelhança, em substituição a outra já existente, como se dá na espécie, simplesmente por entender que o legislador deveria tê-la tipificado de forma diversa; não pode a analogia ser utilizada para criar pena que o sistema não haja determinado. Estar-se-ia ferindo o princípio da reserva legal, aplicável também aos preceitos secundários das normas definidoras de condutas puníveis.6. Parecer do MPF pela denegação da ordem.7. Habeas Corpus parcialmente conhecido e, na extensão, ordem denegada (BRASIL, 2009a).

Em 14.12.2010, foi julgado o Resp nº 915.442/SC, (BRASIL, 2011b) interposto pelo Ministério Público em face de Acórdão do TJ/SC, que desconsiderou o preceito secundário previsto para o crime do artigo 273 do Código Penal, aplicando a pena prevista para o crime do artigo 12 da Lei nº 6.368/1976, crime de tráfico previsto em legislação já revogada pela Lei nº 11.343/2006, cuja pena era de 3 a 15 anos e multa. O *Parquet*, atuante no STJ, manifestou-se pela impossibilidade de substituição, argumentando que o art. 273 do CP visa à proteção da

saúde em seu aspecto mais específico, físico, orgânico ou mesmo à própria vida, protegendo também a indústria, o comércio e a ministração lícita de produtos terapêuticos ou medicinais, já o crime de tráfico ilícito de substância psicotrópica não apresenta esses pressupostos, sendo a potencialidade nociva à saúde da substância psicotrópica mediata, existindo razoabilidade da opção legislativa em cominar pena mais elevada ao primeiro. A ré teria sido condenada, em primeiro grau, como incurso nas sanções do artigo 273, parágrafo 1º-B, incisos I e VI, do Código Penal, à pena de 10 anos de reclusão, em regime fechado, em virtude de terem sido encontrados em sua residência 28 comprimidos do remédio CYTOTEC. O TJ/SC reformou a sentença fixando a pena definitiva da recorrida em 3 anos de reclusão, em regime inicial fechado e 50 dias-multa, ou seja, a pena mínima prevista no preceito secundário do crime de tráfico previsto no artigo 12 da Lei nº 6.368/1976, legislação em vigor à época. O remédio foi adquirido de uma pessoa que os trouxe do Paraguai, não possuindo o devido registro no órgão competente. Dentre outros argumentos pela inconstitucionalidade em abstrato da pena do art. 273, §1º-B, levando-se em conta que o remédio apreendido era para finalidade abortiva, sustentou o Acórdão a desproporcionalidade da reprimenda, pois as penas previstas para os delitos de aborto (1 a 3 anos de reclusão – art. 124 do CP) e de aborto provocado por terceiro (3 a 10 anos de reclusão – art. 125 do CP) não atingem tão elevado quantum. A Sexta Turma do STJ decidiu pela inconstitucionalidade da sanção penal em abstrato, fundamentando que a Lei nº 9.677/1998, 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 e que por se tratar 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.

No Resp 1.050.890/PR, (BRASIL, 2012b) em 13.12.2011, o STJ analisou um caso em que o réu fora denunciado nas penas do 273, §1º-B, incisos I, V e VI, do CP, por trazer afixado ao seu corpo 500 (quinhentos) comprimidos do medicamento CYTOTEC, e 400(quatrocentos) comprimidos do medicamento PRAMIL, além das 10 (dez) ampolas do medicamento NANDRONE e os 42 (quarenta e dois) comprimidos do medicamento VEJA, que haviam sido encontrados em seu bolso. Ao ser interrogado em sede policial, o denunciado confessou ter adquirido os medicamentos no Paraguai com a intenção de revendê-los em São Paulo. O Juiz Federal da 1ª Vara Criminal da Justiça Estadual Federal de Foz do Iguaçu julgou procedente a denúncia formulada pelo Ministério Público Federal e condenou o acusado às

penas do art. 334, caput, do Código Penal²⁴, em 4 (quatro) meses de reclusão no regime semiaberto, entendendo que a pena-base prevista no art. 273, §1º-B do Código Penal seria desproporcional, porém, em sede de apelação, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, decidiu condenar o acusado como incurso no art. 273, §1º-B, incisos I, V, e VI, do Código Penal, mas, por entender absurdamente desproporcional a pena prevista para este tipo, resolveu aplicar, no caso, a pena do tráfico de entorpecentes. A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo restabelecimento da sentença de 1º grau, ventilando que a reprimenda mais proporcional à conduta do réu seria a do delito de contrabando e não a do tráfico de entorpecentes e que a imposição da sanção do art. 273 do Código Penal seria um exagero, haja vista que ficou constatado que conduta do réu não colocou em risco a saúde de qualquer pessoa. O STJ decidiu, neste caso concreto, pela impossibilidade de substituir a pena do art. 273, §1º-B, CP, por outra legalmente prevista, conforme excerto da ementa do julgado abaixo:

[...] 1. Não é dado ao juiz, em razão do princípio da proporcionalidade, aplicar ao réu condenado a determinado tipo penal sanção diversa daquela legalmente prevista (preceito secundário da norma). 2. In casu, a aplicação, pelo Juiz sentenciante, da reprimenda prevista para o delito de contrabando (art. 334, caput, do CP) ao réu condenado pelo crime tipificado art. 273, §1º-B, incs. I, V e VI, do CP) foi incorreta, do mesmo modo a aplicação da pena do tráfico de drogas realizado pelo Tribunal a quo. 3. No entanto, na ausência de recurso da acusação a fim de proceder a correta tipificação do fato ao preceito secundário da norma penal, é vedado a esta Corte Superior anular o acórdão recorrido, ou, até mesmo elevar a reprimenda. 4. Diante da dificuldade processual, a melhor solução é o restabelecimento do decreto de 1º grau. 5. Recurso especial do Parquet a que se nega provimento e o da Defesa provido para restabelecer a sentença condenatória (BRASIL, 2012b).

O STJ, por meio da Sexta Turma, em 19.11.2012, no HC 239.363/PR, (BRASIL, 2012a) analisando caso em que o réu fora condenado, pelo Juízo da 6ª Vara Criminal da Comarca de Curitiba/PR, à pena de 11 anos de reclusão e ao pagamento de 80 dias-multa, por incurso nas penas do art. 273, §1º-B, V, do Código Penal, por ter em depósito para vender medicamentos de procedência ignorada, a saber: nove frascos de Estanozolol e vinte e cinco comprimidos de Oximetolona, conhecidos por serem usados como anabolizantes. O Ministério Público do Estado do Paraná fora favorável pela aplicação da pena do crime de tráfico, por considerar desproporcional a reprimenda do art. 273, §1º-B, CP. O TJ/PR, por meio da Segunda Câmara Criminal, em sede apelação, decidiu pela constitucionalidade do preceito secundário daquele comando legal, negando provimento ao apelo da defesa, que pedia a aplicação de pena do delito de tráfico de drogas do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. O Ministério Público Federal perante o STJ, manifestou-se pela denegação da ordem,

²⁴ À época, este tipo se tratava do delito de contrabando, cuja pena era de reclusão de um a quatro anos atualmente previsto no art. 334-A do CP, com pena de reclusão de dois a cinco anos.

perfilhando ser inadmissível a combinação entre preceitos normativos de tipos penais diversos, pois se estaria criando uma terceira norma jurídica, não editada pelo legislador ordinário. Nesse mesmo *Habeas Corpus*, foi arguida a inconstitucionalidade, como questão de ordem, pelo Ministro OG Fernandes, a qual fora acolhida em face do princípio da reserva de plenário²⁵, submetendo o caso Corte Especial do STJ, para exercer o controle de constitucionalidade, dando origem a AI no HC 239.363/PR (BRASIL, 2015a). Neste último, prevaleceu, por maioria, em 26.02.2015, o entendimento pela inconstitucionalidade do preceito secundário, do art. 273, §1º-B, inciso V, do CP em ofensa ao princípio constitucional da proporcionalidade, conforme ementa do julgado abaixo:

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 (BRASIL, 2015a).

Após essa decisão paradigma da Corte Especial do STJ na AI no HC 239.363/PR, a Quinta e Sexta Turma do mesmo Tribunal, passaram, de forma uniformizada, a considerar inconstitucional a pena em abstrato do art. 273, §1º-B, do CP, para as seis condutas

²⁵ A Quinta e Sexta Turma do STJ são afetas à matéria criminal, integrada cada por cinco ministros. Havendo divergências jurisprudenciais entre as referidas turmas a quem compete uniformizar é Terceira Seção daquele Tribunal, constituída de dez ministros entre os que integram a quinta e a sexta turma. Por força do art. 97 da CF, do art. 949, II, do CPC, os órgãos fracionários não possuem competência para declarar a inconstitucionalidade de norma, devendo tal matéria ser decidida pelos Plenários dos Tribunais. No STJ, por força também do seu Regimento Interno, art. 200, cabe a Corte Especial, colegiado integrado pelos 15 ministros mais antigos do Tribunal, decidir sobre a (in)constitucionalidade, quando esta matéria de ordem pública é acolhida pela maioria dos Ministros que integram as Turmas ou Seções daquele Tribunal Superior (BRASIL, [2016]).

estabelecidas nos incisos de I a VI²⁶. A maioria das decisões reconhece a inconstitucionalidade do referido preceito secundário, determinando a escolha de outra pena em abstrato ou nova dosimetria de pena, desde que não baseada na cominação da pena do art. 273, §1º-B, do CP, deixando o juiz ou o Tribunal livre para aplicar diverso preceito secundário. Nos julgados, há uma inclinação para sugerir a pena em abstrato do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, tráfico de drogas, pena de 5 a 15 anos de reclusão e multa. Contudo, a pena abstrata do delito de contrabando, art. 334-A do CP, reclusão de dois a cinco anos, aparece como sugestão em alguns julgados do STJ. Defesas de réus e intervenções de *amicus curiae* ventilaram também a aplicação do art. 7º da Lei nº 8.137/1990, em razão das condutas criminalizadas no art. 273, §1º-B, do CP guardarem semelhanças com as dos incisos II, III, VII e IX do art. 7º da Lei nº 8.137/1990²⁷, crimes de consumo. Alguns julgados do STJ já determinavam que o preceito secundário a ser aplicado era o do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 e, desde já, aplicavam a pena a ser cumprida pelo condenado. Vários julgados do STJ, fazendo referência à AI no HC 239.363/PR, também permitiram a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006²⁸, quando o réu apresentava condições subjetivas favoráveis. Após a decisão paradigma em sede da AI no HC 239.363/PR, em

²⁶ Analisando-se o tipo penal, percebe-se, em tese, que as condutas dos incisos II, III e IV do § 1º-B do art. 273 do CP são mais graves, pois tem maiores chances de afetar a saúde alheia e causar risco de morte, ao contrário dos incisos I, V e VI do mesmo dispositivo que estão mais relacionadas não com o conteúdo ou identificação do produto, mas com a ausência de passagem pelo crivo de órgãos fiscalizadores estatais. Nesta senda, vale registrar que apesar da Corte Especial do STJ, por meio do AI no HC 239.263/PR, ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º-B do art. 273, sem restrição a qualquer dos incisos do tipo penal, é claro que a jurisprudência atual do STJ é pela inconstitucionalidade de todos os incisos, até porque, embora a maioria dos julgados sejam em relação às condutas dos incisos I e V, como nos julgados: HC 260.847/PR; HC339.626/RS; HC 3.660.665/DF; HC 330.336/DF; HC 370.007/SP; HC 488.299/PR; AgRg no REsp 1.710.632/SP; AgRg no REsp 1.710.632/SP; RHC 56.259/PR; há julgados que se referem à inconstitucionalidade no caso concreto aos incisos III e VI: HC327.520/SP; e ao inciso II e IV, como no HC438.746/RJ, este último referindo-se à conduta de medicamento placebo para tratamento de câncer, quinze caixas do remédio Glivec de 400mg, as quais chegaram a um hospital consumidor.

²⁷ “Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo: [...] II - vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial; III - misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os demais mais alto custo; [...] VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária; [...] IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo; Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II, III e IX pune-se a modalidade culposa, reduzindo-se a pena e a detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte” (BRASIL, 1990b).

²⁸ “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. [...] § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)” (BRASIL, 2006).

26.02.2015, não houve mais decisão que perfilhasse a constitucionalidade da pena em abstrato para os incisos de I a VI do §1º-B do art. 273 do CP²⁹.

Especificamente, em relação à possibilidade de aplicação do redutor do § 4º do art.33 da Lei nº 11.346/2006, embora a maioria dos julgados da Quinta e Sexta Turma do STJ, reportando-se à AI no HC 239.363/PR, viessem decidindo pela incidência da referida causa de diminuição de pena, quando o réu preenchesse os requisitos legais, a questão não era pacífica no STJ³⁰. A partir da RvCr nº 3.064/PR, (BRASIL, 2017b) julgada pela Terceira Seção do STJ, órgão fracionário que dirime as divergências jurisprudenciais em matéria criminal, decidiu em 22.07.2017, pela não possibilidade de aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, mesmo quando for declarada a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, §1º-B, do CP e for usado na condenação a pena em abstrato do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Nesse caso concreto, o Juízo de primeiro grau optou por aplicar o preceito secundário do crime de contrabando às rés, à época, com pena abstrato de reclusão entre uma a três anos. Em sede apelação, o Tribunal Federal da 4ª Região resolveu aplicar o preceito secundário do crime de tráfico com a causa de diminuição de pena, art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006/PR, condenando as rés em 2 anos e 6 meses de reclusão em regime aberto, substituídas por penas alternativas. O Ministério Público atuante perante o STJ opinou pela improcedência da revisão criminal. Trecho da ementa da RvCr 3.064/PR indica a síntese do fundamento pela não aplicação da referida causa de diminuição da pena:

[...]1. Declarada a inconstitucionalidade do preceito secundário previsto no art. 273, §1º-B, do Código Penal pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus n.º 239.363/PR, as Turmas que compõem a 3ª Seção deste Sodalício passaram a determinar a

²⁹ Após a decisão no AI no HC 239363/PR, os seguintes julgados da 5ª Turma do STJ, fazendo referência à decisão da Corte Especial, decidiram pela inconstitucionalidade do preceito secundário do § 1º-B do art. 273 do CP, permitindo inclusive a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006: HC 488.299/PR; HC 438.746/RJ; AgRg no Resp 1.710.632/SP; AgRg no Resp 1.602.268/DF e HC 292.541/MG. Na 6ª Turma do STJ, da mesma forma, vários julgados pela declaração de inconstitucionalidade da referida pena em abstrato, deixando em aberto o preceito secundário do tipo penal a ser utilizado pelas instâncias inferiores na dosimetria da pena: HC 260.847/PR; HC 327.520/SP; HC 350.366/DF; HC 370.007/SP. O HC 366.065/DF, oriundo da 6ª Turma, é um exemplo em que se determinou logo a pena a ser aplicada ao réu, considerando que a Juízo primeiro grau aplicou a pena mínima de 10 anos do § 1º-B do art. 273 do CP, fora determinado que se cumprisse a pena mínima de 5 anos e 500 dias-multa prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, bem como no Resp 1.256.992/RS decidiu a 6ª Turma pela aplicação do preceito secundário do crime de tráfico de entorpecentes no caso concreto No AgRg no Resp 1.589.074/PR, a 6ª Turma, decidiu pela possibilidade de aplicação também da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

³⁰ O assunto da possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art.33 da Lei nº 11.343/2006 não era pacífico dentro da 5ª e da 6ª Turma do STJ. Contrariamente a alguns julgados citados na nota de rodapé acima, no HC 366.065/DF e no HC 327.520/SP, respectivamente da 5ª e da 6ª Turma do STJ, decidiu-se pela impossibilidade de aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, daí a interferência da 3ª Seção para uniformizar a jurisprudência, o que se deu nesta matéria, pelo julgamento da RvCr 3.064/PR.

aplicação da pena prevista no crime de contrabando ou no crime de tráfico de drogas, do art. 33 da Lei de Drogas. 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, não é cabível, por ausência de previsão legal, a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 nos crimes previstos no art. 273, §1º-B, do CP, mesmo nas hipóteses em que se tenha utilizado o preceito secundário do crime de tráfico de drogas. 3. Revisão criminal improcedente (BRASIL, 2017b).

Porém, mesmo após a decisão da Terceira Seção na RvCR 3.064/PR, há julgados do STJ pela aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, ante a inconstitucionalidade da pena em abstrato do §1º-B do art. 273 do CP, percebendo-se que aquela decisão não vinculou ao menos a Quinta Turma do STJ, apesar da função da Terceira Seção ser de uniformizar a jurisprudência em matéria criminal³¹.

Ressalte-se também que, no Resp 1.256.992/RS, julgado no STJ em 19.04.2016, embora o relator Min. Rogério Schietti Cruz tenha votado pela inconstitucionalidade da cominação legal da pena do art. 273, §1º-B, do CP e pela aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, rendendo-se ao entendimento consolidado na AI no HC 239.363/PR (BRASIL, 2015a), registrou ressalva, baseada no princípio da legalidade, afirmando, *obiter dictum*, que melhor que aplicar a pena imposta ao crime de tráfico de drogas, mais adequado seria repristinar o art. 273 na sua antiga redação, anterior à Lei nº 9.677/1998, cuja pena era de um a três de reclusão e multa.

No Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência consolidada é pela constitucionalidade do preceito secundário do §1º-B do art. 273 do CP. Em dois acórdãos, em sede de *habeas corpus*, consolidou-se a tese da constitucionalidade, porém, enfrentada de forma secundária, sendo a principal causa da denegação das ordens questões processuais, e não de mérito. No AgRg no HC 119.600/SP (BRASIL, 2013b) julgado em 29.10.2013, onde o paciente foi regularmente processado pela 2ª Vara Criminal da Comarca de Atibaia/SP, por suposta infração ao art. 273, §1º-B, I, do CP, por oito vezes, na forma do art. 69 todos do Código Penal, pois, juntamente com outra corré venderam produto sem registro no órgão de vigilância sanitária competente para oito vítimas distintas, como também, com a corré, mantinha em depósito produto sem registro no órgão de vigilância sanitária competente, tendo sido condenado a pena de 13 (treze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão em regime inicial fechado, rejeitando-se a tese da inconstitucionalidade do preceito secundário do §1º-B do art. 273 do CP por ofensa ao princípio da proporcionalidade. Em sede de apelação, o TJSP manteve a sentença do juiz de piso. A defesa interpôs Recurso Especial no STJ, o qual fora rejeitado pelo

³¹ São exemplos de decisões posteriores à RvCr 3.064/PR, pela aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, todas da 5ª Turma: HC 48.299/PR, julgado em 21.03.2019, HC 388.466/SP, julgado em 05.06.2018 e AgRg no Resp 1.719.632/SP, julgado em 20.03.2018.

TJSP e pelo STJ, sob o fundamento que a defesa não conseguiu demonstrar a divergência jurisprudencial sobre a questão da inconstitucionalidade da pena em abstrato. O caso chegou ao STF via *Habeas Corpus*, o qual foi negado em sede de agravo regimental, por não se constatar ilegalidade ou inconstitucionalidade nas decisões das instâncias ordinárias, bem como para evitar supressão de instância, pois o mérito não fora apreciado pelo STJ. Ementa do julgado transcrita abaixo:

Ementa: Agravo Regimental em Habeas Corpus. Constitucional. Processual Penal. Falsificação, Corrupção, Adulteração ou Alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Alegação de Inconstitucionalidade do art. 273, §1º-B, do Código Penal. Matéria não submetida à análise do Superior Tribunal de Justiça. Supressão de Instância. 1. Inexistindo prévia manifestação do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria de fundo da impetração, a apreciação dos pedidos da defesa implica supressão de instância. Precedentes. 2. Agravo Regimental ao qual se nega provimento (BRASIL, 2013b).

Já, em 22.04.2014, no AgRg no RE 662.090/SP, (BRASIL, 2014c) o STF considerou constitucional o §1º-B do art. 273 do CP, porém a fundamentação, para negar provimento ao agravo, foi no sentido que o réu não teria indicado precisamente os dispositivos da CF que foram violados, limitando-se a alegar a desproporcionalidade da pena, admitindo-se que poderia se ter no caso ofensa indireta à CF, mas não a direta, que é exigida para a admissão de Recurso Extraordinário. Segue abaixo a ementa do julgado:

Ementa: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com agravo. Processual Penal. Alegação de Inconstitucionalidade do art. 273 do Código Penal. Dispositivo Constitucional. Precedente. Agravo Regimental ao qual se nega provimento (BRASIL, 2014c).

Diferentemente dos julgados do STF retromencionados, a Excelsa Corte analisou, com um pouco mais de profundidade, o mérito sobre a constitucionalidade ou não da cominação da pena no art. 273, §1º-B, do CP. Em 14.10.2014, foi julgado o AgRg no RE 829.491/DF, (BRASIL, 2014a) onde os réus foram denunciados pela prática do delito previsto no art. 273, §1º-B, incisos I e V, pela comercialização, distribuição e depósito do medicamento conhecido como Cytotec, produto utilizado como abortivo, de origem ignorada e sem registro do órgão de vigilância sanitária competente. Foi questionada a constitucionalidade da pena mínima em abstrato de 10 anos, o *Parquet* perante o TJDF opinou pela constitucionalidade, argumentando que é evidente o risco à saúde pública e nocividade do comércio do produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais sem o registro no órgão de vigilância sanitária, causando risco à vida das gestantes consumidoras, com a possibilidade de ocorrência de hemorragia no

abortamento pretendido e provocado de forma clandestina. O TJDF, em sede de apelação, decidiu pela constitucionalidade, fundamentando que não cabe ao poder judiciário o controle de constitucionalidade do preceito secundário do tipo penal. O STF decidiu também pela constitucionalidade em razão de não existir ofensa ao princípio da proporcionalidade, porque as condutas elencadas no art. 273, §1º-B, do CP são graves, pondo em risco a saúde e a vida das pessoas. A ementa do julgado está transcrita abaixo:

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Penal. Alegação de inconstitucionalidade do art. 273, §1º-B do Código Penal. Constitucionalidade da imputação. Precedentes. 3. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, 2014a).

Com maior concentração também fora enfrentada a questão da (in)constitucionalidade, sem óbices processuais a serem analisados, no AgRg no RE 844.152/SP (BRASIL, 2014d) em 02.12.2014, onde fora atacado acórdão do TRF da 3ª Região, onde fora afastada tese da inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, §1º-B, do CP, perfilhando que o rigor da pena é justificável, pela própria natureza do bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública, bem como pela elevada potencialidade lesiva da conduta tipificada, as quais foram devidamente sopesadas pelo legislador. Nesse caso, o réu foi condenado pela prática do delito previsto no art. 273, §1º-B, inciso I, pela comercialização, distribuição e depósito dos medicamentos Pramil, Rheumazin Forte, Erectalis e Erofast, importados e sem registro do órgão de vigilância sanitária competente. Aqui, a segunda Turma do STF, aderiu também à tese da constitucionalidade da pena em abstrato, por não detectar desproporcionalidade em face o elevado grau de gravidade das condutas. Síntese do julgado pela ementa abaixo mencionada:

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Penal. Alegação de inconstitucionalidade do art. 273, §1º-B do Código Penal. Constitucionalidade da imputação. Lesão ao bem jurídico saúde pública. Precedentes. 3. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, 2014b).

Atualmente, o tema se encontra no STF em sede de Repercussão Geral no RE 979.962/RS, (BRASIL, 2018b) aguardando-se o julgamento do mérito, onde se destacou a insegurança jurídica sobre a pena a ser aplicada, demonstrando as diferentes posições entre tribunais pátrios, concluindo pela relevância do tema do ponto de vista jurídico, social, econômico e político, já que o caso concreto que deu ensejo ao referido RE se refere à condenação no inciso I do §1º-B do art. 273 do CP, em razão da importação de medicamentos

sem registro sanitário, ressaltando-se que embora houvesse decisões do STF pela constitucionalidade do preceito secundário do art. 273, §1º-B, do CP, a matéria não foi analisada com o aprofundamento necessário. Parte do voto do Ministro Relator Roberto Barroso, acompanhado por unanimidade, ilustra este diapasão:

[...]10. Dessa forma, do ponto de vista jurídico, em razão da cominação de sanção uniforme para condutas de reprovabilidade desigual, Tribunais pelo país afora têm reconhecido, em muitas hipóteses, a desproporcionalidade da sanção e, em razão disso, construído soluções interpretativas criativas para aplicar uma pena mais adequada aos casos concretos. Encontram-se na jurisprudência, assim, diversas possibilidades de enquadramento típico, a depender da quantidade e destinação dos medicamentos internalizados, como, por exemplo: (i) aplicação integral do art. 273 do Código Penal; (ii) aplicação do preceito secundário do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006; (iii) aplicação do preceito secundário do art. 334-A do Código Penal; (iv) aplicação do art. 28 da Lei nº 11.343/2006; ou (v) aplicação do princípio da insignificância. [...]13. Assim sendo, a identificação de solução aos questionamentos relacionados à constitucionalidade do preceito secundário do art. 273, do Código Penal, para aqueles que importam medicamento sem registro sanitário, é matéria de evidente repercussão geral, sob todos os pontos de vista (econômico, político, social e jurídico) (BRASIL, 2018b).

Constatou-se, pela respectiva análise da jurisprudência pátria, que o STJ hoje está uniformizado pela inconstitucionalidade da pena em abstrato para as condutas dos seis incisos do §1º-B do art. 273 do CP, porém sem uniformização sobre a solução jurídica adequada, em algumas decisões sugerindo aplicação de pena do delito de contrabando previsto, hodiernamente tipificado no art. 334-A do CP, outras deixando livre a apreciação sobre o preceito secundário a ser aplicado no caso concreto pelas instâncias ordinárias. Já outras decisões, de imediato, indicam a tipificação ou a pena a ser aplicada, havendo uma inclinação maior para aplicação da pena prevista do delito de tráfico de drogas previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 e, neste último caso, subsistido a divergência sobre a possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Já o STF, com apenas decisões emitidas pela Segunda Turma, até o momento, está consolidada a tese da constitucionalidade da cominação da pena em abstrato do art. 273, §1º-B, do CP, porém o tema está pendente de discussão pelo Plenário, após ser reconhecida a repercussão geral sobre a matéria.

Percebe-se também que, pelo caminho jurisprudencial exposto aqui sobre a (in) constitucionalidade do preceito secundário do art. 273, §1º-B, do CP, que a matéria é revestida de intensa divergência entre os vários os Órgãos, partes e terceiros que intervieram nos procedimentos judiciais, às vezes, com divergência até entre membros integrantes de um

mesmo Órgão, não existindo decisão, com força vinculativa, até o presente momento sobre esta matéria penal e constitucional, podendo os atores judiciais decidirem ou opinarem de forma diversa, apontando, inclusive, soluções distintas diante de uma problemática jurídica idêntica, o que comprova a relevância do tema seja do ponto de vista acadêmico, seja do ponto de vista prático, pois a pena é um dos instrumentos estatais com maior interferência na liberdade do indivíduo.

Vale ressaltar também que a controvérsia instaurada no STJ e no STF diz respeito à (in)constitucionalidade da pena, mas não das condutas típicas. Os preceitos primários do §1º-B do art. 273 estão com sua constitucionalidade preservada por aqueles Tribunais. É importante destacar esse ponto, porque alguns argumentam pela inconstitucionalidade desses tipos penais, por serem considerados de perigo abstrato, dispensando-se a realização de perícia, para constatar o perigo em concreto à saúde pública. O referido tema será explorado na seção 4.

1.5 A comparação interna e alienígena de penas de outros delitos com a reprimenda do art. 273, §1º-B, do CP

Fazendo-se uma análise comparativa interna de algumas penas estabelecidas no Código Penal Brasileiro com a do §1º-B do art. 273 do CP, temos como a maior pena a do art.159, §3º, extorsão mediante sequestro com resultado morte, mínima de 24 e máxima de 30 anos de reclusão, seguida do art. 157, §3º, roubo seguido de morte, pena de 20 a 30 anos e do art. 121, § 2º, homicídio qualificado, art. 213, §2º e art. 217-A, §4º, ambos estupros seguido de morte, todos com pena oscilando entre 12 a 30 anos de reclusão³².

³² “[...] Art. 121. Matar alguém: [...] **Homicídio qualificado § 2º** Se o homicídio é cometido: I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II - por motivo fútil; III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: **Pena - reclusão, de doze a trinta anos.** [...] **Roubo Art. 157** - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:[...]§ 3º Se da violência resulta:(Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018) I – lesão corporal grave, a pena é de reclusão de 7 (sete) a 18 (dezoito) anos, e multa;9Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018. II – morte, **a pena é de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos,** e multa. [...] **Extorsão mediante seqüestro Art. 159** - Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: [...] **§ 3º - Se resulta a morte:**Vide Lei nº 8.072, de 25.7.1990. **Pena - reclusão, de vinte e quatro a trinta anos,** (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990) [...] **Estupro Art. 213.** Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: [...] **§ 2o Se da conduta resulta morte:** (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) **Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos** (Incluído

No Título VIII do Código Penal Brasileiro, o qual trata dos crimes contra a incolumidade pública, isto é, aqueles que, em tese, geram risco de dano a um número indeterminado de pessoas, em seu Capítulo I, reservado aos crimes de perigo comum, as penas mais elevadas são as do crime de incêndio, art. 260, *caput*, e explosão, art. 261, *caput*, ambas de três a seis anos, podendo ser aumentada de 1/2 nas hipóteses do art. 250, *caput*, e §1º, I e II no caso da ocorrência de lesão, bem como duplicada em caso de morte, conforme estabelece o art. 258 do CP. Neste último caso, se houver a incidência da fração de 1/2 pela lesão ou a duplicação pelo resultado morte sobre a pena mínima e máxima, teríamos, respectivamente, uma pena de 4 anos e 6 meses a 8 anos (lesão) ou de 6 a 12 anos (morte). Já no Capítulo II do Título VIII do CP, o qual trata dos crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos, a pena mais alta é de quatro a doze anos, prevista no art. 262, §1º, podendo ser duplicada em caso de ocorrência de morte, de acordo com art. 263 do CP, caso em que oscilaria entre oito e vinte e quatro anos de reclusão. Por fim, no Capítulo III do Título VIII do CP, o qual trata dos crimes contra a saúde pública, onde também está inserido o art. 273 do CP, dentre os crimes ali elencados, os que possuem maior pena são: o de epidemia, art. 267, *caput*, o de envenenamento de água potável, art. 270, *caput*, todos com preceito secundário oscilando entre dez à quinze anos. Caso haja resultado morte, a pena pode ser duplicada, conforme o art. 285 do CP, podendo, em tese, variar entre vinte a trinta anos, se incidir a causa de aumento nas penas mínimas e máximas em abstrato³³.

pela Lei nº 12.015, de 2009) **Estupro de vulnerável** (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) **Art. 217-A.** Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: [...] **§ 4º Se da conduta resulta morte:** (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) **Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.** (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (BRASIL, 1940, grifo nosso).

³³ **“Incêndio Art. 250** - Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem: **Pena - reclusão, de três a seis anos,** e multa. **Aumento de pena § 1º - As penas aumentam-se de um terço:** I - se o crime é cometido com intuito de obter vantagem pecuniária em proveito próprio ou alheio; II - se o incêndio é: a) em casa habitada ou destinada a habitação;b) em edifício público ou destinado a uso público ou a obra de assistência social ou de cultura;c) em embarcação, aeronave, comboio ou veículo de transporte coletivo;d) em estação ferroviária ou aeródromo;e) em estaleiro, fábrica ou oficina; f) em depósito de explosivo, combustível ou inflamável; g) em poço petrolífero ou galeria de mineração; h) em lavoura, pastagem, mata ou floresta. [...] **Explosão Art. 251** - Expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, mediante explosão, arremesso ou simples colocação de engenho de dinamite ou de substância de efeitos análogos: **Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa.** [...] **Aumento de pena § 2º - As penas aumentam-se de um terço,** se ocorre qualquer das hipóteses previstas no § 1º, I, do artigo anterior, ou é visada ou atingida qualquer das coisas enumeradas no nº II do mesmo parágrafo. [...] **Formas qualificadas de crime de perigo comum Art. 258** - Se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; **se resulta morte, é aplicada em dobro.** No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço. [...] **Atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo. Art. 261** - Expor a perigo embarcação ou aeronave, própria ou alheia, ou praticar qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea: [...] **Sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo§ 1º** - Se do fato resulta naufrágio, submersão ou encalhe de embarcação ou a queda ou destruição de aeronave: **Pena - reclusão, de quatro a doze anos.** [...] **Forma qualificada Art. 263** - Se de qualquer dos crimes previstos nos arts. 260 a 262, no caso de

O direito comparado se mostra um importante instrumento de aperfeiçoamento da legislação interna de cada país³⁴, porém tal comparação jurídica não deve ser desassociada do contexto histórico, econômico, cultural, político e social do país, cuja legislação se compara, para não se chegar a conclusões errôneas (SERRANO, 2006, p. 33-35). No sistema comparativo, destacam-se duas famílias do Direito: a anglo-americana e romano-germânica; a primeira tem como ponto de partida para a solução das lides, a jurisprudência, a segunda, a legislação escrita e os princípios (PESSOA, 2009, p. 59-60).

Nessa linha, sendo o Brasil integrante do sistema romano-germânico, far-se-á a comparação jurídica com a legislação de outros países integrantes no mesmo bloco, como: Portugal, Espanha, Itália, Paraguai, Uruguai e Argentina, com a finalidade de nivelar as diferenças e diminuir as chances de eventuais de conclusões equivocadas na análise comparativa, proporcionando uma análise mais coerente entre Países derivados de um mesmo tronco jurídico, revestindo-se o resultado da pesquisa de maior cientificidade, ainda que as realidades socioeconômicas, culturais e política sejam diferenciadas³⁵.

Em Portugal, o crime de corrupção de substâncias alimentares ou medicinais está inserto no Capítulo III do Título IV do Livro II no art. 282.º do Código Penal Português, o qual trata dos crimes de perigo comum, cuja pena em abstrato oscila entre um a oito anos de prisão³⁶. No Código Penal Espanhol, no Capítulo III do Título XVII do Livro II, reservado aos

desastre ou sinistro, resulta lesão corporal **ou morte, aplica-se o disposto no art. 258.** [...] **Epidemia Art. 267** - Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos: **Pena - reclusão, de dez a quinze anos.** (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990) § 1º - **Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro.** [...] **Envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal Art. 270** - Envenenar água potável, de uso comum ou particular, ou substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo: **Pena - reclusão, de dez a quinze anos.** (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990) [...] **Forma qualificada Art. 285** - Aplica-se o disposto no art. 258 aos crimes previstos neste Capítulo, salvo quanto ao definido no art. 267” (BRASIL, 1940, grifo nosso).

³⁴ Ancel (1980, p.17) assevera: “[...] E então por que a ciência jurídica deveria se aprisionar nos limites de um só Estado? Limitar-se ao direito de um só país, já dissemos, é como convidar o biólogo a se restringir a uma única espécie viva. [...] O papel formador do direito comparado não mais precisa ser relevado. [...] Ele permite ao jurista um melhor conhecimento e uma melhor compreensão do seu direito, cujas características particulares se evidenciam, muito mais, através de uma comparação com o estrangeiro”.

³⁵ David (1998, p.17) assevera: “O agrupamento dos direitos em família é o meio próprio para facilitar, reduzindo-os a um número restrito de tipos, a apresentação e a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo”.

³⁶ **Artigo 282º Corrupção de substâncias alimentares ou medicinais** 1 - Quem: a) No aproveitamento, produção, confecção, fabrico, embalagem, transporte, tratamento, ou outra actividade que sobre elas incida, de substâncias destinadas a consumo alheio, para serem comidas, mastigadas, bebidas, para fins medicinais ou cirúrgicos, as corromper, falsificar, alterar, reduzir o seu valor nutritivo ou terapêutico ou lhes juntar ingredientes; ou b) Importar, dissimular, vender, expuser à venda, tiver em depósito para venda ou, por qualquer forma, entregar ao consumo alheio substâncias que forem objecto de actividades referidas na alínea anterior ou que forem utilizadas depois do prazo da sua validade ou estiverem avariadas, corruptas ou alteradas por acção do tempo ou dos agentes a cuja acção estão expostas; e criar deste modo perigo para a vida ou para a integridade física de outrem **é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.** 2 - Se o perigo referido no número anterior for criado por negligência, o agente é punido com pena de prisão até 5 anos. 3 -

crimes contra a saúde pública, a pena mais elevada é a do art. 369-Segundo variante entre nove e doze anos³⁷, referente ao tráfico de drogas por organizações criminosas.

Os arts. 359 a 362-Sexto do Código Penal Espanhol são os que guardam correlação com o art. 273 do Código Penal Brasileiro, tendo como objeto material medicamentos, onde a pena mais é elevada é a do art. 362, referente à criminalização do comércio de medicamentos corrompidos ou em desacordo com a lei, cuja pena de prisão é de seis meses a quatro anos³⁸.

Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa (PORTUGAL, 1995, grifo nosso).

³⁷ Artigo 369-Segundo. Sempre que os atos descritos no artigo 368 ter sido feito por aqueles que pertencerem uma organização criminosa, **pena de prisão de nove a doze anos** e multa de até quatro vezes o valor da droga serão impostas se fossem substâncias e produtos que causam sérios danos à saúde e prisão por quatro anos e seis meses a dez anos e a mesma multa em outros casos (ESPANHA, 1995, grifo nosso).

³⁸ “CAPÍTULO III **Dos crimes contra a saúde pública. Artigo 359.** Quem, sem estar devidamente autorizado, produzir substâncias nocivas à saúde ou substâncias químicas que possam causar estragos, ou despachar ou fornecer, ou negociar com elas, será punido **com pena de prisão de seis meses a três anos** e multa de seis a doze meses, e desqualificação especial para profissão ou indústria por um período de seis meses a dois anos. **Artigo 360.** Quem, estando autorizado a traficar as substâncias ou produtos referidos no artigo anterior, despachar ou fornecer sem cumprir as formalidades previstas nas respectivas Leis e Regulamentos, **será punido com multa de seis a doze meses** e desqualificação para a profissão ou comércio de seis meses a dois anos. **Artigo 361.** Quem manufature, importe, exporte, forneça, intermedie, comercialize, ofereça ou coloque no mercado, ou armazene para esses fins, medicamentos, inclusive para uso humano e veterinário, bem como medicamentos para pesquisas que carecem da autorização necessária, exigida por lei, ou dispositivos médicos que não têm os documentos de conformidade exigidos pelas disposições de natureza geral, ou que foram danificados, vencidos ou não cumpriram os requisitos técnicos relacionados à sua composição, estabilidade e eficácia, e assim geram risco para a vida ou a saúde das pessoas, **será punido com uma pena de prisão de seis meses a três anos**, uma multa de seis a doze meses e desqualificação especial para profissão ou comércio de seis meses a três anos. Art. 361 redigido pelo número cento e oitenta e sete do artigo único da LO 1/2015, de 30 de março, que altera a LO 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal (“BOE” 31 de março). Validade: 1 de julho de 2015 Artigo 361-segundo...Artigo 361-segundo suprimido pelo número cento e oitenta e oito do artigo único da LO 1/2015, de 30 de março, que altera a LO 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal (“BOE” 31 Março). Validade: 1 de julho de 2015. **Artigo 362. 1. É punido com pena de prisão de seis meses a quatro anos**, multa de seis a dezoito meses e desqualificação especial para profissão ou ofício de um a três anos, aquele que elaborar ou produzir: a) um medicamento, incluindo produtos para uso humano e veterinário, bem como medicamentos experimentais; ou uma substância ativa ou um excipiente do referido medicamento; b) um produto sanitário, assim como os acessórios, elementos ou materiais essenciais para sua integridade; para que seja apresentada de forma enganosa: sua identidade, incluindo, quando apropriado, a embalagem e rotulagem, a data de validade, o nome ou a composição de qualquer de seus componentes, ou, quando apropriado, a dosagem dos mesmos; a sua origem, incluindo o fabricante, o país de fabrico, o país de origem e o titular da autorização de introdução no mercado ou os documentos de conformidade; dados relacionados à conformidade com requisitos ou requisitos legais, licenças, documentos de conformidade ou autorizações; ou sua história, incluindo os registros e documentos relacionados aos canais de distribuição utilizados, desde que sejam destinados ao consumo público ou uso por terceiros, e criem um risco para a vida ou a saúde das pessoas. 2. As mesmas penas são impostas sobre qualquer um que altera, ou para fabricar ou produzi-lo em um momento posterior, quantidade, posologia, expiração ou composição genuíno, como autorizado ou declarado, quer de fármacos, excipientes, produtos sanitários, acessórios, elementos ou materiais mencionados na seção anterior, de forma a reduzir sua segurança, eficácia ou qualidade, gerando risco à vida ou à saúde das pessoas. Artigo 362 elaborado pelo número de um centena de eighty de nove único artigo do LO 1/2015 de 30 de Março, que altera a Lei 10/1995, de 23 de Novembro, o Código Penal (“BOE” 31 de Março Correção de bugs «BOE» 11 de junho. Validade: 1 de julho de 2015. **Artigo 362-Segundo é punido com prisão de seis meses a quatro anos**, uma multa de seis a dezoito meses e desclassificação para uma profissão ou ocupação de um a três anos, que, com conhecimento de sua falsificação ou alteração, importação, exportação, anunciar ou anunciar, oferecer, exhibir, vender, facilitar, vender, expedir, pacote, fornecimento, incluindo intermediação, tráfego, distribuir ou comercializar, qualquer um dos medicamentos, substâncias ativas, excipientes, produtos de saúde, acessórios, elementos ou materiais referido no artigo anterior, gerando assim um risco para a vida ou a saúde das pessoas. B As mesmas

Na Itália, há no Capítulo II do Título V do Livro II, o qual trata dos crimes de perigo comum por fraude, os arts. 441 e 443³⁹ correlacionados à introdução de medicamentos adulterados no mercado de consumo, cuja pena máxima é a do art. 441 do Código Penal Italiano, prisão de 1(um) a 5(cinco) anos⁴⁰.

O Código Penal do Paraguai no Capítulo II do Título III do Segundo Livro, o qual trata dos fatos puníveis contra a segurança das pessoas e com risco à coletividade, no art. 206, o crime de comercialização de medicamentos nocivos tem a pena máxima privativa de liberdade

penalidades serão impostas a quem as adquirir ou armazená-las para fins de distribuição para consumo público, para uso por terceiros ou para qualquer outro uso que possa afetar a saúde pública. Artigo 362-segundo introduzido pelo número de cento e noventa artigo LO 1/2015 de 30 de Março, que altera a Lei 10/1995, de 23 de Novembro, o Código Penal ("BOE" 31 de Março) . Validade: 1 de julho de 2015 **Artigo 362-Terceiro.** Quem estabelece qualquer documento falso ou conteúdo falso relacionada com qualquer um dos medicamentos, as substâncias ativas, excipientes, dispositivos médicos, acessórios, componentes ou materiais referidos no parágrafo 1 do artigo 362 refere-se, incluindo a embalagem, rotulagem e instruções para utilização para cometer ou facilitar o cometimento de um crime do artigo 362, **será punido com prisão de seis meses a dois anos de prisão**, uma multa de seis a doze meses e desqualificação da profissão ou comércio de seis meses a dois anos. Art. 362-segundo introduzido pelo número cento e noventa e um do único artigo do LO 1/2015, de 30 de março, que modifica a LO 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal ("BOE" 31 Março). Validade: 1 de julho de 2015. **Artigo 362-Quarto.** Penalidades maiores do que as indicadas nos artigos 361, 362, 362 bis ou 362 ter serão impostas quando o crime for cometido sob qualquer uma das seguintes circunstâncias: 1º que os culpados pessoa é autoridade, funcionário público, médico, profissional de saúde, professor, instrutor físico ou atlético, e obra se no exercício de seu cargo, profissão ou comércio. 2. Que os medicamentos, substâncias ativas, excipientes, produtos de saúde, acessórios, elementos ou materiais referidos no artigo 362: a) foi oferecido através de mídia de grande escala; o b) menores, pessoas com deficiência que necessitem de proteção especial, ou pessoas especialmente vulneráveis em relação ao produto fornecido, tenham sido oferecidos ou facilitados. 3. Que o culpado pertencia a uma organização ou grupo criminoso que tinha o propósito de cometer esse tipo de crime. 4. Que os fatos foram levados a cabo em estabelecimentos abertos ao público por seus responsáveis ou empregados. Artigo 362, parágrafo introdutório pelo número cento e noventa e dois do artigo único do LO 1/2015, de 30 de março, que altera a LO 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal ("BOE" 31 Março). Validade: 1 de julho de 2015. **Artigo 362 - Quinto.** 1 Aqueles que, sem justificação terapêutica, prescrever, fornecer, distribuir, fornecer, administrar, fornecer ou facilitar desportistas, atletas não-competitivos não-federados que praticam o esporte recreativo, ou atletas que participam de competições organizadas em Espanha por organismos desportivos, substâncias ou grupos farmacológicos proibidos, assim como métodos não regulatórios, destinados a aumentar suas capacidades físicas ou modificar os resultados de competições que, por seu conteúdo, repetição da ingestão ou outras circunstâncias concomitantes, ponham em risco sua vida ou sua saúde , **será punido com pena de prisão de seis meses a dois anos**, multa de seis a dezoito meses e desqualificação especial para emprego ou cargo público, profissão ou profissão, de dois a cinco anos. 2. As penalidades previstas na seção anterior em sua metade superior serão impostas quando a ofensa for cometida sob qualquer uma das seguintes circunstâncias: 1. Que a vítima é menor de idade. 2. Esse engano ou intimidação foi usado. 3. Que o responsável tenha prevalecido de uma relação de trabalho ou superioridade profissional. Artigo 362 quinto introduzidas pelo número cento e noventa e três o único artigo do LO 1/2015 de 30 de Março, que altera a Lei 10/1995, de 23 de Novembro, o Código Penal ("BOE" 31 Março). Validade: 1 de julho de 2015. **Artigo 362-Sexto.** Em infrações ao abrigo dos artigos anteriores do presente capítulo está sujeita a substâncias de confisco e produtos referidos nos artigos 359 e seguintes, bem como bens, meios, instrumentos e lucros sujeitos às disposições dos artigos 127 a 128 .Artigo 362-sexto introduzido pelo número de um centena de noventa de quatro único artigo do LO 1/2015 de 30 de Março, que altera a Lei 10/1995, de 23 de Novembro, o Código Penal ("BOE" 31 Março). Validade: 1 de julho de 2015” (ESPANHA, 1995, grifo nosso).

³⁹ “Art. 443 do Código Penal Comércio ou administração de medicamentos quebrados. Quem detiver para o comércio, coloca no mercado ou administra medicamentos quebrados ou imperfeitos **é punido com pena de prisão de seis meses a três anos** e com uma multa não inferior a 103 euros” (ITÁLIA, 1930, grifo nosso).

⁴⁰ “Art. 441 do Código Penal Adulteração ou falsificação de outras coisas em detrimento da saúde pública. Quem adulterar ou falsificar, de forma perigosa para a saúde pública, coisas destinadas ao comércio, que não as indicadas no artigo anterior, **é punido com pena de prisão de um a cinco anos** ou multa não inferior a 309 euros” (ITÁLIA, 1930, grifo nosso).

de cinco anos e no art. 207, o crime comercialização de medicamentos não autorizados possui a pena máxima de privação de liberdade de três anos⁴¹. O legislador penal uruguaio, no Título VII, Capítulo, do Código Penal, versando sobre os crimes contra a saúde pública, no seu art. 219, pune com pena entre três meses a três anos a fabricação de substância medicinal perigosa para saúde e no seu art. 220, com pena de seis meses a dez anos, a oferta e venda de substância perigosa⁴².

Já o legislador argentino, em comparação às outras disposições normativas aqui analisadas, foi mais minucioso, estabelecendo uma escala progressiva de gradação da pena com a intensidade de violação ao bem jurídico protegido. No Capítulo IV do Título VII do Segundo Livro do Código Penal Argentino, o qual trata dos crimes contra a saúde pública, com envenenamento ou adulteração de água potável, alimentos ou medicamentos, tem-se no art. 200 a pena de reclusão ou prisão de três a dez anos, para a falsificação de medicamentos. No art. 201- Segundo, pena de reclusão ou prisão de 10 a 25 anos, se houver resultado morte, três a quinze anos de reclusão ou prisão, em caso de lesão muito grave e de três a dez anos de prisão, se resulta lesão grave. Já o art. 204-Terceiro, comina pena de um a quatro anos de prisão, para quem produz ou fabrica substâncias medicinais em estabelecimentos não autorizados⁴³.

⁴¹ “CAPITULO II HECHOS PUNIBLES CONTRA LA SEGURIDAD DE LAS PERSONAS FRENTE A RIESGOS COLECTIVOS [...] **Artículo 206. Comercialización de medicamentos nocivos** 1º El que en el marco de las actividades de un establecimiento mercantil pusiera o interviniera en la circulación de medicamentos fabricados en serie que, aplicados según las indicaciones, conlleven efectos nocivos para la vida y la salud, **será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años.** Esto no se aplicará, cuando una entidad pública encargada de la comprobación de la seguridad de los medicamentos haya autorizado la circulación de los mismos. 2º En estos casos, será castigada también la tentativa. 3º El que realizara el hecho mediante una conducta culposa, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa. **Artículo 207. Comercialización de medicamentos no autorizados** 1º El que pusiera o interviniera en la circulación de medicamentos que no hayan sido autorizados o que, en caso de haber sido autorizados, lo hiciera incumpliendo las condiciones establecidas para el efecto, **será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años** o con multa. 2º El que realizara el hecho mediante una conducta culposa, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa. [...]” (PARAGUAI, 1997, grifo nosso).

⁴² Art. 219. Fabricación de sustancias alimenticias o terapéuticas. El que preparare en forma peligrosa para la salud, sustancias alimenticias o medicinales, será castigado con três meses de prisión a tres años de penitenciaría. Art. 220. Ofrecimiento comercial o venta de sustancias peligrosas para la salud, falsificadas, adulteradas o desnaturalizadas. El que pusiere en el comercio, o expendiere sustancias peligrosas para la salud, falsificadas, adulteradas o desnaturalizadas, por la acción del tiempo, con o sin lesión efectiva del derecho a la vida o a la integridad física, será castigado con seis meses de prisión a diez años de penitenciaría (URUGUAI, 1933).

⁴³ Capítulo IV Delitos contra la salud pública. Envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas. **ARTICULO 200. Será reprimido con reclusión o prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años** y multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000), el que envenenare, adulterare o falsificare de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas. (Artículo sustituido por art. 1º de la Ley Nº 26.524 B.O. 5/11/2009) **ARTICULO 201.** - Las penas del artículo precedente se aplicarán al que vendiere, pusiere en venta, suministrar, distribuyere o almacenare con fines de comercialización aguas potables, sustancias alimenticias o medicinales o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter

Percebe-se pela comparação jurídica com a legislação penal dos Países aqui relatados, que a pena mais alta é a do art. 201-Segundo do Código Penal Argentino, qual varia entre dez a vinte e cinco anos, quando houver o resultado morte, de três a quinze anos, quando houver lesão gravíssima e de três a dez anos, se a lesão for grave. Já o §1º-B do art. 273 do Código Penal Brasileiro, independentemente da ocorrência de morte ou lesão, possui pena de reclusão mínima de dez anos e máxima de quinze, inclusive, para os casos em que apenas ocorra venda sem registro da vigilância sanitária, ou quando o produto for de procedência ignorada, ou adquirido sem licença, ainda que, nestes casos, o conteúdo do produto tenha o princípio ativo, a dosagem e a composição informada na embalagem ou rótulo, independentemente, de se tratar de medicamento, de cosmético, de saneantes, de insumos farmacêuticos, de uso em diagnóstico ou para fins terapêuticos. Excluindo a normatividade da pena argentina, a pena mais alta, em seguida, onde o tipo penal guarda certa correlação com o art. 273 do Código Penal Brasileiro, seria a pena uruguaia do art. 204 do Código Penal, a qual oscila entre seis meses a dez anos. A pena do art. 273, §1º-B, do CP, supera a de todos os Países aqui comparados, inclusive a pena argentina na forma agravada pela morte e pela lesão grave ou gravíssima, haja vista que a pena brasileira, nestes casos, respectivamente, oscila entre vinte a trinta anos e entre quinze a vinte e dois anos e seis meses de reclusão⁴⁴.

*nocivo. (Artículo sustituido por art. 2º de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009) **ARTICULO 201 bis.** Si como consecuencia del envenenamiento, adulteración o falsificación de aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, **resultare la muerte de alguna persona, la pena será de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años de reclusión o prisión; si resultaren lesiones gravísimas, la pena será de TRES (3) a QUINCE (15) años de reclusión o prisión; si resultaren lesiones graves, la pena será de TRES (3) a DIEZ (10) años de reclusión o prisión.** En todos los casos se aplicará además multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000). (Artículo incorporado por art. 3º de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009) [...] **ARTICULO 204 ter. Será reprimido con prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años** y multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000), el que produjere o fabricare sustancias medicinales en establecimientos no autorizados. (Artículo sustituido por art. 7º de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)” (ARGENTINA, 1985, grifo nosso).*

⁴⁴ O art. 285 do CP normatiza a forma qualificada dos crimes contra a saúde pública, remetendo-se ao art. 258 do CP: “Capítulo III dos crimes contra a Saúde Pública [...] Forma qualificada Art. 285 - Aplica-se o disposto no art. 258 aos crimes previstos neste Capítulo, salvo quanto ao definido no art. 267”. “[...] Formas qualificadas de crime de perigo comum Art. 258 - Se do crime doloso de perigo comum **resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro.** No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço” (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Quadro 3 – Resumo do quantitativo das penas alienígenas explanadas com o artigo 273 §1º - B do CP.

PAÍS	QUANTITATIVO DE PENAS
BRASIL	10 anos a 15 anos de reclusão
	15 anos a 22 anos e 6 meses de reclusão (lesão grave)
	20 anos a 30 anos de reclusão (morte)
PORTUGAL	1 anos a 8 anos de prisão
ESPANHA	6 meses a 4 anos de prisão
ITÁLIA	1 anos a 5 anos de prisão
PARAGUAI	Até 5 anos para medicamentos nocivos
	Até 3 anos para medicamentos não autorizados
URUGUAI	3 meses a 3 anos de prisão para substância medicinal perigosa
	6 meses a 10 anos de prisão para venda de substância perigosa
ARGENTINA	3 anos a 10 anos de reclusão ou prisão para falsificação de medicamentos
	3 anos a 10 anos de reclusão ou prisão no caso de lesão grave
	3 anos a 15 anos de reclusão ou prisão no caso de lesão gravíssima
	10 anos a 25 anos de reclusão ou prisão no caso de morte

Fonte: Coletados pelo autor a partir das legislações internacionais

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

O termo constitucionalização do direito é nomenclatura recente no âmbito jurídico, possuindo vários sentidos, dentre eles: a presença de uma constituição no ápice do sistema jurídico, gozando de hierarquia formal; a existência no texto constitucional de regulamentação de matérias afetas a outros ramos do direito; e como sendo o fenômeno da força normativa da constituição se irradiando por todo o ordenamento jurídico, obrigando-se a interpretar as normas infraconstitucionais segundo os vetores interpretativos consignados expressamente ou implicitamente na constituição⁴⁵ (BARROSO, 2006, p.16-17).

Cardoso (2017, p. 20-21) fazendo menção à hermenêutica constitucional associada à filosofia do direito, destaca um conjunto de premissas e técnicas, fruto de estudos nos últimos trinta anos naquelas searas, o qual repercute na atuação do juiz no controle de omissões ou excessos do poder público, enumerando, dentre outros os seguintes: a) nova compreensão da inafastabilidade do controle jurisdicional; b) extensão e aplicabilidade do fundamento da República dignidade da pessoa humana; c) atribuição à força normativa à Constituição; d) compreensão dos valores/princípios constitucionais como espécies de normas de direito; e) neoconstitucionalismo, colocando a Constituição como fonte normativa que se espalha por todos os âmbitos do direito; f) regra ou princípio da proporcionalidade, com sua necessária ponderação em hipótese de conflito de direitos humanos ou mesmo de políticas públicas e i) adoção do princípio da razoabilidade (para alguns, da irrazoabilidade).

Como se vê, é exatamente nesse conjunto de viés interpretativos derivado da teoria dos direitos fundamentais e do neoconstitucionalismo que se inserem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, os quais aplicados na seara penal, constituem uma das facetas do fenômeno constitucionalização do direito penal em paralelo ao outro lado da face deste fenômeno jurídico, que é a presença de disposições de cunho penal no próprio Texto Constitucional Brasileiro de 1988⁴⁶.

⁴⁵ É o que Sposato (2009, p. 650), ao citar as lições de Gomes Canotilho, indica como filtragem constitucional: “Este fenômeno de ler e aprender toda a ordem jurídica através da lente da constituição foi denominada por Gomes Canotilho como filtragem constitucional, na medida que todos os institutos, inclusive o direito infraconstitucional são reinterpretados na ótica constitucional com o objetivo de consagrar valores enunciados pela Constituição”.

⁴⁶ Assevera Feldens (2007, p. 848): “No que diz respeito à expressa incorporação constitucional de matérias atinentes ao Direito Penal, a Constituição de 1988 apresenta-se como um dos exemplos mais eloquentes. Por quase uma centena de vezes utiliza-se de expressões que dizem diretamente com o Direito Penal, a saber: (a) em quarenta e sete vezes lança mão da expressão *crime(s)*; (b) em dez vezes, dos termos *infrações* ou *infrações penais*; (c) em duas vezes, da terminologia *punir* ou *punição*; (d) em nove vezes, da *prisão*; (e) em outras nove, da expressão *preso*; (f) em onze oportunidades cogita das expressões *penal* ou *penalmente*, e (g) em oito situações exterioriza o termo *criminal*. Afora isso, expressões como *acusado*, *processado* e

Apesar de existir uma superposição entre os sentidos de constitucionalização pela presença de regras de direito penal no texto constitucional e pela irradiação da força normativa constitucional como vetor interpretativo, gerando pontos de intercessão entre estas acepções, o foco aqui será a expansão da força normativa da Constituição, especificamente dos vetores interpretativos extraídos do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, como mecanismos de controle de constitucionalidade na incriminação de condutas e na cominação das respectivas sanções em abstrato.

É notória a existência da constitucionalização do Direito Penal pela via da proporcionalidade e da razoabilidade, princípios implícitos de ordem constitucional, como instrumentos para se detectar excessos, omissões e medidas desrevestidas de bom senso, viabilizando um controle de constitucionalidade em ações ou omissões do poder público, não caracterizando por parte do Poder Judiciário, violação ao princípio da separação dos poderes, quando provocado a fazer esta sindicabilidade, haja vista que é da própria gênese da tripartição de poderes, o sistema de freios e contrapesos, cabendo um poder coibir excessos ou suprir omissões de outros, de acordo com as delimitações funcionais de cada um dos poderes, estabelecidas na Constituição.

2.1 Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, como vetores interpretativos na coibição de excessos do poder estatal

Nesta seção, será explorada a diferenciação técnica entre o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, suas estruturas e seus direcionamentos ao preceito secundário do art. 273, §-1º-B, do CP, com instrumentos coibidores de excessos estatais.

2.1.1 A diferenciação técnica entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade

Importante traçarmos a diferença técnica entre o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade, os quais têm conteúdo diferenciado, embora, muitas vezes, sejam utilizados pelos operadores do Direito como expressões sinônimas, fungíveis ou sendo um decorrente do outro⁴⁷, inclusive, muitas vezes, sem diferenciação técnica pelo próprio Supremo Tribunal

sentenciado, alguma ou outra vez aplicável também ao processo administrativo, igualmente permeiam o texto constitucional”.

⁴⁷ “Entretanto, a confusão doutrinária é tamanha entre os referidos princípios, que alguns autores fazem referências apenas a um deles (ex. Juarez de Freitas, Maria Sylvia Zanella di Pietro). Outros os entendem

Federal⁴⁸. Braga (2011) cita, também, julgados do STF, como a ADIN 3.146/DF e o voto do Min. Marco Aurélio no INq-AgR 2.206/DF, para demonstrar a utilização de ambos como sinônimos. Apesar de ambos possuírem objetivos comuns, como o de propiciar vertentes para promover o controle de constitucionalidade e evitar abusos estatais, tais princípios possuem raízes e estruturas distintas, bem como finalidades específicas e diferenciadas (SILVA, 2002, p. 27-29). A diferenciação se torna relevante para que suas interpretações e aplicação sejam revestidas de maiores certezas e segurança.

Embora existam referenciais históricos mais remotos sobre o surgimento do princípio da proporcionalidade⁴⁹, este tem suas raízes mais próximas e contornos mais delineados, no direito alemão, por atuação do Tribunal Constitucional Tedesco, no controle dos atos do poder público restritivos aos direitos dos administrados, tendo como marco de referência o julgamento proferido em 1971, sobre armazenamento de petróleo, onde se decidiu pela adequação e necessidade sobre os meios empregados pelo poder público⁵⁰.

No que tange ao conteúdo e estrutura do princípio da proporcionalidade, temos os seguintes subprincípios e as consequentes vertentes:

a) Adequação ou idoneidade. Aqui, perquire-se se o meio utilizado é apto, é eficaz, para atingir a sua finalidade. Tem que se aferir a relação de causalidade entre o meio empregado e o resultado pretendido. Não se averigua, neste campo, se há outro meio capaz ou menos gravoso de atingir o desiderato, com a restrição ao direito, apenas busca confirmar a pertinência do meio com a finalidade, do ponto de vista da eficácia, e da aptidão, sendo inválido o ato inapto para atingir o objetivo almejado. Silva (2002, p. 35-37) chama atenção que o sentido mais adequado de adequação não está ligado ao alcance integral do objetivo,

como Fungíveis (v.g. Carlos Roberto Siqueira de Castro, Daniel Sarmento, Edilson Pereira Nobre Júnior, Gilmar Ferreira Mendes, Luís Roberto Barroso, Santiago Dantas, Suzana de Toledo Barros). Outros, ainda, com incluídos um no conteúdo do outro (p. ex. Celso Antônio Bandeira de Mello, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Odete Medauar, Miriam Torres, Raphael Sofiati); e, mais um grupo, como distintos (Germana de Oliveira de Moraes, Willis Santiago Guerra Filho, Helenilson Cunha Pontes, Humberto D'Ávila, Luís Virgílio Afonso da Silva, Gustavo Ferreira Santos e Ricardo de Paula)” (BRAGA, 2011, p. 151-152).

⁴⁸ Os julgados do STF: ARE 1.054.843 Agr/PR e HC 86.424/SP são exemplos de decisões na seara penal, onde tais princípios são citados como sinônimos na ementa do Julgado.

⁴⁹ Aliás, já na Magna carta Inglesa de 1215, do João Sem-Terra, havia previsão nos arts. 20 e 21. Art. 20: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; [...]”. Art. 21 “Os condes e barões serão punidos por seus pares, conformemente à medida do seu delito” Beccaria (2010, p. 44) já explicitava no Século XVIII também a ideia de proporcionalidade nas punições: “se pena igual for cominada a dois delitos que desigualmente ofendem a sociedade, os homens não encontrarão nenhum obstáculo mais fortes para cometer o delito maior, se disso resultar vantagem”. “[...] Deve haver, pois, uma proporção entre os delitos e as penas” (PEREIRA, 2011, p. 60).

⁵⁰ Cretton (2001, p. 65) cita parte do referido julgado alemão em que a proporcionalidade foi assim conceituada: “O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental”.

mas simplesmente do fomento à finalidade perseguida, visto que a adequação na gênese da jurisprudência tedesca vem do verbo *förden*, que significa fomentar, promover, nesta linha, conclui: “[...]uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido”. A relevância neste subprincípio é a aferição do grau de eficácia do meio que se pretende empregar e sua contribuição para a concretização do desiderato estatal.

b) Necessidade ou exigibilidade. Neste vetor, vai-se investigar, para fins de validade do ato estatal, se existe meio menos gravoso para atingir a finalidade perseguida, de acordo com os aspectos fáticos. O objetivo, nesta vertente, é detectar o meio menos restritivo aos direitos constitucionalmente consagrados em prol do indivíduo, porém com aptidão suficiente para atingir o escopo visado. Em outras palavras, para validade do ato restritivo estatal em face de bens e valores também assegurados, constitucionalmente, ao indivíduo, dentre os eficazes disponíveis, deve-se escolher o menos nocivo, o menos pernicioso, causando menor ingerência nos direitos fundamentais, controlando-se, assim, excessos estatais (FELDENS, 2008, p. 83-84). Silva (2002, p. 38) argumenta que o ato estatal se torna necessário a limitar um direito fundamental, quando a realização do objetivo buscado não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido e assevera: “A diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto que o da adequação é um exame absoluto”. Vale ressaltar que, para que uma medida seja qualificada como necessária, pressupõe-se sua adequação ao caso concreto, logo se for atestada a ineficácia absoluta da medida, não se deve cogitar sobre sua exigibilidade⁵¹.

c) Proporcionalidade em sentido estrito. Por este subprincípio, a restrição ao direito do indivíduo será válida, se as vantagens com a concretização do objetivo estatal superar as desvantagens, isto é, o ônus deve ser menor que os benefícios conseguidos com a medida. Prima-se por um equilíbrio entre o meio utilizado e o fim perseguido, sob o ângulo da otimização das possibilidades jurídicas (FELDENS, 2008, p. 85). Para Robert Alexy, é neste campo que se exerce a ponderação de interesses em rota de colisão, avaliando-se o custo-benefício do meio restritivo⁵². No exercício de ponderação, deve-se averiguar a intensidade da restrição com a relevância das razões justificadoras, para se detectar qual bem ou valor deve

⁵¹ “O pressuposto da adequação (*Geegnetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se adaptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da inexigibilidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos adjetivos pretendidos. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado” (MENDES, 1998, p. 68).

⁵² Conforme Alexy (1999, p. 78), quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que o justificam.

ter mais peso, preservando a superação das vantagens em relação ao ônus. Nos ensinamentos de Canotilho (1993, p. 383-384) há um juízo de ponderação sobre a equação entre meios e fim, com o objetivo de avaliar se o meio é ou não desproporcional ao fim visado: “trata-se” de uma questão de “medida” ou “desmedida” para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”.

Vale ressaltar que a análise dos subprincípios da proporcionalidade deve seguir uma ordem seqüencial. Primeiro a adequação, após a necessidade e em seguida a proporcionalidade em sentido estrito. Não pode ser aleatória. Se a medida não tem capacidade de promover o fim estatal, uma vez inadequada, não se vai perquirir sobre sua necessidade e sua proporcionalidade em sentido estrito. Uma vez adequada a medida, mas inexigível, porque existe outro meio menos oneroso com eficácia suficiente para resguardar o interesse estatal, não se vai analisar se as vantagens superam as desvantagens (SILVA, 2002, p. 33-35).

Já o princípio da razoabilidade tem suas origens do devido processo legal norte-americano - *due process of law* -, sob o prima do devido processo legal substancial⁵³, o qual já tem derivação daquele concebido do direito ânglo-saxão no sentido formal⁵⁴, traduzido na cláusula *law of the land*, presente na Magna Carta de 1215⁵⁵, visando impor limites ao poder do Monarca (LIMA, 1999, p. 106-107).

O devido processo legal substancial se desenvolveu e se fortaleceu no direito norte-americano pela proeminência do Judiciário no controle da discricionariedade dos atos públicos emanados do Legislativo e do Executivo, na fiscalização de sua razoabilidade⁵⁶. Nesta senda, a suprema corte norte-americana, seguindo o norte do devido processo legal substancial, ou seja, passando-se a não só se preocupar com as garantias processuais, faceta formal do processo, mas também com a respeitabilidade dos atos estatais frente aos direitos

⁵³ Soares (2008, p. 86) assevera que: “Sobe esse novo prisma, a cláusula do devido processo legal atinge não só a forma, mas também a substância do ato, pois existe a preocupação de se conceder uma tutela jurisdicional mais justa, porque guiada pela ponderação principiológica e pelo postulado da razoabilidade/proporcionalidade, como idéias jurídicas fundantes da Constituição e decorrentes do respeito aos direitos fundamentais”.

⁵⁴ “Conforme já referido, o devido processo legal em sua acepção formal ou procedimental (*procedural due process*) designa o conjunto de garantias de ordem constitucional, que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional. Sendo assim, merecem destaque as seguintes garantias: isonomias; contraditório e ampla defesa; a previsão do juiz natural; a inafastabilidade da jurisdição; a publicidade dos atos processuais; a motivação das decisões judiciais; o duplo grau de jurisdição; a proibição do uso de prova ilícita; e a duração razoável do processo” (SOARES, 2008, p. 73-74).

⁵⁵ “39. Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país” (MAGNA CARTA, 1215).

⁵⁶ De acordo, com Steinmetz (2001, p. 183-192), a razoabilidade diz respeito ao conteúdo e não à forma. Assim, quando se diz que uma decisão é razoável, é apontar que seu conteúdo é aceitável, do ponto de vista lógico-jurídico.

fundamentais, assegurados constitucionalmente, fez surgir a máxima da razoabilidade, no sentido de a decisão ou ato do poder público ser aceitável, do ponto de vista de conformação e coerência com direitos fundamentais⁵⁷ (BRAGA, 2011, p. 55).

A razoabilidade em si traduz-se em juízo de valor sobre o que é aceitável, revestido de bom senso, servindo como parâmetro para se detectar condutas ou atos bizarros, arbitrários e, conseqüentemente, orientar na exclusão de comportamentos desarrazoados. Trate-se de um conceito jurídico indeterminado⁵⁸, cujo significado varia conforme os valores do intérprete e da sociedade em um determinado momento. Diferentemente da proporcionalidade, composta de parâmetros mais objetivos, a razoabilidade é constituída de uma maior carga subjetiva, por passar pela análise de circunstâncias pessoais no caso concreto, para confrontá-las com o padrão de senso comum que norteia a sociedade naquele momento específico da valoração.

Enquanto a proporcionalidade permite a verificação de congruência entre meio e fim, a razoabilidade averigua a pertinência entre os motivos e a finalidade, ou seja, valora as circunstâncias fáticas que levaram a concreção do ato do poder público e o resultado, visando fiscalizar a conformidade daquele ato ao senso de justiça.

Barroso (2003, p. 93-96), com arrimo nas lições do constitucionalista argentino Humberto Quiroga Lavié, expando contornos mais objetivos na aplicação do princípio da razoabilidade, explicita a divisão lecionada por Lavié em **razoabilidade interna**, aquela investigada dentro da lei entre motivos, meios e fins, onde não havendo correlação lógica entre estes elementos o ato será considerado irrazoável; e **razoabilidade externa**, aquela aferida entre a lei e os valores constitucionais vigentes expressos ou implícitos, de forma que, existindo incompatibilidade material vertical entre a norma infraconstitucional e a Constituição, aquela será considerada desarrazoada. Desta forma, o princípio da razoabilidade analisaria o subprincípio da adequação existente no princípio da proporcionalidade, porém, com um elemento a mais, qual seja, os motivos, isto é, as circunstâncias fáticas que desencadearam o ato estatal⁵⁹.

⁵⁸ Cardozo (2005, p. 64-65) descreve: “Não raras vezes, assim, encontramos nas hipóteses ou nos preceitos das normas jurídicas a referência a expressões dotadas de um elevado grau de indeterminação quanto ao seu conteúdo. Palavras como ‘ordem pública’, ‘pobreza’, ‘urgência’, ‘relevância’, ‘idoneidade’, ‘boa-fé’, ‘aptidão’, ‘moralidade’, ‘improbidade’ e ‘interesse público’, possuem um grau elevado de imprecisão ou de fluidez de significado. Quando adotadas no texto de uma lei ou de uma norma jurídica qualquer, acabam por constituir conceitos jurídicos que não são dotados de um sentido preciso e objetivo. São, por isso, tradicionalmente chamados de conceitos jurídicos indeterminados. Pela expressão conceitos jurídicos indeterminados, portanto, habitualmente se costuma designar, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, os conceitos jurídicos ‘cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos’.

⁵⁹ Braga (2011, p. 184) considera que, além da adequação, a necessidade também é avaliada sob o prisma da razoabilidade, mas com um diferencial, levam-se em conta os pressupostos fáticos desencadeadores do ato estatal, ou seja, avaliam-se as razões que motivaram a restrição no direito fundamental.

Braga (2011, p. 181-186) sintetiza as principais diferenças entre o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, diferenciando-os conforme os seguintes critérios: **a) Quanto à origem.** A proporcionalidade deriva do direito alemão, sendo aperfeiçoado pelo Tribunal constitucional alemão. Já a razoabilidade emana do devido processo legal substancial desenvolvido na jurisprudência norte-americana⁶⁰; **b) Quanto ao fundamento.** O Estado de Direito seria a base da proporcionalidade⁶¹, enquanto o devido processo legal substantivo o arrimo da razoabilidade; **c) Quanto ao conteúdo.** A proporcionalidade direciona-se para detectar a congruência entre meios e fins, visando a otimização dos direitos fundamentais na solução de conflitos constitucionais. Em outro giro, a razoabilidade averigua a compatibilidade entre motivos (pressupostos de fato) com a finalidade perseguida, objetivando a exclusão de atos desarrazoados; **d) Quanto aos elementos.** A adequação ou idoneidade, a necessidade ou exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito compõem o princípio da proporcionalidade, o qual visa, com maior ênfase, a ponderação das situações abstratas envolvidas. Já o princípio da razoabilidade é integrado pelo elemento chamado de racionalidade, que coincide com a adequação e a necessidade, porém valorados de uma forma diferentes, ou seja, pelas circunstanciais pessoais envolvidas no caso concreto, donde são extraídos ou não a conclusão de bom senso, sendo tal noção variável no tempo, haja vista a oscilação do senso comum, conforme os valores arraigados na sociedade à época da valoração. Em contra partida, a proporcionalidade em sentido estrito apresenta-se como um critério fixo a detectar a relação do custo-benefício da medida restritiva estatal, desconectado da aprovação social⁶²; **e) Quanto ao nível de objetividade.** Enquanto há uma predefinição dos critérios de proporcionalidade, a razoabilidade possui conteúdo mais subjetivo, porque envolve a avaliação do bom senso admitido pela comunidade. Enquanto na razoabilidade a

⁶⁰ Soares (2008, p. 86) assevera que: “Sobe esse novo prisma, a cláusula do devido processo legal atinge não só a forma, mas também a substância do ato, pois existe a preocupação de se conceder uma tutela jurisdicional mais justa, porque guiada pela ponderação principiológica e pelo postulado da razoabilidade/proporcionalidade, como idéias jurídicas fundantes da Constituição e decorrentes do respeito aos direitos fundamentais”.

⁶¹ Há divergência quanto ao seu fundamento, Gilmar Mendes, por exemplo, ora considera, emanado do Estado de Direito, ora do devido processo legal substancial, ora do princípio da reserva legal ou, genericamente, dos próprios direitos fundamentais (MENDES, 1998, p. 82). Porém, é no Estado de Direito que melhor se encontra sua legitimação (SOUZA, 1994, p. 137).

⁶² Neste trabalho, ao se trabalhar com o princípio da razoabilidade direcionado para o art. 273, § 1º-B, do CP, adotaremos a estrutura desenhada por Humberto Quiroga Lavié, integrada pela razoabilidade interna e externa, por ser mais compatível com o racionalidade do Direito Penal. Outros autores que também pregam pela diferenciação técnica entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, como: Germana de Oliveira de Moraes, Willis Santiago Guerra Filho, Helenilson Cunha Pontes, Humberto D’Ávila, Luís Virgílio Afonso da Silva, Gustavo Ferreira Santos e Ricardo de Paula, apesar de traçarem estruturas jurídicas relevantes para a razoabilidade, o fazem mais com foco no Direito Administrativo e Tributário, o que causa dificuldade para ser trabalhada na seara penal, a qual possui estrutura e preceitos peculiares, diversos dos outros ramos do Direito.

conformação do ato passa pela sondagem dos valores comunitários à época, a proporcionalidade é mais objetiva na aferição do balanço entre vantagens e desvantagens da medida restritiva. **f) Quanto às funções.** A proporcionalidade tem como fim precípua ponderar de forma mais concentrada no plano abstrato jurídico os bens e valores em rota de colisão, aferindo qual tem mais peso na balança, indicando qual o meio é proporcional. O escopo primordial da razoabilidade é excluir restrições desrevestidas de justiça, razão e bom senso, analisando, com foco no quadro fático, não havendo um sopesamento de direitos.

Analisando o conteúdo e estrutura dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, percebe-se que apesar da diferenciação técnica, eles possuem pontos de intercessão, como por exemplo na utilização da sub-regra da adequação, porém, com um viés diferenciado, enquanto no da proporcionalidade a análise se dá entre meios e fins, no da razoabilidade, averigua-se as circunstâncias fáticas motivadoras do ato. Como nos *hard cases*, prefere-se o método de interpretação constitucional tópico-problemático⁶³, isto é, parte-se primeiro da análise da problemática fática, para secundariamente observar o conflito normativo no plano jurídico abstrato, mesmo que se esteja empregando a técnica da ponderação no ângulo da proporcionalidade, embora esta tenha como primazia a colisão de circunstâncias jurídicas, e não as fáticas, termina sendo muito tênue a linha que separa tecnicamente um princípio do outro, o que leva alguns a considerá-los como sinônimos ou fungíveis, outros como sendo um decorrente do outro, quando na verdade a relação entre ambos os princípios mencionados é de intercessão, havendo pontos em comum e divergentes. Contudo, o relevante é que suas aplicações respeitem sua estrutura jurídica.

Esta diferenciação técnica aqui é pertinente, pois o STF e o STJ quando concluem pela proporcionalidade ou desproporcionalidade da pena em abstrato do §1º-B do art. 273 do CP, como foi exposto na seção 1.4 desta dissertação, não dissecam de forma técnica os elementos que integram o princípio da proporcionalidade, como também, na maioria das vezes considera como sinônimo da razoabilidade. Neste sentido, leciona Silva (2002, p. 30-31):

Apesar de salientar a importância da proporcionalidade ‘para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais’, o Tribunal não parece disposto a aplicá-la de forma estruturada, limitando-se a citá-la. Na decisão, a passagem mencionada é a única a fazer referência à regra da proporcionalidade. Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins

⁶³ No método tópico-problemático, em razão do caráter aberto, fragmentário ou indeterminado das normas constitucionais, privilegia a discussão de problemas, e não do sistema jurídico. Este método é apontado como um via de interpretação anti-positivista, contrapondo-se com o método hermenêutico-concretizador, onde se prefere concentrar a atividade interpretativa no texto constitucional, devendo ser iniciada e exegese pela pré-compreensão do intérprete sobre o tema, para após, descer a normatividade ao caso concreto (CARVALHO, 2009, p. 345).

almejados e os meios utilizados. O raciocínio aplicado costuma ser muito mais simplista e mecânico. Resumidamente: a constituição consagra a regra da proporcionalidade; o ato questionado não respeita essa exigência; o ato questionado é inconstitucional. O silogismo, inatacável do ponto de vista interno, é composto de premissas de fundamentação duvidosa e é, por isso, bastante frágil quando se questiona sua admissibilidade do ponto de vista externo [...].

Vale ainda ressaltar que ambos são princípios implícitos na órbita constitucional brasileira, sendo o princípio da proporcionalidade extraído do art.1º, caput, da CF/1988, especificamente, do Estado de Direito e o princípio da razoabilidade ínsito do princípio do devido processo legal em sua faceta substancial, esculpido no art. 5º, Inciso, LV, da CF/1988, funcionado como vetores interpretativos na averiguação da compatibilidade vertical de normas infraconstitucionais com a Constituição e no controle de arbítrios estatais (BRAGA, 2011, p. 163-165).

2.2 O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade direcionado ao preceito secundário do art. 273, §1º-B, do CP

A grande importância de tais princípios no âmbito penal dá-se porque quando há uma tipificação de uma conduta criminosa, a previsão de uma pena em abstrato correspondente ou uma sanção judicial penal dosada e aplicada no caso concreto, tal intervenção penal promove uma ingerência nos direitos fundamentais, em relação a valores como o da liberdade individual e o da individualização da pena, de forma a ser suscetível de valoração pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da restrição estatal imposta, bem como pela exclusão de condutas abusivas por parte do Estado (PULIDO, 2007, p.806).

Transportando os subprincípios da proporcionalidade para a seara penal, abrem-se os seguintes vetores interpretativos em formas de indagação, onde a depender das respectivas respostas, teremos a conclusão pela violação ou não do princípio da proporcionalidade: **a) Adequação ou idoneidade:** a tipificação penal ou a pena imposta se mostra apta, útil, ou ao menos fomenta ou promove o interesse público, consistente na proteção ao bem jurídico saúde pública? **b) Necessidade ou exigibilidade:** dentre os meios adequados e disponíveis ao Estado, este escolheu o menos gravoso aos direitos fundamentais do indivíduo? Existe outro meio menos gravoso e apto com a mesma intensidade da medida penal para proteger à saúde pública? **c) Proporcionalidade em sentido estrito:** a medida estatal adotada trará vantagens para a sociedade em geral que superam os sacrifícios do titular do direito fundamental restringido? O meio utilizado é proporcional ao fim almejado? (LEVORIN, 2016, p.166-182).

Percebe-se que o conteúdo do princípio da proporcionalidade, especificamente na adequação e necessidade, guarda estreita relação com o princípio da intervenção mínima do direito penal⁶⁴. Tal estreitamento pode ser traduzido na seguinte indagação: Outro ramo do direito, que não seja o penal, mostra-se mais eficaz e menos oneroso para atingir o fim estatal? Se a resposta for positiva, pode-se se chegar à conclusão da inconstitucionalidade do ato do poder público fabricado ou aplicado. Já o subprincípio da proporcionalidade estrita mantém relação lógica com o princípio constitucional da individualização da pena, esculpido no art. 5º, inciso XLVI, da CF/1988⁶⁵, o qual deve ser observado pelo legislador ao cominar a sanção em abstrato e pelo julgador ao dosar a pena no caso concreto, bem como ao longo da execução da pena (SHMITT, 2008, p.72-78).

Vale ressaltar também que, no subprincípio da adequação ou idoneidade, além da verificação da aptidão de medida para atingir seu desiderato, permite verificar se o fim perseguido é constitucionalmente legítimo, isto é, se não está proibido de forma expressa ou implícita no Texto Constitucional (LEVORIN, 2016, p.169).

Importante destacar que o princípio da proporcionalidade deve ser observado pelos três poderes constituídos: Executivo, Legislativo e Judiciário. Ao primeiro, por exemplo, cabe, ao longo da execução penal, seja na aplicação de infrações administrativas disciplinares, seja na formulação de medidas de política criminal pelos Diretores de presídios, pelos Conselhos Estaduais Penitenciários, pelos Departamentos Locais Penitenciários, pelo Departamento Penitenciário Nacional e demais órgãos incumbidos na fiscalização da pena⁶⁶ ou mesmo pelo veto jurídico do chefe do executivo a comandos normativos que firam a Constituição Federal⁶⁷. Ao Legislativo, na elaboração dos tipos penais, deve estar atento que só os ataques mais graves e aos bens jurídicos mais relevantes devem ser objeto de tipos penais, bem como

⁶⁴ Batista (2013, p. 83-85) destaca que: “Ao princípio da intervenção mínima se relacionam duas características do direito penal: a fragmentariedade e a subsidiariedade. A subsidiariedade do direito penal, que pressupõe sua fragmentariedade, deriva de sua consideração como ‘remédio sancionador extremo’, que deve, portanto ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele ineficiente; sua intervenção se dá ‘unicamente quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito’. Como ensina Maurach, não se justifica ‘aplicar um recurso mais grave quando se obtém resultado através de um mais suave: seria tão absurdo e reprovável criminalizar infrações contratuais civis quando cominar ao homicídio tão-só o pagamento das despesas funerárias’. Foi observado por Roxin que a utilização do direito penal ‘onde bastem outros procedimentos mais suaves para preservar e reinstaurar a ordem jurídica’ não dispõe da ‘legitimação da necessidade social’ e perturba ‘a paz jurídica’”.

⁶⁵ Conforme Novelino (2016, p. 395), o princípio da individualização da pena, consagrado no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição, impõe que as sanções penais sejam fixadas, aplicadas e executadas de modo justo e proporcional, tendo em conta aspectos objetivos (natureza e circunstâncias do delito) e subjetivos (características pessoais do infrator do crime”.

⁶⁶ Vide arts. 53/60 e arts. 69/81, todos da Lei nº 7.210/1984, os quais disciplinam as atribuições de diversos órgãos do executivo inerentes à execução da pena, inclusive a aplicação de sanções administrativas por falta disciplinares.

⁶⁷ O art. 84, inciso V, da CF/1988 prever esta prerrogativa ao Chefe do Executivo, constituindo uma forma de controle de constitucionalidade preventivo exercido pelo executivo (MORAES, 2008, p.707).

a sanção penal em abstrato deve possuir pena mínima e máxima que guarde proporcionalidade com a gravidade da ofensa e relevância do bem jurídico tutelado⁶⁸. Já ao Judiciário, ao exercer o critério trifásico (art. 68 do CP), ao fixar a pena base (art. 59 do CP), reconhecer eventuais circunstâncias agravantes (art. 61/62 do CP) e atenuantes (arts. 65/66 do CP) e causas de aumento ou diminuição de pena, deve exercer sua discricionariedade judicial, porém sempre de forma motivada, demonstrando o caminho intelectual percorrido, para que se possa fiscalizar a proporcionalidade da reprimenda⁶⁹.

Ao analisar a pena em abstrato do art. 273, §1º-B, do CP, mínimo de dez e máximo de quinze anos de reclusão, à luz do princípio da proporcionalidade na seara penal, com seus subprincípios da: adequação, necessidade e proporção em sentido estrito, tem-se o seguinte panorama jurídico. **a) Adequação ou Idoneidade:** verifica-se que o meio – agravamento da pena pelo legislador- é idôneo, é apto, ou capaz de fomentar ou atingir os fins de prevenção, retribuição e ressocialização do indivíduo, visado proteger à saúde pública. Embora tenha se demonstrado na seção 1.3 que o aumento da pena não freou na mesma proporção a prática de falsificação de medicamentos, não se pode negar que uma pena mínima de 10 (dez) anos, pena maior que de muitos outros delitos de gravidade equiparável ou até mais intensa, tipificados no ordenamento jurídico brasileiro e alienígena, tenha, em tese, o condão de inibir esta prática delituosa. Como foi explicitado, a relação entre meio e fim aqui se dá mais no plano hipotético do que mirando nas circunstâncias fáticas, embora o raciocínio possa começar a ser exercitado sobre aquelas. Inegável que no plano hipotético o recrudesimento da pena, em tese, é adequado, é idôneo para se promover com maior intensidade a proteção de determinado bem jurídico.

⁶⁸ Nesta linha, leciona Levorin (2016, p. 149 e 181): “Neste sentido, o legislador deve ser muito criterioso ao determinar a intervenção penal através de crime e penas, posto que, como leciona Miguel Reale Júnior, a intervenção penal em um Estado de Direito Democrático deve estar revestida de proporcionalidade, em uma relação de correspondência de grau entre o mau causado pelo crime e o mal que se causa por via da pena. [...] A proporcionalidade em sentido estrito, portanto, reside do Direito Penal no impedimento de penas excessivas e desmedidas. Analisadas a necessidade e idoneidade no que tange à tipificação, passa-se ao estabelecimento da qualidade e da quantidade da pena. Neste momento, o legislador deve valorar a gravidade do crime e a pena correspondente, observando os interesses tutelados penalmente”.

⁶⁹ De acordo com o art. 68 do CP, a dosagem da pena passa por três fases. A primeira é destinada à aplicação da pena base, a qual não pode ficar abaixo do mínimo legal previsto, nem além do máximo em abstrato. A segunda para o reconhecimento de agravantes expressamente previstas no Código Penal Brasileiro e atenuantes expressas ou não no Código Penal. Embora haja corrente em contrário, tem prevalecido o entendimento consagrado na Súmula 231 do STJ e do STF, em sede de repercussão geral, RE 597270 QO-RG/RS (BRASIL, 2009e), onde se proíbe que a pena fica aquém ou além do quantitativo mínimo e máximo previsto abstratamente pelo legislador nesta segunda fase da dosimetria. Por último, a terceira fase, onde é reservado o reconhecimento de causas de aumento e diminuição previstas na parte geral ou especial do Código Penal. Nesta última fase, a pena pode ser fixada abaixo ou acima do mínimo e máximo previsto no intervalo abstrato (SCHMITT, 2008, p. 75-76).

b) Necessidade ou exigibilidade: É necessário e exigível que o Direito Penal se faça presente, incriminando as condutas descritas no do art. 273, §1º-B, do CP, pois outro ramo do Direito não protegeria com a mesma intensidade do Direito Penal, embora fosse menos gravoso. Quando da exposição da textura normativa da legislação sanitária na seção 1.2, atestou-se que o Direito Administrativo previu infrações administrativas e sanções, as quais mais restritivas para pessoas físicas são as multas, que embora sejam uma penalidade relevante, não tem a mesma força inibitória restritiva da pena privativa da liberdade. Apesar da presença de sanções administrativas e penais, percebeu-se que o índice de fabricação e comercialização ilegal de medicamentos fraudados ou fora as especificações legais é elevado, estando o bem jurídico saúde pública em efetiva ou potencial ameaça constante. A ausência de sanção do âmbito penal, certamente, deixaria um ambiente mais favorável a essa prática delituosa, sem a presença do efeito preventivo do Direito Penal por meio da potencial ou efetiva restrição da liberdade. Nenhum outro ramo do Direito teria a capacidade de proteger a saúde pública no nível reclamado na órbita da falsificação de medicamentos e correlatos⁷⁰.

c) Proporcionalidade em sentido estrito: Quanto à tipificação penal das condutas do art. 273, §1º-B, do CP, as vantagens de se proteger a população em sua saúde superam as desvantagens decorrentes do ônus da restrição da liberdade individual, até porque a regra é o estado de licitude, e não do cometimento de crime de falsificação de medicamentos e afins, por maior que seja o índice de criminalidade nessa espécie de delito. Em outras palavras, alguém só vai receber a pena de fato, se violar o tipo penal e for considerado culpado. O desequilíbrio está na majoração da pena em abstrato, principalmente na mínima de 10 anos do art. 273, §1º-B, a qual representa um ônus excessivo ao direito fundamental da liberdade individual, revelando-se desproporcional à gravidade das condutas, principalmente para os comportamentos dos incisos I, V e VI daquele dispositivo penal, pois são situações em que não há fraude da composição do produto, apenas são produtos sem registro, sem licença ou de procedência ignorada, proporcionando menores riscos à saúde. Já no plano puramente abstrato, na mesma conclusão de desproporcionalidade se chega ao comparar o referido preceito secundário com o de outros países, como: Portugal (1 a 8 anos de prisão); Espanha (6 meses a 4 anos de prisão); Itália (1 a 5 anos de prisão); Paraguai (até 5 anos); Uruguai (3 meses a 10 anos de prisão) e Argentina (3 a 10 anos de reclusão ou prisão, sem lesão ou

⁷⁰ Também não seria, em tese, ilógico, analisar a necessidade ou exigibilidade de medida de agravamento da pena, comparando com outra alternativa a ser adotada dentro do próprio Direito Penal. Acontece que, provavelmente, a outra medida menos onerosa e com o mesmo grau de eficiência para defesa da saúde pública seria a elevação da pena em uma proporção menor, porém esta comparação termina invadindo a seara da proporcionalidade em sentido estrito, pois tem mais haver com o equilíbrio da medida adotada do que com o exame da necessidade ou exigibilidade.

morte), bem como com outras penas em abstrato presentes no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, com a do crime de tráfico de entorpecentes do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, a qual oscila entre cinco a quinze anos de reclusão, e que também almeja resguardar o bem jurídico saúde pública. É bem verdade que a pena de 10 anos, em algumas situações concretas, envolvendo os incisos II, III e IV do art. 273, §1º-B, do CP, onde o risco para população é maior em razão conteúdo do produto possuir fraude ou não ser de boa qualidade, possa ser até proporcional, em sentido estrito, levando-se em conta as especificidades no caso, a gravidade em concreto, mas o problema é a pena mínima de 10 para toda e qualquer situação do tipo penal do art. 273 do CP. A proporcionalidade aqui está intimamente ligada ao princípio da individualização da pena (art.5º, inciso, XLVI, CF), onde a pena em abstrato, partindo de 10 anos, impede em determinadas situações que o juiz aplique uma pena menor⁷¹ e proporcional a gravidade em concreto do delito, o que será melhor explorado na próxima seção 2.3.

Ao Poder Judiciário, não só cabe a individualização de pena no caso concreto, mas também ao próprio controle de constitucionalidade em relação aos tipos penais incriminadores e suas respectivas sanções previstas abstratamente. É bem verdade que cabe ao legislador, na vertente do princípio da separação dos poderes, a missão precípua de incriminar condutas e sancioná-las, porém esta liberdade não é absoluta, a discricionariedade do legislador não é ilimitada, e o limite é sempre a subsistências dos direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente (PULIDO, 2007).

Diante dessas “medidas judiciais corretivas”, garantidoras do princípio da proporcionalidade penal, poder-se ia questionar sobre uma possível violação do princípio da separação dos poderes, diante de um ativismo judicial. Como reflexão, vale reprisar os ensinamentos de Ferrajoli (2012, p. 247-249) na perspectiva do constitucionalismo garantista e do Estado de Direito, onde embora o renomado autor seja um crítico do constitucionalismo principiológico, admite a possibilidade de discricionariedade judicial em certa dose e em caráter excepcional, afirmando não poder ser o juiz a “boca da lei” e nem sempre haver no juízo um silogismo perfeito entre norma, fato e tipificação, haja vista ser decorrentes do Estado de Direito espaços para interpretações, valoração de provas e avaliação de

⁷¹ Conforme já salientado, a regra do art. 59, inciso II, do CP, impede que o juiz na primeira fase da dosimetria da pena aplique pena inferior ao mínimo legal, onde em uma situação de menor gravidade, de pequeno risco à saúde pública, com todas circunstâncias judiciais do art.59 do CP favoráveis ao réu, onde não se tenha atenuante nem causa diminuição de pena a ser aplicada, o condenado estaria sujeito a uma pena de 10 anos de reclusão.

circunstâncias fáticas, haja vista que o juiz julga um fato delituoso, e não a norma em abstrato⁷².

Assim, ficou demonstrado pelo princípio da proporcionalidade na faceta da proibição de excesso, que, quando houver intervenções estatais na esfera de liberdade dos indivíduos, com penas desproporcionais e violadoras de direitos fundamentais, aquelas devem ser contidas pelo Executivo, Judiciário e Legislativo, porém, quando o Legislativo extrapola sua discricionariedade na dosagem da pena em abstrato, fixando-a de forma desproporcional, sem que as Comissões de Constituição e Justiça apontem a inconstitucionalidade ou que o Executivo exerça o controle preventivo de constitucionalidade pelo veto jurídico⁷³, cabe a Poder Judiciário exercer tal controle, afastando o excesso punitivo, apresentando uma solução jurídica, para a fixação de uma pena proporcional às condutas incriminadas.

Nessa linha, o princípio da proporcionalidade tem aplicação no direito penal, servindo como instrumento de controle de excessos, devendo ser observado por todos os poderes constituídos⁷⁴, podendo servir de fundamento ao controle de constitucionalidade diante de ações ou omissões estatais, a ser exercido pelos três poderes da república, conforme seu campo atuação reservado e delimitado pela Constituição Federal.

Aplicando-se sobre a pena em abstrato do art. 273, §1º-B, do CP, o desenho estrutural proposto por Lavié (1984, p.461-464)⁷⁵, para o princípio da razoabilidade sob o ângulo da razoabilidade interna (análise de correlação entre motivos, meios e fins) e sob a vertente da

⁷² No mesmo sentido, Levorin (2016, p. 158), senão vejamos: “O juiz, por sua vez, deve verificar a necessidade da pena face à violação significativa do bem jurídico tutelado e atribuir qualitativamente a pena, se necessário, elegendo, dentre as pessoas previstas, aquele que cause menor ônus ao acusado e seja eficaz para a prevenção e ressocialização. Leis excessivas e penas arbitrárias devem ser declaradas inconstitucionais pelo poder judiciário pela violação da Proporcionalidade Penal”.

⁷³ Leciona Novelino (2016, p.166) sobre o controle preventivo de constitucionalidade: “No âmbito do Poder Legislativo, é exercido, em regra, pelas comissões de constituição e justiça, sem prejuízo de seu exercício pelo plenário das respectivas casas. O Regimento Interno da Câmara dos Deputados estabelece que, antes da apreciação pelo Plenário, as proposições serão examinadas pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, para o exame de constitucionalidade por meio de parecer terminativo (RICD, arts. 53, II, e 54, I). No caso de provimento de recurso contra parecer terminativo da Comissão haverá apreciação preliminar em Plenário, a quem cabe deliberar definitivamente sobre a constitucionalidade da proposição (RICD, art. 154 e 155). Por seu turno, o Regimento Interno do Senado Federal prevê a competência da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania para opinar sobre a constitucionalidade das matérias que lhe forma submetidas (RISF, art. 101,I). Havendo emissão de parecer pela inconstitucionalidade, a proposição será rejeitada e arquivada definitivamente, por despacho do Presidente do Senado. Não sendo unânime o parecer, admite-se recurso de um décimo dos membros do Senado no sentido de sua tramitação (RISF, art. 101, § 1º). [...] O Chefe do Poder executivo pode exercer o controle, de forma preventiva, opondo o veto jurídico a projeto de lei considerado inconstitucional (CF, art. 66, + 1º)”.

⁷⁴ Também neste sentido, Ferrajoli (2014, p. 27): “As garantias constitucionais são as garantias da rigidez dos princípios e dos direitos constitucionais estabelecidos que incidem sobre os poderes supremos do Estado”.

⁷⁵ Ávila (2005, p. 102-111) traça outra estrutura para o princípio da razoabilidade, dividindo-o em: razoabilidade como equidade; razoabilidade como congruência e razoabilidade como equivalência. Em razão da dificuldade de aplicar este desenho teórico na seara penal, pois na sua gênese seria mais adaptável ao Direito administrativo e tributário, conforme os exemplos utilizados pelo autor para explicar sua aplicação, preferiu-se neste trabalho explorar a abordagem do princípio da razoabilidade sob a ótica de Lavié.

razoabilidade externa (verificação de compatibilidade da lei com normas expressas ou implícitas do texto constitucional), tem-se o seguinte resultado: **a) Quanto à razoabilidade interna**, levando-se em conta as circunstâncias fáticas (motivos), os meios e os fins, afere-se que há uma correlação lógica entre estes elementos, haja vista que o **motivo** que levou ao movimento do legislador foi a morte de pessoas e gravidezes indesejadas em razão da venda de medicamentos falsos), o qual por **meio** de lei amentou a pena, com o **fim** de proteger a saúde pública, ou seja, há uma racionalidade lógica entre estes elementos, portanto há razoabilidade na ação do Legislativo em aumentar a pena; **b) Quanto à razoabilidade externa**, quando se analisa a conformidade da lei com o princípio da individualização da pena, esculpido no art.5º, inciso XLVI, da CF/1988, constata-se que houve excesso do legislador, no quantitativo mínimo da pena em abstrato do art. 273, §1º-B, do CP, a qual, em muitos casos, vai soar desproporcional às especificidades do caso concreto, principalmente pela avaliação do grau de risco irradiado para a saúde da coletividade, o qual nunca será o mesmo, variando segundo o tipo conduta e o objeto material, isto é, medicamentos, saneantes, insumos farmacêuticos, matéria prima ou cosméticos. Ressaltando-se que o preceito secundário do art. 273, §1º-B, do CP se revela muito elevado em comparação a delitos correlatos na ordem jurídica alienígena e interna, os quais visam acautelar a saúde pública. Sabe-se que o parâmetro utilizado pelo legislador para indicar a pena em abstrato foi a do homicídio qualificado do art. 121, § 2º, do CP, a qual oscila entre 12 a 30 anos, o que demonstra irrazoabilidade no quantum, pois nem todas condutas ali descritas, quando avaliadas com perícia sobre o objeto material, necessariamente vai trazer risco efetivo de morte para alguém. Sem se olvidar que o art. 272, §1º-B, do CP foi erigido ao rol dos crimes hediondos. Assim houve razoabilidade na ação de aumentar a pena, mas irrazoabilidade na proporção do aumento⁷⁶, ferindo o princípio da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana e da igualdade material.

⁷⁶ No mesmo sentido Nucci (2011, p.994), é inviável acolher como razoável a pena mínima de dez anos de reclusão, em regime inicial fechado, considerado crime hediondo, para condutas de perigo, quando nem mesmo potencial concreto de dano se exige. Vender um remédio sem registro no órgão de vigilância sanitária não tem, minimamente, o padrão necessário para se comparar graves delitos de dano, como, por exemplo, o homicídio. No entanto, a pena mínima do homicídio simples é de seis anos de reclusão, enquanto a mínima do crime contra a saúde pública atinge dez anos de reclusão. Nesse prisma, a inconstitucionalidade, por afronta direta ao princípio da proporcionalidade, bem como, indiretamente, a intervenção mínima, é patente.

2.3 A pena em abstrato do art. 273, §1º-B, do CP sob o prisma da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana e da igualdade material

Não se pode olvidar que uma pena desproporcional é, ao mesmo tempo, uma reprimenda que ofende ao princípio da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana. A ideia de proporcionalidade é uma conquista do direito penal moderno. Cesar Bonesana, o Marquês de Beccaria, iniciou uma fase marcante da evolução da pena, onde a ideia de proporcionalidade já era tratada em seu livro *Dos Delitos e das Penas*, publicado em 1764, o qual se tornou o grande marco da Escola Clássica do Direito Penal (CIAPRINI, 2005, p. 39). Beccaria (2010, p. 147), na conclusão da referida obra, explicita um teorema, donde se percebe a preocupação com a proporcionalidade da pena:

De tudo quanto se viu até agora poderá extrair-se um teorema geral muito útil, mas pouco de acordo com o uso, o legislador, por excelência, das nações, ou seja: para que toda pena não seja a violência de um ou de muitos contra o cidadão particular, devendo, porém, ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, em dadas circunstâncias, proporcional aos delitos e ditada pelas leis.

Bulos (2009, p. 504), ao discorrer sobre o princípio constitucional da individualização da pena, esculpido no art. 5º, inciso XLVI, da CF/1988, ressalta sua importância e sua ligação com princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, inciso III, da CF):

Pelo princípio constitucional criminal da individualização punitiva, a pena deve ser adaptada ao condenado, consideradas as características do sujeito ativo e do crime.[...] Ao consagrar dito princípio, o constituinte levou em conta a dignidade da pessoa humana, tão enfatizado pela Carta das Nações Unidas, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, pela Carta da Organização dos Estados Americanos, pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, entre outros que erigiram a pessoa física à própria razão de ser da sociedade.

O princípio da individualização da pena é abordado na seara penal com o viés de princípio da humanidade, os quais não deixam de ser consectários do princípio da dignidade da pessoa humana. Embora seja difícil traçar um conceito universal de dignidade da pessoa humana, neste trabalho, será adotado o conceito na acepção baseada nos ideários iluministas de Kant e indicado por Barroso (2012, p. 32-34), tendo a dignidade, como valor intrínseco no plano filosófico e, no plano jurídico, como o direito à integridade física e psíquica. No âmbito filosófico, o valor intrínseco é o elemento ontológico da dignidade humana ligado à natureza do ser, o qual é o oposto do valor instrumental, ou seja, o homem é um fim em si mesmo, não

podendo ser meio para metas coletivas ou para projetos pessoais de outros, existindo o Estado para o indivíduo, e não o inverso. No campo jurídico, além do direito à vida e da igualdade perante a lei e na lei, o valor intrínseco leva a outro direito fundamental, o direito à integridade física e psíquica, o qual vai de encontro a penas degradantes e cruéis, além de estar ligado ao direito à honra.

Sarlet (2013, p. 32-33), ao tratar das dimensões da dignidade da pessoa humana, explora a dimensão negativa que consiste na limitação do Estado de tratar o ser humano como objeto:

Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida a condição de mero objeto da ação própria ou de terceiros, mas também o fato da dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que violem ou extrapolem a graves ameaças.[...] Em caráter complementar e evidentemente não exaustivo, recolhe-se aqui a lição de Adalbert Podlech, segundo o qual é possível afirmar que, na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (este considerado o elemento fixo e imutável da dignidade).

Batista (2011, p. 95-97) trata sobre o princípio da humanidade com certa amplitude, tendo como elementos a proporcionalidade e a racionalidade:

O princípio da humanidade, que postula da pena uma racionalidade e uma proporcionalidade que anteriormente não se viam, está vinculado ao mesmo processo histórico de que se originaram os princípios da legalidade, da intervenção mínima e até mesmo - sob o prisma da ‘danosidade social’ – o princípio da lesividade. Montesquieu se referia à ‘justa proporção das penas com os crimes’, e Beccaria dizia que atribuir a pena de morte para quem mata um faisão ou falsifica um documento conduz a uma destruição de sentimentos morais.[...] Entre nós, está o princípio da humanidade reconhecido explicitamente pela Constituição, nos incisos III (proibição de tortura e de tratamento cruel ou degradante), XLVI (individualização - ou seja, ‘proporcionalização’ - da pena) e XLVII (proibição de penas de morte, cruéis ou perpétuas) do artigo 5º CR. Como lembra Muñoz Conde, a ideia de ‘proporcionalidade integra a ideia de justiça, imanente ao direito’; a hipertrofia do direito penal caracteriza ‘o estado totalitário que procura afiançar-se através de brutais ameaças penais’. [...] O princípio da humanidade intervém na cominação, na aplicação e na execução da pena, e neste último terreno tem hoje, face à posição dominante da pena privativa da liberdade, um campo de intervenção especialmente importante.

Existem duas teorias direcionadas a indicar a finalidade da pena: a teoria absoluta, que perfilha a tese da pena, como retribuição, e a teoria relativa, com o escopo da prevenção. Esta última se divide em prevenção geral e especial, dividindo cada uma delas em positiva e negativa. A prevenção geral é direcionada à sociedade, a especial, por sua vez, é destinada ao condenado. Assim, tem-se o seguinte quadro: **a) prevenção geral negativa**, conhecida por prevenção por intimidação, visa que a sociedade de olho na condenação de alguém, reflita sobre os aspectos negativos de cometer um delito, criando-se um efeito inibitório; **b)**

prevenção geral positiva, pretende-se criar a consciência geral de respeitar determinados valores, criando obediência ao Direito, promovendo a integridade social; **c) prevenção especial negativa**, com a retirada do condenado, momentaneamente, do convívio social, evita-se que o réu cometa novos crimes; **d) prevenção especial positiva**, nesta a missão da pena é fazer com que o sentenciado reflita sobre as conseqüências do delito, inibindo-o do cometimento de outros, objetivando também sua ressocialização. O sistema adotado pelo Código Penal Brasileiro, de acordo com a parte final do art.59, *caput*⁷⁷, é o misto, pois o dispositivo faz menção a pena, para fins de reprovação e prevenção (GRECO, 2016, p. 585-589).

Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 99-101) criticam o efeito da prevenção geral, porque ainda que, inconscientemente, estimula a vingança, o que não é sadio para um Estado Democrático de Direito, o qual é guiado pela racionalidade. Os referidos autores não negam a existência de fato do atributo da prevenção geral inerente à pena, mas alerta que esta não deve ser o foco de um legislador racional:

O meio pelo qual se pretende alcançar a prevenção geral é o exemplo e, seguindo a via exemplificativa, se chegará à repressão intimidatória e, por último, à vingança. Quando se elege o caminho da prevenção geral, o passo da repressão exemplar à vingança é muito sutil e muito difícil de identificar. [...] A pena segue sendo pena, porque para ressocializar é necessário a privação de alguns bens jurídicos, o que sempre terá um conteúdo penoso para quem o sofre. Se esta privação põe em marcha mecanismos conscientes ou inconscientes que servem a uma prevenção geral, é uma questão que compete aos sociólogos, já que este é um fato social, em alguns casos inegável, embora menos frequente do que se costuma afirmar. Este é um efeito tangencial da pena, mas é inadmissível que o legislador o tenha em conta como seu objetivo principal e menos ainda como único. Uma coisa é sabermos que existe este fenômeno social de maneira eventual e outra que o provoquemos ou que nos valhamos dele. O erro de todos os autoritarismos é precisamente querer valer-se deste fenômeno, tomando a prevenção geral como efeito principal da pena, o que leva a um aumento desmensurado da mesma. A prevenção geral, em um Estado que não seja de terror, não pode ser mais que um efeito tangencial da prevenção penal, que nunca pode ser buscado nem tomado em consideração, por um legislador racional (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 98-99).

Com base no direito comparado, atesta-se para aplicação da pena a existência de um sistema entabulado com critérios fixos, com agravantes e atenuantes genéricas, como se deu em nosso código de 1830, onde a discricionariedade do juiz é mais reduzida, como também sistemas com fórmulas sintéticas, com critérios que traçam apenas enunciados gerais, sem agravantes e atenuantes, sendo maior a discricionariedade judicial na aplicação da pena. Nosso Código Penal adotou um critério combinado com estes dois sistemas, conferindo uma

⁷⁷ “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (BRASIL, 1940, grifo nosso).

ampla discricionariedade ao juiz na dosagem da pena (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 706-707). Por isso, a necessidade de fundamentar na decisão judicial a dosimetria, sob de ser inconstitucional à luz do princípio da individualização da pena e da necessidade de motivação das decisões, conforme a exigência do inciso IX do art. 93 da CF/1988⁷⁸.

É importante ressaltar que a dosagem da pena em abstrato no Brasil é feita com a fixação de um limite mínimo e máximo, onde o magistrado se movimenta neste intervalo legal com uma discricionariedade vinculada aos preceitos constitucionais e às normas infraconstitucionais, sabendo-se que na fixação da pena-base, bem como na segunda fase da dosimetria da pena, sopesando atenuantes e agravantes, o juiz não pode fixar a pena abaixo do mínimo legal⁷⁹. Levando-se em conta que a pena mínima do art. 273, §1º, do CP é de 10 (dez) anos de reclusão para qualquer conduta descrita nos seus incisos, seja qual for o objeto material, isto é, para qualquer que seja a gravidade em concreto do delito, pertinente a posição Ferrajoli (2002, p. 317-319), onde o renomado penalista propõe um sistema legal de fixação de pena, com base nos ensinamentos racionalistas de Montesquieu, Beccaria, Romagnosi e Carmignani, como também no respeito à dignidade da pessoa humana e no princípio da humanidade, perfilhando que não exista a pena mínima e só a máxima, ou que existindo um mínimo, ele seja extremamente baixo, para que o juiz possa dosar uma pena mais adequada às especificidades do caso concreto e, portanto, proporcional a gravidade em concreto do delito. Estas são as considerações de Ferrajoli (2002, p. 318 e 321):

Argumento decisivo contra a falta de humanidade das penas é, ao contrário, o princípio moral do respeito à pessoa humana, enunciado por Beccaria e por Kant com a máxima de que cada homem, e por conseguinte também o condenado, não deve ser tratado nunca como um "meio" ou "coisa", senão sempre como "fim" ou "pessoa". [...]. Isso quer dizer que, acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas. Devo acrescentar que este argumento tem um caráter político, além de moral: serve para fundar a legitimidade do Estado unicamente nas funções de tutela da vida e os demais direitos fundamentais; de sorte que, a partir daí, um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinquentes. [...] Mais difícil é medir o custo das penas privativas de liberdade: mesmo uma pena

⁷⁸ “Art. 93 [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (BRASIL, 1988, art. 93).

⁷⁹ Dentro do critério trifásico de aplicação da pena estabelecido no art. 68 do CP: pena-base, circunstâncias atenuantes e agravantes, causas de diminuição e aumento da pena), a pena-base, fixada de acordo com as circunstâncias judiciais indicadas no art. 59 do CP, não pode ficar abaixo do mínimo nem além do máximo legal (SCHIMITT, 2008, p. 76 e 79). Embora haja entendimento diverso, predomina o entendimento da súmula 231 do STJ que no reconhecimento de atenuantes não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal.

breve pode causar, ainda que seja somente pelo seu caráter desonroso, uma aflição superior à vantagem proporcionada inclusive pelos delitos não leves. Por esta razão, a meu juízo, pelo menos para as penas privativas de liberdade, não se justifica a estipulação de um mínimo legal: em outras palavras, seria oportuno confiar ao poder equitativo do juiz a eleição da pena abaixo do máximo estabelecido pela lei, sem vinculá-lo a um limite mínimo ou vinculando-o a um limite mínimo bastante baixo [...].

Muñoz Conde e Arán (2010, p.510) fazem uma reflexão sobre os limites da pena, criticam os extremos, asseveram que as penas muito longas são desumanas e vão de encontro à ressocialização do apenado, como também penas extremamente curtas prejudicam o efeito da prevenção geral, não sendo também suficientes para reabilitação do condenado:

En efecto, la prisión excesivamente larga es inhumana y muy desocializadora, por lo que resulta contraria a la reinserción. Por otra parte, se reprocha a la prisión corta su nulo efecto preventivo general y su incapacidad para la rehabilitación. Sin embargo, concretar lo que es excesivamente corto o largo en la duración de la prisión plantea problemas que expresan el constante conflicto entre prevención general y prevención especial.

Levorin (2016, p.143-149), citando as lições de outros autores renomados, destaca a vinculação do legislador ao princípio da proporcionalidade, da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana, deixando claro que o legislador não tem discricionariedade absoluta, devendo observar tais princípios:

O legislador fica limitado pela liberdade de tipificar condutas, impedido de estabelecer o *ius ponendi* expansivo, uma utilização indiscriminada do poder de punir. Não basta, portanto, o cumprimento formal da legalidade. O legislador fica materialmente adstrito à observância da efetiva necessidade para estabelecer a intervenção penal [...]. Posteriormente, uma vez observada a necessidade da criminalização e a possibilidade de a norma atingir a prevenção, deve identificar a qualidade e a quantidade da pena. Face à gravidade da conduta praticada, a qual a pena deve ser estabelecida qualitativamente (reclusão, detenção ou prisão simples, multa, alternativa, etc.) e quantitativamente, qual o tempo da duração da intervenção penal (dias, meses, anos, dias-multas, etc). [...]. Assim, a ideia de proporcionalidade penal diz respeito à proporção que existe entre o fato concreto típico e a sanção penal. Para Luiz Regis Prado deve sempre existir uma medida – abstrata (legislador) e concreta (juiz) – entre a gravidade do fato praticado e a sanção imposta. Em suma, a pena deve ser proporcional à magnitude da lesão ao bem jurídico, representada pelo delito. [...] Nesse sentido, o legislador deve ser muito criterioso ao determinar a intervenção penal através de crimes e penas, posto que, como leciona Miguel Reale Júnior, ‘a intervenção penal no Estado Democrático de Direito deve estar revestida de proporcionalidade, em uma relação de correspondência de grau entre o mau causado pelo crime e o mal que se causa pela via da pena’.

Este quadro teórico exposto até aqui é pertinente e relevante, porque se tem uma pena mínima de 10 anos de reclusão para o art. 273, §1º-B, do CP, onde o parâmetro para elevar a pena a este patamar, foi a pena do homicídio qualificado de 12 a 30 anos de reclusão (art.121,

§ 2º, do CP). Merece a indagação se o legislador foi racional no parâmetro e na majoração da pena em abstrato, isto porque a pena mínima de dez anos e máxima de quinze anos de reclusão são para todas as condutas que não causem o resultado lesão corporal grave ou a morte. Para esses resultados, o legislador previu causa de aumento no art. 285 do CP, o qual remete ao art. 258 do CP, onde no caso de qualquer conduta do art. 273 do CP ser dolosa com o resultado morte culposo, a pena deve ser dobrada, o que levaria, em tese, a pena oscilar entre vinte a trinta anos de reclusão, ainda maior que a do homicídio qualificado. Mesmo assim, torna-se pertinente a indagação: por que o legislador só não levou em conta o parâmetro da pena em abstrato do homicídio qualificado quando houvesse morte decorrente da falsificação? Por que indistintamente utilizou uma pena prevista para um homicídio mais grave, considerado hediondo, para toda e qualquer conduta do art. 273 do CP, mesmo aquelas sem lesão física, sem morte? O Dossiê legislativo, aqui explorado na seção 1.1, revela que os motivos inspiradores do movimento do Legislativo e do Executivo foram o clima de comoção do momento pela morte de pessoas e gravidezes indesejadas, onde se utilizou o preceito secundário do homicídio qualificado para se estender a nova pena em abstrato a toda e qualquer conduta tipificada no art. 273 do CP, precedida de um desenvolvimento célere do procedimento legislativo, em regime de urgência, aprovando a Lei nº 9.677 de 02.07.1998, sob a votação simbólica de Deputados e Senadores, o que restringiu o ambiente de discussão e amadurecimento das propostas.

Para melhor avaliar a desproporcionalidade em casos concretos, segue abaixo a tabela didática sobre a estrutura do tipo penal do art. 273 do CP, com seu direcionamento e abrangência e tabela comparativa entre casos formulados, hipoteticamente, mas não do puro imaginário. A simulação da realidade foi construída, com base em casos concretos extraídos dos reportórios de jurisprudência brasileira, bem como do site da ANVISA do elenco listado de produtos apreendidos e abrangidos pelo *caput* e §1º-A do art. 273 do CP. Na comparação, o objetivo é demonstrar a aplicação da pena mínima de 10 anos de reclusão, para situações concretas com níveis de gravidade diferenciados, onde o leitor deve considerar que em todos os casos se está partindo de um pressuposto em comum, qual seja, que as circunstâncias judiciais do art. 59 foram todas favoráveis ao réu, bem como inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes, relacionadas aos arts. 61, 62, 65 e 66, todos do CP, como também inexistem de causas de aumento ou diminuição de pena a serem sopesadas.

Quadro 4 – Direcionamento e abrangência do art. 273 do CP

Tipos Penais	Direcionamento ou Abrangência
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.	Direcionada a quem executa a produção.
§1º <u>Nas mesmas penas incorre</u> 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.	Direcionada a quem movimenta, possui para venda, comercializa ou põe em circulação o produto já fraudado.
"§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	Amplia o objeto material, abrangendo por exemplo: detergentes, cremes de beleza, batons, tinturas capilares, óleos cosméticos etc.
§1º-B. <u>Está sujeito às penas deste artigo</u> quem pratica as ações previstas no §1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; V - de procedência ignorada; VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.	Direcionada a quem movimenta, possui para venda, comercializa ou põe em circulação o produto já fabricado, não necessariamente, com discrepâncias entre o que consta no conteúdo e o indicado no rótulo, bula ou embalagem, bastando está sem registro, ser de origem incerta ou emanar de estabelecimento não licenciado. (incisos I, V e VI) As condutas dos incisos II, III e IV são mais graves, em tese, porque abraçam situações de efetiva disparidade entre o conteúdo do produto e as informações registradas no órgão sanitário ou repassadas ao consumidor.
§ 2º Se o crime é culposo: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa	Para quem age sem dolo, mas, em tese, com negligência, imprudência ou imperícia
Forma Qualificada Art. 285 - Aplica-se o disposto no art. 258 aos crimes previstos neste Capítulo, salvo quanto ao definido no art. 267. Art. 258 - <u>Se do crime doloso</u> de perigo comum resulta <u>lesão corporal de natureza grave</u> , a pena privativa de liberdade é <u>aumentada de metade</u> ; se resulta <u>morte</u> , é <u>aplicada em dobro</u> . <u>No caso de culpa</u> , se do fato resulta <u>lesão corporal</u> , a pena <u>aumenta-se de metade</u> ; se resulta <u>morte</u> , aplica-se a pena cominada ao <u>homicídio culposo</u> , <u>aumentada de um terço</u> .	Forma Qualificada Dolo + Lesão Grave = Aumento de ½ Dolo + Morte = Duplica a pena. Culpa + Lesão Grave = Aumento de ½. Culpa + Morte = Detenção de 1 a 3 anos, aumentada de 1/3.

Fonte: BRASIL (1940)

Quadro 5 - Comparativo entre as gravidades das condutas do art. 273, §1º-B, I, do CP

Suponha que a quantidade apreendida foi a mesma para todos os produtos.

CONDUTAS DE MAIOR GRAVIDADE	CONDUTAS DE MENOR GRAVIDADE
♦Antibiótico sem registro (art. 273, §1º-B, I, do CP) → Pena 10 anos de reclusão	♦Detergente sem registro (art. 273, §1º-B, I, do CP)- → Pena 10 anos de reclusão
♦Anaroxígeno em desacordo com fórmula registrada na ANVISA (art. 273, §1º-B, II, CP) → Pena 10 anos de reclusão	♦Tintura de Cabelo em desacordo com fórmula registrada na ANVISA (art. art. 273, §1º-B, II, CP) → Pena de 10 anos de reclusão
♦Anabolizante sem as características de identidade exigidas (art. (art. art. 273, §1º-B, III, CP) → Pena de 10 anos de reclusão	♦Aromatizante Veicular sem as características de identidade exigidas (art. (art. art. 273, §1º-B, III, CP) → Pena de 10 anos de reclusão
♦Hormônio do Crescimento com redução de sua atividade (art. 273, §1º-B, IV, CP) → Pena de 10 anos de reclusão	♦Remédio para disfunção erétil com redução de sua atividade (art. 273, §1º-B, IV, CP) Pena de 10 anos de reclusão
♦“Cytotec” de procedência ignorada (art. 273, §1º-B, V, CP) Pena de 10 anos de reclusão	♦Shampo de procedência ignorada (art. 273, §1º-B, V, CP) → Pena de 10 anos de reclusão
♦Antidepressivos produzidos por estabelecimento sem licença (art. 273, §1º-B, VI, CP) → Pena de 10 anos de reclusão	♦Soda Cáustica em escama produzida por estabelecimento sem licença (art. 273, §1º-B, VI, CP) → Pena de 10 anos de reclusão

Fonte: BRASIL (1940)

Veja que de uma simples comparação, mantendo o mesmo eixo de tipificação legal, porém variando o objeto material do tipo, ainda que não se realizasse perícia, em alguns casos, para atestar o grau de nocividade à saúde pública, no plano hipotético, já se dá para aferir a oscilação da gravidade das condutas. Masson (2016, p.1157) faz menção à crítica doutrinária sobre esta desproporcionalidade:

Cosméticos e saneantes e princípio da proporcionalidade: Critica-se a opção adotada pela Lei 9.677/1998, responsável pela equiparação dos cosméticos e saneantes aos medicamentos. O legislador, assim agindo, incorreu em grave erro, afrontando o princípio da proporcionalidade, pois colocou em igual patamar produtos incapazes de ofender a saúde pública com a mesma intensidade. A situação se agrava ao recordarmos que o delito é crime hediondo, a teor da regra contida no art.1º, Inc,VII-B, da Lei 8.072/90.

A comparação também é válida para aquelas situações em que um produto está com seu conteúdo em desconformidade com as informações passadas para o consumidor, com

aquelas em que não há disparidade entre o informado e seus princípios ativos em qualidade e quantidade, mas apenas está sem registro ou é produzido por quem não tenha licença. É o caso, por exemplo, de um remédio para o câncer, de fato, sem o princípio ativo informado na bula em comparação com um remédio para câncer com seu valor terapêutico preservado, porém apenas sem as características de identidade exigidas pelo órgão sanitário. Não é racional que a pena para as duas situações parta de 10 anos de reclusão.

O legislador ao apenar condutas de diferentes gravidades, com idêntica pena em abstrato, também feriu o princípio da igualdade, preconizado no art. 5º, *caput*, da CF/1988 (BRASIL, 1988, grifo nosso): “Art. 5º **Todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”. Silva (2014, p. 217-219) relembra a distinção de igualdade **perante a lei** e **na lei**, como também que a expressão “perante a lei” esculpida no art.5º, *caput*, da CF/1988 abraça estas duas vertentes da isonomia. “Perante a lei” se refere à igualdade formal, ou seja, a aplicação de normas jurídicas aos casos concretos a que se destinam ainda que resultem em discriminações. Já a “igualdade na lei”, refere-se à isonomia material, a qual impõe que a própria norma jurídica não contenha diferenças não autorizadas pela Constituição. Enquanto a igualdade formal seria uma exigência destinada a todos os aplicadores do Direito, a igualdade material, além de ser direcionada aos aplicadores em geral, também o é para aqueles que criam as normas jurídicas, portanto, ao legislador. Assim, leciona Silva (2014, p. 217-218):

Entre nós, essa distinção é desnecessária, porque a doutrina como a jurisprudência já firmaram, há muito, a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei. O princípio significa, para o legislador - consoante observa Seabra Fagundes - ‘que, ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições - os mesmos ônus e as mesmas vantagens - situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a aquinhoá-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades. Aliás, Francisco Campos, com razão, sustentara mesmo que o legislador é o destinatário principal do princípio, pois se ele pudesse criar normas distintivas de pessoas, coisas ou fatos, que devessem ser tratados com igualdade, o mandamento constitucional se tomaria inteiramente inútil, concluindo que, ‘nos sistemas constitucionais do tipo do nosso não cabe dúvida quanto ao principal destinatário do princípio constitucional de igualdade perante a lei⁸⁰[...].

⁸⁰ Alexy (2017, p.395) interpretando o art. 3º, § 1º, da Constituição alemã, o qual contém a expressão “perante a lei”, interpreta em sentido idêntico a José Afonso da Silva no sentido de existir uma vinculação substancial do legislador ao princípio da igualdade, ou seja, o legislador deve observar o princípio da igualdade na criação do Direito, ressaltando que este também é o entendimento do Tribunal Constitucional Federal Alemão. E, ao tratar do dever de tratamento desigual, indica que este dever refletir no conteúdo da norma, de forma que: “se

Partindo da máxima isonômica aristotélica de que a igualdade se realiza no tratamento igualitário aos iguais e no tratamento desigualitário aos desiguais, percebe-se que o legislador ao elevar o preceito secundário do art. 273 do CP, partido de uma pena mínima de 10 anos de reclusão para toda e qualquer condutas descritas no tipo penal, as quais, pela simples leitura em abstrato, são reveladoras de graus diversos de ofensa à saúde pública, tratou com o mesmo peso níveis diversos de ofensividade ao bem jurídico tutelado. Não houve, portanto, racionalidade, na dosagem da pena em abstrato sob o enfoque da igualdade material.

Não se pode olvidar ainda que pela Lei nº 9.695/1998, a qual foi aprovada logo em seguida à publicação da Lei nº 9.677/1998, que majorou a pena do art. 273 do CP entre 10 (dez) e 15 (quinze) anos de reclusão, inclui o art. 273 do CP em todas as suas modalidades dolosas como crime hediondo, alterando a Lei nº 8.072/1990, para incluir o inciso VII-B em seu art. 1º⁸¹. É sabido que hediondez imprime uma severidade maior na liberdade do réu, como a vedação de fiança e o regime de progressão de pena diferenciado.⁸² Embora seja criticável tal postura do legislador, pois há situações abraçadas pela tipificação do art. 273, §1º-B, do CP que não levará necessariamente à morte de alguém, como no caso da venda de um shampoo ou de um aromatizante veicular, apenas sem registro na ANVISA, mas sem composição apta a causar dano efetivo à saúde pública, não se defenderá o afastamento da hediondez pelo controle de constitucionalidade do Judiciário, porque este é um aspecto da qualidade da pena, e não da quantidade, onde uma ingerência do Poder Judiciário, poderia dar azo para solidificar a violação da separação de poderes⁸³. Nessa mesma direção, Ferrajoli (2002, p. 324-325):

Em consequência, são dois os problemas que temos que enfrentar. O primeiro faz referência à extensão do *poder judicial de enquadramento*. Este poder, parece-me, será compatível com o princípio de estrita legalidade das penas e com a lógica da divisão de poderes na medida em que consista unicamente na determinação da *quantidade*, mas não também na determinação da *qualidade* das penas. Se duas

houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório” Alexy (2017, p. 410).

⁸¹ Dispõe a Lei nº 8.072/1990: “Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: [...] VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)” (BRASIL, 1990a).

⁸² Preconiza a Lei nº 8.072/1990: “Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança. § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. [...] (BRASIL, 1990a).

⁸³ “[...] relativo aos crimes hediondos, o constituinte adotou um conceito jurídico indeterminado que conferiu ao legislador ampla liberdade, o que permite quase a conservação da reserva legal em um caso de interpretação da Constituição segundo a lei” (MENDES, 2004, p. 34).

hipóteses de delito têm igual *enquadramento* legal e diversa conotação judicial, a única forma de respeitar a sua igualdade e, ao mesmo tempo, a sua diferença é que tenham penas iguais quanto ao tipo e diversas quanto à medida.

Nesse tópico, a intenção foi demonstrar a violação por parte do legislador de diversos direitos fundamentais, consagrados em princípios na CF/1988, ao majorar a pena do delito do art. 273 do CP, para oscilar entre 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão, para diferentes graus de violação a tutela do bem jurídico, saúde pública. É certo que, em determinadas situações, um pena de 10 (dez), de 15 (quinze) ou até maior no caso de morte, pode ser proporcional e justa, mas não uma pena mínima de 10 (dez) anos para determinadas situações abraçadas pelo tipo penal em análise. O intervalo legal de dosagem em abstrato que já começa bastante elevado em comparação a delitos semelhantes no direito alienígena e no próprio sistema jurídico penal brasileiro. O equívoco do legislador foi considerar o evento morte, como paradigma de elevação de pena, especificamente a do homicídio qualificado oscilante entre 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão, quando nem todas as condutas tipificadas são capazes de levar à morte. Utilizou também como paradigma o crime de envenenamento de água potável do art. 270 do CP, cuja pena já era de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão à época, acontece que, como o ato de envenenar indica uma predisposição mais elevada para matar e como a água potável é uma substância básica de sobrevivência de qualquer ser humana, consumida ainda por quem não esteja doente, parece também que tal cotejo do legislador não se revestiu de racionalidade⁸⁴.

⁸⁴ Delmanto (2007, p. 692-693), citando outros penalistas, faz uma análise da Lei nº 9.677 de 02.07.1998, também conhecida como “Leis dos Remédios”: “É de todos conhecida a inflação legislativa que o Direito Penal tem experimentado desde o início da década de 1990, não só com um significativo recrudescimento das sanções penais, mas também com a mitigação de garantias processuais. Foi nesse contexto que se aprovou a chamada Lei dos Remédios (Lei nº 9.677, de 2.7.98), que, além de ampliar os tipos penais, aumentou sobremaneira as penas dos crimes previstos no Capítulo III do Título VIII do CP. Em alguns casos, o aumento da pena foi tão absurdo a ponto mesmo de tornar-se inconstitucional, por violação da garantia do devido processo legal (CR, art. 5 a, LIV) em seu aspecto substantivo (substantive due process of law), que pressupõe o correto processo de elaboração legislativa e de que as leis sejam proporcionais e razoáveis (são os denominados princípios da razoabilidade e da proporcionalidade). Com efeito, lembra Francisco Clementino de San Tiago Dantas que um dos requisitos do devido processo legal é o de que ‘a diferenciação feita na lei seja natural e razoável, e não arbitrária ou caprichosa’, abrindo-se ‘ao Poder Judiciário a porta por onde lhe vai ser dado examinar o próprio mérito da disposição legislativa’ (Problema de Direito Positivo – Estudos e Pareceres, Rio de Janeiro, Forense, 1953, pp. 46-47). É o caso deste art. 273, cuja antiga pena de dois a seis anos de reclusão passou para a exagerada pena de dez a quinze anos de reclusão. Muitas vezes, além da desproporcionalidade entre o desvalor da conduta e do seu resultado (é o caso, p. ex., dos cosméticos e saneantes mencionados no § 1º-A deste art. 273), a desproporcionalidade da pena fica evidente quando comparada com a pena de outros delitos, incontestavelmente mais graves. Veja-se, por exemplo, que a pena mínima deste art. 273 chega a ser duas vezes maior do que a pena mínima para o delito de tráfico (cinco anos de reclusão — Lei nº 11.343/2006, art. 33) e quase o dobro da pena do homicídio doloso simples (seis anos de reclusão — CP, art. 121). A desproporção trazida pela nova Lei dos Remédios é tamanha que Alberto Silva Franco e outros (Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial — Parte Especial, 7 a ed., v. 2, p. 3464) lembram que ‘nossos doutrinadores tecem severas críticas ao legislador, pois as modificações introduzidas em razão da desproporção das penas ante condutas de lesividade flagrantemente diversa, desatenderam ao princípio constitucional da proporcionalidade’”.

3 A PENA E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO

Importante frisar que a expressão Direito Penal Simbólico não é de toda pejorativa, pois o Direito Penal, assim como em outros setores, possui seus símbolos intrínsecos e eventuais que são necessários e saudáveis a sua efetividade. A pena em abstrato em si não deixa de ser um simbolismo. Ganhe-se sentido pejorativo o Direito Penal simbólico, quando consiste em um conjunto de símbolos que não seja necessário para sua função de prevenir, retribuir e ressocializar ou de proteção subsidiária de bens jurídicos. Tudo que trasborda essa funcionalidade ou vai de encontro a sua efetividade, pode ser enquadrado como um simbolismo maléfico. Vale ressaltar que essa espécie de símbolo, desnecessária para a efetividade do Direito Penal, está presente na tríade estrutura de poder. No Legislativo, com na incriminação desnecessária de algumas condutas e aumento desproporcional de penas, no Executivo, com o uso de algemas em situação em que o indivíduo não representa risco para si e para sociedade no momento da prisão, como no Judiciário, com a mediatização exacerbada de processos ou de decisões judiciais (FUZIGER, 2015, p.151-158)⁸⁵.

É sabido que a função precípua do Direito é regulamentar as relações sociais, ordenar a convivência humana, solucionar conflitos de interesses, resguardar bens jurídicos, sendo o desiderato deste sistema jurídico, dotado de sanções, a pacificação social. A norma jurídica deve ser direcionada a regular interesses da maioria e da minoria dentro de um Estado Democrático de Direito, onde a satisfação de determinado fim pode até convergir com a opinião pública predominante do momento, mas esta convergência nunca deve ser o norte principal de um Estado, principalmente, se este ideal majoritário estiver dotado de irracionalidade e for contrário aos valores superiores estabelecidos no Texto Constitucional.

Nesta linha, pertinente a diferenciação entre a instrumentalidade e o simbólico com relação ao objetivo da fabricação de uma norma jurídica. O instrumental é a pacificação social dos conflitos, o símbolo, com contornos negativos, é a satisfação da opinião pública, sendo perfeitamente possível, em alguns casos, a satisfação daquela, sem que haja ofensa aos valores constitucionais vigentes em um ordenamento jurídico, o problema é o símbolo, com violação à Constituição (FUGIZER, 2015, p. 38-41). Fuziger sintetiza bem essa situação no campo penal:

⁸⁵ Em outras palavras, ensina Fuziger (2015, p.228-229): “Denominam-se de ‘simbolismo no Direito Penal’ todas as formas (intrínsecas e contingentes, sejam estas últimas positivas ou negativas) de utilização de símbolos (no sentido imaterial da expressão) dentro do Direito Penal. Já o conceito construído para o ‘Direito penal simbólico’ é: uma disfunção do Direito penal, que ocorre mediante a interpretação simbólica de conteúdos latentes de um ato, proporcionando um engano que contribui para a inefetividade do Direito penal”.

Nesse sentido, há extremo simbolismo em uma medida normativa totalmente inteligível, que é aumentar o *quantum* das penas de um tipo penal, logo após um crime que suscitou grande comoção pública. A obscuridade não deve ficar na letra da lei, com uma redação incompreensível, mas sim na apreensão dos sentidos latentes, que ficam além do sentido literal. No exemplo do aumento da pena em si, expresso na literalidade da norma, todavia, o significado simbólico desse ardil, que reside na satisfação da opinião pública, permanece obscuro à apreensão coletiva, por mais que o objetivo de satisfazer a sociedade tenha sido alcançado, muitos indivíduos não dão conta de que essa é a principal, senão única, intenção da norma (FUZIGER, 2015, p. 40)⁸⁶.

Em relação ao aumento de pena do art. 273 do CP, especialmente para as condutas do seu §1º-B, a intenção de elevar a sanção em si não parece ter sido irracional. Fatos graves, como as gravidezes indesejadas e mortes em decorrência da falsificação de remédios para o câncer, não deixaram de retratar uma realidade brasileira e mundial gravíssima, onde a pena em abstrato de um a três anos da antiga redação do art. 273, principalmente, a máxima mostrar-se-ia desproporcional em relação a resultados que interfiram em saúdes humanas, com maior lesividade ou potencial nocivo mais acentuado.

A irracionalidade dos Parlamentares e do Presidente da República, que a sancionou, foi em relação à proporção do aumento, bem como sua extensão para condutas sem potencial lesivo ou de ofensividade mínima, admitindo uma pena que já parta de dez anos, com uma máxima de quinze anos, com as consequências da hediondez. Este espectro abraçaria condutas, como para: a venda de detergente sem registro na ANVISA; de uma tintura de cabelo em desacordo com a fórmula registrada na ANVISA; de aromatizante veicular sem as características de identidade exigidas; soda cáustica em escama produzida por estabelecimento sem licença; ainda que, no caso concreto, por perícia, seja detectada ausência de lesividade ou apenas ofensividade mínima à saúde. Certamente a sociedade entendeu que a pena aumentou, mas não as consequências maléficas e injustas da proporção da elevação, para diversas situações de mínima ofensividade ou de inexistência de ofensa à saúde pública.

Paralelo ao poder simbólico exercitado pelos participantes do processo legislativo de fabricação de normas, existe aquele exercido pelo Judiciário. Bourdieu (1989, p.209-254), dissertando sobre a força do Direito para apontar elementos para uma sociologia do campo jurídico, encara o Judiciário como um ambiente mais propício à racionalidade e à imparcialidade, por ser mais imune às pressões sociais, sobretudo pela sua estrutura formal, isto é, em razão da forma de investidura no cargo, da estrutura hierárquica do órgão e pelo

⁸⁶ Bottini (2013, p.144), fazendo considerações entre o bem jurídico e o direito penal simbólico, alerta: “a utilização meramente simbólica das normas, como ensina HASSEMER, faz predominar as funções latentes, implícitas do direito penal, como a necessidade de tranquilizar os cidadãos e de mostrar um Estado eficaz e interventor, sobre as funções instrumentais de tutela efetiva de bens jurídicos”.

poder de interpretação que possuem os juízes, para adequar a norma à Constituição e à realidade social, possuindo também as decisões judiciais um poder simbólico, não no sentido de vir a satisfazer a opinião pública, mas de emitir decisões com racionalidade e imparcialidade, que após percorrer as suscetíveis revisões pelas instâncias do próprio Judiciário, tem a tendência de ganhar contornos universais, caindo na concordância dos jurisdicionados, senão vejamos:

[...] a existência de um universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima, cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física. As práticas e o discurso jurídico são, com efeito, o produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado pelas relações de força específicas que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência, ou mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis, e deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas [...] O campo jurídico de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) de um *corpus* de texto que consagra a visão legítima, justa, do mundo social. [...] Esta retórica da autonomia, neutralidade e universalidade, que poder ser o princípio de sua autonomia real dos pensamentos e da prática, está longe de ser uma simples máscara ideológica. Ela é a própria expressão do campo jurídico e, em especial, do trabalho de racionalização, no duplo sentido de Freud e de Weber, a que o sistema das normas jurídicas está continuamente sujeito e isto desde há séculos (BOURDIEU, 1989, p. 211-212 e 216).

Especificamente, em relação à proporção do aumento da pena do preceito secundário do art. 273 do CP, não se pode descartar a influência da mídia, a qual conforme relatado na seção 1.1, deu grande cobertura no ano de 1998 a fatos relacionados com a falsificação de medicamentos. Apesar de os fatos televisionados dizerem respeito a remédios, o legislador, talvez, com base nos casos de apreensões cotidianas da ANVISA de produtos irregulares, também estendeu a criminalização para os cosméticos, saneantes, insumos farmacêuticos e de uso em diagnóstico, todos abraçados pelo mesmo intervalo abstrato punitivo de 10 a 15 anos de reclusão. Fuziger (2015, p.111) alerta sobre influência do Legislativo a fatores externos:

Os legisladores, muito em razão das pressões sociais, em grande parte encabeçadas pela imprensa, criam ilusões sobre a forma de leis. Na análise de Eduardo Medeiros Cavalcanti, estabelece-se ‘uma absorção simbólica das inseguranças excessivamente divulgadas pela mídia, sem respeito a qualquer lembrança do passado e a qualquer perspectiva político criminal para o futuro’.

Vale pontuar aqui que, como foi exposto na seção 1.3, no Brasil, apesar do aumento da pena para o crime de falsificação de medicamentos e afins, o comércio de remédios

fraudados ou sem atender às exigências dos órgãos de fiscalização sanitária não diminuiu, estando em constante ataque o bem saúde pública. Este fato poderia ensejar, dentre outras, duas conclusões antagônicas: o aumento não foi suficiente para inibir a prática ilícita, portanto, é preciso elevar ainda mais; ou o recrudescimento da pena indicou um símbolo maléfico, pois a norma penal não está dotada de eficácia e de efetividade, no sentido de não ser assimilada pelo cidadão transgressor e por não mudar a realidade social, sendo necessário repensar em outro viés a nível de política criminal, para diminuir a prática delituosa. Nesse sentido Fuziger (2015, p. 43-44):

Se os indivíduos observarem um tipo penal e deixarem de cometer o crime previsto por ele, a norma terá eficácia social e, automaticamente, efetividade, já que haverá uma modificação da realidade. Por outro lado, [...] utilizará a concepção de que as normas penais simbólicas carecem de efetividade, o que implica necessariamente, que os tipos penais dotados desta proeminência simbólica carecem também de eficácia sociológica⁸⁷.

Diante dos dados estatísticos apresentados na seção 1.3, colhidos após a entrada em vigor da Lei nº 9.677 de 02.07.1998 até o ano de 2016, os quais demonstram que não se teve uma diminuição considerável da falsificação de remédios e afins, em muitas situações até com uma escala progressiva da contrafação de medicamentos, parece que a melhor solução não está na intensidade da elevação da pena em abstrato.

Um exemplo contemporâneo da mesma inefetividade de penas mais duras está no crime de feminicídio, cuja pena passou de 12 a 30 anos, prevista no inciso IV do § 2º do art. 121 do CP, inserido pela Lei nº 13.604 de 09.03.2015, ainda existindo uma escala progressiva na morte de mulheres em razão do gênero⁸⁸. Talvez, outras medidas como o barateamento dos medicamentos, tornando-os mais acessíveis à população, associado a um controle fiscalizatório mais eficiente do Estado, impedissem em maior proporção a inserção e circulação de remédios e afins falsificados ou adulterados.

⁸⁷ Já Roxin (2007, p.451), define as leis penais simbólicas desta forma: “São leis que perseguem fins extrapenais, com a tranquilidade do eleitorado ou a apresentação de uma boa imagem do Estado”. Já Silva Sánchez (2010, p.485) faz a seguinte crítica: “Em definitivo a legislação simbólica é rechaçável pois, a curto prazo, cumpre funções educativas/promocionais/de integração que já valoramos negativamente, e, a longo prazo, redundando de uma perda de confiança da população no direito penal”.

⁸⁸ Pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA), publicada em 05.06.2019, revela: “A edição do Atlas da Violência deste ano mostra que a taxa de homicídio de mulheres cresceu acima da média nacional em 2017. O estudo feito pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (Ipea) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública revela que, enquanto a taxa geral de homicídios no país aumentou 4,2% na comparação 2017-2016, a taxa que conta apenas as mortes de mulheres cresceu 5,4%. Apesar disso, o indicador continua bem abaixo do índice geral (31,6 casos a cada 100 mil habitantes), com 4,7 casos de mortes de mulheres para cada grupo de 100 mil habitantes. Ainda assim, é a maior taxa desde 2007 (LISBOA, 2019).

Um dos conteúdos que compõe um tipo simbólico é a demonstração de capacidade de reação do Estado, visando fortificar a relação de confiança entre os cidadãos e o parlamento, bem como entre aqueles e o governo, é o que se denomina de legislação-álibi (HOMMERDING; LYRA, 2014, p. 2). A legislação penal fruto de acontecimentos emergenciais e da pressão da midiática e populista tem uma tendência à irracionalidade (HOMMERDING; LYRA, 2014, p. 65).

A norma penal pode produzir um efeito simbólico positivo, quando há efetiva: prevenção, neutralização e ressocialização; como um negativo, quando proporciona falsa sensação social de bem-estar e segurança em contrapartida da efetiva capacidade da norma de proteger o bem jurídico tutelado (HOMMERDING; LYRA, 2014, p. 61-62). Levando-se em conta a envergadura do aumento da pena do art. 273, §1º-B, do CP, com a intenção do legislador de presumir de forma absoluta o perigo, e do outro lado a falsificação de medicamentos e afins ainda com elevado índice, sendo atualmente ainda um problema grave de saúde pública, aparenta-se que a norma em seu simbolismo positivo, no mínimo, não cumpriu a sua missão.

4 O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE OU OFENSIVIDADE E OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Os crimes de perigo abstratos são aqueles em que se consumam com a mera possibilidade de ocorrência de dano ao bem jurídico protegido, ou seja, basta que haja, em tese, perigo emanado da conduta do agente, sem ocorrência efetiva de dano, para a consumação. Não precisa ser provado no caso concreto ofensa efetiva ao bem jurídico protegido pelo tipo incriminador, é suficiente para a consumação a prática da conduta descrita no tipo penal (GRECO, 2016, p. 222-224). O legislador, ao instituir o crime de perigo abstrato, presume de forma absoluta o perigo de dano, em razão da simples prática da conduta descrita no tipo penal (ROXIN, 2006a, p. 407).

A origem dos crimes de perigo é remota. Na antiga Roma, havia criminalização na conduta em por um vasilhame no peitoril da janela, ainda que não viesse causar dano à ninguém. Na *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, diploma reconhecido como a primeira codificação de leis penais germânicas, seu art.125 tipificava o crime de incêndio, com pena de morte na fogueira, quando praticado dolosamente, gerando discussões doutrinárias sobre seus contornos de crime abstrato, dentre elas, entre Carpzov e Blumblacher, para o primeiro, o incêndio, em qualquer lugar e em qualquer proporção, deveria ensejar o castigo da morte, para o segundo, se fosse fora da cidade e de nível leve, apenas deveria ter como pena o confisco de bens. Até a primeira revolução industrial, não se tinha muitos registros de crimes de perigo abstrato, porque o foco gerador de danos eram as guerras, as doenças, os eventos da natureza, após, intensificou-se um pouco o surgimento, baseado em delitos punitivos de negligências com acidentes causados pelas máquinas, mas só após a Segunda Guerra Mundial é que houve uma proliferação de delitos de perigo abstrato, sendo a Alemanha apontada por alguns doutrinadores, como o País com o maior número deste tipo de infração (BOZOLA, 2015, p. 6-8).

A criação de crimes de perigo abstrato está ligado ao conceito de sociedade de risco caracterizada pelo consumismo em massa, pela mutação acelerada da realidade social e pelo avanço científico-tecnológico, com presença também de complexas estruturas organizacionais, que dificultam a identificação da relação de causalidade entre uma conduta e o resultado danoso, daí surgindo uma preocupação maior na proteção aos bens jurídicos coletivos, dentre eles a saúde pública (BOTTINI, 2007, p. 120-121). É uma forma de o Estado intimidar os propensos a praticas delitivas nessa seara, passando o aviso que haverá punição,

ainda que não haja efetivo dano ao bem coletivo tutelado, bastando o risco hipotético, para a consumação do delito.

O estereótipo dos crimes de perigo abstrato confronta-se com a diretriz do princípio da ofensividade ou lesividade⁸⁹. Tal princípio não tem previsão expressa em nosso ordenamento jurídico, é considerado por muitos como um princípio constitucional implícito⁹⁰. Palazzo (1989, p.80), penalista italiano, atenta para a necessidade de a conduta ser efetivamente ofensiva ao bem jurídico que se pretende tutelar. Alerta que o legislador e o juiz devem estar atentos a criminalizações e punições de condutas sem lesividade em concreto ao bem tutelado. Especificamente ao magistrado, ressalta:

A nível jurisdicional-aplicativo, a integral atuação do princípio da lesividade deve comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistência do crime, quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas, ainda sim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma (PALAZZO, 1989. p. 80).

Nessa vertente também Gomes (2002, p. 67-68) preconiza:

Por força do princípio da ofensividade resulta impossível ao legislador configurar como delito uma mera desobediência ou uma simples transgressão de uma norma ou de um dever jurídico. Nem sequer é delito a conduta formalmente típica, mas sem nenhum resultado ofensivo.

No Direito Penal moderno, e, especificamente, no brasileiro, tem se desenvolvido a ideia de tipicidade material aderida à teoria da tipicidade conglobante, criada por Zaffaroni e Pierangeli, onde a tipicidade penal é resultado do somatório da tipicidade legal (subsunção

⁸⁹ Há quem defenda a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato: “[...] as hipóteses aqui indicadas são suficientes para ressaltar o equívoco do entendimento segundo o qual os delitos de perigo abstrato não respeitariam o princípio da lesividade. O princípio da lesividade ou ofensividade é, portanto, observado, sempre que o tipo penal tiver por finalidade proteger bens jurídicos, sendo que alguns, por suas características, tais como o meio ambiente, a ordem econômica, a fé pública e a saúde pública, entre outros, só podem ser, em certos casos, eficazmente tutelados de forma antecipada mediante, seja em razão dos resultados catastróficos que um dano efetivo traria, seja pela irreversibilidade do bem ao estado anterior, seja pela fato de não se poder mensurar o perigo imposto em certas circunstâncias, ou a inviabilidade de estabelecer o entrelaçamento entre múltiplas ações e um determinado resultado danoso nos moldes rigoroso do processo penal” (SILVA, 2003, p.101).

⁹⁰ Gomes, Molina e Biachini (2007, p. 495) inspirados na doutrina italiana, que considera o arrimo constitucional do princípio da ofensividade, um conjunto de valores expressos na Carta Italiana, como: o Estado plural, laico, tolerante; da dignidade humana e da soberania popular etc, preconizam: “Para nós o princípio da ofensividade conta com base constitucional (é um princípio implícito) como legal (CP, art.13). O fato de o princípio da ofensividade não ter merecido no Brasil (ainda) uma mais acurada e profunda atenção, seja da doutrina, seja da jurisprudência, não é suficiente para colocar em dúvida sua relevância como princípio cardinal do atual Direito Penal. Quando sintetizamos (no item 4.3.1, supra) as posições doutrinárias e jurisprudenciais italianas, procuramos ir demonstrando a sintonia normativa entre aquele país e o nosso. Todos os fundamentos constitucionais invocados na Itália contam com (firme e inabalável) correspondência na Constituição brasileira. Isto posto, não resta a menor dúvida que o princípio da ofensividade ostenta consagração constitucional (ao menos implícita) também no Brasil”.

formal do fato à norma incriminadora) e da tipicidade conglobante (antinormatividade). Diz conglobante, porque a norma que incrimina deve ser analisada sistematicamente com outras normas existentes no ordenamento jurídico, pois pode ser que existam outras, além da incriminadora, que ordenem ou fomentem a conduta abrangida pelo tipo incriminador em determinados contextos (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 400).

Greco (2016, p.113-114) acoplou à tipicidade conglobante, já integrada pela antinormatividade, que corresponde à ofensa ao tipo incriminador, também a tipicidade material, que corresponde à efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Nesta linha, a conduta de vender aromatizante veicular, por exemplo, sem registro na ANVISA, porém constatado, por perícia, que o produto comercializado é totalmente inofensivo à saúde humana, configura a tipicidade legal ou formal, como designada por Greco (subsunção do fato ao tipo do art. 273, §1º-B, I, do CP), mas não a tipicidade material (ofensa ao bem jurídico tutelado), sendo o fato atípico ou no linguajar de Zaffaroni e Pierangeli, não restaria a tipicidade penal por ausência de tipicidade conglobante⁹¹.

Parte da doutrina, com arrimo no princípio da lesividade ou ofensividade, considera que todos os crimes de perigo abstrato são inconstitucionais⁹², é o caso de Bitencourt (2002, p.

⁹¹ Outro exemplo pertinente, objeto de julgamento pelo TJSP, citado por Delmanto (2007, p.695), onde se houve condenação nas penas do art. 273, § 1º-B, III, do CP (disparidade do conteúdo com o rótulo do produto), é o do réu que comercializou óleo, como sendo de amêndoa, sendo, na verdade, de soja, tendo apenas o aroma daquela, embora se tinha reconhecido a inexistência de redução de seu valor terapêutico. Indaga-se, houve tipicidade material? É justo sentenciar um indivíduo com uma pena de 10 anos, com o regime da hediondez neste caso concreto? Provavelmente, não.

⁹² O STF e o STJ entendem pela constitucionalidade da figura do crime de perigo abstrato, não se detectando violação ao princípio da lesividade ou ofensividade ou a qualquer direito fundamental, como a liberdade individual. Este entendimento é cristalizado, por exemplo, nos julgados sobre os crimes de posse e porte ilegal de arma de fogo ou munição, bem como de embriaguez ao volante, onde ambos os Tribunais perfilham ser legítima a escolha do legislador pela presunção absoluta de perigo, mesmo diante da apreensão de arma desmuniçada ou da situação de álcool no sangue acima do limite legal não causar dano efetivo no caso concreto. **A título de exemplo, seguem julgados do STF para o porte ilegal de arma e embriaguez ao volante:**

Habeas Corpus. **Porte ilegal de arma de fogo desmuniçada.** (a) tipicidade da conduta. Controle de constitucionalidade das leis penais. Mandados constitucionais de criminalização e modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal. **Crimes de perigo abstrato em face do princípio da proporcionalidade. Legitimidade da criminalização do porte de arma desmuniçada.** Ordem denegada. 1. Controle de constitucionalidade das leis penais. 1.1. Mandados constitucionais de criminalização: A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes

elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. 2. **CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.** A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. **A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.** 3. **LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA.** Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa. 4. Ordem Denegada (BRASIL, 2013d, grifo nosso).

EMENTA Recurso ordinário em habeas corpus. **Embriaguez ao volante (art. 306 da Lei nº 9.503/97).** Alegada inconstitucionalidade do tipo por se referir a crime de perigo abstrato. Não ocorrência. Perigo concreto. Desnecessidade. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso não provido. **1. A jurisprudência é pacífica no sentido de reconhecer a aplicabilidade do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro – delito de embriaguez ao volante –, não prosperando a alegação de que o mencionado dispositivo, por se referir a crime de perigo abstrato, não é aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro.** 2. Esta Suprema Corte entende que, com o advento da Lei nº 11.705/08, inseriu-se a quantidade mínima exigível de álcool no sangue para se configurar o crime de embriaguez ao volante e se excluiu a necessidade de exposição de dano potencial, sendo certo que a comprovação da mencionada quantidade de álcool no sangue pode ser feita pela utilização do teste do bafômetro ou pelo exame de sangue, o que ocorreu na hipótese dos autos. 3. Recurso não provido (BRASIL, 2012f, grifo nosso).

Segue julgados do STJ a título de exemplo sobre posse ilegal de munição e embriaguez ao volante, respectivamente:

Posse de munição de uso restrito. Crime de perigo abstrato. Desnecessidade de perícia para atestar potencialidade lesiva. Impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância. 1. **É pacífico nesta Corte Superior o entendimento no sentido de que é inaplicável o princípio da insignificância aos crimes de posse e de porte de arma de fogo e ou munição, ante a natureza de crimes de perigo abstrato, independentemente da quantidade de munição ou armas apreendidas.** 2. **Também é da jurisprudência iterativa deste Tribunal não ser necessária perícia para atestar potencialidade lesiva do artefato, justamente em razão da natureza do delito.** 3. Por via de consequência, fica evidente que não há falar em inconstitucionalidade do crime, até porque é tema inapropriado ao veio do habeas corpus. 4. Ordem denegada (BRASIL, 2017a, grifo nosso).

Habeas corpus. **Embriaguez ao volante (artigo 306 do código de trânsito brasileiro, com a redação dada pela lei 11.705/2008).** Alegação de inconstitucionalidade do artigo 306 do código de trânsito brasileiro. **Violação ao princípios da ofensividade. Crime de perigo abstrato. Desnecessidade de comprovação de direção anormal ou perigosa.** Existência de justa causa para o prosseguimento da ação penal. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada. 1. Os crimes de perigo abstrato são os que prescindem da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado,

22), o qual afirma que na seara do Direito Penal pertencente a um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real ou concreto perigo de lesão a um bem jurídico tutelado. Na mesma esteira Reale Junior (1999, p. 415, grifo nosso), tece fortes críticas ao tipo do art. 273, §1º-B, do CP, com exceção do seu inciso IV - produtos com redução do seu valor terapêutico, bem como afirma que as condutas do referido inciso IV, do *caput* e do §1º- A só seriam constitucionais, caso fosse dada interpretação conforme à Constituição, para considerá-los como crime de perigo concreto, senão vejamos:

A inconstitucionalidade por lesão aos valores e princípios constitucionais é patente, dada a extensão da desmedida promovida pela novel normativa penal. Isto posto, posso, com segurança, alcançar as seguintes conclusões, que exponho de forma articulada para a melhor visualização da matéria: **a)** as normas contidas na Lei 9.677 de 1998, no que tange à tipificação de crimes contra a saúde pública, nem sempre guardam adequada relação com o bem jurídico constitucionalmente tutelado, qual seja, a saúde pública; **b)** as novas regras atingem, em seu conjunto, os princípios constitucionais da proporcionalidade e da ofensividade; **c)** a normativa do art. 273, caput, §1º-B, I, II, III, V e VI, padece de incontornável inconstitucionalidade, uma vez que os fatos incriminados ou **c.1)** não são de molde a ameaçar, colocar em risco ou lesar interesses relevantes, ou **c.2)** ferem, frontalmente, os princípios constitucionais fundamentais da proporcionalidade e da ofensividade, atingindo os valores supremos da liberdade e da justiça; **d)** as regras do art. 273, caput, parágrafo primeiro e §1º-A, e o inc. IV do §1º-B, embora firam os mesmos princípios, se consideradas por si só e em exegese literal, podem ser salvas se receberem interpretação que as conforme a Constituição. Para tanto, os crimes aí tipificados devem ser tidos como crimes de perigo concreto, dependendo, portanto, para a sua efetiva configuração, da comprovação de risco real à saúde pública, em razão da

ou seja, não se exige a prova do perigo real, pois este é presumido pela norma, sendo suficiente a periculosidade da conduta, que é inerente à ação.² As condutas punidas por meio dos delitos de perigo abstrato são as que perturbam não apenas a ordem pública, mas lesionam o direito à segurança, daí porque se justifica a presunção de ofensa ao bem jurídico tutelado.³ A simples criação dos crimes de perigo abstrato não representa comportamento inconstitucional. Contudo, não há como se negar que os princípios da intervenção mínima e da lesividade ensejam um controle mais rígido da proporcionalidade de tais delitos, uma vez que se deverá examinar se a medida é necessária e adequada para a efetiva proteção do bem jurídico que se quer tutelar.⁴ Eventual excesso na previsão de condutas incriminadas pela técnica legislativa dos delitos de perigo abstrato deve ser impugnado na via própria, não se admitindo uma exclusão apriorística deste tipo de crime do ordenamento jurídico pátrio, sob pena de violação ao princípio que proíbe a proteção deficiente.⁵ Atualmente, o princípio da proporcionalidade é entendido como proibição de excesso e como proibição de proteção deficiente. No primeiro caso, a proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais, ao passo que no segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela faz com que o Estado seja obrigado a garantir os direitos fundamentais contra a agressão propiciada por terceiros.⁶ **O delito de embriaguez ao volante talvez seja o exemplo mais emblemático da indispensabilidade da categoria dos crimes de perigo abstrato, e de sua previsão de modo a tutelar a segurança no trânsito, a incolumidade física dos indivíduos, e a própria vida humana, diante do risco que qualquer pedestre ou condutor de automóvel se submete ao transitar na mesma via que alguém que dirige embriagado.**⁷ Com o advento da Lei 11.705/2008, pretendeu-se impor penalidades mais severas àqueles que conduzem veículos automotores sob a influência de álcool, sendo que o delito de embriaguez ao volante passou a se caracterizar com a simples condução de automóvel com concentração de álcool igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue, não sendo necessário que a pessoa seja surpreendida dirigindo de forma anormal ou perigosa. ⁸ **O crime do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato, dispensando-se a demonstração da efetiva potencialidade lesiva da conduta daquele que conduz veículo em via pública com a concentração de álcool por litro de sangue maior do que a admitida pelo tipo penal. Precedentes. [...]** ¹¹. Ordem denegada (BRASIL, 2012c).

nocividade negativa, ou seja, da perda ou redução significativa dos predicados do produto⁹³.

Já Roxin (2006b, p. 81) entende que a questão dos crimes de perigo abstrato não deve ser encarada sob a dicotomia de ser ou não constitucional, devendo a análise se dar em cada caso ou normatividade específica:

A controvérsia a respeito da legitimidade ou não dos delitos de perigo abstrato, que hoje ocupa o centro das discussões fundamentais do direito penal — para ficar unicamente neste exemplo —, não pode ser decidida no sentido de uma aceitação ou negação em bloco, mas unicamente através de investigações, análises e valorações político-criminais dos perigos decorrentes de determinado comportamento para um bem jurídico concreto. Este procedimento vale não só para a apreciação político-jurídica de normas já existentes, ou para fundamentar exigências a serem feitas de lege ferenda, mas também para os espaços interpretativos do direito vigente. Aqui as ciências empíricas são necessárias mesmo para o trabalho dogmático (ROXIN, 2006b, p.81).

Para Zaffaroni e Pierangeli (2011, p.488), em nenhuma modalidade de crime existe a presunção absoluta de perigo, esta, quando há, sempre é relativa. Assim, nos chamados “crimes de perigo abstrato”, há uma inversão no ônus da prova, devendo o acusado provar que não houve dano efetivo ao bem jurídico e, se assim demonstrado, a conduta será atípica. Assim, consideraram os renomados penalistas:

Por outro lado, fez-se a distinção entre tipos de perigo abstrato e tipos de perigo concreto. O perigo concreto foi entendido como um verdadeiro perigo e o abstrato como uma simples possibilidade. Semelhante interpretação é insustentável, porque com ela o chamado perigo abstrato seria um ‘perigo de perigo’, o que, em caso de tentativa, acarretaria a consequência de requererem ‘perigo de perigo de perigo’. Na realidade, não há tipos de perigo concreto e de perigo abstrato - ao menos em sentido estrito -, mas apenas tipos em que se exige a prova efetiva do perigo submetido ao bem jurídico, enquanto noutros há uma inversão do ônus da prova, pois o perigo é presumido com a realização da conduta, até que o contrário não seja provado, circunstância cuja prova cabe ao acusado. Trata-se de uma classificação com maior relevância processual do que penal ‘de fundo’ (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 488).

⁹³ Como ressaltado na seção 1.2, a falsificação de medicamentos era tratada em dois dispositivos legais no CP, no art. 272, com pena de dois a seis anos de reclusão, e no art.273, com pena de um a três anos, para as condutas dolosas (vide quadro 1). As figuras típicas do antigo art. 272 do CP guarda mais correlação com o caput do atual art. 273 do CP, o qual traça, em tese, condutas mais graves que do atual §1º-B do art. 273, o qual guarda mais correspondência com o antigo art. 273 do CP, o qual tinha pena mais branda. A redação do caput do antigo art. 272 do CP assim rezava: “Corromper, adulterar ou falsificar substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo, **tornando-a nociva à saúde**” Grifo nosso. Percebe-se que, no passado, o legislador exigia a nocividade à saúde, para as hipóteses de maior gravidade na falsificação de medicamentos, denotando ser o crime de perigo concreto. Com a alteração promovida pela Lei nº 9.667 de 02.07.1998, analisando a atual redação do atual art. 273 do CP, percebe-se que o legislador preferiu presumir de forma absoluta a lesividade para todos os diferentes graus de gravidade das diversas condutas elencadas no art. 273 do CP.

Em outras palavras, a prova do dano para a tipicidade é sempre necessária, porém, nos crimes de perigo concreto, o ônus da prova cabe à acusação, nos de perigo abstrato, ao acusado. Esta concepção de Zaffaroni e Pierangeli não apenas está em harmonia com o vetor do princípio da lesividade, mas também em conformidade com o que preconiza o arts. 155, 156 e 158, todos do CPP94, onde se estabelece que nos crimes que deixam vestígios é necessário o exame de corpo de delito, sequer podendo ser suprido pela confissão do acusado.

Em regra, o ônus da prova cabe a quem alega a culpa, mas o juiz, para formação do seu convencimento, poder determinar a realização da prova de ofício. Nesse sentido, em relação ao crime de falsificação de medicamentos e afins, este, em regra, é delito que deixa vestígios, pois se dá com a apreensão do objeto material do crime, como também pode apresentar vítimas com sua saúde efetivamente abalada pela falsificação, o que é também passível de perícia apara avaliar o dano e sua extensão, assim como o objeto material apreendido, para averiguar o grau de potencialidade lesiva à saúde pública.

O TRF da 5ª região, em diversos casos envolvendo médicos⁹⁵, por decisões com unanimidade, considerou improcedente a pretensão punitiva do Ministério Público Federal em relação ao uso da substância Botox, de nome fantasia “Fine Tox”, sem registro na ANVISA, considerando o fato atípico, haja vista a perícia determinada pelo magistrado de 1º grau não apontar lesividade da substância para saúde pública, o qual proferiu sentença absolutória. Apesar de considerar o crime do art 273 do CP de perigo abstrato, houve determinação judicial para realização de perícia. Parece essa ser a posição mais razoável dentro do contexto dos crimes de perigo abstrato, pois não vai ao extremo de considerar o tipo incriminador inconstitucional, fulminando-o, por completo, o que deixaria o bem saúde pública sem a proteção do Direito Penal, mas vai em busca da verdade material dos fatos, a fim de se detectar efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado, evitando-se condenações injustas. Expõe-se ementa de um destes julgados do TRF da 5ª região, processo de nº: 00116166820134058300, apelação criminal de nº 13.854:

⁹⁴ Reza o CPP: “art. Art. 155 O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.” “Art. 156 A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” “Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. [...]” (BRASIL, 1941).

⁹⁵ Cerca de dezessete julgados nestes sentido. Disponível em: <https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>

Constitucional e Penal. Apelações criminais. art. 273, parágrafos 1º e 2º, do código penal. Aplicação a terceiros, por profissionais da medicina, da toxina Fine Tox. Inexistência de registro pela ANVISA. Não demonstração de que tal produto tem, em tese, aptidão para provocar prejuízo à saúde humana. Ausência de tipicidade. Provimento da apelação da acusada e improvimento do apelo da acusação.1. Apelações interpostas pelo MPF e pela ré contra sentença que condenou esta última às penas do crime previsto no art. 273, parágrafo 2º, do CP.2. O direito penal, na atualidade, não pode se dissociar dos valores que informam o Estado constitucional, surgido e expandido depois da segunda metade do século XX, ao qual rende vassalagem o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988. Desse modo, o legislador penal não pode desprezar, na produção de normas jurídicas, os postulados constitucionais, não sendo necessária, para as incriminações, a só presença de um bem jurídico, mas, igualmente, que a conduta reprovável cause uma efetiva lesão ou dano sobre aquele.3. Mesmo em se tratando de crime de perigo abstrato o delito tipificado no art. 273, parágrafos 1º e 2º, do Estatuto Punitivo, a sua configuração não se manifesta pela só ausência de registro do medicamento na ANVISA, havendo, igualmente, a necessidade da demonstração de uma probabilidade de lesão, por mínima que seja, isto é, que o produto em causa seja idôneo, em tese, para ofender o bem jurídico tutelado pelo ordenamento, consistente na saúde humana.4. No caso concreto, o laudo pericial, elaborado por integrantes do Laboratório de Imunopatologia Keizo Azami (LIKA) da Universidade Federal de Pernambuco, e representativo de uma análise global do material apreendido, não informou, nem de passagem, que o emprego da toxina Fine Tox é capaz, ao menos em tese, de causar ofensa à saúde humana.5. A inexistência de prova de que a malsinada toxina é hábil para causar ofensa à saúde humana afasta a tipicidade da conduta narrada na denúncia, harmonizando a aplicação do art. 273, parágrafos 1º e 2º, do Código Penal, aos valores consagrados pelo Estado de Direito Democrático (art. 1º, caput, CF de 1988). 6. Ao contrário do sustentado pelo Ministério Público, não se afigura possível a incidência do art. 7º, IX, da Lei 8.137/90, seja em razão da hipótese, por se tratar de medicamento, envolver conflito aparente de normas, apenas podendo, conforme o caso, retratar eventual ofensa ao art. 273 do CP, seja por conta do laudo pericial não ser conclusivo quanto à impropriedade do produto ao consumo.7. Apelação da acusada provida, para o fim de ser exarado édito absolutório. Recurso do Ministério Público Federal a que se nega provimento (BRASIL, 2016).

Percebe-se que os crimes de perigo abstrato são rodeados de intenso debate jurídico sobre sua (in)constitucionalidade, com correntes diversas de entendimento, mas também ficou demonstrado que há amparo científico, legal e constitucional, para em se desejando, determinar a realização de perícia ou apreciar a juntada pelo acusado, o que pode evitar injustiças em condenações por fatos sem lesividade alguma para saúde pública⁹⁶.

⁹⁶ No mesmo sentido (DELMANTO, 2007, p. 692).

5 A POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NOS PRECEITOS PRIMÁRIOS E SECUNDÁRIOS DOS TIPOS PENAIIS POR MEIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Nesta seção, serão abordados temas como o juspositivismo, o jurnaturalismo, ativismo judicial, interpretação constitucional, a tensão entre constituição e democracia, a separação dos poderes constituídos, avaliados em um contexto geral do sistema jurídico e, especificamente, na seara penal, para que se promova uma reflexão se a atuação do Judiciário, na sindicabilidade dos preceitos primários e secundários dos tipos penais, representa uma ofensa ao princípio da separação dos poderes, haja vista que em face do princípio da legalidade, consagrado no art. 5º, inciso XXXIX, da CF/1988⁹⁷, no art. 1º do CP⁹⁸, há uma proeminência do Poder Legislativo na fabricação dos tipos penais, com aplicação de sanções em abstrato.

5.1 O evolucionismo da hermenêutica e o poder criativo do juiz

Em razão do fenômeno da constitucionalização do Direito e da força normativa da Constituição, antes de traçar a trajetória da atividade interpretativa no tempo, relevante e pertinente, tecer considerações sobre evolução histórica do constitucionalismo, este em sentido amplo, entendido como a necessidade de um determinado povo, em um determinado território, organizar-se por meio de um conjunto de regras escritas ou não, estruturando o poder. Essa evolução se refere ao avanço na organização do sistema normativo, regulador das condutas humanas. Em um primeiro momento, houve a regência pelo direito consuetudinário, por meio de um direito místico e irracional, época dos ordálios, onde a punição era aplicada por crença em juízos divinos. Como exemplo dessa forma de organização, é citado o Estado teocrático dos hebreus, povo regido por mandamentos bíblicos. Posteriormente, tendo como marco referencial a Grécia antiga, a ideia de constituição já se apresentava como uma técnica de limitação de poder, como se deu com a implementação da democracia constitucional, como forma de governo, nas Cidades-estados gregas, porém ainda não havia constituições escritas.

⁹⁷ “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*’. Segundo a orientação moderna, a Constituição brasileira de 1998, ao proteger os direitos e garantias fundamentais, em seu art. 5º, XXXIX, determina que ‘não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal’” (BITENCOURT, 2009, p. 2).

⁹⁸ “Do enunciado deste art.1º a regra de que somente a lei, elabora na forma que a lei que a constituição permite, pode determinar o que é crime e indicar a pena cabível. Deve, por tanto ser lei federal, oriunda do Congresso Nacional. Veda-se, portanto, punição com base no direito objetivo (que abrange os usos e costume, ou seja, o direito consuetudinário), admitindo somente a punição somente com fundamento no direito positivo, ou seja, objeto de lei (*ius positum*), lembrando-se a máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* (não há crime nem pena sem lei escrita)” (DELMANTO, 2007, p. 14).

Com o advento da Magna Carta de 1215, da *Petition of Right* de 1628, dentre outros diplomas normativos declaratórios de direitos, buscou-se a limitação do poder do monarca, para gerar direitos para burguesia, predominou a era do positivismo, em que o juiz era a boca da lei, o Direito se confundia com a lei, onde reinou com primazia absoluta o sistema da subsunção do fato à norma, inspirado pelo Iluminismo e pelo Racionalismo, os quais colocavam o homem e a razão, com núcleos centrais nas esferas de conflitos sociais. No fim do século XVIII, os princípios se fortaleceram, passando a ser adotados pela maioria dos Estados, sob a forma de declaração e direitos fundamentais, como fez a Constituição americana de 1787 e a francesa de 1791. Fenômeno denominado de pós-positivismo ou neopositivismo influenciou na proeminência dos princípios nas soluções de lides judiciais. Contemporaneamente, no Brasil, desde a redemocratização, com o advento da CF/1988, sem deixar de lado o sistema positivista, deu-se destaque à enunciação de direitos e garantias fundamentais, inclusive na forma de princípios, prevalecendo até hoje a força normativa da Constituição e o aprimoramento da hermenêutica constitucional (BULOS, 2009, p. 12-27).

Para entendermos melhor a trajetória das técnicas de interpretação utilizadas ao longo tempo, necessário delimitar as características da modernidade e pós-modernidade. A modernidade, período marcado pela influência do renascimento e ideários iluministas, tem o homem e a razão como eixo central e contrapartida ao subjetivismo ligado a superstições, mitos e crenças religiosas, elementos intrínsecos a era medieval. A razão direcionada à produção científica, seria o instrumento de emancipação e libertação dos indivíduos das forças da natureza e do contingenciamento social, de forma que o homem não fosse vítima da tirania, do autoritarismo e da sanção religiosa.

O projeto dessa era moderna era oferecer uma vida digna, uma vida feliz, abominando forças autoritárias externas que cerceassem a liberdade do indivíduo. No plano racional, destacavam-se a racionalidade ético-prática, o Estado detinha o monopólio da produção normativa e aplicação do direito (Estado de Direito – liberalismo/burguês) e a cognitivo-instrumental voltada para o desenvolvimento do mercado, válvula propulsora do sistema capitalista. Na modernidade, Direito e lei praticamente se confundiam. O apego excessivo à norma legal era fruto da influência da burguesia, a qual passou a utilizar a normatividade jurídica para atender aos seus interesses. O foco na legalidade era extremo, chegando-se a negar a existência de lacunas legais e de antinomias normativas. Nesta vertente, deu-se margem preferencialmente à positivação, tendo a lei como uma razão mais planificante, dando-se primazia a codificações, visando solucionar os conflitos sociais e a

Constituição como o instrumento fundador e organizador de uma sociedade civil, produto de uma razão mais universalizada (SOARES, 2008, p. 13-17).

No entanto, o uso excessivo da razão levou ao colapso, no mundo, incluindo o Brasil, do projeto da modernidade de uma vida digna, feliz e liberta. A razão e a busca pela certeza científica não atendia mais a um emergente mundo globalizado, onde as teorias científicas passaram a ser dotadas de relatividade pela constante descoberta de fatos novos. Passou-se a ter a necessidade de um discurso racional, uma comunicação intersubjetiva entre os povos, onde as conclusões só se revestem de legitimidade a partir do cotejo entre provas e argumentações dos interlocutores. O ser humano tornou-se refém do uso excessivo da razão, a qual foi direcionada em exagero para a expansão do capitalismo, promovendo-se um consumismo massificado exacerbado (coisificação), bem como a ciência não era mais capaz de resolver determinados problemas mundiais, como a preservação do meio ambiente (SOARES, 2009, p. 18-21).

A crise da modernidade fez surgir a necessidade de um novo paradigma de compreensão do mundo, ante a falência das promessas modernas de liberdade, igualdade e progresso. O tempo pós-moderno é um período desafiador para o Direito, ante o ceticismo científico de trazer respostas aos problemas que perturbavam a sociedade. É diante da assimilação de uma atual incerteza científica, que se começa um quadro de desregulamentação, deslegitimação das instituições e desdogmatização do Direito, tornando-se este **plural** (presença de multiplicidade de fontes legislativas, surgimentos de microssistemas), **reflexivo** (no sentido de o Direito ser um sistema aberto, em constante mutação, influenciado por fatos novos e circunstâncias do momento), **prospectivo** (fabricação de normas genéricas que comportem múltiplas interpretações a partir da visão futurista que acena para contingências, fabricação textos abertos), **discursivo** (o uso da linguagem ganha relevância para exteriorizar um pensamento jurídico com poder de persuasão. As evidências cedem espaço à articulação discursiva de valores, expondo fórmulas axiológicas em colisão, como os princípios, indicando qual deles deve prevalecer no caso concreto. O Direito tornou-se **relativo**, houve abundante normatização de princípios para abranger casos típicos e atípicos, variando sua incidência, conforme as especificidades do caso concreto. A interpretação passou a ser mais ativa, não se deixando apenas se influenciar por fatores externos do mundo cotidiano, mas de aprofundar os estudos, para poder argumentar e expor os valores que estão em jogo diante de um caso concreto (SOARES, 2009, p. 22-29).

Na modernidade, predominou a interpretação gramatical, sedo uma disciplina de natureza filológica, ou seja, direcionada ao estudo da linguagem dos textos, à crítica textual,

consectário do positivismo jurídico. A partir do início do século XIX, começou a se desenvolver uma postura interpretativa a se desvencilhar da interpretação literal, preocupando-se também em desvendar a intenção do autor do texto, detectar as circunstâncias fáticas do momento que impulsionaram a fabricação do texto, fazendo uma interpretação histórica, para melhor compreensão das razões da edição da norma. Com a tendência de aprofundamento no ato de interpretar, passou-se a fazer uma distinção técnica entre **explicar**, atividade restrita a descrever o objeto estudado, e **compreender**, participação ativa do intérprete, fazendo as conexões necessárias, valorando e detectando a teleologia do texto. Daí surge a afirmação de que o ato de interpretar passou da letra ao espírito do Direito, perfilhando-se que toda interpretação jurídica ostenta uma natureza teleológica, visto que é o intérprete sempre deve ter como meta detectar a finalidade social da lei (SOARES, 2009, p. 49-56). Seguindo essa vertente, nossa Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o Decreto-Lei 4.657/1942, em seu art. 5º, reza: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Na verdade, todas as formas de interpretação são válidas e se completam: gramatical, lógica, sistemática, histórica e teleológica, sendo sincrético o processo interpretativo. Contudo, ao lado desses tipos de interpretação clássica, temos técnicas específicas ligadas à hermenêutica constitucional. Os métodos de interpretação constitucionais tendem a ser diferenciados dos clássicos, em virtude do caráter político das normas constitucionais (normas fundamentais da soberania do Poder Político e do Estado Democrático de Direito) e porque tendem a repercutir em todo o ordenamento jurídico. As normas constitucionais, notadamente, as de natureza principiológica, conferem maior liberdade ao intérprete para concretizar os mandamentos constitucionais, no entanto essa liberdade não é absoluta, pois só será legítima se compatível com os parâmetros do Estado Democrático de Direito (CARVALHO, 2009, p. 338-341).

O pós-positivismo⁹⁹ e o neoconstitucionalismo¹⁰⁰ redimensionaram a relação entre o Direito e a moral, reunindo o juspositivismo e o jusnaturalismo em um mesmo sistema jurídico, como concepções solucionadoras de casos concretos.

⁹⁹ “O termo pós-positivismo tem sido empregado, a partir da década de 1990, para designar uma via intermediária entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, cujos referenciais teóricos são as obras de Robert Alexy e Ronald Dworkin. A normatividade dos princípios, a centralidade da argumentação jurídica e a defesa de uma conexão necessária entre direito e moral são alguns dos aspectos centrais dessa nova concepção jusfilosófica que tem como alvo o caráter meramente descritivo da teoria jurídica, a separação entre direito e moral, bem como o conceito factual de direito, teses centrais do positivismo jurídico. [...] A doutrina pós-positivista propõe uma reformulação da abordagem legalista das fontes do direito. Ao serem consagrados nas constituições, os antigos princípios gerais do direito deixam de ser a última fonte de integração, empregada apenas quando o uso da analogia ou de costumes não fosse possível, e são alçados ao topo do ordenamento jurídico, convertendo-se no ‘pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos

Sobre essa nova tendência leciona Barroso (2013, p. 35-37), relacionando características do pós-positivismo, que demonstram a superação do pensamento clássico enraizado até o final do século XX. São elas: **a) superação do formalismo jurídico**, para uma grande quantidade de situações, as soluções não se encontravam pré-prontas no ordenamento jurídico, o intérprete, de forma argumentativa, teria que encontrar uma solução, com base em dados externos à norma, legitimando suas decisões em valores morais e em fins políticos legítimos; **b) advento de uma cultura jurídica pós-positivista**, se a resposta ao problema não é encontrada, de formar completa, na legislação ou no comando legal, é preciso procurar em outro lugar, como na filosofia moral em busca de justiça, na filosofia política, visando a concreção de fins públicos e a realização do bem comum, como também em outras ciências como a economia, psicologia, sociologia etc; **c) ascensão do direito público e centralidade da constituição**, o século XIX foi inaugurado com o Código Civil francês de 1804 e termina com a promulgação do Código Civil alemão de 1900, onde os protagonistas eram o

sistemas constitucionais' (BONAVIDES, 1996). Com o reconhecimento definitivo da força normativa da constituição, todos os seus dispositivos passam a impor limites materiais também ao Legislador, em especial, no que se refere à observância dos direitos fundamentais, retirados da esfera de discricionariedade da política ordinária. O deslocamento da prevalência da Lei para a centralidade da constituição está sintetizada na célebre frase cunhada por Paulo Bonavides: 'Ontem os códigos; hoje as constituições.' No âmbito da teoria da norma, a doutrina pós-positivista se caracteriza pela defesa da normatividade dos princípios e de sua importância como critério de decisão, sobretudo, nos casos difíceis. Os esforços teóricos de Ronald Dworkin (1977) e Robert Alexy (2008b) contribuíram, de forma decisiva, para que a tradicional distinção entre princípios e normas fosse superada pelo entendimento de que os princípios são, ao lado das regras, espécies de normas jurídicas. No plano da teoria da interpretação, diante da insuficiência dos elementos hermenêuticos tradicionais para dar conta das complexidades envolvendo os casos difíceis, são desenvolvidos novos instrumentos metodológicos especialmente voltados para a interpretação constitucional e dada maior ênfase à argumentação jurídica.[...] O pós-positivismo, como via intermediária para a superação das concepções jusnaturalistas e juspositivistas, tem pretensão de universalidade, ou seja, pretende desempenhar o papel de autêntica teoria geral do direito aplicável a qualquer tipo de ordenamento jurídico, independentemente de suas características específicas" (NOVELINO, 2016, p. 57-59).

- ¹⁰⁰ Novelino (2016, p. 59-61) indica a origem, a definição, como marco teórico, e as pretensões do neoconstitucionalismo, diferenciando-o do pós-positivismo: "Cunhado por Susanna Pozzolo em 1997, numa conferência proferida no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social realizado na Argentina, o termo neoconstitucionalismo ganhou projeção a partir das coletâneas organizadas por Miguel Carbonell. Na doutrina constitucional brasileira, diversos trabalhos foram dedicados ao estudo do tema na última década. [...] Como teoria explicativa do direito, o neoconstitucionalismo procura descrever os traços característicos dos sistemas jurídicos contemporâneos, tendo como foco central a análise da estrutura e do papel assumido pelas constituições no interior desses sistemas. Dentre as principais transformações resultantes da evolução histórica do constitucionalismo estão: I) o reconhecimento definitivo da normatividade da constituição e, por conseguinte, de todos os dispositivos nela contidos, independentemente de sua estrutura; II) o papel central atribuído à constituição, não apenas como estatuto organizatório-limitativo dos poderes públicos, mas também como mecanismo de resolução de conflitos nas mais diversas áreas jurídicas; e III) a consagração de um extenso catálogo de direitos fundamentais e de uma pluralidade de valores e diretrizes políticas tornando mais frequentes as colisões entre direitos constitucionalmente protegidos. Por considerar que essas transformações tornaram as teorias juspositivistas insuficientes para dar conta das complexidades atuais, o neoconstitucionalismo teórico propugna pela revisão das teorias das fontes, das normas e da interpretação. Sob a perspectiva teórica, contrapõe-se ao positivismo jurídico praticado no século XIX, pautado no estatualismo, legicentrismo e no formalismo interpretativo. [...] O neoconstitucionalismo, por seu turno, tem pretensões mais específicas. Trata-se de uma teoria particularmente desenvolvida para explicar e dar conta das complexidades que envolvem um modelo específico de organização político-jurídica (o Estado constitucional democrático) e de constituição ('constituições normativas e garantistas').

proprietário e o contrato, ao longo do século XX, percebe-se um aumento progressivo da edição de norma públicas, no final do século XX, esta publicização do direito colocou a Constituição no centro do ordenamento jurídico, em que toda interpretação deve se dar em consonância com seus valores e princípios; **d) nova interpretação e casos difíceis**, para aqueles casos, onde a solução não se encontra pronta e acabada na regra jurídica, há aplicação de uma nova interpretação constitucional, que leva em conta a normatividade dos princípios, a ponderação na colisão de bem jurídicos em colisão e a argumentação jurídica, não elidindo a interpretação clássica, mas sendo um complemento à aquela. Nota-se que esta nova hermenêutica não despreza a norma infraconstitucional na solução das lides, mas leva em conta também os princípios constitucionais expressos ou implícitos, ou seja, a solução jurídica é exercitada com nas concepções jusnaturalistas e juspositivistas.

Alexy (2017, p. 135), em sua teoria dos direitos fundamentais, ressalta que o modelo ideal de ordenamento jurídico é aquele que mescla os princípios com as regras¹⁰¹, explica o autor:

O modelo puro de regras fracassa em todas as três formas de regulação dos direitos fundamentais consideradas acima. É possível supor que esse modelo é insuficiente também para as outras formas de regulação encontradas na Constituição alemã. O modelo puro de princípios foi rejeitado porque ele não leva a sério as regulações adotadas pela Constituição. Quando duas formas puras e antagônicas não são aceitáveis, deve-se considerar a possibilidade de uma forma mista ou combinada, ou seja, de um modelo combinado. Um tal modelo é o modelo de regras e princípios, que surge da ligação entre um nível de princípios e um nível de regras.

No campo principiológico, destacam-se os princípios de interpretação constitucional, os quais funcionam como vetores interpretativos, auxiliando o intérprete na compreensão da problemática fática e jurídica a ser solucionada, os quais conferem certa liberdade aos juízes na criação do Direito, auxiliando o magistrado na fundamentação de suas decisões, afastando-o do arbítrio em sua atividade judicante. Nesta linha, são as lições de Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 132-133):

[...] Tais princípios, para a maioria dos autores, são os da unidade da Constituição, da concordância prática, da correção funcional, da eficácia integradora, da força normativa da Constituição, e da máxima efetividade. Afora esses princípios,

¹⁰¹ Robert Alexy (2018, p. 4-5) assim diferencia as regras dos princípios: “A base da teoria dos princípios é a distinção teórico-normativa entre regras e princípios. Regras são normas que exigem algo determinado. Elas são comandos definitivos. A sua forma de aplicação é a subsunção. Em contraste, princípio são comandos de otimização. Como tais, eles exigem ‘que algo seja realizado na maior medida possível, dadas as possibilidades jurídicas e fáticas’. Deixando-se as regras de lado, as possibilidades jurídicas são determinadas essencialmente pelos princípios colidentes. Por esta razão, princípios, considerados separadamente, sempre compreendem comando *prima facie*. A determinação do grau apropriado de cumprimento de um princípio relativamente às exigências de outros princípios é feita através da ponderação. Assim, a ponderação é forma específica de aplicação dos princípios”.

apontam-se, ainda, embora não estejam ligados exclusivamente à exegese constitucional, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, o da interpretação conforme a Constituição, e o da presunção de constitucionalidade das leis, sendo o primeiro um princípio de ponderação, que se reputa aplicável ao direito, em geral, enquanto os dois últimos são utilizados essencialmente no controle de constitucionalidade das leis. [...] Quanto à sua função dogmática, deve-se dizer que embora os princípios da interpretação constitucional se apresentem como enunciados lógicos e, nessa condição, pareçam anteriores aos problemas hermenêuticos que, afinal, eles ajudam a resolver, em verdade e quase sempre funcionam como fórmulas persuasivas, isto é, como argumentos de que se valem os aplicadores do direito para justificar pré-decisões que, mesmo necessárias ou convenientes, mostrar-se-iam arbitrárias ou desprovidas de fundamento se não contassem com o apoio desses cânones interpretativos. Não por acaso já se proclamou que a diversidade de métodos e princípios interpretativos potencializa a liberdade do juiz, a ponto de lhe permitir antecipar as decisões — à luz da sua pré-compreensão sobre o que é correto e justo em cada situação concreta — e só depois buscar os fundamentos de que precisa para dar sustentação discursiva a essas soluções, puramente intuitivas, num procedimento em que as conclusões escolhem as premissas, e os resultados selecionam os meios.

Paralelamente aos princípios, existem os métodos de interpretação constitucional, dentre eles, destaca-se o método tópico-problemático, o qual diverge do método hermenêutico-concretizador - primazia da norma em relação ao problema solúvel - porque para o tópico-problemático a interpretação deve começar com as lentes no problema fático para depois focar na análise das normas abstratas correspondentes (CARVALHO, 2009, p. 345). É o que preconizam também Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 123-124):

Aceitando, em contraposição a esse ponto de vista, que, modernamente, a Constituição é um sistema aberto de regras e de princípios, o que significa dizer que ela admite/exige distintas e cambiantes interpretações; que um problema é toda questão que, aparentemente, permite mais de uma resposta; e que, afinal, a tópica é a técnica do pensamento problemático, pode-se dizer que os instrumentos hermenêuticos tradicionais não resolvem as aporias emergentes da interpretação concretizadora desse novo modelo constitucional e que, por isso mesmo, o método tópico-problemático representa, se não o único, pelo menos o mais adequado dos caminhos para se chegar até a Constituição. [...] Noutro dizer, sendo a interpretação jurídica uma tarefa essencialmente prática — nesse domínio, compreender sempre foi, também, aplicar —, e tendo as normas constitucionais estrutura aberta, fragmentária e indeterminada, decorre daí que a sua efetivação exige, necessariamente, o protagonismo dos intérpretes/aplicadores, transformando a leitura constitucional num processo aberto de argumentação, do qual participam, igualmente legitimados, todos os operadores da Constituição.

Streck apesar de ser um crítico do neoconstitucionalismo e do conjunto de princípios de interpretação constitucional e dos métodos interpretativos reunidos em um “manual da nova hermenêutica constitucional”, reconhece, baseado nos ensinamentos filosóficos de Hans-Georg Gadamer, que ao juiz é deferida a atividade criativa do Direito:

[...] Gadamer acentua que a interpretação da lei é uma tarefa criativa. Os diversos princípios que deve aplicar, por exemplo, o da analogia, ou de suprir as lacunas da lei, ou em último extremo o princípio produtivo implicado na mesma sentença, isto

é, dependente do caso jurídico concreto, não representam somente problemas metodológicos, senão que entram a fundo na matéria jurídica mesma. Evidentemente, uma hermenêutica jurídica não pode contentar-se seriamente em empregar como padrão de interpretação o princípio subjetivo da idéia e intenção originárias do legislador. Em muitos casos, não pode evitar ter que aplicar conceitos objetivo, por exemplo, da idéia jurídica que se expressa em uma lei. Aparentemente é próprio de profanos imaginar a aplicação da lei a um caso concreto como processo lógico de submissão do particular para o geral. O positivismo legal, que pretende reduzir a realidade jurídica ao Direito positivo e sua correta aplicação, sofre duras críticas do mestre alemão, a ponto de dizer que tal concepção acerca do Direito não tem, atualmente, nenhum partidário. Isto porque, continua Gadamer, a distância da generalidade da lei e a situação jurídica concreta que projeta cada caso particular está predeterminada logicamente, no sentido de que caberia imaginar uma dogmática que contivesse ao menos potencialmente todas as verdades jurídicas em um sistema coerente. A simples idéia ‘de uma tal dogmática completa parece absurda, isto sem levar em conta que, de fato, a capacidade criadora de direito de cada caso está constantemente preparando a base a nova codificações (STRECK, 1999, p.186).

Dworkin também contribui para essa nova concepção de dirimir casos concretos judicializados por meio dos princípios, sendo estes partes integrantes do Direito. Criticando o positivismo¹⁰² exacerbado, perfilha que o juiz pode utilizar de argumentos de princípio, quando não exista regra para solucionar casos difíceis. O renomado filósofo norte-americano defende a criação do direito por parte do juiz, conferindo-lhe certa discricionariedade (DWORKIN, 2002, p.129-130):

[...] Na verdade, porém, os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas. Este pressuposto não leva em consideração a importância de uma distinção fundamental na teoria política que agora introduzirei de modo sumário. Refiro-me à distinção entre argumentos de princípio, por uma lado, e argumentos de política (policy), por outro. Os argumentos de política justificam uma decisão de política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade com um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo e de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio.

¹⁰² Ronald Dworkin (2002, p. 127-128), em sua obra “Levando o Direito a Sério”, critica a teoria do positivismo jurídico no sentido de que os indivíduos só possuem direitos jurídicos na medida em que estes tenham sido criados por decisões políticas ou práticas sociais expressas. A teoria liberal do direito, desenvolvida por Dworkin, sugere que os indivíduos podem ter outros direitos jurídicos além daqueles criados por uma decisão ou prática expressa, isto é, que eles podem ter direitos ao reconhecimento judicial de suas prerrogativas, mesmo nos casos difíceis, quando não existem decisões judiciais ou práticas sociais inequívocas que exijam uma decisão em favor de uma ou outra parte. Não há defesa da existência de um procedimento mecânico que possa demonstrar quais direitos políticos, preferenciais ou jurídicos, um indivíduo possui. Ao contrário, os ensaios enfatizam que existem casos difíceis, tanto na política quanto no direito, nos quais juristas criteriosos divergirão acerca de direitos e nos quais nenhum deles disporá de qualquer argumento que deva necessariamente convencer ao outro.

Já que os princípios são cânones abertos, dando margem a múltiplas interpretações, que levam a conclusões diversas, o que poderia ocasionar o questionamento ou enfraquecimento de determinado argumento jurídico, Robert Alexy, com base na teoria do agir comunicativo e com a ideia de democracia deliberativa, ambas de Habermas, as quais perfilham que a criação do direito só será legítima, por meio de processo democrático de construção, incluído neste a interpretação, apresenta, com arrimo na sua teoria da argumentação jurídica, regras de justificação externa e formas lógicas de argumento, dentre elas: a) interpretação das leis; b) ciência do direito (dogmática); c) uso de precedentes judiciais; d) racionalidade do processo de argumentação prática geral; e) argumentação empírica; f) formas especiais de argumentos jurídicos, como a analogia (CARDOSO, 2013, p. 171).

Embora o estágio atual da hermenêutica constitucional confira ao intérprete uma discricionariedade no campo da exegese¹⁰³, esta não pode ser confundida com arbítrio, havendo limites na criação do direito, como asseveram Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 144):

No âmbito jurídico, em geral, a idéia de se estabelecerem parâmetros objetivos para controlar e/ou racionalizar a interpretação deriva, imediatamente, dos princípios da certeza e da segurança jurídica, que estariam comprometidos se os aplicadores do direito, em razão da abertura e da riqueza semântica dos enunciados normativos, pudessem atribuir-lhes qualquer significado, à revelia dos cânones hermenêuticos e do comum sentimento de justiça.[...] Por isso é que, mesmo admitindo que todo texto, em princípio, comporta mais de uma interpretação, Umberto Eco defende a existência de critérios que permitam verificar a sensatez dessas interpretações e rejeitar as que se mostrarem indubitavelmente erradas ou clamorosamente inaceitáveis. Afinal de contas, como assinala Aulis Aarnio, no âmbito do Direito, o intérprete não pode pretender um resultado que só a ele satisfaça, até porque a interpretação jurídica é essencialmente um fenômeno social e, assim, deve alcançar um nível de aceitabilidade geral.

Ramos (2015, p. 122) explicita que as decisões judiciais são necessariamente criativas e inovadoras, não só porque procedem à concreção de uma norma abstrata, mas, principalmente, porque não se limita a reproduzir o que está nos textos paramétricos, os quais, muitas vezes, têm que ser adaptados, para poderem reger uma situação fática levada a

¹⁰³ Crítico da atividade criativa de interpretação com base principiológica, Eros Graus (2016, p. 140-141) reflete: “O modo de pensar criticamente que me conduz convence-me de que o modo de ser dos juristas, juízes e tribunais de hoje – endeusando princípios, a ponto de justificar em nome da justiça, uma quase discricionariedade judicial – compõe entre os mais bem acabados mecanismos de legitimação do modo de produção social capitalista. Decidir em função de princípios é mais justo, encanta, fascina e legitima o modo de produção social. Aquela coisa weberiana da certeza e segurança jurídicas sofre, então, atenuações; evidentemente, no entanto, apenas até o ponto em que não venha a comprometer o sistema. [...] Até então terei medo dos juízes (acaso continuarei a nutri-lo, esse medo, após então?), tenho medo do direito alternativo, medo do direito achado na rua, do direito achado na imprensa [...]”.

juizamento pelo Judiciário, porém, baseado em lições de Kelsen, assevera que a discricionariedade judicial é mais limitada que a legislativa.

Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 117-118), tecendo considerações sobre poder criativo do Juiz, destaca algumas apontamentos, dentre eles:

[...] • a criatividade judicial, ao invés de ser um defeito, do qual há de se livrar o intérprete/aplicador do direito, constitui uma qualidade essencial, que ele deve desenvolver racionalmente; • a interpretação criadora é uma atividade legítima, que o juiz desempenha — naturalmente — no curso do processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio, que deva ser coibido porque, supostamente, estaria situado à margem da lei; [...] • a compreensão de qualquer preceito jurídico depende da pré-compreensão do intérprete sobre a coisa ou o referente fundamental a que chamamos Direito, e que o legislador procura nos comunicar através dos enunciados normativos; • toda norma só vigora na interpretação que lhe atribui o aplicador legitimado a dizer o direito; [...] • a vontade do legislador não é um ato voluntário, completamente produzido no momento em que dá origem à lei, mas uma energia que a regenera de modo contínuo, como se estivesse a (re)produzi-la numa gestação infinita; • a interpretação jurídica não consiste em pensar de novo o que já foi pensado, mas em saber pensar até ao fim aquilo que já começou a ser pensado por outrem; • esse fim, entretanto, não existe de fato, porque toda norma, como objeto cultural, está sempre aberta a novas interpretações; • sem o trabalho de mediação e de concretização, que se impõe ao intérprete-aplicador, este não realiza o ideal de justiça, que consiste em dar a cada um o que é seu.

Cappelletti (1993, p. 73-82) considera que, do ponto de vista substancial, tanto o juiz e o legislador têm ínsito em suas atividades o poder de criar o Direito, porém, a grande diferença entre estes poderes criativos está no procedimento de criação. O legislador, pela própria atividade que exerce de representação popular, tendem a agir direcionado a atender interesses de um determinado grupo, sem que seja dada oportunidade de contraditório ao grupo com interesses antagônicos. Já o magistrado tem o dever nato de imparcialidade, de não agir de ofício, de se manter neutra em relação às partes e de deferir o contraditório. Nesta vertente, arremeta:

O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e ‘ativista’ e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz (CAPPELLETTI, 1993, p. 74).

Ainda que haja críticas sobre alguma forma ou método interpretativo, bem como sobre os limites da atividade do exegeta, é fato que a Constituição não passa a ser apenas um sistema em si, com suas normas ordenadas em um diploma formal, mas também se apresenta como um instrumento de interpretação dos outros ramos do Direito, como bem leciona Barroso (2013, p. 346):

Este fenômeno de constitucionalização do direito infraconstitucional, também apelidado de filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito em geral – civil, penal, processual, administrativo – não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.

Percebe-se diante do que foi exposto neste tópico que, hodiernamente, a atividade do juiz de dizer o direito não se resume à operação mecânica de subsunção do fato ao comando legal, tem-se a Constituição como o centro da interpretação, dotada de força normativa, precisando o intérprete ter as lentes focadas no Texto Maior, fazendo uma filtragem constitucional da norma hierarquicamente inferior. Os princípios constitucionais expressos e implícitos permitem, com sua abertura semântica, uma maior elasticidade interpretativa, porém esta não pode ser ilimitada ao ponto de não ser aceitável sob a ótica da razoabilidade, devendo o magistrado expor sua argumentação jurídica e empírica, com respaldo na dogmática do Direito, permitindo a fiscalização do percurso intelectual percorrido.

Não há nesta postura hermenêutica um desprezo pelo sistema de subsunção do fato à regra jurídica, esta operação mais simples deve ser prestigiada, quando a norma infraconstitucional está em conformidade com os direitos e garantias fundamentais estatuídos na Constituição, devendo sempre se prestigiar o princípio da conservação das normas jurídicas, com as técnicas interpretativas e de decisão, no entanto não deve o jurista dar primazia ao princípio da legalidade, quando a lei está eivada do vício da inconstitucionalidade, devendo, nestes casos, ser respeitada a força normativa da Constituição.

5.2 O princípio da separação dos poderes e o ativismo judicial

A construção e sedimentação do princípio da separação de poderes teve a contribuição de vários filósofos, ao longo da história. Aristóteles, na *Política*, como forma de organização da *poli*, inspirado na república ateniense, pregava a existência de três funções: deliberativa, executiva e judicial. A deliberativa era exercida pela Assembléia de Cidadão e tinha a missão de fabricar leis. A judicial era desempenhada pelos juízes e tribunais, os primeiros decidindo matérias sobre a unidade política e os segundos, julgando os delitos e aplicando as penalidades. Aristóteles, em nenhum momento, sugeriu a separação das funções por quem iria exercê-las, apenas delimitou a existência tríade das funções estatais (FERREIRA FILHO, 2015, p. 67).

A proposta de divisão de poderes parece ter surgido primeiro na república romana, com o sistema de contraposição de poderes entre o do Senado, os dos cônsules e o do povo nas *comitia*. Locke, no final do século XVII, no segundo tratado de Governo Civil, diferencia também três funções: legislativa; executiva e a federativa. A primeira cabia tanto ao legislador como ao juiz. Isso se dava pela inspiração de Locke no sistema inglês da *common law*. Já a federativa era a responsável pela a realização de alianças internacionais. O renomado filósofo inglês também recomendou a separação entre a função legislativa e as outras duas funções, devendo a executiva e federativa ser exercida por um mesmo órgão, pois ambas importam na força armada, cuja divisão é perigosa fonte de conflitos. Locke também foi o pioneiro a pregar a indelegabilidade das funções, mas foi com Montesquieu em sua obra clássica o “Espírito das leis”, que, efetivamente, discorre sobre a doutrina da separação de poderes, destacando-se o executivo, o legislativo e o judiciário (FERREIRA FILHO, 2015, p. 68-69).

A teoria do mestre francês tinha como finalidade imprimir um sistema de freios e contrapesos, equilibrado, de modo que um poder pudesse conter o outro em caso de abusos. Sua base teórica consistia no anúncio da existência de três funções (legislar, administrar e julgar), que estas fossem exercidas por órgãos ou poderes distintos, que os poderes fossem independentes, mas não de forma absoluta. Também perfilhava que nenhum poder deveria ter a exclusividade do exercício de cada função. A ideia era criar um mecanismo para se ter um governo limitado, moderado, respeitoso dos direitos fundamentais e apto à realização do interesse geral (FERREIRA FILHO, 2015, p.70).

Destacando a evolução do princípio da separação de poderes e sua atual faceta contemporânea, pertinente as considerações de Ferraz (1994, p. 224):

O objetivo final de Montesquieu, a limitação ao poder, permanece válido. Prova disto é que vem sobrevivendo nos textos constitucionais. É preciso adaptá-lo às novas circunstâncias históricas, porém, não ao ponto de desfigurá-lo totalmente. É preciso manter um mínimo de divisão funcional e um mínimo de especialização de funções. A identificação das funções estatais, embora esteja modificada e distante da formulação original, continua seguindo a tripartição de poderes. A separação de poderes ainda se apresenta válida no seu essencial, porém, num contexto e espaço completamente outros. A separação de poderes evoluiu de uma estrita separação para uma separação atenuada de freios e contrapesos, desembocando numa terceira fase de interferências, mais ou menos acentuadas mas sempre limitadas, entre os poderes.

Imbuído do mesmo pensamento, perfilhando o poder do juiz na criação do Direito, Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 118) alerta para a necessidade de encarar o princípio da separação de poderes em uma nova formatação, sem a rigidez do passado, pois, hodiernamente, não vigora mais a desconfiança de outrora sobre o poder do monarca, senão vejamos:

• à luz do conhecimento histórico, pode-se dizer que a experiência do absolutismo e a desconfiança nos magistrados do rei foram causas determinantes da dogmatização ou do endurecimento do princípio da separação dos poderes; • a consolidação do Estado de Direito, em cujo âmbito tem-se mostrado eficaz o sistema de freios e contrapesos, afigura-se como razão suficiente para que se aposente essa velha camisa-de-força. [...] Adotada essa postura aberta, impõe-se reconhecer que o paradigma da separação dos poderes, pelo menos em sua configuração inicial, entrou em crise há muito tempo e que isso aconteceu, precisamente, porque foi ultrapassada a conjuntura jurídico-política em que viveram Locke e Montesquieu, os seus mais conhecidos formuladores. Superada essa fase da sua evolução histórica — fase dialeticamente absorvida, conservada e transformada nas etapas seguintes, que dependem daquele estágio inicial para o seu próprio desenvolvimento —, cumpre repensar o paradigma da separação dos poderes em perspectiva temporalmente adequada, porque a sua sobrevivência, como princípio, dependerá da sua adequação, como prática, às exigências da sociedade¹⁰⁴.

O princípio da separação de poderes possui um núcleo intangível¹⁰⁵, integrado por suas facetas de moderação, racionalização e limitação do poder político-estatal no interesse da liberdade (PIRRAÇA, 1989, p. 26). A principal função do princípio da separação de poderes é evitar a instalação instâncias hegemônicas, não sujeitas a controle. Presente no art.60, §4º, inciso III, da CF, este só será considerado transgredido se houver intensa concentração de funções em um poder, revestindo-se este de absolutez ou de determinada inovação a esvaziar a independência orgânica de um poder e de suas competências típicas (BARROSO, 2015, p. 209-210).

Sabendo-se que na conjectura atual, cada poder executa suas funções típicas, mas, de forma excepcional, exerce as funções dos outros, inclusive a função de legislar não é exclusiva do Poder Legislativo, excepcionalmente, com arrimo na Constituição, o Executivo e o Judiciário também legislam. Nessa perspectiva, Habermas (2012, p. 243) leciona que a criação do Direito não é exclusividade de nenhum dos poderes:

Se considerarmos as coisas pelo lado empírico, constataremos que há várias instituições envolvidas nessa produção e reprodução do direito em sociedades como a nossa, que preenchem simultânea e respectivamente várias funções. No Estado democrático de direito, compete à legislação política a função central. Dela participam, não somente partidos, eleitorado, corporações parlamentares e governo, mas também a prática de decisões dos tribunais e das administrações, na medida em que estes se autoprogramam. A função de aplicação das leis não é só assumida apenas por instâncias da jurisdição no horizonte da dogmática jurídica da esfera

¹⁰⁴ No mesmo sentido J.J Gomes Canotilho (2003, p. 556-557): “a separação e interdependência não é um esquema constitucional rígido, mas apenas um princípio organizatório fundamental. Com tal, não há que se perguntar pela sua realização estrita nem há que considerá-lo como um dogma de valor intemporal”.

¹⁰⁵ “Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde a um titular principal, sempre se coloca um problema de saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resultem esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. Que dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial” (CANOTILHO, 2003, p. 559).

pública jurídica, mas também, por administrações. A função de execução das leis é exercida pelo governo e pela administração, indiretamente também por tribunais. Uma parte destas funções jurídicas é delegada pelos órgãos do Estado a corporações privadas ou semipúblicas.

A expressão ativismo judicial tem ganhado conotação pejorativa em razão da atuação da Suprema Corte norte americana entre 1954 e 1969, onde houve uma grande mudança da prática política, por uma jurisprudência progressista na seara dos direitos fundamentais, associando a referida terminologia a uma prática negativa do Poder Judiciário norte-americano¹⁰⁶, no entanto o ativismo judicial, em seu sentido denotativo, é indicativo de uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, sem muitas vezes, existirem confrontos, mas apenas o preenchimento de vácuos funcionais.

Um dos exemplos dessa postura ativa é a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativo emanados do Legislativo. O oposto do ativismo judicial é a autocontenção, que procura reduzir a interferência do Judiciário, tendo como vertente a forte deferência em relação às ações e omissões dos Executivo e Legislativo. Já o ativismo judicial, procura extrair, ao máximo, efetividade das normas constitucionais, por meio de trabalho interpretativo, desembocando em um poder criativo do juiz¹⁰⁷ (BARROSO, 2015, p. 441-443).

Várias críticas são feitas a este expansionismo da atividade judiciária: **a) crítica política-ideológica**, consistente na assertiva que a declaração de inconstitucionalidade de uma

¹⁰⁶ “Nos Estados Unidos, o problema passa a ser formulado a partir do final da Segunda Guerra sob a forma do ativismo judicial, e se torna central no debate político desde o final dos anos 1960. Arthur Schlesinger teria utilizado pela primeira vez o termo, em artigo na revista *Fortune*, em 1947, para distinguir os juízes da Suprema Corte em dois campos, do ativismo e da autocontenção. Ele alertava sobre os perigos do ativismo judicial para a democracia e sustentava que o Judiciário só deveria intervir quando se tratasse de defender os direitos políticos. Os termos fundamentais do problema já estavam postos: juízes não eleitos versus leis promulgadas democraticamente; julgamentos fundados em princípios ou voltados a resultados; uso estrito ou criativo dos precedentes; supremacia da democracia versus direitos humanos; direito versus política (SCHLESINGER *apud* KMIEC, 2004, p. 1444-1449). O termo já adquiria carga valorativa por colocar o problema da forma apropriada de decisão judicial em relação às prerrogativas das outras instituições governamentais. O ativismo era adotado do ponto de vista do observador, era associado ao pragmatismo e ao progressismo político e tinha sentido positivo por valorizar juízes que utilizavam o judicial review para salvaguardar os direitos básicos na democracia. É a partir das decisões da Corte Warren, em especial *Brown v. Board of Education*, de 1954, que o termo recebeu conotação negativa geral e passou a ser crescentemente utilizado, inclusive pelos próprios juízes, para criticar as decisões judiciais” (KOERNER, 2016, p. 233-255).

¹⁰⁷ Para Ramos (2015, p. 119 e p. 131-132), o ativismo judicial se refere: “à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional. Em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. [...] Não se pode deixar de registra mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede controle de constitucionalidade) quanto a seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas”.

norma é atividade de cunho político, não sendo os juízes agentes públicos eleitos pelo povo, portanto, faltando-lhes legitimidade para tal finalidade, bem como que o Judiciário é integrado por uma elite tradicional que reage contra de democracia, indo de encontro à participação popular e a política majoritária; **b) crítica à capacidade institucional**, aqui suscita a hipóteses que o juiz, muitas vezes, não tem a capacidade técnico-científica para decidir sobre determinadas matérias nem de antever as consequências de suas decisões em diversos segmentos da sociedade; **c) crítica quanto à limitação de debate**, a seara jurídica é marcada por um discurso científico, com métodos e linguagem próprios, não acessíveis ao entendimento geral da população, o que elitiza o debate, não eliminado este problema a realização de audiências públicas, a intervenção dos *amicus curiae* e as ações de constitucionalidade propostas por entidades da sociedade civil. Por outro lado, os juízes movidos por paixões ou pelo exibicionismo, muitas vezes, deixam a racionalidade argumentativa, para se enveredar em um debate de confronto político.

Apesar da existência do relevante debate teórico e acadêmico, em torno da impossibilidade de interferência do Poder Judiciário sobre os aspectos formais e materiais dos atos normativos fabricados pelo Legislativo e sancionados pelo Executivo, sob a alegação de que os juízes e membros dos tribunais não são eleitos pelo voto popular, sendo, portanto, as decisões tomadas pelos atores envolvidos no processo legislativo, integradas com maior carga representativa da vontade popular¹⁰⁸, pelo menos no plano normativo positivista constitucional brasileiro, não há espaço para germinação desta tese, sendo frontalmente afastada pela previsão do art. 97, do art. 102, I, a, III, a, b, c, § 2º, todos da CF, bem como no plano normativo infraconstitucional pela Lei de nº 9.868/99, pela Lei nº 9.882/99 e pelo art. 948 do CPC¹⁰⁹, onde se percebe a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro do controle misto

¹⁰⁸ Em relação ao constitucionalismo *versus* democracia e à possibilidade de revisão judicial das decisões do Parlamento, por exemplo, Hüber Mendes e Jeremy Waldron consideram que a lei, produto do processo legislativo, é integrada por uma carga decisória mais democrática, pois é fruto de um complexo processo deliberativo, que não oculta nem disfarça as divisões e conflitos que circulam sua produção, possuindo o Legislativo maior legitimidade para decidir em circunstâncias de desacordos morais. Já Ronald Dworkin, sem desmerecer o caráter democrático das deliberações do Legislativo, encara o Judiciário, como um ambiente com maior independência funcional, por ser menos suscetível de ser contaminado por interesses coletivos da sociedade, estando mais apto para julgar o mérito das decisões coletivas, por meio de argumentos de princípio- leitura moral da constituição- e não baseado em argumentos políticos (MENDES, 2008, p. 79-87).

¹⁰⁹ Não se pode olvidar da presença no plano normativo positivado a figura do Recurso Extraordinário, com Repercussão Geral, com previsão normativa nos seguintes diplomas: art.102, § 3º, da CF/1988, arts. 1.035 e 1.036, ambos do CPC, Arts. 13, 21, 38, 57, 59, 60, 67, 78, 322-A, 323-A, 324325-A, 328, 328-A, todos do RISTF, ao qual o Plenário do STF já reconheceu ser dotado eficácia vinculante e *erga omnes*, após o esgotamento das instâncias ordinárias (Rcl 12.600 Agr, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 17.11.2011, Processo Eletrônico, Dje-232, Divulgado em 06-12-2011, Publicado em 07-12-2011), até porque a própria inconstitucionalidade do preceito secundário do § 1º-B do art. 273 do CP é objeto do RE nº 979.962/RS, já com repercussão geral conhecida, estando pendente de julgamento, visando uniformizar a interpretação constitucional, sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional.

de constitucionalidade, diante da possibilidade tanto do controle difuso e concentrado dos atos normativos¹¹⁰.

É verdade que a atuação do Judiciário no controle de constitucionalidade dos atos normativos emanados do processo legislativo faz brotar uma tensão entre constitucionalismo *versus* democracia, entre soberania popular e soberania da constituição, entre maioria e minorias e entre Judiciário *versus* Legislativo, porém esse tensionamento funciona como um viés para o próprio aperfeiçoamento do sistema como todo em prol da coletividade, haja vista que é da própria essência do princípio da separação dos poderes, a manutenção de um equilíbrio, por meio de um controle fiscalizatório de um poder em relação ao outro¹¹¹.

Na verdade, nesse eixo de tensão entre democracia, constituição e jurisdição constitucional, existem em síntese dois blocos distintos de teorias: as procedimentais, as quais dão ênfase à representatividade do povo soberano e as substantivas, que são calcadas nos valores insertos na Constituição. As primeiras privilegiam a regra da maioria, defendendo, acima de tudo, o procedimento democrático, a participação política, o processo deliberativo justo, nessa vertente, as decisões judiciais no exercício da jurisdição constitucional, carecem de legitimidade, porque os juízes não são eleitos pelo povo. As segundas, por sua vez, preocupam-se com os valores da sociedade estabelecidos na Constituição, com o respeito aos direitos e garantias fundamentais, ainda que em prol da minoria, ou seja, conferem legitimidade democrática às decisões do Judiciário desde que encontrem fundamento nos princípios expressos ou implícitos vigentes em ordenamento jurídico de um Estado,

¹¹⁰ Nesse sentido, leciona Barroso (2009, p. 64-67) sobre o sistema de controle de judicial de constitucionalidade na Constituição de 1988: “A Constituição de 1988 manteve o sistema eclético, híbrido ou misto, combinando o controle por via incidental e difuso (sistema americano), que vinha desde o início da República, com controle por via principal e concentrado, implantado com a EC n. 16/65 (sistema continental europeu). [...] O controle incidental difuso passou se ser previsto de forma expressa, porém oblíqua, na disciplina do cabimento do recurso extraordinário, da qual decorre a inequívoca possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por juízes e tribunais. Já o controle principal (por ação direta) e concentrado contemplou duas possibilidades distintas, sendo exercido: a) perante o Supremo Tribunal Federal, quando se tratar de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal — e, já agora, também da ação direta de constitucionalidade, instituída pela EC n. 3/93 (art. 102, I, a); b) perante o Tribunal de Justiça do Estado, quando se trata de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, 2º). [...] Portanto, há no Brasil o controle incidental, exercido de modo difuso por todos os juízes e tribunais, e o controle principal, por via de ação direta, de competência concentrada no Supremo Tribunal Federal, consoante segundo elenco: a) ação direta de inconstitucionalidade (genérica) (art.102, I, a); b) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); c) ação declaratória de constitucionalidade (art.102, I, a); d) ação direta interventiva (art. 36, III); d) arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º)”.

¹¹¹ Também no mesmo sentido, o STJ: “3. A Teoria da Separação dos Poderes, que remonta ao filósofo iluminista e escritor francês Charles-Louis de Secondat, Barão de Montesquieu, imortalizado em sua obra *Do Espírito das Leis*, exige, para sua equilibrada aplicação, o chamado Sistema de Freios e Contrapesos, ou checks and balances, de modo a que ocorra um controle do poder pelo próprio poder, em que cada setor deve ser autônomo no exercício de sua função, sendo um, no entanto, controlado pelos demais” (BRASIL, 2018a).

prestigiando-se a supremacia da Constituição em detrimento de decisões políticas majoritárias (NASCIMENTO, 2012, p. 121-123).

Vale registrar que, como reflexo desse sistema equilibrado e harmônico de freios e contrapesos entre os três poderes da República, o próprio Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o art. 102, § 2º, da CF, reconheceu que o efeito vinculante derivado do controle concentrado de constitucionalidade não alcança o Poder Legislativo, o qual pode editar ato normativo em sentido contrário à decisão judicial, não havendo o engessamento do Legislativo diante do que for decidido em sede de controle de constitucionalidade¹¹².

Arabi (2015, p. 47), contra argumentando a tese de John Hart Ely, explicitada na sua obra *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*, perfilhando que a possibilidade de juízes interferirem em direitos e valores morais da sociedade, por meio de interpretações, ser uma atividade antidemocrática, argumenta:

Não obstante, é possível, na linha do que diz John Hart Ely por exemplo, afirmar que embora as limitações constitucionais e o exercício de sua guarda pelas cortes constitucionais pareçam, a princípio, antidemocráticas, elas são apenas antimajoritárias, reforçando o regime democrático no seu aspecto de inclusão e igualdade. Nesse sentido, qualquer ato legislativo que ameace os citados núcleos intocáveis das constituições (direitos fundamentais, separação de poderes, federalismo, etc.) constitui, em verdade, uma ameaça ao regime democrático, por maior que eventualmente seja seu apoio popular entre as majorias eleitorais. Assim, ao retirarem vigência e validade de tais normas, as cortes, por meio do exercício do controle de constitucionalidade, reforçam sim o sistema democrático, embora contrariem um traço fundamental de tal regime: o aspecto majoritário.

Uma vez que o tema do presente trabalho versa sobre a inconstitucionalidade parcial de um ato normativo à luz de princípios constitucionais, tendo em vista que a conclusão pela (in)constitucionalidade passa pela ponderação entre bens jurídicos em rota de colisão, aqui, genuinamente entre a liberdade individual *versus* proteção à saúde pública, pertinente a análise sob o enfoque do constitucionalismo discursivo sobre os elementos que o compõe: ponderação; jurisdição constitucional e representação.

¹¹² Na Rcl/Agr nº 2717/MG, tendo como Relator o Ministro Cezar Peluso, o Pleno do STF, por unanimidade, não reconheceu a vinculação do Legislativo em relação às suas decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade, caso contrário, na expressão do Relator haveria a fossilização da Constituição, isto é, o engessamento do Poder Legislativo, o qual tem a missão precípua de legislar, para atender a necessidades contemporâneas da sociedade. (Rcl 2617 AgR, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 23.02.2005, DJ 20.05.2005 PP-00007 ementa vol. 02192-02 pp. 00314 RTJ Vol-00193-03 PP-00858). O que explica Novelino (2016, p. 201) em relação às decisões definitivas em sede de controle abstrato de constitucionalidade: “A decisão também não vincula o Poder Legislativo em sua função típica de legislar, razão pela qual, em tese, poderá ser elaborada nova lei com conteúdo idêntico ao ato já declarado inconstitucional”.

Dentre as críticas que se fazem ao método da ponderação é de ser um procedimento irracional, com espaço ao subjetivismo ilimitado¹¹³. Já em relação à jurisdição constitucional, faz-se a ressalva de que os juízes não possuem legitimidade democrática direta para realizar o controle de constitucionalidade, porque não foram eleitos pelo povo nem estão sujeitos ao controle daquele pelo instituto da reeleição, porém, em contrapartida, tais críticas são também refutáveis, quando se leva em consideração a possível existência de uma representação por meios argumentos autênticos, ao lado da genuinamente democrática, pois na representação argumentativa, defende-se que, na jurisdição constitucional, nem todos os meios são válidos para atingir um fim desejado, uma vez que é possível se distinguir argumentos jurídico-constitucionais bons de ruins ou melhores de piores. Em outras palavras, o Judiciário seria dotado de pessoas racionais capazes de decidir com bases em argumentos válidos ou corretos, estando aberta a possibilidade que um número considerável de cidadãos aceitem os argumentos da decisão como válidos ou corretos (ALEXY, 2015, p.155-165).

No atual estágio de modernidade do Estado e da Sociedade, a ideia de democracia não se resume apenas à possibilidade de eleger representantes ou a participação de instituições formais no processo eleitoral, mas abraça também o debate público de ideias, teorias, fatos e informações, confrontando com os valores constitucionais, o que acaba racionalizando e revestindo de maior legitimidade as decisões políticas (BARROSO, 2013, p. 347).

Esta modalidade de democracia deliberativa tem o poder de maturar também as decisões judiciais, as quais podem trazer em seu bojo argumentos racionais e legítimos, que embora possam sofrer discordância por um segmento, grupo social ou por uma parcela da sociedade, porém ficam livres da pecha da ilegitimidade ou irracionalidade, por serem frutos de um debate social ou jurídico, este último realizado dentro do processo judicial, no qual as partes podem expor seus argumentos pelo exercício do contraditório, cabendo ao juiz decidir pela ponderação daqueles, com o olhar e o raciocínio voltados também para os direitos fundamentais.

Quanto às críticas sobre a atuação do judiciário no ângulo da jurisdição constitucional, com a finalidade de contra-argumentar, ressalta-se, com base na formatação do sistema jurídico brasileiro que: **a)** em relação aos juízos monocráticos, vale destacar que o ingresso na magistratura se dá mediante a realização de concurso público e de provas e títulos (art. 93, I,

¹¹³ Jürgen Habermas, dentro da sua teoria do agir comunicativo, critica a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, apontando falhas na utilização da regra da proporcionalidade, para o alcance de resultados racionais. Habermas perfilha que ao adaptar valores sob a forma de princípios jurídicos e assim concretizá-los, o Tribunal Constitucional estaria se transformando numa instância autoritária, pois quando os princípios entram em rota de colisão, todas as razões podem ser utilizadas como argumentos e perseguição de fins, o que leva ao enfraquecimento da compreensão deontológica de normas – entre elas, os princípios. Assim, a obrigatoriedade fica preterida em nome das possibilidades de otimização (HABERMAS, 2012, p. 314-323).

CF), o que favorece a seleção de agentes públicos com capacidade técnica e imparcialidade (arts. 252/256 do CPP, arts. 144/147 do CPP, art. 8º do Código de Ética da Magistratura Nacional), haja vista que na seara jurídica não há aquela preocupação típica de “estar de bem com o eleitor”, o que, muitas vezes, faz com que se atenda ao interesse da maioria, mas sem respeito aos direitos fundamentais estabelecidos em prol da minoria, sabendo que a autêntica democracia é composta destas duas facetas majoritária/minoritária, principalmente em sociedades como a nossa, pluri-ideológicas (art. 17, *caput*, CF), multicultural e ainda desnivelada no plano da igualdade (art. 3º da CF); sendo necessário coexistência digna de interesses de vários segmentos ou classes (art. 4º da CF); **b)** quanto aos integrantes dos tribunais, estes são oriundos não apenas da própria classe da magistratura, promovidos pelos critérios de antiguidade e merecimento, e, ainda, com uma parcela das cadeiras reservadas ao membros no Ministério Público e à Ordem dos Advogados do Brasil, o que proporciona um colegiado técnico, com membros experientes, numa formação eclética, em um ambiente propício para um debate plural, racional e com amadurecimento de ideias (art. 93, II, III e IV, art. 107, I e II, art. 115, *caput* e I, art. 119, art. 123, art. 125, §1º e 3º, todos da CF); **c)** em relação à formação dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal, a escolha de seus integrantes passam pelo pela escolha do Presidente da República e pela maioria absoluta do Senado Federal, ou seja, representantes do povo participam do processo de seleção dos integrantes daqueles Tribunais, o que introduz legitimidade as decisões de seus integrantes (art. 101 e art. 104, ambos da CF); **d)** a alegação de o Judiciário ser composto de elites tradicionais que operam contra a democracia não tem fundamento, pois o ingresso é dado por seleção, seja com base na meritocracia (concurso público) ou na reputação ilibada e no notável saber jurídicos, avaliados por chefes do executivo e por parlamentares; **e)** a ideia de um direito autopoietico está superada, hodiernamente, o ordenamento jurídico permite a participação de terceiros ou de técnicos em outras áreas da ciência, com a finalidade de auxiliar o magistrado na formação do seu convencimento sobre a matéria, posta em julgamento, assim, a falta de capacidade técnica em algumas áreas do conhecimentos seria suprida por estes instrumentos ou institutos posta à disposição do juiz no julgamento da lide, permitido o seu diálogo com outras ciências, suprimindo eventual falta de expertise em determinado assunto (art.138, art. 370, art. 465, art. 469, art. 471, arts. 479/480, art. 948, § 3º, todos do CPC, art. 8º, §1º e 2º, art. 20, §1º e 2º, todos da Lei nº 9.868/1999) **f)** apesar de o Direito ser marcado com um jogo de palavras próprio, uma técnica interpretativa peculiar e um sistema de valoração específico, a falta de entendimento da população sobre os conteúdos das decisões tem diminuído progressivamente, graças à divulgação da imprensa, qual tem se

debruçado para esmiuçar o conteúdo das decisões e suas consequências, com um linguajar acessível à população, como um todo, ajudada pela internet e redes sociais, as quais com suas multifunções, não têm deixado de registrar a atuação do Judiciário, explicando à sociedade o porquê e os efeitos práticos das decisões judiciais, revelando, ainda, muitas vezes, o que acontece nos bastidores dos órgãos judiciais. Percebe-se que este conjunto de características do Judiciário brasileiro, afasta ou pelo menos faz perder força a argumentação de ilegitimidade das decisões judiciais no plano da jurisdição constitucional.

É inegável que a Constituição Federal confere ao legislador uma margem ampla de ação para selecionar os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Contudo, em outro giro, constando-se omissões ou medidas legislativas que excedem os limites impostos pela Constituição - o que poderá ser aferido com arrimo no princípio da proporcionalidade, como proteção deficiente ou como proibição de excesso - deverá o Judiciário exercer um rígido controle sobre a atividade legiferante, declarando a mora legislativa ou a inconstitucionalidade de leis penais violadoras de princípios constitucionais, sabendo-se que é dever dos três poderes da República a obediência e a proteção aos direitos fundamentais.

Nesse espectro, abre-se a possibilidade de o Judiciário na sindicabilidade da atividade legislativa, avaliar, sob a luz do regramento constitucional e dos dados da realidade que serviram de suporte fático, a omissão ou a ação normativa do legislador, para se constatar ou não a sustentabilidade e justificação de sua inércia ou agir normativo, bem como averiguar a proporcionalidade da pena cominada com a gravidade de um delito, com o grau de culpa do transgressor e com a intensidade da ofensividade ao bem jurídico tutelado, para concluir pela justiça ou não da sanção, haja vista que o tipo penal e suas consequências jurídicas devem estar racionalmente correlacionadas sob o crivo da proporcionalidade e da razoabilidade.

Nesse sentido, uma das funções do Judiciário é, portanto, fiscalizar a legitimidade constitucional da atuação do legislador em matéria penal, com base na estrutura do princípio da proporcionalidade e/ou da razoabilidade, graduando-se, por meio da linha de raciocínio, traduzida na matemática, como uma progressão aritmética, isto é: quanto mais intensa seja a intervenção legislativa penal em um direito fundamental, mais intenso deve ser o controle de sua constitucionalidade¹¹⁴, sabendo-se que a cominação legal de uma pena mínima de 10 (dez anos) pelo art. 273, §1º-B, do CP representa inegável grau elevado de interferência no direito

¹¹⁴ Conforme Alexy (1999, p. 78), quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que o justificam”.

fundamental de liberdade do indivíduo, diante de condutas com baixo grau de ofensividade à saúde pública.

Cabe ressaltar também que o próprio art. 5º, inciso XXXV, da CF¹¹⁵ preconiza a inafastabilidade do controle jurisdicional, sendo cláusula pétrea, de modo que nem sequer a ameaça de lesão pode ser afastada da apreciação do Judiciário, quando provocado. Nessa linha, uma violação a direitos fundamentais e/ou a garantias constitucionais, ainda que cometida pela fabricação de uma norma infraconstitucional com a participação dos outros poderes, uma vez judicializada a violação, impõe-se o dever de correção pelo magistrado, haja vista que nosso sistema opera sob o manto da proibição do *non liquet*¹¹⁶, devendo haver solução judicial, ainda, que seja em casos em que a resposta jurídica não seja encontrada em uma simples operação mecânica de subsunção do fato à norma, mas sim por uma interpretação sistemática, tendo como foco principal o plano da superioridade das regras constitucionais e sua força normativa. Já a imparcialidade no julgamento da causa estaria preservada, pois o Judiciário não estaria agindo de ofício, mas por provocação.

5.3 A combinação de leis, as técnicas interpretativas e de decisão no controle de constitucionalidade

Na seção 1.4 item deste trabalho, demonstrou-se que o entendimento atual do STJ é pela inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, §1º-B, do CP, apresentando como solução, que seja aplicada a pena em abstrato de outros tipos penais, com uma inclinação maior para que incida o preceito secundário do crime de tráfico de entorpecentes do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Neste tópico, pretende-se responder a algumas indagações pertinentes sobre essa problemática jurídica: **a)** poderia o Judiciário declarar a inconstitucionalidade parcial do tipo do art. 273, §1º-B, do CP, fulminando apenas a pena em abstrato? **b)** Isto representaria uma ofensa ao princípio da separação de poderes, com a atuação do judiciário como legislador positivo? **c)** Qual a melhor solução do ponto de vista de preservação de alguns direitos fundamentais preconizados na CF/1988? Antes de se analisar pela possibilidade, em nível doutrinário, pela combinação de leis penais, pertinente consignar a caminhada jurisprudencial do STJ e do STF sobre o tema.

¹¹⁵ “Art.5º [...], XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (BRASIL, 1988, art. 5).

¹¹⁶ O art. 140 do CPC estabelece: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. [...]” (BRASIL, 2015b).

O STJ possui a Súmula 501 que veda a combinação de leis. Tal preceito sumular nasceu da divergência existente, dentro do próprio Superior Tribunal de Justiça, entre a Quinta e Sexta Turma, sobre a possibilidade de aplicar a fatos acontecidos sob a égide da Lei nº 6.368/76, antiga Lei de Tóxicos, onde o art. 12, caput, da referida Lei, cominava pena de 3 a 15 anos de reclusão para o crime de tráfico, passando a nova Lei de Tóxicos, Lei nº 11.343/2006, prever pena de 5 a 15 anos, em seu art. 33, caput, porém trazendo uma causa de diminuição de pena, para os réus primários, de bons antecedentes e não dedicados às atividades criminosas nem que integrassem organização criminosa, a qual não era prevista na Lei nº 6.368/76. Com essa sucessão de leis no tempo, para os fatos acontecidos na vigência da antiga Lei de tóxicos, vários réus requereram que se aplicasse o caput do art. 12 da Lei nº 6.368/76, por trazer pena mínima mais branda que a do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, porém com incidência retroativa da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos, o que foi acatado, inicialmente, pela Sexta Turma do STJ e negada pela Quinta Turma do mesmo Tribunal Superior, sendo a matéria pacificada em sede Recurso Repetitivo, Resp. 1.117.068/PR, sucedido pela Súmula 501, a qual veda a combinação das referidas Leis, sob o fundamento que se estaria criando uma terceira lei, o que é vedado ao Judiciário, o qual não se pode comportar como legislador positivo em ofensa ao princípio da separação dos poderes e da reserva legal¹¹⁷. Pertinente a transcrição da posição antiga da Sexta Turma pela possibilidade da combinação de leis e do referido Recurso Repetitivo, bem como do preceito sumular citado, estes dois últimos negando tal possibilidade:

[...] 1. É imperativa a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976, em obediência aos comandos constitucional e legal existentes nesse sentido. Precedentes. 2. Não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei 6.368/76 com o parágrafo 4º da Lei 11.343/06, não havendo óbice a essa solução, por se tratar de dispositivo benéfico ao réu e dentro do princípio que assegura a retroatividade da norma penal, constituindo-se solução transitória a ser aplicada ao caso concreto. [...] (BRASIL, 2008).

[...] 4. Desde que favorável ao réu, é de rigor a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, quando evidenciado o preenchimento dos requisitos legais. É vedado ao Juiz, diante de conflito aparente de normas, apenas aplicar os aspectos benéficos de uma e de outra lei, utilizando-se a pena mínima prevista na Lei n.º 6.368/76 com a minorante prevista na nova Lei de Drogas, sob pena de transmutar-se em legislador ordinário, criando lei nova (BRASIL, 2012d).

¹¹⁷ O julgado da Sexta Turma, que inaugurou no diapasão pela possibilidade de combinação de leis diversas, foi o HC 92.266/RJ, julgado em 25.03.2008, onde a referida Turma manteve este posicionamento até o julgamento do Recurso Repetitivo, Resp. 11.170.668/PR, julgado pela Terceira Seção, em 26.10.2011, a qual proibiu a mescla das Leis de nº 6.368/76 e de nº 11.343/2006, onde mais tarde a Súmula 501 do STJ, datada de 23.10.2013, veio condensar a linha de raciocínio pela proibição da combinação, posição esta que já era compartilhada pela Quinta Turma, inaugurada no HC 86.797/SP, julgado em 11.03.2008.

Súmula 501: É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, 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 (BRASI, 2013a).

Especificamente, quanto à possibilidade de aplicação do preceito secundário do art.180, caput, do CP, crime de receptação simples, ao tipo do art.180, §1º, do CP¹¹⁸, receptação qualificada, embora a Sexta Turma do STJ, por meio do HC 109.780//SP, no ano de 2008, tenha inaugurado precedente pela viabilidade dessa combinação entre tipos penais diversos, sob o fundamento que se estaria apenando com maior severidade uma conduta revestida de dolo eventual prevista para receptação qualificada, já que a receptação simples pune a conduta com dolo direto com pena mais branda¹¹⁹, a Terceira Seção do STJ, em 2010, a partir dos julgados EResp. 879.539/SP e EResp. 772086/RS, pacificou o entendimento pela impossibilidade da mescla entre tipos penais diversos, sob o fundamento de que deve ser respeitado a opção do legislador de punir mais severamente a receptação qualificada, ainda que com dolo eventual, haja vista que a receptação, como atividade comercial é mais danosa ao consumidor, à sociedade, em geral. Expõe-se abaixo, a transcrição de excertos dos julgados do STJ, respectivamente, o HC 109.780/SP da Sexta Turma e o EResp. 772.086/RS que traduzem esta trajetória jurisprudencial:

Receptação/receptação qualificada (punibilidade menor/maior). Lei nº 9.426/96 (imperfeições). Norma/preceito secundário (desconsideração).1. É nossa a tradição da menor punibilidade da receptação, "em confronto com o crime de que deriva" (por exemplo, Hungria em seus comentários).2. Fruto da Lei nº 9.426/96, o §1º do art. 180 do Cód. Penal, receptação qualificada, reveste-se de imperfeições formal e material. É que não é lícita sanção jurídica maior (mais grave) contra quem atue com dolo eventual (§1º), enquanto menor (menos grave) a sanção jurídica destinada a quem atue com dolo direto (art.180, caput).3. Há quem sustente, por isso, a inconstitucionalidade da norma secundária (violação dos princípios da proporcionalidade e da individualização); há quem sustente a desconsideração de tal

¹¹⁸ “**Receptação** Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996) **Receptação qualificada** (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996) § 1º - Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996” (BRASIL, 1940).

¹¹⁹ No mesmo sentido, considerando o preceito secundário do § 1º do art. 180 do CP inconstitucional por ofensa ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade, julgado da Sexta Turma do STJ do ano de 2010, HC 136.157/SP, determinado a aplicação da pena do caput do art. 180 do CP, com a seguinte Ementa: “Crime de receptação qualificada. Preceito secundário, em princípio, violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como da individualização da pena. Aplicação, no caso, do preceito secundário da receptação simples, isto é, pena reclusiva entre um a quatro anos e multa. Ordem concedida para reduzir a pena. Declarada, de ofício, extinta a punibilidade pela prescrição retroativa da pretensão punitiva (BRASIL, 2010a).

norma (do §1º, é claro).4. Adoção da hipótese da desconsideração, porque a declaração, se admissível, de inconstitucionalidade conduziria, quando feita, a semelhante sorte, ou seja, à desconsideração da norma secundária (segundo os kelsenianos, da norma primária, porque, para eles, a primária é a norma que estabelece a sanção negativa, também a positiva).5. Ordem concedida a fim de se fixar a pena-base em 1 (um) ano de reclusão, substituída por pena restritiva de direitos (pena pecuniária) (BRASIL, 2009b).

Embargos de divergência. Receptação qualificada. Fixação da pena da receptação simples. Impossibilidade. Crime autônomo. Maior gravidade e reprovabilidade da conduta. Ofensa ao princípio da proporcionalidade. Não ocorrência.1. A definição das formas qualificadas para algumas espécies de delitos, as quais via de regra acompanham um apenamento mais gravoso, se justifica pela necessidade de se impor um maior juízo de reprovabilidade às condutas que afetem de forma mais intensa os bens penalmente protegidos.2. In casu, os réus foram condenados na forma qualificada do delito em comento, tendo o tribunal a quo reformado a sentença a fim de aplicar a reprimenda prevista para a receptação simples, no que foi acompanhado quando do julgamento do recurso especial.3. Não se mostra prudente a imposição da pena prevista para a receptação simples em condenação pela prática de receptação qualificada, pois a distinção feita pelo próprio legislador atende aos reclamos da sociedade que representa, no seio da qual é mais reprovável a conduta praticada no exercício de atividade comercial. Precedentes deste Superior Tribunal de Justiça e da Corte Suprema.4. Embargos acolhidos a fim de reformar o acórdão embargado e restabelecer a condenação nos moldes estabelecidos na sentença (BRASIL, 2011a).

Já no STF, hodiernamente, o entendimento que prevalece tanto na Primeira como na Segunda Turma, construído desde o ano de 2008, é pela não possibilidade de combinação de leis na seara penal¹²⁰, havendo também precedente do Pleno, nesse sentido, em sede de repercussão geral, tendo como argumento central nas decisões que, se assim agisse, o juiz estaria assumindo a função de legislador positivo, criando uma terceira lei, com conteúdo diverso do estabelecido pelo legislador, violando o princípio da legalidade e da separação de poderes. Abaixo, respectivamente, estão transcritos excertos das emendas da Segunda Turma, HC 96.430/SP e da Primeira Turma, HC 97.977/MG, que inauguraram essa linha jurisprudencial, bem como do Plenário do STF, RE 600.817/MS:

Habeas Corpus. Tráfico internacional de entorpecente. crime cometido na vigência da lei nº 6.368/76. retroatividade do § 4º do art. 33 da lei nº 11.343/06. **Combinação de leis. Inadmissibilidade.** Precedente do STF. [...] 3. **O Supremo Tribunal Federal tem entendimento fixado no sentido de que não é possível a combinação de leis no tempo. Entende a Suprema Corte que agindo assim, estaria criando uma terceira lei (lex tertia). 4. Com efeito, extrair alguns dispositivos, de forma isolada, de um diploma legal, e outro dispositivo de outro diploma legal, implica alterar por completo o seu espírito normativo, criando um conteúdo diverso do previamente estabelecido pelo legislador.** [...] (BRASIL, 2009c, grifo nosso).

¹²⁰ Pela não possibilidade de combinação de leis segue os julgados na Primeira Turma do STF em ordem cronológica quanto à data dos julgamentos: HC 97.977/MG; HC 103.159/SP; HC 100.122/SP; HC 102.474/GO; HC 94.687/MG; HC 109.676/RJ; Agr no HC 110.526/SP, Ed no Agr no RE 703.988/SP; Agr no Agr no RE 773.589/DF. Na mesma linha, julgados da Segunda Turma do STF: HC 96.430/SP; HC 98.766/MG; Agr. No HC 109.441/ES.

Habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. Crime cometido sob a vigência da Lei nº 6.368/76. Impossibilidade de aplicação da redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/06 [...]) 3. **Nos termos do parecer do Ministério Público Federal, é "inadmissível a conjugação da pena-base prevista na Lei nº 6.368/1976 e a causa de diminuição contida na Lei nº 11.343/2006, visto que, agindo deste modo, o juiz atuaria como legislador positivo, criando uma terceira lei, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico".** 4. **Habeas corpus denegado.** [...] (BRASIL, 2010c, grifo nosso).

Ementa: **Recurso Extraordinário com Repercussão Geral Reconhecida.** Penal. Processual Penal. Tráfico Ilícito de Entorpecentes. Crime cometido na vigência da lei 6.368/1976. Aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da lei 11.343/2006. **Combinação de leis. Inadmissibilidade.** Precedentes. Recurso parcialmente provido. I – É inadmissível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 à pena relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/1976. Precedentes. II – **Não é possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação de Poderes.** III – O juiz, contudo, deverá, no caso concreto, avaliar qual das mencionadas leis é mais favorável ao réu e aplicá-la em sua integralidade. IV - Recurso parcialmente provido (BRASIL, 2014b, grifo nosso).

Vale registrar que, embora a impossibilidade de combinação de leis tenha sido decidida pelo STF em sede de Repercussão Geral, no RE 600.817/MS, existindo teses divergentes sobre a existência ou não de efeito vinculante, fato é que existe outro RE, com Repercussão Geral, o RE 979.962/RS, o qual está pendente de julgamento e que trata exclusivamente sobre a (in)constitucionalidade do preceito secundário do art. 273, §1º-B, do CP.

Constata-se também que a decisão tomada pelo STF no RE 600.817/RJ, que tratou especificamente da não combinação de leis envolvendo a legislação revogada e revogadora do tráfico ilícito de entorpecentes, não influenciou o STJ, o qual sedimentou entendimento pela inconstitucionalidade da pena em abstrato do art. 273, §1º-B, do CP, na AI no HC 239.363/PR, permitindo a combinação de leis diversas, ao referendar a aplicação de outros preceitos secundários de diversos tipos penais, como, por exemplo, do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, crime de tráfico de drogas, a qual oscila entre 5 a 15 anos de reclusão¹²¹.

No entanto, para registrar que o entendimento do STF no passado não gozava de uniformidade, merece registro a decisão do STF, em 2011, por meio da Segunda Turma, a qual permitiu a combinação de lei, no HC 97.094/RS, conforme reprodução do trecho da ementa do referido julgado:

¹²¹ Atesta-se também, pela análise jurisprudencial exposta neste trabalho, que o STJ, ao permitir a combinação de leis no tema sobre a (in)constitucionalidade da pena em abstrato do art. 273, §1º-B, do CP na AI no HC 239.363/PR em 26.02.2015, foi de encontro ao seu preceito sumular nº 501 de 23.10.2013, o qual versa especificamente sobre a não combinação de preceitos normativos da Lei nº 6.368/1976 com os da Lei nº 11.343/2006.

Ementa: “Habeas Corpus” – crime de tráfico de entorpecentes praticado sob a égide da lei nº 6.368/76 – advento da nova lei de drogas (lei nº 11.343/2006), cujo art. 33, § 4º, permite, expressamente, quanto aos delitos nele referidos, a minoração da pena privativa de liberdade – norma penal mais benéfica, que prevê causa especial de diminuição da pena – aplicabilidade desse novo diploma legislativo (“lex mitior”) sobre a “sanctio juris” definida no preceito secundário (art. 12 da lei nº 6.368/76) – eficácia retroativa da “lex mitior”, por efeito do que impõe o art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal – **combinação de leis – situação que não configura criação de uma terceira espécie normativa** – pedido deferido. Considerando-se, de um lado, o preceito secundário cominado no art. 12 da Lei nº 6.368/76 (que tem limite mínimo mais benéfico) e tendo em vista, de outro, a causa especial de diminuição da pena contida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (que possui conteúdo mais benigno), torna-se irrecusável reconhecer que ambos devem compor a operação de dosimetria penal relativamente aos condenados pela prática do delito cometido na vigência da antiga Lei de Tóxicos, sem que, com isso, se esteja criando, com referida combinação, uma terceira lei (BRASIL, 2012e, grifo nosso).

No que tange à possibilidade de combinação do preceito secundário do art.180, *caput*, do CP com o preceito primário do art.180, §1º, do CP, o STF sempre manteve a constante pela proibição, tanto na Primeira como na Segunda Turma. Para ilustrar essa linha jurisprudencial, seguem abaixo as ementas do julgamento do RHC 1.171.43/RS da Primeira Turma e o RE 443.388/SP da Segunda Turma, respectivamente:

Ementa. Habeas Corpus. Penal. Receptação qualificada. Constitucionalidade. Violação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Inocorrência. Precedentes. 1. Esta Corte Suprema já se posicionou acerca da constitucionalidade do §1º do art. 180 do Código Penal, em razão da maior gravidade e reprovabilidade social da receptação qualificada; infração penal relacionada à pessoa do comerciante ou do industrial, que, no exercício dessas atividades, valendo-se da maior facilidade para agir como receptador, adquire, recebe, transporta, conduz, oculta, tem em depósito, desmonta, monta, remonta, vende, expõe a venda, ou de qualquer forma utiliza, em proveito próprio ou alheio, coisa a qual deve saber ser produto de crime a justificar, por isso mesmo, a atuação mais severa. Precedentes. 2. Recurso ordinário a que se nega provimento (BRASIL, 2013e).

Direito Penal. Recurso Extraordinário. Alegação de inconstitucionalidade. Art. 180, §1º, CP. Princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. Dolo direto e eventual. Métodos e critérios de interpretação. Constitucionalidade da norma penal. Improvimento. 1. A questão de direito de que trata o recurso extraordinário diz respeito à alegada inconstitucionalidade do art. 180, §1º, do Código Penal, relativamente ao seu preceito secundário (pena de reclusão de 3 a 8 anos), por suposta violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena. 2. Trata-se de aparente contradição que é resolvida pelos critérios e métodos de interpretação jurídica. 3. Não há dúvida acerca do objetivo da criação da figura típica da receptação qualificada que, inclusive, é crime próprio relacionado à pessoa do comerciante ou do industrial. A idéia é exatamente a de apenar mais severamente aquele que, em razão do exercício de sua atividade comercial ou industrial, pratica alguma das condutas descritas no referido §1º, valendo-se de sua maior facilidade para tanto devido à infra-estrutura que lhe favorece. 4. A lei expressamente pretendeu também punir o agente que, ao praticar qualquer uma das ações típicas contempladas no §1º, do art. 180, agiu com dolo eventual, mas tal medida não exclui, por óbvio, as hipóteses em que o agente agiu com dolo direto (e não apenas eventual). Trata-se de crime de receptação qualificada pela condição do agente que, por sua atividade profissional, deve ser mais severamente punido com base na maior reprovabilidade de sua conduta. 5. Não há

proibição de, com base nos critérios e métodos interpretativos, ser alcançada a conclusão acerca da presença do elemento subjetivo representado pelo dolo direto no tipo do §1º, do art. 180, do Código Penal, não havendo violação ao princípio da reserva absoluta de lei com a conclusão acima referida. **6. Inocorrência de violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena. Cuida-se de opção político-legislativa na apenação com maior severidade aos sujeitos ativos das condutas elencadas na norma penal incriminadora e, conseqüentemente, falece competência ao Poder Judiciário interferir nas escolhas feitas pelo Poder Legislativo na edição da referida norma.** 7. Recurso extraordinário improvido (BRASIL, 2009d, grifo nosso).

Resumindo, tem-se o seguinte quadro jurisprudencial, cujo entendimento hodierno assim se estabelece: **a) STJ**, no caso da cominação da Lei nº 6.368/76 com a Lei nº 11.343/2006, existe a súmula 501 vedando; quanto à combinação do art. 273, §1º-B, do CP com outro preceito secundário de tipo penal diverso, pela possibilidade, no que tange à aplicação da pena em abstrato da receptação simples à receptação qualificada, pela inviabilidade; **b) STF**, pela proibição da combinação da antiga e nova Lei de Tóxicos, embora tenha julgamentos mais antigos pela possibilidade; quanto à aplicação dos preceitos secundários do crime de tráfico de drogas e da receptação simples aos preceitos primários do art. 273, §1º-B, do CP e ao art. 180, §1º, do CP, respectivamente, pela vedação.

Na abordagem realizada na seção 5.1 deste trabalho, consignou-se que mesmo aqueles mais críticos à vertente do neoconstitucionalismo, admite certa discricionariedade por parte do juiz na atividade interpretativa, na construção do Direito. Especificamente, na seara penal, Ferrajoli (2002, p.95-140) admite a existência de quatro espécies de poderes inerentes à atividade do magistrado: **a) poder de denotação ou verificação jurídica**, sendo aquele regido pelos princípios da legalidade estrita e da taxatividade, onde se faz a operação mecânica de subsunção do fato à norma, em conformidade com os elementos constitutivos do tipo penal, variante, de acordo com a linguagem mais precisa ou vaga da norma, representando a submissão do juiz penal à lei; **b) poder de comprovação probatória ou de verificação fática**, o qual diz respeito à confirmação da certeza ou não da ocorrência dos fatos levados a julgamento, de acordo com as provas carreadas aos autos, consiste, portanto, na valoração das provas apresentadas; **c) poder de conotação ou de discernimento equitativo**, indicativo da avaliação do magistrado das especificidades do caso concreto, visando afastar injustiças na valoração de circunstâncias fáticas não contempladas pela abstração e universalidade da norma posta; **d) poder de disposição ou de valoração ético-política**, sendo aquele utilizado para sanar as carências ou imperfeições do sistema, onde o magistrado realiza juízos metajurídicos, possuindo autonomia de interpretação e, conseqüentemente, na criação do Direito.

Quanto ao poder de disposição, o penalista italiano ressalta que essa liberalidade judicial não é absoluta, mas sim regrada por princípios, os quais imprimem racionalização nesta discricionariedade judicial. Embora Ferrajoli seja um crítico desse tipo de poder, considerara-o inevitável, sob o argumento de que por mais perfeito que seja um sistema garantista, não há perfeição absoluta, sendo necessária esta valoração ético-política para corrigir eventuais distorções do sistema:

Naturalmente, ainda que dotados de valor normativo, os princípios gerais utilizados como critérios para argumentar o exercício do poder de disposição não têm mais do que uma capacidade extremamente debilitada de vinculação das decisões. [...] Exigem, portanto, escolhas e valorações irredutivelmente discricionárias, que remetem à responsabilidade política e moral dos juízes. Precisamente, esta responsabilidade, ligada imediatamente aos valores de justiça substancial, expressos pelos princípios gerais, representa, contudo, um fator de racionalização do poder de disposição e de limitação do arbítrio em outro caso a ele associado.[...] Uma vez que os princípios gerais são construções doutrinárias, elaboradas sobre normas ou sistemas de normas, a riqueza de princípios de um ordenamento está determinada não apenas pelos valores de justiça substancial por ele incorporados no plano legal, mas também pelo trabalho científico e jurisprudencial realizado sobre ele pelos juristas. [...] Ainda que um sistema penal adira normativamente ao modelo cognitivo e garantista - e veremos quanto não o é o italiano -, jamais será de fato um sistema fechado e exigirá sempre, para seu funcionamento prático, heterointegrações remetidas à autonomia e à discricionariedade do intérprete. [...] Se as escolhas são inevitáveis, e tanto mais discricionárias quanto mais amplo seja o poder judicial de disposição, será, quanto menos, condição de seu controle e autocontrole, se não cognitivo, pelo menos político e moral, que aquelas sejam conscientes, explícitas e informadas em princípios, antes que acríicas, mascaradas ou, em todo caso, arbitrárias. [...] O reconhecimento dos espaços existentes de poder dispositivo e discricionário que viciam a função judicial, o ônus de argumentar seus modos de exercício mediante princípios e sua exposição a controle público, assim, não só não contradizem o modelo de direito penal mínimo, mas constituem parte integrante dele. [...] o garantismo não tem nada que ver com o legalismo e o liberalismo. Pelo contrário, inclui a crítica à ideologia mecanicista da aplicação da lei. Com efeito, porque em nenhum sistema o juiz é uma máquina automática, concebê-lo como tal significa fazer dele uma máquina cega, presa da estupidez ou, pior, dos interesses e dos condicionamentos de poder mais ou menos ocultos e, em todo caso, favorecer sua irresponsabilidade política e moral (FERRAJOLI, 2002, p.139-140).

Vale ressaltar que o legislador em sua atividade tem discricionariedade¹²² para promover regulamentação, visando conferir ou até restringir direitos, porém essa liberdade não é absoluta, devendo sempre respeitar os direitos fundamentais preconizados na

¹²² “O Conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, idéia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o poder de conformação dentro dos limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desse limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas. Veda-se, porém, o excesso de poder, em qualquer de suas formas (*Verbot der Ermessensmissbrauchs; Verbot der Ermessensüberschreitung*). Por outro lado, o poder discricionário de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar. A omissão legislativa (*Ermessensunterschreitung; der Ermessensmangel*) parece equiparável, nesse ponto, ao exercício do poder legislativo” (MENDES, 2004, p. 47).

Constituição, para que a atividade legiferante não passe de conforme, para violadora da ordem constitucional¹²³. Canotilho (1993, p. 580-581), nesse sentido, delinea duas espécies de vinculação do legislador, uma proibitiva, que exige um não fazer e uma positiva, que impõe atuação legislativa:

A conhecida e repetida fórmula de H. KRUGER — «leis apenas no âmbito dos direitos fundamentais» — exprime plasticamente o sentido da vinculação do legislador e dos atos legislativos pelos direitos, liberdades e garantias. **a) O sentido proibitivo (proibição) da vinculação do legislador (princípio da constitucionalidade).** A cláusula de vinculação tem uma dimensão proibitiva: veda às entidades legiferantes a possibilidade de criarem atos legislativos contrários às normas e princípios constitucionais, isto é, proíbe a emanção de leis inconstitucionais lesivas de direitos, liberdades e garantias. As normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias, constituem, nesta perspectiva, normas negativas de competência⁴ porque estabelecem limites ao exercício de competências das entidades públicas legiferantes. **b) A dimensão positiva da vinculação do legislador.** A vinculação dos órgãos legislativos significa também o dever de estes conformarem as relações da vida, as relações entre o Estado e os cidadãos e as relações entre os indivíduos, segundo as medidas e directivas materiais consubstanciadas nas normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias. Neste sentido, o legislador deve «realizar» os direitos, liberdades e garantias, otimizando a sua normatividade e atualidade [...] Como os direitos, liberdades e garantias possuem também uma dimensão objetiva, eles valem como princípios informadores da ordem jurídica que o legislador deve incorporar e mediatizar ao regular as diferentes relações jurídicas [...] (grifo nosso).

Sarlet (2012, p. 375) também ressalta as limitações do Poder Legislativo na fabricação das normas, impostas pelos próprios direitos fundamentais e garantias de envergadura constitucional:

Ressalte-se, todavia, que a eficácia vinculante dos direitos fundamentais representa um plus relativamente à vinculação dos poderes públicos, inclusive do legislador, às normas constitucionais em geral, como bem expressa o princípio da constitucionalidade, que, neste sentido, apresenta uma dimensão reforçada quanto aos direitos fundamentais. [...]. De pronto, verifica-se que a vinculação aos direitos fundamentais significa para o legislador uma limitação material de sua liberdade de conformação no âmbito de sua atividade regulamentadora e concretizadora. Para além disso, a norma contida no art. 5º, §1º, da CF gera, a toda evidência, uma limitação das possibilidades de intervenção restritiva do legislador no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Se, por um lado, apenas o legislador se encontra autorizado a estabelecer restrições aos direitos fundamentais, por outro, ele próprio encontra-se vinculado a eles, podendo mesmo afirmar-se que o art. 5º, §1º, da CF traz em seu bojo uma inequívoca proibição de leis contrárias aos direitos fundamentais, gerando a sindicabilidade não apenas do ato de edição normativa, mas também de seu resultado, atividade, por sua vez, atribuída à Jurisdição Constitucional. [...].

¹²³ Gilmar Mendes leciona (2004, p. 41): “Da análise dos direitos individuais pode-se extrair a conclusão errônea de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites iminentes ou ‘limites dos limites’ (*Schranken-Schranken*), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas”.

Nessa linha, assevera Mendes (2004, p.116) que a vinculação da atividade legislativa é essencial não só para a proteção dos direitos fundamentais, como também para a concretização destes em inúmeras hipóteses. A obediência aos direitos fundamentais e/ou garantias constitucionais advém da força normativa da Constituição, a qual representa uma mudança de paradigma na ciência jurídica do século XX, especificamente, no Brasil, deu-se após a CF/1988, com a sedimentação da doutrina brasileira da efetividade¹²⁴, onde as normas constitucionais passam a gozar de imperatividade plena, podendo ser invocada por qualquer cidadão, quanto pelos poderes públicos, sedo esta a vontade do constituinte originário, expressada no art. 5º, §1º da CF: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BARROSO, 2013, p. 344-345).

No ângulo da jurisdição constitucional, como instrumentos de consolidação do princípio da conservação das normas jurídicas e da presunção de constitucionalidade dos atos do poder público, temos no sistema jurídico brasileiro¹²⁵, as seguintes técnicas interpretativas e de decisão: **a) interpretação conforme a Constituição; b) declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e a c) declaração parcial de inconstitucionalidade com redução do texto.**

A interpretação conforme a Constituição tem natureza ao mesmo tempo de cânone interpretativo e instrumento de controle de constitucionalidade, como técnica de interpretação impõe aos juízes e tribunais que, caso a norma admita a existência de vários vieses interpretativos (espaço de decisão), que se escolha o que mais esteja de acordo com a Constituição, já como mecanismo de controle de constitucionalidade, deve-se evitar declarar a inconstitucionalidade da norma em sua uma leitura mais óbvia, indicando uma interpretação que lhe preserve a constitucionalidade, apontando e afastando outras que seriam inconstitucionais (BARROSO, 2015, p. 336-338). É um instrumento que tanto pode ser utilizado no controle difuso, como no concentrado de constitucionalidade, porém, essa via

¹²⁴ Barroso (2013, p. 345) cita como integrantes desta doutrina: José Afonso da Silva (Aplicabilidade das normas constitucionais); Celso Antônio Bandeira de Mello (Eficácia das normas constitucionais); Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto (Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais, 1982); Eros Roberto Graus (A constituinte e a constituição que teremos). E complementa nesta linha doutrinária: “Para realizar este objetivo, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e prática do direito constitucional no país. No plano jurídico, atribui normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estreitando-o o discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais”.

¹²⁵ O parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868/1999, que traz regras sobre o processo objetivo de constitucionalidade, explicita: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

hermenêutica encontra limites no próprio sentido literal do texto, não se podendo alterar o significado do texto normativo, com mudança radical na concepção original do legislador. É o que assevera Carvalho (2009, p. 491), quando a lei é clara e colide com a Constituição, não se pode dar-lhe uma interpretação forçada ou arbitrária para torná-la válida.

Embora a interpretação conforme seja limitada pelo sentido literal do texto e pela vontade originária do legislador, se a interpretação for compatível com a literalidade da norma, na prática, os tribunais acabam não investigando a intenção do legislador, evitando-se perquiri-la (MENDES, 2014, p. 390-394). Contudo, apesar dessa limitação técnica, Mendes (2014, p. 394-395) consigna que, na prática, muitas vezes, o próprio STF, ao realizar a interpretação conforme, acaba alterando o sentido normativo original, conferido pelo legislador, configurando-se em uma decisão aditiva e corretiva do texto legal:

A eliminação ou fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto, quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto. O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de *self-restraint* ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei. Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a de decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador. [...] Em outros vários casos mais antigos, também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme a Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de decisões manipulativas de efeitos aditivos. [...] Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabará de se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e aliar-se-á à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo. [...] ¹²⁶.

Já a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto, consiste em uma técnica de decisão em que o Judiciário, sem alterar, gramaticalmente, a redação do texto legal, vai delimitar uma situação e apontar que se a norma for aplicada sobre

¹²⁶ Como exemplo de julgamento, onde, formalmente, o STF nomeia como interpretação conforme a Constituição o mecanismo de controle de constitucionalidade empregado na decisão, quando na verdade na essência se trata de decisão manipulativa com efeito aditivo, Mendes (2014, p.395) cita a ADPF nº 54/DF, onde se considerou inconstitucional a interpretação que considera crime o aborto de anencéfalo, quando na verdade, efetivamente, introduziu no Código Penal mais uma excludente de ilicitude para o crime de aborto. Vejamos a Ementa do Julgado: “ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (BRASIL, 2013c).

ela, será considerada inconstitucional. Em outras palavras, exclui-se do âmbito de incidência da norma determinadas hipóteses de aplicação, para lhe preservar a constitucionalidade (BULOS, 2009, p.356). Parte da doutrina aponta a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto como um mecanismo para atingir a interpretação conforme a Constituição, para ter como resultado a exclusão de algumas interpretações que vão de encontro à Constituição (MORAES, 2008, p.19).

Bulos (2009, p. 357-358) chama atenção para o fato de que, por certo período, a jurisprudência do STF tratou como técnicas equivalentes a interpretação conforme a constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto, onde ambas produziriam efeitos similares. Com a evolução da jurisprudência, no segundo momento, tratou-as com autonomia, citando as lições de Gilmar Mendes, explicita:

O autor demonstra que a equiparação pura e simples dos dois institutos encerra dificuldades significativas. Admiti-los como sendo a mesma coisa, ‘embora seja algo parcialmente correto no plano das Cortes Constitucionais e do Supremo Tribunal Federal, é de todo inadequado na esfera da jurisdição ordinária, cujas decisões não são dotadas de força vinculante geral. Ainda que não se possa negar as semelhanças dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto, na interpretação conforme à Constituição, se tem, dogmaticamente, a declaração de que lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (Anwendungsfälle) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal’ (BULOS, 2009, p. 358).

Como exemplo de análise de constitucionalidade de dispositivo já apreciado pelo STF, em que a técnica da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de inconstitucionalidade leva a resultados equivalentes de preservação da norma no ordenamento jurídico, podemos citar o exercício da jurisdição constitucional sobre o art. 90 da Lei nº 9.099/1995, *in verbis*: “As disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada”. A Lei nº 9.099/1995, que regulamenta o procedimento sumaríssimo dos juizados criminais, além de trazer em seu bojo normas de cunho eminentemente processual, possui aquelas de caráter misto, ou seja, com faceta processual e direito material penal, em razão de interferirem no direito de punir do Estado, como os arts. 76 e 89, que regulamentam os institutos despenalizadores da transação penal e da suspensão condicional do processo, situação em que, uma vez preenchido os requisitos legais pelo autor do fato, consolida-se como um direito público subjetivo, obstando o prosseguimento da persecução penal, em troca do cumprimento de uma pena alternativa ou de determinadas obrigações, mediante acordo feito com o autor da ação penal e homologado pelo juiz. O art.

90 da Lei nº 9.099/1995 foi confrontado com o art. 5º, XL, da CF/1988: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”, o qual corporifica o princípio da retroatividade de lei mais benéfica. Aquele dispositivo legal foi objeto da ADI 1.719/DF¹²⁷, onde o Pleno do STF aplicou a técnica da interpretação de acordo com a Constituição, conforme excerto da Ementa do Julgado: “Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis aos réus contidas nessa lei.”, ou seja, o STF decidiu que aquela norma é constitucional desde que interpretado no sentido de que seja permitida a aplicação retroativa de norma de cunho penal mais favorável ao réu sobre procedimentos penais iniciados antes da vigência da Lei nº 9.099/1995, preservando assim a norma no ordenamento jurídico. Porém, se aplicarmos a técnica da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto, chegaríamos ao mesmo resultado jurídico, afirmando-se que: este dispositivo não se aplica as seguintes normas com conteúdo material penal benéfico ao réu; delimitando, assim, o espectro de sua abrangência, identificando no texto legal as hipóteses (espécies normativas) em que o referido art. 90 incidiria ou não.

Nesse sentido, explicita Novelino (2016, p. 209), por isso há quem defenda que a declaração de nulidade sem redução de texto é dotada de maior clareza e segurança jurídica. Constate-se que, na prática, a linha que separa estes mecanismos de controle de constitucionalidade é muito tênue. Na verdade, a interpretação conforme, tecnicamente, é reservada para as normas polissêmicas, isto é, que abrem um espaço de decisão, comportando múltiplas interpretações, já a declaração parcial de nulidade sem redução de texto é destinada às normas unívocas, ou seja, incompatíveis com variantes interpretativas. Outra diferença é que a interpretação conforme pode tanto ser utilizada no controle difuso e no concentrado de constitucionalidade, já a declaração parcial sem ou com redução de texto apenas no controle abstrato (NOVELINO, 2016, p. 209).

Embora não haja controvérsia sobre a possibilidade da inconstitucionalidade parcial de uma norma em face do princípio da parcelaridade¹²⁸, Carvalho (2009, p. 375-376) ressalta que

¹²⁷ “Ementa: Penal e processo penal. Juizados especiais. Art. 90 da lei 9.099/1995. Aplicabilidade. Interpretação conforme para excluir as normas de direito penal mais favoráveis ao réu. O art. 90 da lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada. Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição federal. Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis aos réus contidas nessa lei” (BRASIL, 2007a).

¹²⁸ Bulos (2009, p.75) lecionando sobre a parcelaridade, esclarece: “Parcelamento no sentido de que a invalidez constitucional de parte de uma lei não atinge, obrigatoriamente, a outra parte, que está em perfeita consonância com o texto maior. Nesse interim, advém o princípio da parcelaridade, que não é exclusivo do controle concentrado de constitucionalidade, exercido pelas Cortes Supremas. Qualquer juiz ou tribunal

nem sempre será possível essa parcelaridade, ante a situações em que a nulidade¹²⁹ de parte da norma, deixa o remanescente normativo sem nexo, sem sentido, sem significado autônomo em razão de dependência entre a parte hígida e a viciada. Nesses casos, quando há uma dependência lógica ou estrutural entre a parte normativa em conformidade com a Constituição e a com pecha de nulidade, não resta outra alternativa a não ser a declaração de inconstitucionalidade total do preceito normativo.

Por fim, a **declaração de inconstitucionalidade com redução de texto**¹³⁰ dá-se quando o Tribunal Constitucional declara inconstitucional determinada expressão ou parte da redação da norma, eliminando a palavra ou trecho do texto normativo revestido de nulidade, interferindo, gramaticalmente, na redação da regra jurídica. Como exemplo, é possível citar a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, no HC 97.256/RS (BRASIL, 2010b), da redação: “vedada a conversação em penas restritivas de direitos”; integrante do § 3º do art.33 e do art. 44, ambos da Lei nº 11.343/2006¹³¹, os quais proibiam a substituição da pena privativa de liberdade em penas alternativas nos crimes de tráfico de entorpecentes. Por esta técnica, deve-se desprezar na leitura do comando legal a palavra ou parte da norma, enquadrada na inconstitucionalidade¹³².

também poderá invocá-lo, no desempenho do controle difuso de normas. Mendes (2014, p. 386-387) sobre o mesmo tema, ressalta: “A doutrina e a jurisprudência brasileiras admitem plenamente a teoria da divisibilidade da lei, de modo que, tal como assente, o Tribunal somente deve proferir a inconstitucionalidade daquelas normas viciadas, não devendo estender o juízo de censura às outras partes da lei, salvo se elas não puderem subsistir de forma autônoma. [...] Para isso, impõe-se aferir o grau de dependência entre os dispositivos, isto é, examinar se as disposições estão em uma relação de vinculação que impediria a sua divisibilidade. [...] Impõe-se verificar, igualmente, se a norma que há de subsistir corresponderia à vontade do legislador. Portanto, devem ser investigadas não só a existência de uma relação de dependência (unilateral ou recíproca), mas também a possibilidade de intervenção da vontade do legislador”.

¹²⁹ No sistema jurídico brasileiro a consequência da inconstitucionalidade de uma norma é sua nulidade, tornando, em regra, sem efeito o ato normativo desde a sua origem. Excepcionalmente, o STF pode modular os efeitos da decisão, para determinar a partir de que momento específico se irradiará os efeitos de nulidade, por questões de segurança jurídica, de acordo com o art. 27 da Lei nº 9.868/1999. Há determinados países em que a sanção de inconstitucionalidade, tem como regra a anulabilidade do ato normativo (BULOS, 2009, p.89-90).

¹³⁰ Moraes (2008, p.17-18) trata a declaração parcial de inconstitucionalidade com redução de texto, sob a nomenclatura de interpretação conforme com redução do texto, sendo tal constatação uma evidência que não existe consenso sobre os rótulos designativos das técnicas de interpretação e de decisão em sede de controle de constitucionalidade, embora no conteúdo, os constitucionalistas, ao tratar do tema, preocupam-se em diferenciar, tecnicamente, estes mecanismos um dos outros. Assim, parece que mais importante que o designativo e a forma da técnica empregada é o resultado jurídico que se chega por meio dela.

¹³¹ “Art.33 [...] § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012) [...] Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, **vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos**” (BRASIL, 2006, grifo nosso).

¹³² Vale destacar que esta decisão do STF se deu em um caso concreto, ou seja, foi um controle incidental de inconstitucionalidade, onde se houve a comunicação ao Senado sobre a decisão, onde com fulcro no art. 52, X, da CF, o Senado, por meio da Resolução nº 5 de 16-02-2012, determinou que suspendesse a execução da expressão - “vedada a conversação em penas restritivas de direitos” - integrante do § 4º do art. 33 da Lei nº

5.4 Decisões manipulativas ou intermediária em sede de jurisdição constitucional

A justiça constitucional nasceu, na primeira metade do século XX, sob o lastro da doutrina do “legislador negativo” de Hans Kelsen, de forma que, no modelo austríaco, a sanção de invalidade da norma se equipara a sua revogação. Já o modelo alemão de jurisdição constitucional, sob o reflexo da experiência traumática vivenciada antes e durante a II Guerra Mundial, preocupou-se mais com o resguardo dos direitos fundamentais do que com uma defesa formal do ordenamento jurídico constitucional. Com o passar do tempo, verificou-se que a escassez de alternativas, resumida em acolher ou rejeitar uma inconstitucionalidade, deixava lacunas que acabavam ferindo princípios constitucionais, como o da segurança jurídica, da proporcionalidade, da igualdade e da conservação dos atos normativos (MORAIS, 2009, p. 21-24). Nessa vertente, explicita Moraes (2009, p. 25):

O ‘telos’ do princípio do aproveitamento dos actos, associado a exigências de proporcionalidade, levou os Tribunais a procurarem utilizar um programa interpretativo de recorte criativo, destinado a salvar a disposição normativa objecto da impugnação e a reduzir o espectro de inconstitucionalidade verificada, a normas de carácter ideal extraídas por via hermenêutica do enunciado textual sindicado. Assim, quer em menor grau a interpretação conforme com a Constituição, quer o juízo de inconstitucionalidade parcial qualitativa mitigaram, respectivamente, a rigidez dicotômica das decisões puras de rejeição e de acolhimento, tendo em vista assegurar o respeito possível pela obra normativa do decisor normativo.

Como reflexo da quebra dessa rigidez¹³³, surgiram as decisões ou sentenças manipulativas, frutificada na Itália¹³⁴, sendo também uma constante na jurisprudência dos

11.343/2006, imprimindo o Senado efeito *erga omnes* a decisão do STF. Embora a declaração parcial de inconstitucionalidade seja uma técnica reservada ao controle concentrado de constitucionalidade, foi utilizada pelo STF em sede controle incidental. Vejamos excerto da ementa do julgado no HC 97.256/RS: “Ementa: Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Art. 44 da lei 11.343/2006: impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos. **Declaração incidental de inconstitucionalidade.** Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/1988). Ordem parcialmente concedida. [...] 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. **5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente** (BRASIL, 2010b, grifo nosso).

¹³³ “A clássica rigidez da classificação de sentença de acolhimento e rejeição não mais permite ao operador jurídico, diante da complexidade dos fatos, a tarefa de densificar a concretização da Constituição” (AGRA, 2015, p. 546).

Tribunais espanhol e português¹³⁵ (MENDES, 2014, p. 397). Moraes (2009, p. 17) define as sentenças manipulativas ou de caráter intermediário como sendo aquelas que determinam a modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida à julgamento. Carvalho (2009, p. 498), citando modalidade de decisões manipulativas, também conhecidas como decisões intermediárias, conceitua: “Aditivas, redutoras e substitutivas são decisões intermediárias transformadoras do significado da lei” e arremata:

Essas decisões intermediárias ocorrem naqueles casos em que o tribunal corrige a atuação legislativa, e relativiza a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade das leis, para atender a fins, valores ou normas que podem ou não já ter sido estabelecidos pelo Poder Constituinte ou pelo legislador. Sua tipologia compreende, dentre outras, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, e de interpretação conforme a Constituição (CARVALHO, 2009, p. 498)¹³⁶.

Não existe consenso na doutrina italiana e portuguesa sobre os tipos de decisões manipulativas, elas se apresentam sob vários rótulos e com múltiplos conteúdos técnicos. Moraes (2009, p. 38-39) elenca várias topologias com base no Direito português: sentenças demolitórias com efeitos necessariamente aditivos; sentenças aditivas em sentido estrito; sentenças aditivas de princípio e sentenças substitutivas. Dessas, ainda, há ramificações para

¹³⁴ As sentenças manipulativas se originaram do Direito Italiano, mais precisamente da sentença nº 24, de 1957. Estas sentenças manipulativas se emanam do Direito Positivo, quer de dispositivos constitucionais quer de dispositivos legais, ou da atividade criativa da jurisdição (MORAIS, 2005, p. 252).

¹³⁵ No Direito Português, as decisões manipulativas possuem raízes no próprio texto constitucional. O art. 282, nº 4, da Constituição portuguesa prevê a possibilidade do Tribunal Constitucional modelar a eficácia temporal de suas decisões e sua respectiva hipótese de incidência.

¹³⁶ Carvalho (2009, p. 498) faz uma reflexão crítica sobre as decisões manipulativas ou intermediárias: “Esses tipos de decisões constitui a revelação mais clara do ativismo judicial dos Tribunais Constitucionais, o que supera sua concepção tradicional de órgãos que cumprem uma função de eliminação de normas de ordenamento jurídico, e não criador delas. Trate-se de sentenças constitutivas na medida em que inovam o ordenamento jurídico”. Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 147) com base nos ensinamentos do jurista italiano Riccardo Guastini, equipara esta atuação do Judiciário com a figura do legislador positivo: “Quanto às chamadas decisões manipuladoras ou normativas, assim se consideram as sentenças de aceitação em que a Corte Constitucional não se limita a declarar a inconstitucionalidade das normas que lhe são submetidas, mas, agindo como legislador positivo, modifica (= manipula) diretamente o ordenamento jurídico, adicionando-lhe ou substituindo-lhe normas, a pretexto ou com o propósito de adequá-lo à Constituição. Daí a existência das chamadas sentenças aditivas e substitutivas, como subespécies das decisões normativas ou manipuladoras”. Porém, ressalta a modernização da concepção do princípio da separação de poderes, tornado-se mais flexível, com compatibilidade com a inevitável atividade criativa do Direito pelo Judiciário: “Inicialmente formulado em sentido forte — até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas — o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam. Nesse contexto de ‘modernização’, esse velho dogma da sabedoria política teve de flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder Executivo, como as nossas medidas provisórias — que são editadas com força de lei — bem assim para a legislação judicial, fruto da inevitável criatividade de juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é freqüente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças aditivas proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 178).

se chegar a outras espécies. Por exemplo, entre as sentenças aditivas em sentido estrito, existem: sentenças aditivas de garantia e de prestação; sentenças aditivas com e sem redução do texto e as sentenças correctivas e integrativas (MORAIS, 2009, p. 48-60). Neste trabalho, não há preocupação em descrever cada tipo desse em seu conteúdo técnico, para não fugirmos do foco da inconstitucionalidade parcial do art. 273, §1º-B, do CP. Assim, debruçar-se-á, em modelos específicos de decisões, que se mostrem aptos a solucionar esta parcial inconstitucionalidade à luz dos direitos fundamentais, dentre eles, destacam-se as sentenças aditivas corretivas e integrativas, onde por meios delas, o Judiciário pode preencher um vazio normativo criado pela própria declaração parcial de inconstitucionalidade. Sobre esses modelos de sentença aditiva, leciona Morais (2009, p. 58):

De um modo geral, a doutrina coincide no entendimento de que as operações correctivas e integrativas das sentenças aditivas não devem editar direito novo para colmatar um vazio jurídico, mas sim a recorrer as normas jurídicas já constantes do ordenamento.

Morais (2009, p. 56-57) explica em que consistiria a operação corretiva e integrativa:

As sentenças aditivas podem, no nosso entendimento, assumir um conteúdo “*correctivo*” em sentido estrito, sempre que sua componente “*reconstrutiva*” intenta, através da revelação ou indicação de uma norma, transformar o sentido originário do preceito julgado parcialmente inconstitucional, de forma a compatibilizá-lo com a Constituição. Podem, igualmente, as sentenças aditivas qualificar-se de “*integrativas*”, também em sentido estrito, sempre que o Tribunal Constitucional decide colmatar uma lacuna técnica ocasionada, directa ou indirectamente, pelo efeito ablativo próprio da decisão de inconstitucionalidade, materializando-se a operação aditiva através da identificação na sentença de uma norma aplicável já existente no ordenamento.

Percebe-se que o STJ, ao firmar o entendimento parcial da inconstitucionalidade do art. 273, §1º-B, do CP no AI no HC 239.363/PR, considerando a pena abstrata desproporcional, fez uma operação de correção, pois considerou nulo o preceito secundário na norma penal incriminadora, por ferir o princípio constitucional da proporcionalidade, autorizando uma operação integrativa sobre a lacuna derivada dos efeitos da inconstitucionalidade, para que seja suprida por outro preceito secundário de tipo incriminador que guarde semelhança com o delito de falsificação de medicamento e afins, sugerindo a aplicação da pena prevista abstratamente para o crime tráfico de drogas, para o de contrabando ou para os crimes contra as relações de consumo.

No próprio direito português não há consenso sobre a legitimidade dos Tribunais Constitucionais em proferir sentenças manipulativas. Autores portugueses divergem sobre o tema. Vitalino Canas é um grande defensor das decisões manipulativas e, consequentemente,

da atividade criativa do juiz. Já Maria Benedita Urbanda, mostra-se mais moderada, admite algumas, mas repele determinados tipos, como as aditivas e substitutivas. Fernando Alves Correia, por sua vez, critica um maior número das decisões intermediárias. Na Itália, inclinados na defesa, estão: Roberto Pinard; Fabrizio Politi e Roberto Romboli. Já com acentuadas restrições: Schlink e Gustavo Zagrebelsk. Tanto na Itália como em Portugal, não há corrente que repele em absoluto a admissibilidade das decisões manipulativas ou intermediárias e a legitimidade do Tribunal Constitucional, apenas alguns impõem maiores limitações e não admitem algumas espécies. As divergências encontram-se mais no nível dos diferentes limites traçados por cada país, sendo o ordenamento italiano o menos respeitador da liberdade de conformação do legislador, admitindo decisões manipulativas mais invasivas (DUARTE, 2017, p. 44-49).

Apesar da diversidade de entendimentos sobre o tema, bem como a pluralidade de sistematização e nomenclatura dessas decisões, tanto no direito alienígena, quanto na principiante doutrina nacional, constata-se que essas técnicas intermediárias são uma realidade mais pujante na jurisdição constitucional europeia, onde foi primeiramente desenvolvida, no entanto, em análise a alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal, afere-se a aplicação dessas técnicas intermediárias no Brasil, embora sob o rótulo de interpretação conforme a Constituição¹³⁷.

O STF no julgamento da ADIN 4277/DF (BRASIL, 2011c)¹³⁸ e da ADPF 132/RJ (BRASIL, 2011d)¹³⁹, analisado o art. 1723 do CC¹⁴⁰, concluiu pela exclusão do citado

¹³⁷ Sobre esta tendência do STF, ressalta, Mendes (2014, p. 397): “Interessante notar que a complexidade de nosso sistema de controle de constitucionalidade emprestou linhas singulares ao fenômeno das decisões manipulativas de efeitos aditivos. O STF pode chegar ao resultado aditivo, inovando no ordenamento jurídico, tanto por meio das ações do sistema concentrado de controle, como nas ações diretas decididas com uso de interpretação conforme com efeitos aditivos, quanto através de remédios constitucionais individuais, sendo numerosos os casos em que, por exemplo, o veículo da pretensão aditiva foi o mandado de injunção”.

¹³⁸ “[...] 6. Interpretação do art. 1.723 do código civil em conformidade com a constituição federal (técnica da “interpretação conforme”). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do código civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva” (BRASIL, 2011c).

¹³⁹ “[...] 6. Interpretação do art. 1.723 do código civil em conformidade com a constituição federal (técnica da “interpretação conforme”). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do código civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva” (BRASIL, 2011d).

dispositivo de qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família, devendo o reconhecimento ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Em eu voto na ADPF 132/RJ, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu que a fundamentação pela inconstitucionalidade e a forma interpretativa que se estava desenhando sobre o art. 1723 do CC e o art. 226, § 3º, da CF¹⁴¹, pelos votos de outros ministros seguindo o relator, Ministro Carlos Ayres Britto, era uma autêntica decisão manipulativa de efeitos aditivos, e não uma interpretação conforme a Constituição, com respeito as suas limitações técnicas, pois as normas não eram polissêmicas e a intenção do legislador de querer restringir a união apenas entre homem e mulher era clarividente.¹⁴² Nesta linha, percebe-se pelo próprio conteúdo das ementas da ADPF 132/RJ e da ADIN 4277/DF que o STF operou uma decisão manipulativa aditiva integradora-reconstrutiva, suprimindo uma omissão inconstitucional, adicionando ao dispositivo infraconstitucional novos destinatários que se fosse excluídos violariam o princípio da isonomia, dentre outros direitos fundamentais. Analisando-se a decisão na íntegra do STF, percebe-se que foi utilizada a analogia, para suprimir a lacuna legal, considerando que a união homoafetiva é uma espécie do gênero da união estável. Caso a Excelsa Corte ficasse presa à literalidade das normas dos art. 1723 do CC e do § 3º do art. 226 da CF, respeitando a vontade do legislador, não teria inovado no ordenamento jurídico, de forma a restaurar a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade. Outra situação apontada pela doutrina¹⁴³, como típica decisão manipulativa de efeitos aditivos, foi a tomada em sede da

¹⁴⁰ “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002, art. 1.723).

¹⁴¹ “§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (BRASIL, 1988).

¹⁴² Na ADPF 132/RJ, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, no item de nº 2, intitulado de: “A interpretação conforme a constituição no presente caso e seus limites” (p. 146-161), bem como na conclusão de seu voto (p. 194-199), consigna o caminho intelectual percorrido pelo relator para conclusão da inconstitucionalidade da interpretação que não reconhece a união estável homoafetiva no plano jurídico-constitucional, enquadrando a decisão do relator, como da espécie manipulativa aditiva. Ramos (2015, p. 222), embora não concorde com este enquadramento em relações às decisões do STF, reconhece a existência de especulações doutrinárias neste sentido, para por este tipo de julgado na moldura das decisões manipulativas aditivas, e cita Gilmar Mendes, como um dos que perfilha tal entendimento, inclusive em relações a outras decisões proferidas pelo STF. Vale ressaltar que o Ministro Gilmar Mendes, embora também tenha reconhecido a constitucionalidade das uniões estáveis homoafetivas, fê-lo, com arrimo em outros princípios constitucionais, mas não com interpretação conforme em relação ao art. 1723 do CC e ao § 3º do art. 226 da CF, contudo, a tese que se saiu vencedora no julgado, com sua respectiva fundamentação, foi a do Ministro Carlos Ayres Brito.

¹⁴³ Gilmar mendes, à época, com a ADPF nº 54/DF, já proposta, mas sem ter o mérito ainda julgado, ressaltou: “Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de punibilidade — no caso do feto padecer de anencefalia — ao crime de aborto³⁹. **Portanto, é possível antever se o Supremo Tribunal Federal acabará por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e aliar-se-á à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo. A assunção de uma**

ADPF 54/DF (BRASIL, 2013c)¹⁴⁴, onde se considerou inconstitucional interpretação que considere a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II¹⁴⁵, do Código Penal, imprimindo segurança jurídica, preservando a saúde e a liberdade sexual-reprodutiva, bem como a dignidade da mulher.

O tema neste tópico foi desenvolvido para ilustrar que Tribunais Constitucionais estrangeiros e, especificamente, o brasileiro, na prática, tomam decisões intermediárias, ou seja, não invalidam totalmente a norma, mas a conserva no ordenamento jurídico, porém alterando seu sentido normativo, com a finalidade de preservar direitos fundamentais.

Os principais argumentos a favor desta atuação do judiciário¹⁴⁶ permitindo-se a criatividade do juiz na conformação com a Constituição e na efetividade dos direitos e garantias fundamentais, são: **a)** a necessidade de concretizar a constituição tendo em vista a reparação imediata de omissões e de lacunas cuja subsistência se revele ofensiva para a esfera dos direitos e garantias fundamentais; **b)** preservação relativa dos atos normativos; **c)** preenchimento de vazios e lacunas técnicas axiológicas mediante soluções integrativas lógicas ou critérios obrigatoriamente determinados pela Constituição; **d)** trate-se de uma prática jurisprudencial consolidada, não sendo questionável sua admissibilidade, mas somente os limites de sua utilização. Já os argumentos contrários são: **a)** usurpação de poder do Legislativo; **b)** incompetência para integrar vazios normativos e lacunas e emprestar a essa integração força geral obrigatória; **c)** subversão de um princípio de preferência pelo legislador e exercício derivado da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão através de um processo de fiscalização de inconstitucionalidade por ação; **d)** custas financeiras das

atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional” (MENDES, 2009, p.1309, grifo nosso). Na verdade, o STF não acrescentou uma hipótese de excludente de ilicitude ou de punibilidade, apenas considerou que não há crime, por não possuir vida o anencéfalo, por ausência de atividade cerebral, sendo um crime impossível, por absoluta impropriedade do objeto (MASSON, 2016, p.641-643).

¹⁴⁴ “Estado – Laicidade. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. Feto anencéfalo – interrupção da gravidez – mulher – liberdade sexual e reprodutiva – saúde – dignidade – autodeterminação – direitos fundamentais – crime – inexistência. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal” (BRASIL, 2013c).

¹⁴⁵ “Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54) Aborto necessário I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal” (BRASIL, 1940, art. 128).

¹⁴⁶ “A prolação de sentenças aditivas não pode ser vista como uma conduta que destoa das atividades definidas pela Constituição pertinentes à natureza da jurisdição constitucional, sobretudo quando se levanta a questão do seu caráter contramajoritário. A efetividade da Constituição é necessária para a sustentação do Estado Democrático. Passados mais de duzentos anos da Revolução Francesa o ultrapassado dogma de separação estática não mais se subsiste. Vivemos em tempos de direitos fundamentais. Modelos estáticos ou literais só fracassaram ao longo da história” (CHAVES; RODRIGUES-PEREIRA, 2014, p. 180).

decisões aditivas de prestação e violação do equilíbrio orçamentário, quando se envolve questões atinentes a recursos orçamentários (MORAIS, 2009, p. 95-102).

Vale ressaltar também que, em princípio, as decisões manipulativas ou intermediárias só são deferidas aos Tribunais que, dentro de um sistema jurídico, tenham a missão precípua de guardar a Constituição, e não aos Tribunais com outras finalidades primordiais, nem aos juízes de primeiro grau. Esta vedação se dá em razão da envergadura das decisões em sede de jurisdição constitucional, face a magnitude das consequências jurídicas com força obrigatória para todos (AGRA, 2015, p. 562-564).

6 POSSÍVEIS DECISÕES DO JUDICIÁRIO ANTE A INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º-B DO ART. 273 DO CP

O ideal seria que o legislador refletisse sobre o aumento desrazoável da pena em abstrato do art. 273 do CP, especificamente, para as condutas do §1º-B, principalmente a pena mínima que já parte de 10 (dez) anos, sanando o vício de inconstitucionalidade, prevendo um preceito secundário, com um intervalo mínimo e máximo, que proporcionasse ao magistrado a aplicação de uma pena proporcional frente a diversas condutas criminalizadas, com graus de lesividade diferenciados. Enquanto não cessa essa violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade, da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da lesividade, cabe ao Judiciário, uma vez provocado, tentar sanar este vício de inconstitucionalidade, aliando técnica jurídica ao valor de justiça, na medida do possível.

A abordagem aqui, levará em conta o que se pode ser feito a nível de solução pelo juiz de 1º grau, haja vista que este é que tem o contato mais profundo na avaliação dos fatos e provas, inclusive com o poder de determinar diligências de ofício em busca da verdade material. De mais a mais, é na instância de piso que é proporcionado um contato mais sensível com o caso concreto em razão da oitiva das testemunhas e do réu em audiência. Já o tribunal de segunda instância, atua apenas como revisor da avaliação dos fatos, provas e do direito pelo magistrado e ao STJ e ao STF, está vedado o reexame das provas e dos fatos, cabendo ser apenas revisor da boa aplicação da lei federal e da Constituição, respectivamente (BRASIL, 1990c; BRASIL, 1964)¹⁴⁷. Tal esclarecimento é relevante, porque as técnicas de interpretação e de decisão, em sede de jurisdição constitucional, são de aplicação mais restrita no exercício do controle de constitucionalidade difuso, ou seja, diante do caso concreto, ao contrário do controle abstrato, onde há maior liberdade no emprego dessas técnicas.

6.1 Inconstitucionalidade integral do art. 273, §1º-B, do CP

Do ponto de vista das técnicas de interpretação e das decisões em controle de constitucionalidade, esta é a decisão mais acertada. A interpretação conforme a Constituição, genuinamente configurada, não pode ser empregada, haja vista que a referida norma não é polissêmica. O tipo regido pelo princípio da taxatividade é enxuto e de redação clara, a qual prevê as condutas, com a respectiva pena, além disso, também pela redação do texto legal, fica

¹⁴⁷ STJ: “Súmula 7 - A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial” (BRASIL, 1990c).
STF: “Súmula 279 Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” (BRASIL, 1964).

claro que a intenção do legislador foi a de considerar o perigo presumido de forma absoluta. Assim, embora a interpretação conforme a Constituição não seja vedada em sendo de controle difuso, como em sua pureza técnica não se pode alterar o sentido literal do texto e a vontade originária do legislador, estaria impossibilitado o julgador de interpretá-la, para dizer que a norma só seria constitucional se fosse considerada como crime de perigo concreto e com aplicação de pena mais branda prevista para outro crime de contornos semelhantes.

Nessa vertente, a inconstitucionalidade integral seria um único caminho possível diante das ofensas aos valores constitucionais. A declaração parcial de inconstitucionalidade sem ou com redução do texto estariam descartadas como técnicas de decisão a serem empregadas pelo juiz de 1º grau, visando salvar a norma, porque só podem ser empregadas em sede controle abstrato de constitucionalidade. Como no sistema de jurisdicional constitucional brasileiro cabe ao STF a guarda precípua do Texto Maior, só a Excelsa Corte pode utilizar as referidas técnicas.

Além do mais, a declaração parcial de inconstitucionalidade com redução do texto não permite que se adicione uma norma, no caso um preceito secundário de outro tipo penal, para tapar a lacuna ocasionada com a redução. Já a técnica das sentenças manipulativas aditivas de correção ou integração, não poderiam ser utilizadas, seja porque não há previsão expressa delas no ordenamento jurídico brasileiro, seja porque o STF não deixa claro em seus julgados que as admite como métodos de decisão, pelo menos, formalmente, com essa denominação.

Outro empecilho para o reconhecimento da inconstitucionalidade parcial é seu regimento pelo princípio da parcelaridade, ou seja, a norma tem ser suscetível de divisão, no sentido de ser possível separar a parte viciada da hígida, mantendo esta última uma autonomia lógica, como há uma dependência estrutural entre o preceito primário e o secundário, não se poderia considerar apenas nula a pena em abstrato.

O grande inconveniente do reconhecimento da inconstitucionalidade integral é a desproteção causada ao bem saúde pública, sendo este atacado constantemente pela falsificação de medicamentos e afins, em alguns casos, lesando gravemente a saúde humana e até ocasionando a morte. Assim, do ponto de vista técnico jurídico, haveria também a violação do princípio da proporcionalidade na sua faceta da proibição da proteção deficiente ou insuficiente dos bens jurídicos¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Demonstrou-se na seção 2.2 que a intervenção do direito penal é necessária e adequada, por ser grave o problema de saúde pública com a falsificação de medicamentos e afins, porém no caso do art. 273, § 1º-B, do CP, introduzido pela Lei nº 9.677 de 02.07.1998, mostrou-se uma intervenção desproporcional. Novelino leciona nesta linha (2016, p. 296): “O postulado da proporcionalidade possui dupla face: de um lado, as

6.2 Inconstitucionalidade do art. 273, §1º-B, do CP, com efeito repristinatório

Como regra, no direito brasileiro, só se permite a repristinação expressa e não tácita (art. 2º, § 3º, da LINDB). Este fenômeno ocorre quando uma norma restaura sua vigência em virtude da revogação da norma que a revogou. Em sede controle abstrato de constitucionalidade, o STF tem admitido hipóteses de repristinação tácita, quando, por meio de medida cautelar, suspende-se a vigência e a eficácia da lei revogadora ou nas decisões definitivas de mérito, declarando, com efeito *ex tunc* (retroativo) a inconstitucionalidade da lei revogadora¹⁴⁹. “Seria incoerente admitir a manutenção de um vácuo legislativo causada pela aparente revogação de uma lei válida, por ser a lei inconstitucional um ato nulo, cujo vício foi reconhecido desde a sua criação” (NOVELINO, 2016, p.128).

Na seção 1.4, cita-se a consideração do voto do Ministro Rogério Schietti Machado Cruz do STJ no Resp. 1.256.992/RS, em que embora se rendesse à tese majoritária da inconstitucionalidade parcial do art. 273, §1º-B, do CP naquele Tribunal Superior, pontuou que mais adequado que aplicar a pena do tráfico de drogas, seria repristinar o art. 273 do CP em sua redação anterior à Lei nº 9.677 de 02.07.1998, por ser a solução mais consentânea com o princípio da legalidade. Esse tipo de decisão supera as limitações das técnicas de interpretação e de decisão em sede de jurisdicional constitucional, evitando-se que o Judiciário inove no ordenamento jurídico, atuando como legislador positivo, mas esbarra em algumas barreiras técnico-jurídicas. O efeito repristinatório só é admitido por construção

regras que o compõe (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) impedem a adoção de cargas coativas indevidas ou excessivas por parte dos poderes públicos (proibição de excesso); de outro, a proporcionalidade impõe aos órgãos estatais o dever de tutelar de forma adequada e suficiente os direitos fundamentais consagrados na constituição (proibição de proteção insuficiente). [...] A proibição de proteção insuficiente impõe aos poderes públicos, portanto, a adoção de medidas adequadas e suficientes para garantir a proteção de promoção dos direitos fundamentais, sobretudo daqueles que dependem de prestações materiais- e.g, direitos sociais prestacionais – e jurídica e.g., criminalização de condutas gravemente ofensivas – por parte, do Estado. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal referida face do princípio da proporcionalidade tem sido especialmente utilizada como imposição dirigida ao legislador quando do cumprimento dos “mandados constitucionais de criminalização”.

Já Pulido (2007, p. 827-828), assim pondera sobre o subprincípio da proporcionalidade, consistente na proibição de proteção deficiente dos bens jurídicos: “Uma omissão legislativa ou uma norma legal que não proteja um direito fundamental de maneira ótima vulnera as exigências do princípio da necessidade quando existe outra abstenção ou outra alternativa que favoreça a realização do fim do Congresso Nacional pelo menos com a mesma intensidade, e por sua vez, favoreça mais a realização do direito fundamental de proteção. Em matéria penal verifica-se este caso quando com uma restrição alternativa da liberdade, igual ou mais benigna, se obtém uma proteção maior do bem jurídico”.

¹⁴⁹ Nesse sentido, o STF: “[...] A decisão do Supremo Tribunal Federal que declara, em sede de fiscalização abstrata, a inconstitucionalidade de determinado diploma normativo tem o condão de provocar a repristinação dos atos estatais anteriores que foram revogados pela lei proclamada inconstitucional. Doutrina. Precedentes (ADI 2.215-MC/PE, Relator: Min. Celso de Mello, “Informativo/STF” nº 224, v.g.) [...]” (BRASIL, 2007b).

jurisprudencial do STF em sede controle abstrato de constitucionalidade, dessa forma, caso um juiz de 1º grau assim agisse, estaria usurpando a competência do STF.

Outro problema seria a incongruência que iria se formar: um crime hediondo com uma pena de um a três anos. Já explicitou-se que, na mesma conjectura de aprovação da Lei nº 9.677 de 02.07.2020, foi aprovada também a Lei nº 9.695/1998 que incluiu toda a figura típica do art. 273 do CP, no rol de crime hediondos (art. 2º, VII-B, da Lei nº 8.072/90). Os crimes hediondos com penas mínimas mais brandas são: o homicídio simples, quando praticado por grupo de extermínio e o estupro simples, ambos com penas a partir de seis anos. Como ressaltou-se, citando as lições de Ferrajoli (2002, p. 324-325) e Mendes (2004, p. 34) na seção 2.3, não cabe ao magistrado interferir na qualidade da pena, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes. Assim, impedido de afastar a hediondez, ter-se-ia um crime hediondo com uma pena mínima de um ano, não existindo razoabilidade nessa construção normativa. Por último, uma pena de um a três anos poderia se mostrar desproporcional para alguns resultados mais ofensivos, por exemplo, para a conduta do art. 273, §1º-B, IV, situação na qual um remédio, posto no mercado com sua capacidade terapêutica reduzida, venha, efetivamente, interferir no tratamento de câncer de algumas pessoas.

6.3 Inconstitucionalidade parcial do art. 273, §1º-B, do CP

A solução aqui passa em conservar a norma jurídica criminalizando a conduta de falsear medicamentos e afins, porém com pena diversa da estabelecida, originariamente, pelo legislador, bem como se exigindo para a tipicidade material prova da presença de potencialidade lesiva à saúde humana. Assim, o juiz de 1º grau salvaria a norma jurídica, afastando o vício de inconstitucionalidade, mantendo a harmonia com hediondez do crime e a proteção do bem jurídico saúde pública, ao considera-lo, como sendo de perigo concreto, ou nas lições de Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 488), transferiria o ônus ao acusado de provar a ausência de perigo ao bem tutelado, nada impedindo também que o juiz determinasse a prova pericial de ofício em busca da verdade material dos fatos, com arrimo no arts. 155, 156 e 158, todos do CPP. O importante para a tipicidade seria a conclusão pericial que o objeto material do crime era apto a causar lesão à saúde pública, uma vez consumido. Em consonância com o subprincípio da proporcionalidade da proibição da proteção insuficiente, não se tornaria necessário exigir efetiva lesão, de fato, a alguém ou a um grupo de pessoas. O que não é viável é considerar típica uma conduta desprovida de qualquer potencialidade ofensiva, o que não é difícil de acontecer, por exemplo, com na venda: de um polivitamínico, com conteúdo

íntegro, mas apenas sem registro na ANVISA; de um detergente, com conteúdo inofensivo, mas sem licença para venda; de um Aromatizante veicular, sem perigo de lesividade, apenas ausentes as características de identidade exigidas na comercialização etc.

Situação diversa é uma grande quantidade de vacinas para gripe, sem a presença do princípio ativo de prevenção à doença ou na mesma situação medicamentos para combate ao câncer, que uma vez apreendidos e constatado, pericialmente, a ausência do princípio ativo, ainda que não tenham chegado a ser consumidos por ninguém, mas posto em circulação, ficar provada a potencialidade lesiva. Neste caso, haveria a tipicidade formal e material. Em síntese, com a perícia, faz-se a cisão de duas situações distintas: com perigo e sem perigo, a primeira exige a presença do Direito Penal, a segunda, não.

Quanto à pena em abstrato a ser utilizada, dentre as sugeridas pela jurisprudência do STJ, para se propiciar uma analogia *in bonam partem* técnica¹⁵⁰, tem-se a pena do tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/2006 – pena de 5 a 10 anos) e dos crimes contra as relações de consumo (art. 7º, II, III, VII e IX, da Lei nº 8.137/1990 – pena de 2 a 5 anos), pois estes crimes visam proteger também, direta ou indiretamente, a saúde pública, ou seja, guardam semelhança na objetividade jurídica com a do art. 273, §1º-B, do CP. Já o delito de contrabando (art. 334-A, CP – pena de 2 a 5 anos), tem como finalidade proteger a administração pública, em geral.

Em síntese, a decisão seria no sentido de só considerar constitucional a criminalização da conduta, se provada, no caso concreto, a presença de perigo à saúde pública pela caracterização de potencialidade lesiva do objeto material. Em relação à pena a ser aplicada, consideraria inconstitucional a pena de 10 a 15 anos do §1º-B do art. 273 do CP, portanto nula e diante do vácuo normativo, por analogia, aplicaria a pena do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 ou do art. 7º da Lei nº 8.137/1990. Tal decisão equivaleria a uma sentença manipulativa aditiva corretiva ou integrativa¹⁵¹, já admitida no ordenamento jurídico

¹⁵⁰ “A analogia se apoia na identidade não de fatos jurídicos, mas na *ratio legis*, no raciocínio *a pari ratione*; o princípio se condensa no adágio *ubi eadem ratio, idem jus*, isto é, onde houver a mesma razão, o mesmo deve ser o direito. É a analogia, na realidade, um raciocínio baseado em razões relevantes de similitude. [...] Há duas modalidades de analogia: a legal (analogia legis) e a jurídica (analogia juris). A primeira serve-se da lei ou de um complexo de disposições legislativas. É a analogia propriamente dita. A segunda é o procedimento pelo qual se supre a deficiência legal, mediante os princípios gerais de direito, a norma é tirada do inteiro complexo da legislação vigente, ou do sistema legislativo” (GARCIA, 1996, p.119). *Mutatis mutandis*, diante da lacuna gerada pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da pena em abstrato do art. 273, § 1º-B, do CP, visando sanar o vício criado pelo Legislativo, haveria um movimento dentro do ordenamento jurídico pelo magistrado, para se detectar um preceito secundário que vise proteger também à saúde humana, no caso, o art. 33 da Lei nº 11.343/2006 ou o art. 7º, II, III, VII e IX, da Lei nº 8137/1990, assim fazendo a integração da norma incriminadora. Como se demonstrou neste trabalho, seria tecnicamente, uma sentença manipulativa (intermediária) aditiva corretiva-integrativa.

¹⁵¹ Como leciona Moraes (2009, p. 57), o efeito ablativo da decisão parcial de inconstitucionalidade, consistente em criar uma omissão no dispositivo legal, passando aquela ser suprida por outra norma, constitui a

português, italiano e espanhol e, às vezes, exercitada pelo STF, com o rótulo de interpretação conforme a Constituição, como se deu no julgamento pela constitucionalidade das uniões homoafetivas. Poder-se-ia cogitar também de indicar apenas um único preceito secundário possível de aplicação, como o do crime de tráfico de drogas, por ser expressamente um delito a tutelar à saúde pública. Ocorre que as condutas do §1º-B do art. 273 do CP, em tese, pelo menos no plano abstrato, são aferíveis com graus de gravidade diferenciados, as condutas dos incisos II, III e IV são mais graves, porque abraçam situações de efetiva disparidade entre o conteúdo do produto e as informações registradas no órgão sanitário ou repassadas ao consumidor, ao contrário, das dos incisos I, V e VI, que são criminalizadas simplesmente pela ausência de registro na ANVISA ou de licença para comercialização ou simplesmente por ser de origem ignorada. Dessa forma, mostra-se salutar que o magistrado tenha a disposição dois intervalos punitivos, o do tráfico (5 a 10 anos) e dos crimes do art. 7º da Lei nº 8.137/1990, oscilante entre 2 a 5 anos, tendo assim possibilidade de dosar uma pena proporcional à gravidade em concreto do delito¹⁵².

A solução, nesses moldes, pela inconstitucionalidade parcial do art. 273, §1º-B, do CP, seria atécnica, se levasse em conta os contornos restritivos das técnicas de interpretação ou de decisão na seara da jurisdição constitucional, porém é a mais condizente com os valores constitucionais como da proporcionalidade, da razoabilidade, da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana e da igualdade material. Entendimento diverso, colocaria com maior peso as regras técnicas de interpretação e de decisão em controle de constitucionalidade

modalidade de sentença intermediária ou manipulativa do tipo aditiva integrativa. Foi o que se deu na decisão do STJ de determinar a aplicação de outra pena em abstrato, prevista em tipo penal diverso do art. 273, § 1º-B, do CP, pois o tribunal, ao reconhecer a inconstitucionalidade da pena em abstrato do art. 273, § 1º-B, do CP, considerando-a, portanto, nula, abriu um vácuo, uma lacuna no referido tipo penal, de modo que a aplicação, por exemplo, do preceito secundário do tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006) ou do crime do art. 7º da Lei nº 8.131/90, os quais também protegem a saúde pública, para suprir a omissão causada pela própria decisão judicial, configurou-se uma operação intelectual, consistente na analogia jurídica *in bonam partem*. Nesta vertente, conclui Morais (2009, p. 57): “A decisão de inconstitucionalidade procura, assim, cicatrizar reconstitutivamente, uma incisão operada pela própria sentença, no tecido normativo, depois de se proceder à remoção de uma norma inconstitucional”.

¹⁵² Em determinadas situações a decisão justa para o caso concreto não é aquela de subsunção mecânica dos fatos ao texto legal, mas sim à norma produto da interpretação do magistrado, de acordo com o sistema jurídico no qual está inserido: “O certo é que nenhuma operação intelectual, mesmo elementar, do trabalho jurídico poder ser compreendida sem juízos de valor. Não são juízos irrevogáveis, irrefragáveis ou absolutos, mas são aqueles que têm de se sustentar no decurso da atividade do magistrado e em face da elaboração da decisão tomada como justa e assim aceitável, isto é, suscetível de consenso. Há de haver um tratamento idêntico para aquilo que deve ser idênticamente valorado, a mesma consideração para todos os casos similares, o que se traduz na equidade ou justiça equitativa. Logo, pode afirmar-se que a valoração material e a valoração equitativa determinam, em primeiro plano, como já se disse, a decisão justa, num tratamento paritário, havendo uma norma que o possibilite. A norma, descrevendo com precisão, estabelece, destarte, o que deve ser juridicamente como igual, e impõe, para cada situação de fato da mesma espécie, idêntica consequência jurídica. No entanto, a norma a que o juiz subsume o fato, na maioria dos casos, não está patente na lei, mas se trata de uma norma que o próprio juiz constrói, ainda que com base na regra legal, na perspectiva do caso a decidir. Essa norma é a verdadeira norma de decisão” (GARCIA, 1996, p. 167-168).

em detrimento da liberdade individual e do subprincípios da proporcionalidade em sentido estrito e da proibição de proteção insuficiente dos bens jurídicos.

Do mesmo modo, o levantamento de hipótese de eventual ofensa ao princípio da separação dos poderes, parece perder relevância quando comparado ao engessamento do judiciário na correção deste vício violador de diversas normas constitucionais.

CONCLUSÕES

Neste trabalho, demonstrou-se que a falsificação de medicamentos e afins, na atualidade, ainda se apresenta como um problema grave de saúde pública, seja em âmbito mundial, seja no Brasil, verificou-se também que o aumento da pena em abstrato do art. 273 do CP não conseguiu evitar, na mesma proporção, o aumento da prática delitiva de falsificação de remédios e afins. O simbolismo da pena, com seu efeito de prevenção geral, talvez não tenha atendido ao desiderato dos atores envolvidos no processo legislativo, ao majorarem a pena, com seu caráter de hediondez. Nesse panorama, abre-se uma reflexão sobre a efetividade e eficácia de penas bastante elevadas, como símbolo penal, com eficácia e efetividade no combate à criminalidade.

Percebeu-se também que o recrudesimento do preceito secundário do art. 273, §1º-B, do CP ocorreu em um momento de comoção social e pressão midiática, diante da morte de pessoas e de gravidezes indesejadas, com ingestão de remédios falsificados, o que pode ter desencadeado a irracionalidade do legislador quanto à proporção do aumento. Atestou-se que o processo legislativo, que culminou com a elevação de pena e com as consequências da hediondez, tramitou em regime de urgência, com votação simbólica, tendo como parâmetro a pena do homicídio qualificado de 12 a 30 anos de reclusão.

Por outro lado, demonstrou-se que a falsificação de medicamentos e afins é uma realidade mundial e brasileira, seja das espécies salva-vidas, seja de remédios destinados ao bem-estar, os quais, muitas vezes, põem efetivamente em risco a saúde da população, em muitos casos, leva à morte ou prolonga o sofrimento no tratamento da doença ou da disfuncionalidade, além de causar descrença da população no sistema de saúde, de modo que as descrições das figuras típicas do §1º-B do art. 273 do CP não estão descondizentes com as mais rotineiras condutas falsificadoras ou descumpridoras da normatividade dos órgãos sanitários, no caso do Brasil, com a atividade e legislação sanitária da ANVISA. Além do mais, a Constituição Federal, em seus arts. 196 e 197, estabelece que a saúde é um direito de todos e impõe ao poder público, na forma da lei, o dever de regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e serviços da saúde.

Verificou-se que a pena em abstrato do art. 273 do CP – 10 a 15 anos de reclusão é mais elevada dos que as cominadas em outros países, como: Portugal (1 a 8 anos de prisão); Espanha (6 meses a 4 anos de prisão); Itália (1 a 5 anos de prisão); Paraguai (até 5 anos); Uruguai (três meses a 10 anos de prisão); Argentina (3 a 10 anos de reclusão ou prisão – sem lesão ou morte)

Em razão da divergência jurisprudencial sobre o tema, hodiernamente, o STJ pela inconstitucionalidade parcial do §1º-B do art. 273 do CP e o STF pela constitucionalidade, sem que tais decisões tenham, caráter vinculante, indicou-se a presença da insegurança jurídica, fazendo com que o Ministério Público e outros Tribunais do Brasil tenham entendimentos diversificados sobre o assunto.

Aferiu-se que à luz do princípio da proporcionalidade, o recrudescimento da pena para o mínimo de 10 e máximo de 15 anos de reclusão, em tese, mostra-se apto (adequação ou idoneidade) para atingir o escopo da prevenção e inibir práticas delituosas, como também que a intervenção do Direito Penal, com a tipificação das condutas do art. 273, §1º-B do CP, com pena privativa de liberdade, revela-se necessária, pois não há outro meio menos gravoso, com a mesma intensidade do Direito Penal a promover a proteção da saúde pública no nível reclamado. As sanções administrativas previstas na legislação sanitária brasileira não se mostraram suficientes para a proteção do bem jurídico tutelado, no entanto, com relação ao elemento proporcionalidade em sentido estrito, houve violação na proporção do aumento. A desproporcionalidade fica mais evidente quando se coteja a pena em abstrato do §1º-B do art. 273 do CP com outros crimes graves tipificados no próprio ordenamento jurídico brasileiro, como o de tráfico de drogas, com pena de 5 a 15 anos de reclusão e com delitos da mesma espécie no direito alienígena, como na Argentina, onde o crime da falsificação de medicamentos, sem lesão ou resultado morte, oscila entre 3 a 10 anos de reclusão ou prisão, ou como em Portugal, oscilante entre 1 a 8 anos de prisão.

Já quanto à estrutura do princípio da razoabilidade, na concepção de Lavié (1984, p. 93-96), verificou-se que sob o ângulo da razoabilidade interna, houve correção lógica entre os motivos, meios e fins, pois os fatos ensejadores do endurecimento da sanção penal foram mortes e gravidezes indesejadas, o que ocasionou a alteração da lei, visando a proteção da saúde pública, ou seja, há uma conexão coerente e racional entre esses elementos, porém, sob a vertente da razoabilidade externa, houve violação de vários direitos fundamentais, como o princípio da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana e da igualdade material.

Do ponto de vista do princípio da individualização da pena, vimos que houve violação por parte do legislador. O intervalo abstrato entre 10 a 15 anos de reclusão, principalmente, a pena mínima impede que o juiz, em muitos casos de menor gravidade, aplique uma pena proporcional, ou seja, correspondente a gravidade em concreto do delito. É bem verdade que o legislador tem certa discricionariedade na escolha da pena, mas ela não pode ser absoluta, para que não se transforme em arbitrariedade. Uma pena desproporcional,

ao mesmo tempo, fere a dignidade da pessoa humana, pela mutilação da liberdade individual do condenado, ao ser tratado como objeto e não como ser humano. No prisma da igualdade material também houve ofensa. O legislador apenou com a mesma intensidade, condutas, que já no plano abstrato, indica graus diversos de gravidade. Tanto faz ser pego com detergentes eficazes e sem potencialidade lesiva, vendidos por estabelecimento sem licença ou sem registro na ANVISA, ou com medicamentos para combate ao câncer, sem o princípio ativo, que a pena já parte do mínimo de 10 anos. Trataram-se, de forma igual, condutas com níveis diversos de gravidade e lesividade.

Constatou-se que toda pena em si tem seu simbolismo, visando imprimir um efeito positivo que é a inibição de práticas delituosas em relação ao bem jurídico tutelado, porém quando esse símbolo penal não promove com eficácia e efetividade esse desiderato, mudando a realidade social, termina o efeito sendo negativo, pois cria apenas uma falsa sensação de segurança e de bem-estar na população. Apesar da intensidade do aumento da pena em abstrato do §1º-B do art. 273 do CP, esta medida não contribui muito para a diminuição dos ataques à saúde pública pela produção ou comercialização de medicamentos e afins falsificados ou em desacordo com a legislação sanitária. Talvez, outras medidas, como o barateamento dos medicamentos, tornando-os mais acessíveis à população, associadas a um controle fiscalizatório mais eficiente do Estado, impedisse em maior proporção a inserção e circulação de produtos dessa natureza.

Atestou-se que a intenção do legislador na tipificação de todas as condutas do art. 273 do CP foi presumir de forma absoluta a ocorrência do perigo, ou seja, a simples prática dos comportamentos, ali criminalizados, tornaria o fato típico e consumado. Demonstrou-se que há intenso debate doutrinário sobre a (in)constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato diante do princípio da lesividade ou ofensividade. Alguns, como Bitencourt (2002, p. 22), por exemplo, consideram todos os crimes de perigo abstrato inconstitucionais. O STJ e o STF consideram constitucionais, com o argumento que a criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, uma inconstitucionalidade por obra do legislador penal, pois essa modalidade de crime acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como o meio ambiente, a saúde etc, concluindo que o legislador possui essa discricionariedade, a fim de definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico. No entanto, há posições doutrinárias se encontra em maior harmonia com as disposições do CPP) sobre provas (arts. 155, 156 e 158). É que se verificou com a posição de Roxin (2006b, p.81), considerando que análise da (in)constitucionalidade do crime de perigo

abstrato deve se dar em cada normatividade específica, bem como a de Zaffaroni e Pierangeli (2011, p.488), a qual encara a problemática, como uma questão de ônus processual, isto é, em todo crime de perigo deve ficar provada a presença efetiva do perigo, porém nos de perigo abstrato esse ônus cabe ao acusado. Nada impedindo que o juiz tome a iniciativa de determinar a perícia de ofício em busca da verdade material dos fatos.

No caso do art. 273, §1º-B, do CP, diante da possibilidade no caso concreto de aferir a ausência absoluta de potencialidade lesiva em algumas condutas, o que causaria a atipicidade material, apresenta-se, como a interpretação mais razoável, a de exigir prova sobre a ofensividade ou não do comportamento, cabendo, a princípio, a defesa requerer a sua produção, não afastando a hipótese do magistrado determiná-la de ofício. Dessa forma, evita-se gravitar na discussão sobre a (in)constitucionalidade da existência de crimes de perigo abstrato, para apenas firmar uma exigência de produção de prova pericial, com a finalidade de evitar injustiças, com condenações de réus, em casos de ausência absoluta de potencialidade lesiva em suas condutas.

Quanto ao poder criativo do juiz na interpretação das normas, comprovou-se que, até os mais críticos às vertentes do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, admitem que a criação do Direito pela exegética do magistrado é algo ínsito da atividade judicante, apenas alertam que essa liberdade não pode ser absoluta.

Conforme a leitura atual que se faz do princípio da separação dos poderes, verificou-se que a atividade mais intensa do Judiciário em sede de jurisdição constitucional, com desiderato de sanar um vício de inconstitucionalidade não fere o sistema de freios e contrapesos, pois esse tem a função que imperfeições originadas por um poder sejam corrigidas por outro, mantendo-se o equilíbrio do sistema e evitando a hegemonia de um sobre o outro. Assim, nessa linha, não deve o jurista dar primazia ao princípio da legalidade, quando a lei está eivada do vício da inconstitucionalidade, devendo, nesses casos, ser respeitada a força normativa da Constituição. Em relação às críticas de falta de legitimidade e de ativismo do Judiciário nesse tipo de atividade, expôs-se que uma autêntica democracia em um Estado de Direito, apresenta-se com duas facetas: interesses majoritários x minoritários, tendo o Judiciário muitas vezes que intervir, quando provocado, para desempenhar uma atividade contramajoritária, com o objetivo de resguardar direitos de uma minoria, declinados e assegurados no Texto Constitucional. Entre prestigiar uma possível inércia do Judiciário, sob a alegação de possível afronta ao princípio da separação dos poderes, estimulando-se a manutenção da violação da ordem constitucional por outro poder, deve-se preferir restaurar o estado de constitucionalidade. Já a legitimidade dessa atuação judicial estaria consolidada,

dentre outros fatores, pela própria forma de investidura no cargo, o que garante uma maior imparcialidade no julgamento ou pela própria fundamentação das decisões, bem como pela argumentação jurídica, todos balizados pelos princípios de ordem constitucional ou de caráter interpretativo.

Especificamente, quanto à possibilidade de combinação de leis, constatou-se oscilação da jurisprudência. O STJ tem entendimentos pela possibilidade ou não, a depender da matéria penal, objeto de discussão. Em relação ao art. 273, §1º-B, do CP, o STJ permite a combinação com outros preceitos secundários de tipo diversos, por considerar inconstitucional a pena em abstrato. Já o STF, atualmente, veda a combinação, em qualquer hipótese de direito penal material, sob o argumento de afronta ao princípio da separação de poderes e ao princípio da legalidade, embora no passado haja precedente pela possibilidade. A doutrina de Ferrajoli (2002, p. 139-140), partindo do pressuposto que, por mais garantista que seja determinado ordenamento jurídico, sempre haverá imperfeições, perfilha que estas devem ser corrigidas pelo poder de disposição ou de valoração ético-política do juiz, ao qual é permitido realizar juízos metajurídicos, possuindo autonomia de interpretação e, conseqüentemente, na criação do Direito, embora este poder não seja absoluto, devendo ser bitolado pelos princípios jurídicos. Por outro lado, a doutrina de autores como Mendes (2004, p. 41, 47 e 116), Canotilho (1993, p. 580-281), Sarlet (2012, p. 375) destacam a vinculação do legislador aos direitos fundamentais, não sendo também absoluta sua discricionariedade da fabricação de atos normativos.

Sobre as técnicas de interpretação e de decisão em sede de jurisdição constitucional, visando salvar a disposição normativa, em razão do princípio da conservação das normas jurídicas, diante da presença de um vício de inconstitucionalidade, atestou-se que são técnicas que sofrem limitações no seu uso, porém, muitas vezes, o próprio STF não respeita esses limites, utilizando, na verdade, técnicas existentes no direito estrangeiro, como as decisões manipulativas ou intermediárias, na espécie aditivas corretivas ou integrativas, as quais sanam imperfeições originárias do Poder Legislativo, muitas vezes, alterando o próprio texto normativo ou a intenção original do legislador, ou seja, em muitos casos, prestigia-se o princípio da conservação das normas jurídicas em detrimento das balizas técnicas dos métodos de interpretação e de decisão contemplados no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante da defesa neste trabalho da inconstitucionalidade parcial do art. 273, §1º-B, do CP, desenvolveu-se o tema das decisões manipulativas ou intermediárias, destacando-se as manipulativas aditivas corretivas ou integrativas, as quais visando sanar o vício de inconstitucionalidade e, ao mesmo tempo, preservar a norma no ordenamento jurídico,

acabam alterando o sentido do texto legal ou suprindo o vácuo causado pelo reconhecimento da inconstitucionalidade parcial, com outra disposição normativa extraída do sistema jurídico. Embora, com a presença de forte crítica doutrinária sobre tais modelos de decisões, atestou-se que é uma realidade pujante na jurisdição constitucional européia, como também já é utilizada na sua essência pelo STF, por exemplo, no reconhecimento da constitucionalidade das uniões estáveis homoafetivas e dos abortos dos anencéfalos, porém com o rótulo de interpretação conforme a Constituição.

São tipos de decisões que se mostram como a única solução viável pelo Judiciário diante da inércia do Legislativo em corrigir o vício, com o objetivo de preservar um direito fundamental de uma minoria, com arrimo nos valores esculpidos no Texto Constitucional. Caso contrário, se fosse prestigiado o sentido literal de algumas normas, haveria a exclusão de tais direitos atinentes a uma minoria da população. Nessa perspectiva, são decisões que podem ser utilizadas como instrumentos para se reconhecer a inconstitucionalidade parcial do art. 273, §1º-B, do CP, no que tange à pena em abstrato e à dispensa de perícia em casos de duvidosa presença de potencialidade lesiva emanada da conduta do agente, em face da intenção do legislador de presumir de forma absoluta a ocorrência do perigo.

O ideal seria que o legislador revisse sua opção de penalização, corrigindo a desproporcionalidade da pena, principalmente, a mínima de 10 anos. Enquanto não sana este vício por uma nova alteração legislativa, cabe ao Judiciário, uma vez provocado, tomar uma decisão que afaste a violação aos direitos fundamentais.

Dentre as possíveis decisões a serem tomadas diante de um caso concreto, por um Juízo de primeiro grau, têm-se: **a) inconstitucionalidade integral do art. 273, §1º-B, do CP.** Esta é decisão mais correta, do ponto de vista técnico das limitações das técnicas de interpretação e decisão consagradas no direito brasileiro, bem como do princípio da parcelaridade, porque a alteração da pena em abstrato e a exigência de perícia, por decisão judicial afronta a vontade do legislador e altera o sentido do texto legal, o qual não é polissêmico e está regido pelo princípio da taxatividade. No entanto, é o tipo de decisão mais prejudicial à proteção do bem jurídico saúde pública, o qual precisa na intervenção do Direito Penal, para resguardá-lo, bem como ofensiva ao subprincípio da proporcionalidade da proibição da proteção deficiente **b) inconstitucionalidade do art. 273, §1º-B, do CP, com efeito repristinatório.** Neste tipo, respeitam-se as limitações das técnicas de interpretação e de decisão em sede jurisdição constitucional, mas cria alguns inconvenientes. A pena do antigo art. 273 do CP, revogado pela Lei nº 9.677 de 02.07.1998, era de um a três anos, assim, pode se revelar muito branda, falhando em sua finalidade de prevenção, retribuição e

ressocialização para condutas mais graves, como na venda de antibióticos, vacinas e remédios falsificados, com potencialidade lesiva real para a saúde humana. Outro problema seria ter um crime hediondo, com pena tão diminuta, partido do pressuposto que a hediondez do delito não poder ser alterada pelo Judiciário, por se referir à qualidade da pena e não sua quantidade. Por fim, haveria uma usurpação da competência do STF, haja vista que este reserva a si a possibilidade de determinar efeitos da repristinação tácita; **c) inconstitucionalidade parcial do art. 273, §1º-B, do CP.** Apesar de ser uma decisão que não está em conformidade com o princípio da parcelaridade, com as limitações técnicas de ordem interpretativa e de decisão em sede de controle constitucionalidade, segundo o modelo clássico adotado no Brasil, é a decisão que mais propicia a preservação de dois direitos fundamentais em choque: a liberdade individual x saúde pública; ambos valores resguardados pela Constituição Federal de 1988.

Com o reconhecimento da inconstitucionalidade do preceito secundário e da presunção absoluta de perigo, no caso concreto, determinando-se a aplicação de uma pena em abstrato menos elevada, como a do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 ou do art. 7º da Lei nº 8.137/1990, promovendo-se uma analogia in *bonam partem*, bem como dando direito ao acusado de provar a ausência de potencial ofensivo em sua conduta pela confecção de perícia sobre o objeto material ou sobre eventual vítima, propiciar-se um caminho para condenações proporcionais e justas, ao mesmo tempo, que mantém a proteção à saúde pública em grau requerido pela realidade prática hodierna. Embora seja uma decisão do ponto de vista atécnica, por desrespeitar balizas inerentes às interpretações e às decisões em sede de jurisdição constitucional, é a que preserva o princípio da proporcionalidade, inclusive, seu subprincípio da proibição de proteção deficiente dos bens jurídicos, como também o da razoabilidade, da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana, da igualdade material e da ofensividade.

Neste choque de postulados jurídicos, de um lado: os limites técnicos das formas ou métodos de interpretação e de decisão em sede de controle de constitucionalidade, bem como o princípio da legalidade; do outro: o estado constante de violação de diversos preceitos constitucionais, parece ser mais saudável para ordem jurídica e órbita constitucional, o afastamento desta violação permanente.

REFERÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

- AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Biblioteca de Insumos Farmacêuticos**. Brasília: ANVISA, 2019. 2019a. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/33880/4967127/Biblioteca+de+Insumos_Portal.pdf/115daaa0-f71e-45d8-9937-64f84c317510. Acesso em: 04 out. 2019.
- AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Biblioteca de Saneantes**. Brasília: ANVISA, 2019. 2019b. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/33880/4967127/Biblioteca+de+Saneantes_Portal/e7bb6d20-16b3-4f22-b49a-3f9aa4676122. Acesso em: 04 out. 2019.
- AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Manual para Regularização de Produtos para Diagnóstico *In Vitro* Na Anvisa**. 2016. Brasília: ANVISA, 2016. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33912/264673/Manual+para+Regulariza%C3%A7%C3%A3o+de+Produtos+para+Diagn%C3%B3stico+de+uso+in+vitro/8e4c2b5d-d145-4216-a680-c442a5bd746b>. Acesso em: 04 out. 2019.
- AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 7, de 10 de fevereiro de 2015**. Dispõe sobre os requisitos técnicos para a regularização de produtos de higiene pessoal, cosméticos e perfumes e dá outras providências. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867685/%282%29RDC_07_2015_COMP.pdf/471cee74-d310-4b49-bd8f-ee8c744b142d. Acesso em: 04 out. 2019.
- AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Resolução da Diretoria Colegiada - RDC Nº 57, de 17 de novembro de 2009**. Dispõe sobre o registro de insumos farmacêuticos ativos (IFA) e dá outras providências. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2718376/RDC_57_2009_.pdf/80beeade-94c0-42d8-9b84-895bc265f8b1. Acesso em: 04 out. 2019.
- AGRA, Walber de Moura. **Sentenças Manipulativas**. Juiz Constitucional: Estado e poder no século XXI: homenagem ao Ministro Enrique Ricardo Lewandowski. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>. Acesso em: 30 jan. 2020.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ALEXY, Robert. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Azis Tuffi; LOPES, Mônica Sette. (org.). **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. 5. triagem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, Tradução Professor Sérgio José Porto, 1980.

ANOREXÍGENO. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2019. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Anorex%C3%ADgeno&oldid=56973508>. Acesso em: 03 out. 2019.

ARABI, Abhner Youssif Mota. **A tensão institucional entre judiciário e Legislativo: o controle de constitucionalidade, diálogo e a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Prismas, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 919, p. 127-196, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 2, n.1, p. 1-48, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito penal: parte geral**. v. I. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BOZOLO, Túlio Arantes. **Os crimes de perigo abstrato no direito penal contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

BRAGON, Ranier. Falsificação Alertada pelo fabricante, Vigilância havia interditado lote do remédio; 3 dias depois, ele foi vendido a hospital Ação vendeu Androcur que sabia ser falso. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 16 de julho de 1998. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff16079801.htm>. Acesso em: 14 maio 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. De acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1993.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil**: um ponto cego no direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e argumentação**: a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos. 2. reimp. Curitiba: Juruá, 2013.

CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (coord.). **Discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo. 15. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CHAVES, André Luiz Maluf; RODRIGUES-PEREIRA, Thiago. **Sentenças aditivas no direito italiano e a sua viabilidade na jurisdição constitucional brasileira**. Observatório da Jurisdição Constitucional, 2014.

CIPRIANI, Mário Luís Lírio. **Das penas**: suas teorias e funções no moderno direito penal. Canoas, RS: ULBRA, 2005.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal parte general**. 8. ed. rev. e atual. Valência: Tirant lo Blanch, 2010.

CONTE, Carla. Preso acusado de produzir Androcur falso. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 23 de setembro de 1998. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff23099814.htm>. Acesso em: 14 maio 2019.

COSTA, Carla Ronanda Amaral. **Falsificação de medicamentos: um breve panorama e estudo de caso.** 2016. 39 f. Trabalho de Conclusão do Curso (Especialização em Saúde na Área de Vigilância Sanitária com Ênfase na Qualidade) – Programa de Pós-Graduação em Vigilância Sanitária, Instituto Nacional em Controle de Qualidade em Saúde. Fundação Oswaldo Cruz. 2016. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/14850/2/TCC_Carla-Costa.pdf. Acesso em: 04 out. 2019.

CRETTON, Ricardo Aziz. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no direito tributário.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Marins Fontes, 1996.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado.** 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIETILENOGLICOL. *In*: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2019. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Dietilenoglicol&oldid=57223216>. Acesso em: 02 out. 2019.

DIOSCÓRIDES. *In*: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2019. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Diosc%C3%B3rides&oldid=56248652>. Acesso: em 04 out. 2019.

DUARTE, Marta Raquel Cabral. **As sentenças intermédias na Justiça Constitucional Portuguesa:** Revisitação do tema a propósito da «jurisprudência da crise. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

DWORKING, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FALSIFICAÇÃO de remédios passa a ser crime hediondo. **Senado Notícias**, Brasília, 30 de junho de 1998. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/1998/06/30/falsificacao-de-remedios-passa-a-ser-crime-hediondo>. Acesso em: 01 maio 2019.

FALSIFICAR remédios vira crime hediondo. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 13 de agosto de 1998. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff13089830.htm>. Acesso em: 01 maio 2019.

FALSO anticoncepcional, que seria para teste, foi parar nas farmácias. Consumidoras grávidas processaram laboratório. **G1**, São Paulo, 22 de junho 2007. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL56741-5598,00.html>. Acesso em: 01 maio 2019.

FELDENS, Luciano. A conformação constitucional do Direito Penal: realidades e perspectivas. O princípio da proporcionalidade da Legislação Penal. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). **A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência, constituição penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**: a crise da democracia italiana. Tradução de Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes**: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. **Cadernos jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, n. 40, p. 67-81, 2015.

FUGIZER, Rodrigo. **Direito penal simbólico**. Curitiba: Juruá, 2015.

GARCIA, Juvêncio Gomes. **Função criadora do juiz**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, v. 139, p. 69-108, 2018. Disponível em: file:///C:/Users/Tribunal/Documents/O_fundamento_constitucional_do_principio.pdf. Acesso em: 07 jan. 2020.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablo de; BIANCHINI, Alice. **Direito penal**: introdução e princípios fundamentais. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRAUS, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal**. v. I, 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HOMMERDING, Alberto Narciso. LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014.

HURTADO, Renato Lopes; LASMAR, Marcelo Carvalho. Medicamentos falsificados e contrabandeados no Brasil: panorama geral e perspectivas de combate ao seu consumo. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 30, p. 891-895, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v30n4/0102-311X-csp-30-4-0891.pdf>. Acesso em: 03 out. 2019.

JESUS, Débora de; COSTA, Ediná Alves; ARAÚJO, Patrícia Sodré. **Medicamentos falsificados**: crime contra a saúde da população. Salvador: UNEB, [2017].

KOERNER, Andrei. O ativismo judicial como problema intelectual e político nos Estados Unidos: uma análise crítica. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 99, p. 233-255, 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452016000300233&script=sci_arttext. Acesso em: 28 mar. 2020.

LAVIÉ, Humberto Quiroga. **Derecho constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1984.

LEVORIN, Marco Polo. **Princípio da proporcionalidade penal**: decorrência lógica dos direitos humanos. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

LISBOA, Vinicius. Ipea: homicídios de mulheres cresceram acima da média nacional: entre 2012 e 2017, crimes dentro das residências cresceram 17,1%. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 05.06.2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-06/ipea-homicidios-de-mulheres-cresceram-acima-da-media-nacional>. Acesso em: 15 jan. 2020.

MAGNA Carta 1215, 15 de junho de 1215. **Corvo Branco**. Disponível em: http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf. Acesso em: 02 nov. 2018.

MASSON, Cleber. **Código penal comentado**: 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte especial arts. 213 a 359-h. 8. ed. São Paulo: Método, 2018.

MEDICAÇÃO ANTIMALÁRICA. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2018. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Medica%C3%A7%C3%A3o_antimal%C3%A1rica&oldid=51102918. Acesso em: 24 jan. 2018.

MEDICAMENTO FITOTERÁPICO. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2019. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Medicamento_fitoter%C3%A1pico&oldid=56615884. Acesso em: 04 out. 2019.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federa. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998. Cap. II, p. 67-84.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Máture; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAIS, Carlos Blanco de. **As sentenças com efeitos aditivos**. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público*. Lisboa, Portugal: Editora AAFDL, 2009.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2005.

MORAIS, Carlos Branco de. **As sentenças intermediárias na justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público**. Lisboa: Alameda da Universidade, 2009.

NASCIMENTO, Priscila Cunha do. A legitimidade democrática dos controle de constitucionalidade na teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. Brasília: IDP, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivim, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Departamento de Medicamentos Essenciais e Outros Medicamentos. **Medicamentos falsificados: diretrizes para desenvolvimento de medidas de combate a medicamentos falsificados / Organização Mundial da Saúde**. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde; Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2005. Disponível em:

https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_docman&view=download&alias=746-diretrizes-para-o-desenvolvimento-medidas-combate-a-medicamentos-falsificados-6&category_slug=medicamentos-tecnologia-e-pesquisa-075&Itemid=965 Acesso em: 02 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Sistema Mundial de Vigilância e Monitorização da OMS para os produtos médicos de qualidade inferior e falsificados**. 2018. Disponível em:

https://www.who.int/medicines/regulation/ssffc/publications/GSMSreport_PO.pdf?ua=1. Acesso em: 02 out. 2019.

PALAZZO, Francesco Carlo. **Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis, 1989.

PEREIRA, Marcos A. **Cesare Beccaria: o precursor do direito penal**. São Paulo: Escala, 2011. (Coleção Pensamento & Vida, v. 5).

PESSOA, Fátia Moreira Guimarães. **Manual de metodologia de trabalho científico: como fazer uma pesquisa de direito comparado**. Aracaju: Evocati, 2009.

PÍLULA de farinha uma negligência que jamais pode ser esquecida. **Dourados Agora**, Dourados, MS, [1998]. Disponível em: <https://www.douradosagora.com.br/noticias/ciencia-e-saude/pilula-de-farinha-uma-negligencia-que-jamais-pode-ser-esquecida>. Acesso em: 01 maio 2019.

PIRRAÇA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo de suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PULIDO, Carlos Bernal. O princípio da proporcionalidade da legislação penal. Traduzido por Thomaz da Rosa de Bustamante. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). **A constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE JÚNIOR, Miguel. A inconstitucionalidade da lei dos remédios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 88, n. 763, p. 415-431, maio 1999.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 2006a.

ROXIN, Claus. Es la protección de bienes jurídicos una finalidad do derecho penal? Tradução de Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). **Las jornadas desde la perspectiva de um partidário del bien jurídico**. Madri: Marcial Pons, 2007.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Traduzido por Luís Greco. Org. Luís Greco e Fernando Gama de Miranda Netto. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória**: aspectos práticos e teóricos à elaboração. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

SERRANO, Pablo Jiménez. **Como utilizar o direito comparado para a elaboração de tese científica**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA SÁNCHEZ. Jesus-María. **Aproximación al derecho penal contemporâneo**. Buenos Aires: Bdef, 2010.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Direito UNIFACS –Debate Virtual**, n. 132, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O devido processo legal**: uma visão pós-moderna. Salvador: JusPodivm, 2008.

SOUSA, Antônio Francisco de. **Conceitos indeterminados do direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

SPOSATO, Karyna Batista. A constitucionalização do direito da criança no Brasil como barreira à redução da idade penal: visões de um neoconstitucionalismo aplicado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 80, set./out. 2009.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípios da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, Henrique José. **Manual de direito penal**. v. I. Parte Geral. 9. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

REFERÊNCIAS LEGISLACIONAIS

ARGENTINA. **Lei Nacional nº 11.179**, publicada 16.01.1985. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#21>. Acesso em: 12 maio 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 29/1998**. 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. 1998a. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/19870>. Acesso em: 01 maio 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.207/1998**. Altera a redação do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, incluindo na classificação dos delitos considerados hediondos, o crime de corrupção, adulteração e falsificação de substância alimentícia ou medicinal, expondo a venda, na forma qualificada. (Art. 272 e seu §1º combinado com o art. 285, do Código Penal Brasileiro). 1998b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=219655>. Acesso em: 01 maio 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.628/1998**. Acrescenta o inciso VIII ao art. 1º da Lei nº 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos. 1998c. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=91F6C1BC80CFCC8802B4BFF2333B1251.proposicoesWebExterno1?codteor=1129023&filename=Dossie+-PL+4628/1998. Acesso em: 04 out. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Votação**. Assessoria de Imprensa. [2004]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/comunicacao/assessoria-de-imprensa/votacao>. Acesso em: 08 jul. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 out. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos, e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5991.htm. Acesso em: 04 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976**. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos,

Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6360.htm. Acesso em: 04 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977.** Configura infrações à legislação sanitária federal, estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6437.htm. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** 1990a. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm. Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** 1990b. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 04 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 06 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 26 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 09 nov. 2019.

ESPANHA. **Lei Orgânica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal.** Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 11 maio 2019.

ITÁLIA. **Decreto Real (Estado Italiano) 19.10.1930, n. 1938.** Disponível em: <https://lexscripta.it/codici/codice-penale/articolo-443>. Acesso em: 11 maio 2019.

PARAGUAI. **Lei n. 1.160/1997.** Código Penal do Paraguai. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-cp.pdf. Acesso em: 13 maio 2019.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. **DL nº 48/1995, de 15 de Março.** Código Penal de 1982 versão consolidada posterior a 1995 (versão actualizada). Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=301&artigo_id=&nid=109&pagina=4&tabela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em: 11 maio 2019.

URUGUAI. **Código Penal (Ley 9.155) de 4 de diciembre de 1933.** Disponível em: https://web.oas.org/mla/en/Countries_Intro/sp_ury-int-text-cp.pdf. Acesso em: 04 out. 2019.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (1. Turma). **Recurso Especial nº 1.638.420/CE**. [...]. 3. A Teoria da Separação dos Poderes, que remonta ao filósofo iluminista e escritor francês Charles-Louis de Secondat, Barão de Montesquieu, imortalizado em sua obra *Do Espírito das Leis*, exige, para sua equilibrada aplicação, o chamado Sistema de Freios e Contrapesos, ou checks and balances, de modo a que ocorra um controle do poder pelo próprio poder, em que cada setor deve ser autônomo no exercício de sua função, sendo um, no entanto, controlado pelos demais. [...]. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 04.12.2018, DJe 14.12.2018. 2018a. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1779181&num_registro=201202169157&data=20181214&formato=PDF. Acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Seção). **Súmula 501**. Data do julgamento 23.10.2013, data da publicação, DJe em 28.10.2013. 2013a. Disponível em: <https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stj&num=501>. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Habeas Corpus nº 93.870/RJ (2007/0259647-1)**. Habeas Corpus. Crime do Artigo 273, §§1o.. E §1o.-B do Código Penal. Arguição Incidental de Inconstitucionalidade - Rejeição. Flagrante Preparado - Princípio da Insignificância - Trancamento da Ação - Impossibilidade - Denegação da Ordem. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Impetrante: Henrique Pereira Baptista, Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgado em 29.10.2009, DJe 23.11.2009. 2009a. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=922978&num_registro=200702596471&data=20091123&formato=PDF. Acesso em: 03 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Habeas Corpus nº 161.393/MG**, Embriaguez ao volante (artigo 306 do código de trânsito brasileiro, com a redação dada pela lei 11.705/2008). Alegação de inconstitucionalidade do artigo 306 do código de trânsito brasileiro. Violação ao princípios da ofensividade. Crime de perigo abstrato. Desnecessidade de comprovação de direção anormal ou perigosa. Existência de justa causa para o prosseguimento da ação penal. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada.1. Os crimes de perigo abstrato são os que prescindem da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado, ou seja, não se exige a prova do perigo real, pois este é presumido pela norma, sendo suficiente a periculosidade da conduta, que é inerente à ação.2. As condutas punidas por meio dos delitos de perigo abstrato são as que perturbam não apenas a ordem pública, mas lesionam o direito à segurança, daí porque se justifica a presunção de ofensa ao bem jurídico tutelado.3. A simples criação dos crimes de perigo abstrato não representa comportamento inconstitucional. Contudo, não há como se negar que os princípios da intervenção mínima e da lesividade ensejam um controle mais rígido da proporcionalidade de tais delitos, uma vez que se deverá examinar se a medida é necessária e adequada para a efetiva proteção do bem jurídico que se quer tutelar.4. Eventual excesso na previsão de condutas incriminadas pela técnica legislativa dos delitos de perigo abstrato deve ser impugnado na via própria, não se admitindo uma exclusão apriorística deste tipo de crime do ordenamento jurídico pátrio, sob pena de violação ao princípio que proíbe a proteção deficiente.5. Atualmente, o princípio da proporcionalidade é entendido como proibição de excesso e como proibição de proteção deficiente. No primeiro caso, a

proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais, ao passo que no segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela faz com que o Estado seja obrigado a garantir os direitos fundamentais contra a agressão propiciada por terceiros.⁶ O delito de embriaguez ao volante talvez seja o exemplo mais emblemático da indispensabilidade da categoria dos crimes de perigo abstrato, e de sua previsão de modo a tutelar a segurança no trânsito, a incolumidade física dos indivíduos, e a própria vida humana, diante do risco que qualquer pedestre ou condutor de automóvel se submete ao transitar na mesma via que alguém que dirige embriagado.⁷ Com o advento da Lei 11.705/2008, pretendeu-se impor penalidades mais severas àqueles que conduzem veículos automotores sob a influência de álcool, sendo que o delito de embriaguez ao volante passou a se caracterizar com a simples condução de automóvel com concentração de álcool igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue, não sendo necessário que a pessoa seja surpreendida dirigindo de forma anormal ou perigosa. ⁸ O crime do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato, dispensando-se a demonstração da efetiva potencialidade lesiva da conduta daquele que conduz veículo em via pública com a concentração de álcool por litro de sangue maior do que a admitida pelo tipo penal. Precedentes. [...] 11. Ordem denegada. Relator: Ministro Jorge Mussi, julgado em 19.04.2012, DJe 03.05.2012. 2012c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1139824&num_registro=201000196447&data=20120503&formato=PDF. Acesso em: 09 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Recurso Especial nº 1.050.890/PR (2008/0086087-6)**. Penal. Importação ilegal de medicamentos. art. 273, §1º-b, incisos I, V e VI, do Código Penal. Sentença condenatória que aplicou ao réu a pena prevista no crime de contrabando. Princípio da proporcionalidade. corte regional que impôs a reprimenda do tráfico de entorpecentes. Impossibilidade. 1. Não é dado ao juiz, em razão do princípio da proporcionalidade, aplicar ao réu condenado a determinado tipo penal sanção diversa daquela legalmente prevista (preceito secundário da norma). 2. In casu, a aplicação, pelo Juiz sentenciante, da reprimenda prevista para o delito de contrabando (art. 334, caput, do CP) ao réu condenado pelo crime tipificado art. 273, §1º-B, incs. I, V e VI, do CP) foi incorreta, do mesmo modo a aplicação da pena do tráfico de drogas realizado pelo Tribunal a quo. 3. No entanto, na ausência de recurso da acusação a fim de proceder a correta tipificação do fato ao preceito secundário da norma penal, é vedado a esta Corte Superior anular o acórdão recorrido, ou, até mesmo elevar a reprimenda. 4. Diante da dificuldade processual, a melhor solução é o restabelecimento do decreto de 1º grau. 5. Recurso especial do Parquet a que se nega provimento e o da Defesa provido para restabelecer a sentença condenatória. Recorrente: Fábio Cristiano Marques (Preso). Recorrente: Ministério Público Federal, Recorrido: Os Mesmos. Relator: Ministro Jorge Mussi, julgado em 13.12.2011, DJe 02.02.2012. 2012b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1114540&num_registro=200800860876&data=20120202&formato=PDF. Acesso em: 03 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Habeas Corpus nº 92.266/RJ (2007/0238729-1)**. [...] 1. É imperativa a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976, em obediência aos comandos constitucional e legal existentes nesse sentido. Precedentes. 2. Não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei 6368/76 com o parágrafo 4º da Lei 11.343/06, não havendo óbice a essa solução, por se tratar de dispositivo benéfico ao réu e dentro do princípio que assegura a retroatividade da norma penal, constituindo-se

solução transitória a ser aplicada ao caso concreto [....]. Relatora: Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG) Impetrante: Rosane Reis Lavigne - Defensora Pública Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Paciente: Júlio César Ramos Laurentino, julgado em 25.03.2008, DJe 29.09.2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=765988&num_registro=200702387291&data=20080929&formato=PDF. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Habeas Corpus nº 109.780/SP (2008/0141859-6)**. Receptação/receptação qualificada (punibilidade menor/maior). Lei nº 9.426/96 (imperfeições). Norma/preceito secundário (desconsideração).1. É nossa a tradição da menor punibilidade da receptação, "em confronto com o crime de que deriva" (por exemplo, Hungria em seus comentários).2. Fruto da Lei nº 9.426/96, o §1º do art. 180 do Cód. Penal, receptação qualificada, reveste-se de imperfeições formal e material. É que não é lícita sanção jurídica maior (mais grave) contra quem atue com dolo eventual (§1º), enquanto menor (menos grave) a sanção jurídica destinada a quem atue com dolo direto (art.180, caput).3. Há quem sustente, por isso, a inconstitucionalidade da norma secundária (violação dos princípios da proporcionalidade e da individualização); há quem sustente a desconsideração de tal norma (do §1º, é claro).4. Adoção da hipótese da desconsideração, porque a declaração, se admissível, de inconstitucionalidade conduziria, quando feita, a semelhante sorte, ou seja, à desconsideração da norma secundária (segundo os kelsenianos, da norma primária, porque, para eles, a primária é a norma que estabelece a sanção negativa, também a positiva).5. Ordem concedida a fim de se fixar a pena-base em 1 (um) ano de reclusão, substituída por pena restritiva de direitos (pena pecuniária). Relatora: Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJMG), R.P/Acórdão: Ministro Nilson Naves, Impetrante: Arcy Veimar Martins E Outro, Impetrado: Tribunal De Justiça do Estado de São Paulo, Paciente: Laércio da Costa Veloso, julgado em 16.12.2008, DJe 23.03.2009. 2009b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=839832&num_registro=200801418596&data=20090323&formato=PDF. Acesso em: 02 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Habeas Corpus nº 136.157/SP (2009/0091062-9)**. Crime de receptação qualificada. Preceito secundário, em princípio, violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como da individualização da pena. Aplicação, no caso, do preceito secundário da receptação simples, isto é, pena reclusiva entre um a quatro anos, e multa. Ordem concedida para reduzir a pena. Declarada, de ofício, extinta a punibilidade pela prescrição retroativa da pretensão punitiva. Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador, Convocado do TJ/SP), Impetrante: Luiz Carlos Balieiro, Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Paciente: Luiz Carlos Balieiro, julgado em 23.02.2010, DJe 15.03.2010. 2010a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=947275&num_registro=200900910629&data=20100315&formato=PDF Acesso em 02 de nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Habeas Corpus nº 239.363/PR (2012/0076490-1)**. Habeas Corpus. Crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, §1º-B, V, do CP). Mitigação do preceito secundário. Ofensa ao princípio da proporcionalidade. Cláusula de reserva de plenário. Observância. Arguição de incidente de inconstitucionalidade. Acolhimento. Submissão à apreciação da corte especial. Súmula vinculante 10/STF. 1. A aplicação da pena prevista para o delito inscrito no art. 273, §1º-B, do Código Penal mostra-se excessivamente

desproporcional, contudo, para que a Sexta Turma afaste a incidência do preceito secundário da norma, cumpre antes, em respeito à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF) e tendo em consideração o disposto na Súmula Vinculante 10/STF, a declaração expressa da Corte Especial acerca da sua eventual inconstitucionalidade. 2. Acolhimento da arguição de inconstitucionalidade, com a devida remessa dos autos à Corte Especial, conforme a previsão dos arts. 97 da Constituição Federal, 480 e 481 do Código de Processo Civil e 200 do RISTJ, para que julgue o incidente. Impetrante: João dos Santos Gomes Filho, Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Paciente: Cláudio Valles Barcelos Júnior, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 19.11.2012, DJe 18.12.2012. 2012a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1188070&num_registro=201200764901&data=20121218&formato=PDF. Acesso em: 04 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Habeas Corpus nº 411.835/MG**. Posse de munição de uso restrito. Crime de perigo abstrato. Desnecessidade de perícia para atestar potencialidade lesiva. Impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância. 1. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento no sentido de que é inaplicável o princípio da insignificância aos crimes de posse e de porte de arma de fogo e ou munição, ante a natureza de crimes de perigo abstrato, independentemente da quantidade de munição ou armas apreendidas. 2. Também é da jurisprudência iterativa deste Tribunal não ser necessária perícia para atestar potencialidade lesiva do artefato, justamente em razão da natureza do delito. 3. Por via de consequência, fica evidente que não há falar em inconstitucionalidade do crime, até porque é tema inapropriado ao veio do habeas corpus. 4. Ordem denegada. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 03.10.2017, DJe 09.10.2017. 2017a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1641987&num_registro=201701995124&data=20171009&formato=PDF. Acesso em: 09 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Recurso Especial nº 915.442/SC (2007/0010944-9)**. [...] Mitigação do preceito secundário do Art. 273 do CP. Possibilidade. Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. [...] 2. A Lei 9.677/1998, 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. [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Recorrido: Vilma Maria Segalin. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 14.12.2010, DJe 01.02.2011. 2011b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=971507&num_registro=200700109449&data=20110201&formato=PDF. Acesso em: 03 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus nº 239.363/PR (20120076490-1)**. 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. Impetrante: João dos Santos Gomes Filho, Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Paciente: Cláudio Valles Barcelos Júnior, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 26.02.2015, DJe 10.04.2015. 2015a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1352358&num_registro=201200764901&data=20150410&formato=PDF. Acesso em: 04 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em RESP nº 772.086/RS (2009/0212714-2)**. Embargos de divergência. Receptação qualificada. Fixação da pena da receptação simples. Impossibilidade. Crime autônomo. Maior gravidade e reprovabilidade da conduta. Ofensa ao princípio da proporcionalidade. Não ocorrência. 1. A definição das formas qualificadas para algumas espécies de delitos, as quais, via de regra, acompanham um apenamento mais gravoso, justifica-se pela necessidade de se impor um maior juízo de reprovabilidade às condutas que afetem de forma mais intensa os bens penalmente protegidos. 2. In casu, os réus foram condenados na forma qualificada do delito em comento, tendo o tribunal a quo reformado a sentença a fim de aplicar a reprimenda prevista para a receptação simples, no que foi acompanhado quando do julgamento do recurso especial. 3. Não se mostra prudente a imposição da pena prevista para a receptação simples em condenação pela prática de receptação qualificada, pois a distinção feita pelo próprio legislador atende aos reclamos da sociedade que representa, no seio da qual é mais reprovável a conduta praticada no exercício de atividade comercial. Precedentes deste Superior Tribunal de Justiça e da Corte Suprema. 4. Embargos acolhidos a fim de reformar o acórdão embargado e restabelecer a condenação nos moldes estabelecidos na sentença Relator: Ministro Jorge Mussi, Embargante: Ministério Público Federal, Embargado: Andriago Faleiro Montardo, Advogado: Vivian Rigo - Defensora Pública e outros, Embargado: Sidinei Molina dos Santos, Embargado: Clovis Machado Vargas, Advogado: Lourenço Eimael, julgado em 13.10.2010, DJe 11.04.2011. 2011a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1011850&num_registro=200902127142&data=20110411&formato=PDF. Acesso em: 02 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Institucional. **Composição** [2016]. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Composi%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 04 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.117.068/PR (2009/0091762-6)**. [...] 4. Desde que favorável ao réu, é de rigor a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, quando evidenciado o preenchimento dos requisitos legais. É vedado ao Juiz, diante de conflito aparente de normas, apenas aplicar os aspectos benéficos de uma e de outra lei, utilizando-se a pena mínima prevista na Lei n.º 6.368/76 com a minorante prevista na nova Lei de Drogas, sob pena de transmutar-se em legislador ordinário, criando lei nova [...]. Relatora: Ministra Laurita Vaz, Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná, Recorrido: Ângela Cristina Soares de Oliveira, Advogado: Eurolino Sechinell dos Reis, julgado em 26.10.2011, DJe 08.06.2012. 2012d. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1101432&num_registro=200900917626&data=20120608&formato=PDF. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revisão Criminal nº 3.064/PR (2015/0134677-5)**. Revisão criminal. Penal e processual penal. art. 273, §1º-b, i, do cp. preceito secundário. Inconstitucionalidade. Aplicação da pena prevista para o tráfico de drogas. Possibilidade. Aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da lei n. 11.343/2006. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Revisão criminal julgada improcedente. 1. Declarada a inconstitucionalidade do preceito secundário previsto no art. 273, §1º-B, do Código Penal pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus nº 239.363/PR, as Turmas que compõem a 3ª Seção deste Sodalício passaram a determinar a aplicação da pena prevista no crime de contrabando ou no crime de tráfico de drogas, do art. 33 da Lei de Drogas. 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, não é cabível, por ausência de previsão legal, a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 nos crimes previstos no art. 273, §1º-B, do CP, mesmo nas hipóteses em que se tenha utilizado o preceito secundário do crime de tráfico de drogas. 3. Revisão criminal improcedente. Requerente: Vanderci Maria Monteiro. Requerente: Francisca Monteiro, Advogado: Milton Araújo Amaral e Outro(s), Requerido: Justiça Pública, Relator: Ministro Nefi Cordeiro Revisor: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 22.02.2017, DJe 02.03.2017. 2017b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1575374&num_registro=201501346775&data=20170302&formato=PDF. Acesso em: 07 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 7**. A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial. Julgado em 28.06.1990, DJ 03.07.1990. 1990c. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). **Habeas Corpus nº 97.977/MG**. Habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. Crime cometido sob a vigência da Lei nº 6.368/76. Impossibilidade de aplicação da redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/06). [...] 3. Nos termos do parecer do Ministério Público Federal, é "inadmissível a conjugação da pena-base prevista na Lei nº 6.368/1976 e a causa de diminuição contida na Lei nº 11.343/2006, visto que, agindo deste modo, o juiz atuaria como legislador positivo, criando uma terceira lei, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico. [...] Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 20.04.2010, DJe-091, divulgação 20.05.2010, publicação 21.05.2010, ementa vol. 02402-04, pp.00753 RT, v. 99, n. 900, 2010, p. 504-511,

REVJMG, v. 61, n. 193, 2010, p. 341-345. 2010c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611530>. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 110.258/DF**. Embriaguez ao volante (art. 306 da Lei nº 9.503/97). Alegada inconstitucionalidade do tipo por se referir a crime de perigo abstrato. Não ocorrência. Perigo concreto. Desnecessidade. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso não provido. 1. A jurisprudência é pacífica no sentido de reconhecer a aplicabilidade do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro – delito de embriaguez ao volante –, não prosperando a alegação de que o mencionado dispositivo, por se referir a crime de perigo abstrato, não é aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro. 2. Esta Suprema Corte entende que, com o advento da Lei nº 11.705/08, inseriu-se a quantidade mínima exigível de álcool no sangue para se configurar o crime de embriaguez ao volante e se excluiu a necessidade de exposição de dano potencial, sendo certo que a comprovação da mencionada quantidade de álcool no sangue pode ser feita pela utilização do teste do bafômetro ou pelo exame de sangue, o que ocorreu na hipótese dos autos. 3. Recurso não provido. Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 08.05.2012, processo eletrônico DJe-101, divulgação 23.05.2012, publicação 24.05.2012. 2012f. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2038728>. Acesso em: 09 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 117.143/RS**. Habeas Corpus. Penal. Receptação qualificada. Constitucionalidade. Violação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Inocorrência. Precedentes. 1. Esta Corte Suprema já se posicionou acerca da constitucionalidade do §1º do art. 180 do Código Penal, em razão da maior gravidade e reprovabilidade social da receptação qualificada; infração penal relacionada à pessoa do comerciante ou do industrial, que, no exercício dessas atividades, valendo-se da maior facilidade para agir como receptador, adquire, recebe, transporta, conduz, oculta, tem em depósito, desmonta, monta, remonta, vende, expõe a venda, ou de qualquer forma utiliza, em proveito próprio ou alheio, coisa a qual deve saber ser produto de crime a justificar, por isso mesmo, a atuação mais severa. Precedentes. 2. Recurso ordinário a que se nega provimento. Relatora: Min. Rosa Weber, Recte.(s): Jefferson Jesus do Nascimento, Adv.(a/s): Raccius Twbow Potter E Outro, (a/s) Recdo.(a/s): Ministério Público Federal, Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral Da República, julgado em 25.06.2013, processo eletrônico dje-158, divulgação 13.08.2013, publicação 14.08.2013. 2013e. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4317549>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 119.600/SP**. Agravo Regimental em Habeas Corpus. Constitucional. Processual Penal. Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Alegação de inconstitucionalidade do art. 273, §1º-B, do Código Penal. Matéria não submetida à análise do Superior Tribunal de Justiça. supressão de instância. 1. inexistindo prévia manifestação do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria de fundo da impetração, a apreciação dos pedidos da defesa implica supressão de instância. Precedentes. 2. Agravo regimental ao qual se nega provimento. Agte.: Fernando Henrique de Souza Manha, Agdo.: Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Min. Cármen Lúcia, julgado em 29.10.2013, processo eletrônico, Dje-217 divulgação 30.10.2013, publicação 04.11.2013. 2013b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4798729>. Acesso em: 07 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 829.491 AgR**. Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Penal. Alegação de inconstitucionalidade do art. 273, §1º-B do Código Penal. Constitucionalidade da imputação. Precedentes. 3. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. Agte.: Maria Leilian de Melo, Agte.: Marcio Gomes Vicente da Silva, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 14.10.2014, processo eletrônico DJe-216, divulgação em 03.11.2014, publicação em 04.11.2014. 2014a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7121850>. Acesso em: 08 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº 96.430-3/SP**. Habeas corpus. Tráfico internacional de entorpecente. Crime cometido na vigência da lei nº 6.368/76. Retroatividade do § 4º do art. 33 da lei nº 11.343/06. Combinação de leis. Inadmissibilidade. [...]. 3. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento fixado no sentido de que não é possível a combinação de leis no tempo. Entende a Suprema Corte que agindo assim, estaria criando uma terceira lei (lex tertia). 4. Com efeito, extrair alguns dispositivos, de forma isolada, de um diploma legal, e outro dispositivo de outro diploma legal, implica alterar por completo o seu espírito normativo, criando um conteúdo diverso do previamente estabelecido pelo legislador. [...]. Relatora: Ellen Gracie, julgado em 09.12.2008, DJe-025, divulgação 05.02.2009, publicação 06.02.2009, Ement. vol. 02347-05, pp-00891. 2009c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573797>. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº 97.094/RS**. “Habeas Corpus” – crime de tráfico de entorpecentes praticado sob a égide da lei nº 6.368/76 – advento da nova lei de drogas (lei nº 11.343/2006), cujo art. 33, § 4º, permite, expressamente, quanto aos delitos nele referidos, a minoração da pena privativa de liberdade – norma penal mais benéfica, que prevê causa especial de diminuição da pena – aplicabilidade desse novo diploma legislativo (“lex mitior”) sobre a “sanctio juris” definida no preceito secundário (art. 12 da lei nº 6.368/76) – eficácia retroativa da “lex mitior”, por efeito do que impõe o art. 5º, inciso xl, da constituição federal – combinação de leis – situação que não configura criação de uma terceira espécie normativa – pedido deferido. [...] Considerando-se, de um lado, o preceito secundário cominado no art. 12 da Lei nº 6.368/76 (que tem limite mínimo mais benéfico) e tendo em vista, de outro, a causa especial de diminuição da pena contida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (que possui conteúdo mais benigno), torna-se irrecusável reconhecer que ambos devem compor a operação de dosimetria penal relativamente aos condenados pela prática do delito cometido na vigência da antiga Lei de Tóxicos, sem que, com isso, se esteja criando, com referida combinação, uma terceira lei. Relator: Min. Celso de Mello, Pacte(s): Santo Clacy Batista, Impte(s): Defensoria Pública Da União Coator(a/s)(es): Superior Tribunal de Justiça, julgado em 13.12.2011, Acórdão Eletrônico DJe-234, divulgação 28.11.2012, publicação 29.11.2012. 2012e. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3139813>. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº 102.087**. 2. Crimes de Perigo Abstrato. Porte de Arma. Princípio da Proporcionalidade. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto

da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional. 3. Legitimidade da criminalização do porte de arma. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa. 4. Ordem Denegada. Relator: Min. Celso de Mello, Relator: p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, julgado em 28.02.2012, DJe-159, divulgação 13.08.2012, publicação 14.08.2012. Republicação: DJe-163 Divulgação 20.08.2013, publicação 21.08.2013, ementa vol-02699-01 pp-00001. 2013d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629960>. Acesso em: 09 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Recurso Extraordinário nº 443.388-5/SP**. Direito Penal. Recurso Extraordinário. Alegação de inconstitucionalidade. Art. 180, § 1º, CP. Princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. Dolo direto e eventual. Métodos e critérios de interpretação. Constitucionalidade da norma penal. Improvimento. 1. A questão de direito de que trata o recurso extraordinário diz respeito à alegada inconstitucionalidade do art. 180, § 1º, do Código Penal, relativamente ao seu preceito secundário (pena de reclusão de 3 a 8 anos), por suposta violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena. 2. Trata-se de aparente contradição que é resolvida pelos critérios e métodos de interpretação jurídica. 3. Não há dúvida acerca do objetivo da criação da figura típica da receptação qualificada que, inclusive, é crime próprio relacionado à pessoa do comerciante ou do industrial. A idéia é exatamente a de apenar mais severamente aquele que, em razão do exercício de sua atividade comercial ou industrial, pratica alguma das condutas descritas no referido § 1º, valendo-se de sua maior facilidade para tanto devido à infra-estrutura que lhe favorece. [...] 6. Inocorrência de violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena. Cuida-se de opção político-legislativa na apenação com maior severidade aos sujeitos ativos das condutas elencadas na norma penal incriminadora e, conseqüentemente, falece competência ao Poder Judiciário interferir nas escolhas feitas pelo Poder Legislativo na edição da referida norma. 7. Recurso extraordinário improvido. Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 18.08.2009, DJe-171 Divulg. 10.09.2009, Public. 11.09.2009, Ement. Vol-02373-02, PP-00375. 2009d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602377>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Recurso Extraordinário nº 662.090 AgR**. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. processual penal. alegação de

inconstitucionalidade do art. 273 do código penal. dispositivo constitucional. precedente. agravo regimental ao qual se nega provimento. Relatora: Min. Cármen Lúcia, julgado em 22.04.2014, Acórdão Eletrônico DJe-084, divulgação em 05.05.2014, publicação em 06.05.2014. 2014c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5787560>. Acesso em: 07 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Recurso Extraordinário nº 844.152 AgR.** Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Penal. Alegação de inconstitucionalidade do art. 273, § 1º-B do Código Penal. Constitucionalidade da imputação. Lesão ao bem jurídico saúde pública. Precedentes. 3. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. Agte.: Antônio Ivanilton Cruz, Proc.: Defensor Público -Geral Federal, Agte.: Cristiano Pereira de Sousa Proc.: Defensor Público -Geral Federal Agdo.: Ministério Público Federal. Proc.: Procurador -Geral da República, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 02.12.2014, processo eletrônico DJe-divulgação em 17.12.2014, publicado em 18.12.2014. 2014d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7505920>. Acesso em: 08 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.719.** Penal e processo penal. Juizados especiais. Art. 90 da lei 9.099/1995. Aplicabilidade. Interpretação conforme para excluir as normas de direito penal mais favoráveis ao réu. O art. 90 da lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada. Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição federal. Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis ao réus contidas nessa lei. Relator: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 18.06.2007, DJe-072, divulgação 02.08.2007, publicação 03.08.2007, DJ 03.08.2007, pp-00029, ementa vol-02283-02, pp-00225, RB v. 19, n. 526, 2007, p. 33-35. 2007a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474606>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.148.** “[...] A decisão do Supremo Tribunal Federal que declara, em sede de fiscalização abstrata, a inconstitucionalidade de determinado diploma normativo tem o condão de provocar a repristinação dos atos estatais anteriores que foram revogados pela lei proclamada inconstitucional. Doutrina. Precedentes (ADI 2.215-MC/PE, Relator: Min. CELSO DE MELLO, "Informativo/STF" nº 224, v.g.) [...]. Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13.12.2006, DJe-112, divulgação 27.09.2007, publicação 28.09.2007, DJ 28.09.2007, pp-00026, ementa vol-02291-02, pp-00249, RTJ vol-00202-03, pp-01048. 2007b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=488654>. Acesso em: 16 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277.** [...] 6. Interpretação do art. 1.723 do código civil em conformidade com a constituição federal (técnica da “interpretação conforme”). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou

discriminatório do art. 1.723 do código civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, DJe-198, divulgação 13.10.2011, publicação 14.10.2011, ementa vol-02607-03, pp-00341 RTJ vol-00219-01, pp-00212. 2011c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> Acesso em: 06 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Estado – Laicidade. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. Feto anencéfalo – interrupção da gravidez – mulher – liberdade sexual e reprodutiva – saúde – dignidade – autodeterminação – direitos fundamentais – crime – inexistência. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12.04.2012, Acórdão Eletrônico DJe-080, divulgação 29.04.2013, publicação 30.04.2013, RTJ vol-00226-01 pp-00011. 2013c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 06 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**. [...] 6. Interpretação do art. 1.723 do código civil em conformidade com a constituição federal (técnica da “interpretação conforme”). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do código civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, DJe-198 Divulgação 13.10.2011, publicação 14.10.2011, ementa vol-02607-01, pp-00001. 2011d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 06 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 97.256/RS**. Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Art. 44 da lei 11.343/2006: impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos. Declaração incidental de inconstitucionalidade. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Ordem parcialmente concedida. [...] 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para

remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente. Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 01.09.2010, DJe-247, divulgação 15.12.2010, publicação 16.12.2010, ementa vol-02452-01, pp-00113, RTJ vol-00220-01, pp-00402, RT v. 100, n. 909, 2011, p. 279-333.

2010b. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>. Acesso em: 26 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 597.270 QO-RG, Ação Penal. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Relator: Min. Cezar Peluso, julgado em 26.03.2009, Repercussão Geral - Mérito DJe-104, divulgação 04.06.2009, publicação 05.06.2009, ementa vol. 02363-11 PP-02257. LEX STF v. 31, n. 366, 2009, p. 445-458. 2009e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 600.817/MS**. Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Penal. Processual penal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Crime cometido na vigência da lei 6.368/1976. Aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da lei 11.343/2006. Combinação de leis. Inadmissibilidade. Precedentes. Recurso parcialmente provido. I – É inadmissível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 à pena relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/1976. Precedentes. II – Não é possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação de Poderes. III – O juiz, contudo, deverá, no caso concreto, avaliar qual das mencionadas leis é mais favorável ao réu e aplicá-la em sua integralidade. IV - Recurso parcialmente provido. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Recte.: Nancy Roman Campos Dp : Defensor Público-Geral Federal, Recdo.: Ministério Público Federal, Proc.: Procurador-Geral da República, julgado em 07.11.2013, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral – Mérito, DJe-213, divulgação 29.10.2014, publicação 30.10.2014. 2014b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7026454>. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 979.962 RG/RS - Rio Grande do Sul**. 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. Recte.: Paulo Roberto Pereira Adv.: Alexandre Jaenisch Martini. Recte.: Ministério Público Federal, Proc.: Procurador-Geral da República, Recdo.: Os Mesmos, Intdo.: Maria Ines Toaldo Pereira, Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 03.08.2018, Órgão Julgador: Tribunal Pleno - meio eletrônico, publicação DJe-161, divulgação 08.08.2018, publicação 09.08.2018. 2018b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747890410>. Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 279**. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Data de Aprovação 13.12.1963, fonte de publicação 1964, p. 127. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=279.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. (4. Turma). **Processo: 00116166820134058300, ACR - Apelação Criminal – 13854**. Constitucional e Penal. Apelações criminais. art. 273, parágrafos 1º e 2º, do código penal. Aplicação a terceiros, por profissionais da medicina, da toxina Fine Tox. Inexistência de registro pela ANVISA. Não demonstração de que tal produto tem, em tese, aptidão para provocar prejuízo à saúde humana. Ausência de tipicidade. Provimento da apelação da acusada e improvimento do apelo da acusação.1. Apelações interpostas pelo MPF e pela ré contra sentença que condenou esta última às penas do crime previsto no art. 273, parágrafo 2º, do CP.2. O direito penal, na atualidade, não pode se dissociar dos valores que informam o Estado constitucional, surgido e expandido depois da segunda metade do século XX, ao qual rende vassalagem o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988. Desse modo, o legislador penal não pode desprezar, na produção de normas jurídicas, os postulados constitucionais, não sendo necessária, para as incriminações, a só presença de um bem jurídico, mas, igualmente, que a conduta reprovável cause uma efetiva lesão ou dano sobre aquele.3. Mesmo em se tratando de crime de perigo abstrato o delito tipificado no art. 273, parágrafos 1º e 2º, do Estatuto Punitivo, a sua configuração não se manifesta pela só ausência de registro do medicamento na ANVISA, havendo, igualmente, a necessidade da demonstração de uma probabilidade de lesão, por mínima que seja, isto é, que o produto em causa seja idôneo, em tese, para ofender o bem jurídico tutelado pelo ordenamento, consistente na saúde humana.4. No caso concreto, o laudo pericial, elaborado por integrantes do Laboratório de Imunopatologia Keizo Azami (LIKA) da Universidade Federal de Pernambuco, e representativo de uma análise global do material apreendido, não informou, nem de passagem, que o emprego da toxina Fine Tox é capaz, ao menos em tese, de causar ofensa à saúde humana.5. A inexistência de prova de que a malsinada toxina é hábil para causar ofensa à saúde humana afasta a tipicidade da conduta narrada na denúncia, harmonizando a aplicação do art. 273, parágrafos 1º e 2º, do Código Penal, aos valores consagrados pelo Estado de Direito Democrático (art. 1º, caput, CF de 1988). 6. Ao contrário do sustentado pelo Ministério Público, não se afigura possível a incidência do art. 7º, IX, da Lei 8.137/90, seja em razão da hipótese, por se tratar de medicamento, envolver conflito aparente de normas, apenas podendo, conforme o caso, retratar eventual ofensa ao art. 273 do CP, seja por conta do laudo pericial não ser conclusivo quanto à impropriedade do produto ao consumo.7. Apelação da acusada provida, para o fim de ser exarado édito absolutório. Recurso do Ministério Público Federal a que se nega provimento. Desembargador Federal Carlos Wagner Dias Ferreira (convocado), julgamento

em 12.07.2016, publicação DJE 14.07.2016, página 186. 2016b. Disponível em: http://www5.trf5.jus.br/data/2016/11/ESPARTA/00116166820134058300-01_20161125_7003886.pdf. Acesso em: 09 jan. 2020.