

ANÁLISE DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL: DA DESARRAZOADA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DA PENA

ANALYSIS OF ARTICLE 273 OF THE CRIMINAL CODE: UNRAZED APPLICABILITY OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY OF THE PENALTY

*Danilo Henrique Nunes*¹

RESUMO

O presente artigo repousa seu olhar sobre produção legislativa na seara criminal e observa tendência de recrudescimento das penas e de criação de novas tipificações, a partir dos métodos de revisão de literatura e dedutivo. Nesse contexto, foi elaborada a Lei n.º 9.677/98 a qual foi responsável pela alteração dos artigos 272 e seguintes, integrantes do Capítulo dos Crimes contra a Saúde Pública do Código Penal. A partir da vigência da referida lei, o artigo 273, §1º e §1º-B, inciso I, do Código Penal, passou a tipificar a conduta de importação de medicamentos sem a autorização do órgão sanitário competente, cominando a pena de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão. Constatada a desproporcionalidade da referida norma e declarada incidentalmente a inconstitucionalidade da pena do artigo 273, os tribunais passaram a decidir, utilizando a analogia, pela aplicação da pena do crime de tráfico de drogas previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06, quando da condenação pela importação irregular de medicamentos. A partir disso, será defendido que a medida mais correta é a desclassificação da conduta, enquadrando-a no crime de contrabando previsto no artigo 334 do Código Penal, já que não se pode criar novos tipos penais a partir da analogia e que a declaração de inconstitucionalidade acarreta a nulidade da norma.

PALAVRAS-CHAVE:

Desarrazoabilidade; Crime; Princípios; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The present article has its view on legislative production in the criminal field and observes a tendency for the increase of penalties and the creation of new typifications, based on the methods of literature review and deduction. In this context, Law n.º 9,677/98 which was responsible for the amendment of articles 272 and following, being part of the Chapter on Crimes against Public Health of the Penal Code. As of the effectiveness of the referred law, article 273, §1 and §1-B, item I, of the Penal Code, began to characterize the conduct of importing medications without the authorization of the competent health agency, imposing the penalty of 10 (ten) to 15 (fifteen) years of imprisonment. Having verified the disproportionality of the referred rule and incidentally declared the penalty of article 273 unconstitutional, the

¹ Doutor e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania. Professor e orientador do Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto – Ribeirão Preto/SP, da Faculdade de Direito Municipal de Franca – Franca /SP e da Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG, Unidade Passos/MG. Bolsista do Programa de Pesquisa e Produtividade do Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto – Ribeirão Preto/SP. Advogado e jornalista. Coordenador do Curso de Publicidade e Propaganda do Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto – Ribeirão Preto/SP.

courts started to decide, using the analogy, to apply the penalty of the crime of drug trafficking provided for in article 33 of Law 11.343/06, upon conviction the irregular importation of medicines. From this, it will be argued that the most correct measure is the declassification of conduct, framing it in the crime of contraband provided for in article 334 of the Penal Code, since it is not possible to create new criminal types from the analogy and that the declaration of unconstitutionality results in the nullity of the rule.

KEYWORDS:

Unreasonability; Crime; Principles; Unconstitutionality.

1. INTRODUÇÃO

A legislação brasileira, tal como todas as doutrinas jurídicas, é passível de mudanças e alterações, assim como vem ocorrendo no decorrer de sua história. Nesse sentido, a filogênese da Lei é matéria de discussão de grupos de jurados. Especificamente, no caso do Direito Penal brasileiro, há uma série de alterações estruturais (NUCCI, 2014, p. 128). Dentre as que mais chamam a atenção, destacam-se as que tratam de previsões e de modelos de aplicação de penas a crimes cometidos (NUCCI, 2013, p. 28). Diante disso, discutir a legislação é, portanto, fazer uma retomada documental da legislação, uma vez que o documento legal é sua primeira e última instância de validade. Nesse sentido, este trabalho repousa seu olhar e revisita-se a descrição de tema central da política, especificamente, a partir de 1998.

Adiante, discute-se a falsificação de medicamentos, tipificada pelo artigo 273, do Código Penal brasileiro. Destaca-se, como apontamento inicial, que vários movimentos jurídicos surgem, inicialmente, de um movimento político. Revisitando a proposta de plano de Governo (PSDB, 2009) do presidente à época, Fernando Henrique Cardoso, havia uma pressão alta para a ampliação da legislação vigente contra crimes que estivessem relacionados à saúde, bem como na defesa do consumidor da área da saúde. O próprio ministro da Saúde, à época, José Serra, defendia uma ampliação na legislação que defendesse o consumidor contragolpes.

Nesse sentido, a aprovação da ampliação da pena para reclusão de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, em julho de 1998, justifica-se por um cumprimento da proposta de governo do candidato e, então, presidente e de seu ministro. Assim, a falsificação ou a adulteração dos produtos

medicinais ganhou importância criminal maior do que a prevista para crimes de assassinato, como prevê o artigo 121 do Código Penal vigente.

Discute-se, aqui, sob o método de revisão de literatura e dedutivo, não a diminuição da pena por motivo torpe, no caso da falsificação de medicamento ou de elementos cuja finalidade seja a terapia. Há, sim, discussão da análise da punição mínima para crime que viola, parcialmente, a vida; daquele que a finaliza. Outro elemento de destaque na discussão que, aqui, apresenta-se é a do sistema carcerário. São, atualmente, mais de 700.000 (setecentos mil) presos no sistema carcerário brasileiro; número que confere ao nosso país o terceiro lugar no ranking dos Estados com as maiores populações carcerárias do mundo. Esse quadro toma um aspecto ainda mais um assustador quando analisados os números referentes ao déficit de espaço para abrigar tantas pessoas, o que faz com que a maior parte dos presídios esteja superlotada, resultando em condições de vida cada vez piores nesses lugares (CNJ, 2019). Dessa forma, discutir a prisão e o próprio tipo de pena a partir de uma revisão do mero encarceramento. A própria delimitação de tipo de pena e do tempo da pena é necessária. Urge, assim, a necessidade de serem pensadas novas formas de encarar os conflitos, a partir de uma reformulação da pena, à luz do princípio de proporcionalidade.

2. DO CONCEITO DA PROPORCIONALIDADE DA PENA

2.1 O conceito de princípio constitucional

A priori, a discussão do que é e do que trata a proporcionalidade da pena, é preciso antes discutir a própria noção do que é um princípio constitucional. A discussão etimológica é necessária para chegar-se a um sentido jurídico do termo. A palavra princípio vem do latim *principium, -ii* (GLOSBE, 2019), cuja acepção, a grosso modo, é início, começo ou origem de algo. Juridicamente, trata-se de ordenação que irradia e que imanta o sistema de norma, servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e para a aplicação do direito positivo (BARROS, 2006, p. 37). A norma jurídica brasileira não deixa claro o uso da definição do que seja um princípio, bem como não discute o que se deve entender por ele. O que é um princípio jurídico não fica claro na norma (BARROS, 2006, p. 13).

Linguisticamente, a noção de princípio constitucional é clarificada: trata-se do mandamento, como um todo, do núcleo do ordenamento jurídico-constitucional. Todo e qualquer dispositivo que desatenda a princípios constitucionais ferirá a Constituição Federal (SARLET, 2004, p. 60-122). Da análise do princípio, costuma-se confundir, em uma concepção sistêmica, sua essência com a ontogenia do sistema. Dentro das obras de direito, os princípios constitucionais possuem superioridade e hegemonia na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas, sobretudo, material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados ou, até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder. As regras vigem, os princípios valem (BARROS, 1996, p. 154).

O valor inserido em um princípio exprime-se em graus distintos (WELZEL, 2001, p. 13). Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Portanto, não são delimitados apenas pela lei, mas, por todo o Direito, em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.

2.2 Base constitucional da proporcionalidade da pena

Em se tratando da proporcionalidade da pena, que é eminentemente, constitucional, deve-se discutir que a dosimetria da pena e a o princípio da proporcionalidade estão previstos na Carta Política, relatando-se, assim, a relevância da proposta (BARROS, 1996, p. 167). Em razão da superioridade hierárquica das normas constitucionais, faz-se, aqui, um aparte que ilustre e que clarifique o que é a Constituição. Definimos, assim como o ilustre legislador (GRECO, 2011, p. 19), a Constituição a partir de seu conteúdo normativo, como complexo de normas jurídicas fundamentais escritas ou não escritas, é capaz de traçar as linhas mestras do mesmo ordenamento conceituam-na de Lei Fundamental. Nela, exaram-se os pressupostos jurídicos básicos e necessários à organização do Estado, bem como as regras asseguradoras de inúmeros direitos dos cidadãos. Em suma, a Constituição é ponto de partida e fundamento de validade do ordenamento jurídico brasileiro, como leciona Bastos:

Como sobejamente conhecido, as normas constitucionais fundam o ordenamento jurídico. Inauguram a ordem jurídica de um dado povo soberano e se põem como suporte de validade de todas as demais regras de direito. São normas originárias, fundamentantes e referentes, enquanto que as demais se posicionam, perante elas, como derivadas, fundamentadas e referidas. Aquelas de hierarquia superior, e estas, logicamente de menor força vinculatória (BASTOS, 1997, p. 13).

A Constituição como referência obrigatória de todo o sistema jurídico, estabelece as formas pelas quais poderá ser reformada, daí surgindo a noção de hierarquia entre as normas jurídicas. Em razão dessa superioridade, extirpam-se do ordenamento jurídico quaisquer atos e normas contrários. Em inexistindo lugar, inclusive, para regras jurídicas que pretendam ser superiores à própria Constituição (BITENCOURT, 2008, p. 38).

Da revisão histórica da Constituição, que remete ao Império, previa-se, nessa, do extenso rol de direitos humanos e fundamentais, consagrando, em seu artigo 179, direitos e garantias individuais, tais como: princípio da igualdade e legalidade, reserva legal e anterioridade da lei penal, inviolabilidade das correspondências, dentre outros. No Direito Penal, há sempre o conflito dos direitos do réu, os quais colidem com o dever do Estado em punir. O poder do Estado não é absoluto, o próprio legislador limita-o (PRADO, 2008, p. 56). A atuação do Estado condiciona-se à lei. O Estado não pode punir a seu vão prazer e/ou desejo. Nesse ensejo, revisitando a discussão política feita anteriormente, a necessidade de cumprimento de uma promessa de campanha, leva, em primeira instância, a um aumento da pena aplicada a crime potencialmente menos danoso do que o homicídio.

No trânsito de condenação e de avaliação da pena, alguns princípios constitucionais são resguardados. É o consagrado pelo princípio da reserva legal, o qual tem em si os preceitos do princípio da proporcionalidade. Quanto ao princípio do devido processo legal tem-se que a aplicação da sanção penal deve seguir um processo previamente definido em lei, que dá garantias a ambas as partes, primando pela aplicação da justiça. Desta forma, não é possível dissociar os direitos fundamentais e o Estado de Direito, pois constituem ideias indissociáveis, assim entende-se que o princípio da proporcionalidade se concretiza sobre o ideal do Estado de Direito. Destarte, indaga-se o princípio da proporcionalidade efetivamente corresponderia a uma garantia fundamental, podendo a mesma questão ser colocada em face do princípio da isonomia (GUERRA FILHO, 2002, p. 85-89).

2.3 Estrutura do princípio da proporcionalidade no direito penal

Trata-se, primeiramente, da acepção *lexicalizada* do que seja “proporcionalidade”. Dicionariza-se (AURÉLIO, 2019), como sendo a particularidade, o atributo ou, ainda, a característica daquilo que apresenta proporção, sendo, portanto, proporcional. Matematicamente, são duas grandezas, cujas propriedades deixam-nas proporcionais. Juridicamente, trata-se de princípio basilar do Direito Penal (GRECO, 2011, p. 19), distinguindo-se em alguns aspectos do Princípio Constitucional da Proporcionalidade. Assuma-se, na doutrina, que o surgimento do princípio está atrelado à Lei de Talião, relevando que, desde a época, a ideia de que a punição deve ser medida pelos danos que a conduta indesejada provocou prevaleceu, donde surgiu a máxima da lei *olho por olho, dente por dente* (ROMAGNOSI, 2002, p. 35). Nesse sentido, assim leciona Araújo:

No século XVIII, destaca-se a contribuição dos pensadores iluministas no mesmo sentido, como Montesquieu, Rosseau e Beccaria; sendo o último responsável por uma obra que, para alguns conservadores dos tempos de hoje, infelizmente, pode parecer vanguardista, onde o autor destaca com todas as palavras: “Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas.” Romagnosi, que também dedicou seus estudos na linha do que defendeu Beccaria, definiu a pena como um contraestímulo ao crime, enfatizando que ela jamais poderia superar a ação que o gerou, sendo a proporcionalidade um limite lógico para a severidade da punição. Também na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no artigo 15, a proporcionalidade figura como aspecto fundamental da análise da punição: “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”. (ARAÚJO, 2009, p. 274).

A discussão da proporcionalidade no Direito Penal é anterior à discussão da proporcionalidade em âmbito constitucional. Essa surge apenas implicitamente, por meio de outros princípios, como o da Individualização da Pena. Importa pontuar a necessidade de condicionar o Direito Penal, limitado e baseado nos cânones do Direito Constitucional, a uma natureza, relativamente, autônoma, por se tratar de um ramo do Direito com bases e princípios particulares (BITENCOURT, 2008, p. 4). Ainda que o Direito Penal proteja bens jurídicos já tutelados por outros ramos do ordenamento, ele o faz de forma peculiar. Afinal, o Direito Penal atribui novos status a condutas realizadas pelos seres-humanos; a conduta definida como crime precede sua tipificação, não o oposto. Na doutrina alemã, inicia-se a discussão com a teoria da prevenção geral, que baseia a legítima defesa na salvaguarda do próprio ordenamento jurídico e não apenas do direito ameaçado concretamente. Sobre a proporcionalidade, assim leciona Hungria:

A importância do direito exposto a perigo não entra em consideração para conferir ou tolher a faculdade defensiva nem para estabelecer a proporção entre a defesa e a ofensa ameaçada. No que toca aos direitos patrimoniais, subsiste a faculdade de legítima defesa (resguardada sempre a proporção dos meios defensivos utilizados) seja diante do perigo atual de ser privado de pouca quantidade de fruta, seja no de uma invasão de ladrão no galinheiro, seja no perigo de ver-se saqueada a casa ou quebrado o cofre (HUNGRIA, 1955, p. 298-299).

Completa-se ainda que, por mínimo que seja o mal ameaçado ou por mais modesto que seja o direito defendido, não há desconhecer a legítima defesa, se a maior gravidade da reação derivou da indisponibilidade de outro meio menos prejudicial, e posto que não tenha havido imoderação no seu emprego. Sustenta a doutrina alemã que qualquer bem jurídico pode ser defendido mesmo com a morte do agressor, se não há outro remédio para salvá-lo (TOLEDO, 1994, p. 202). O sentimentalismo latino, porém, acima de brutal esse ponto de vista, e reclama que a proporcionalidade da defesa deve ser condicionada não apenas à gravidade da agressão, mas também à relevância do bem ou interesse que se defende. Dentro da lógica, entretanto, a primeira solução é que é exata (TOLEDO, 1994, p. 203).

A proporcionalidade serve de norte para tirar de uma conduta ofensiva a um bem jurídico a ilicitude, tornando-a penalmente irrelevante por servir como forma de defesa a uma agressão a um bem jurídico mais valioso. Isto é, ocorre de fato um escalonamento dos bens jurídicos através da aplicação desse princípio (FERRAJOLI, 2002, p. 72). Entende-se, portanto, que a proporcionalidade no Direito Penal serve para mensurar e dividir os bens jurídicos em graus de importância, definindo quais bens jurídicos podem ser sacrificados em nome de outros. Assim, “implica hierarquizar as lesões e estabelecer um grau de coerência mínima quanto à magnitude das penas vinculadas a cada conflito criminalizado” (BATISTA; ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 231).

Luigi Ferrajoli doutrina sobre o tema exposto:

O fato de que entre a pena e delito não exista nenhuma relação natural não exige a primeira de ser adequada ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente o caráter convencional e legal do nexu retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e da quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz em relação à natureza e à gravidade do outro (FERRAJOLI, 2002, p. 320).

Nesse sentido, ressalta-se que o balizamento da proporcionalidade considera dois aspectos, sendo o primeiro a proibição do excesso e o segundo a proibição de proteção deficiente. A proibição do excesso baseia-se na ideia de que tanto o legislador quanto o julgador devem proteger o direito de liberdade dos cidadãos, punindo com a pena mínima necessária

para que os fins da pena sejam alcançados, com o menor prejuízo possível para o punido, sendo, dessa forma, punido apenas os comportamentos necessários e relevantes para o Direito Penal (CÓRDOBA RODA, 1977, p. 42). Já a proibição da proteção deficiente é o lado oposto, visto que pretende exigir do legislador e do julgador que não se abstenham de proteger direitos e garantias fundamentais, ou seja, não se eximam de aplicar a punição para condutas que precisam ser punidas por agredirem bens fundamentais (BATISTA; ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 230).

3 DO BEM JURÍDICO OFENDIDO

Da apreciação do bem jurídico em si, *sui generis* e estruturalmente, é preciso, antes, traçar paralelo desse à Constituição Federal; vez que o tratamento das garantias individuais é matéria dessa. O Iluminismo, base do Direito contemporâneo em suma (MELGARÉ, 2002, p. 377), relativiza os direitos absolutos, a fim de colocar em xeque o poder absoluto dos Reis e dos Monarcas, o que propiciará uma discussão acerca da necessidade de uma norma única para todos os homens. Acerca da autonomia e ordem social, assim leciona Melgaré:

[...] a autonomia do homem, é dizer, o corte efetivado com uma pressuposta e transcendentalmente existente ordem, acentuando a razão como elemento fundamentante da ação e do saber do homem. Por esse iter, a liberdade como que reencontra sua raiz primitiva, de ato de desvinculação, de independentizar-se dos vínculos, de negar e refutar toda e qualquer organização social estribada em uma relação de privilégios entre a autoridade e a verdade (MELGARÉ, 2002, 379).

Relativização essa que condiciona os direitos individuais ao uso normal, abandonando o caráter abusivo. Torna-se, assim, não só apenas uma garantia contra o Estado, mas, também, os direitos passam a ser uma proteção do indivíduo contra outro indivíduo ou contra um grupo de indivíduos. Do entendimento pressuposto, decorrem as garantias individuais, vez que pregam o caráter negativo desses direitos, dizendo o Estado se o satisfaz por um não-ato, cujo exemplo máximo de tal entendimento está na liberdade que é garantida, desde que o Estado não a perturbe.

3.1 Base Constitucional

Indo ao encontro dessa linha de racionalização jurídica, assegura-se, constitucionalmente, além da proteção individual, a proteção ao grupo, como a família, os sindicatos, as igrejas, os grupos de profissionais, entres outros tantos. Dentre as várias garantias constitucionais, perceptíveis no artigo 5º da Constituição de 1988, sem dúvidas o principal e que tem maior destaque é a garantia à vida (RUSSO, 2009, p. 76). Fato esse facilmente percebido na análise global do texto constitucional. Entre as garantias expressas no artigo 5, destaca-se a igualdade. Corroborando com a assertiva, Santos leciona:

Isto devido às desigualdades inerentes ao ser e à estrutura social, daí a decorrente necessidade de equipararem-se todos os indivíduos. Todavia, a Carta Magna não iludiu-nos com uma utópica ideia de igualdade máxima, não nos coloca numa igualdade substancial - onde há igualdade real e efetiva aos bens da vida. Impôs-nos sim à igualdade formal, ou seja, igualou iguais e desigualou os desiguais (SANTOS, 2003. p. 37).

A equiparação é entendida quanto ao gozo, quanto à fruição dos direitos, quanto, também, a sujeição de deveres dos indivíduos da sociedade. Nesse sentido, a igualdade, por ser uma proteção dada e garantida pelo Estado de direito, não está dirigida apenas ao legislador, o que o impede de fazer leis arbitrárias. Também consagra ao homem o direito a não ser diferenciado por outro indivíduo, igualdade material. Nesse sentido, o artigo 50 da Constituição expressa garantias constitucionais de nosso ordenamento jurídico.

A fim de garantir e dar eficácia aos direitos individuais, quando da possibilidade de falha do sistema de produção de leis e de cumprimentos dessas, nascem os 'remédios' constitucionais, que nada mais são do que direitos de ordem processual, sendo direito de ingressar em juízo com o intuito de obtenção de medida judicial específica ou célere que não se encontram em ações ordinárias (BASTOS, 1997, p. 231). Em sentido lato, o bem jurídico pode ser definido, levando em consideração seu resumo, como todo valor da vida humana, protegido pelo Direito. O objeto de proteção do Direito Penal é o bem jurídico essencial para a coexistência e que necessita de um especial cuidado preventivo. Bem jurídico é a relação de disponibilidade entre pessoas e coisas, protegida pelo Estado através de normas cuja desobediência implica sanção. Dias leciona sobre as funções do bem jurídico no âmbito do Direito Penal:

Em relação às funções do bem jurídico no Direito Penal, há 03 grupos distintos de orientações: 1) os que entendem que sua tarefa primordial consiste na proteção aos valores ético sociais e, em segundo, na proteção dos bens jurídicos concretos; 2) os que se fixam exclusivamente, ou quase exclusivamente, na proteção dos bens

jurídicos; 3) os que vinculam a proteção dos bens jurídicos com outros fins ou mais propriamente com a paz jurídica ou social (DIAS, 1999, p. 67).

A doutrina jurídica (CASTILHO, 2001, p. 59) parece reconhecer como de suprainportância, na teoria do crime, que essas divergências surgem no momento de criar o delimitador dos limites puníveis. Os bens jurídicos podem ser individuais, tal como a vida, integridade física, honra ou patrimônio; podendo ainda ser supraindividuais, universais, difuso ou coletivo, como a constituição do Estado, a administração pública, a segurança da moeda, o meio ambiente equilibrado, a segurança da moeda, entre outros (CASTILHO, 2001, 73). Há, na discussão do bem jurídico individual, ligação específica entre o bem e o indivíduo. Do ponto de vista do Código Penal, a ofensa é delimitada e perceptível, vislumbrada nele. Quanto aos bens jurídicos supraindividuais, não se encontram diretamente ligados à pessoa, mas, sim, vinculam-se ao funcionamento do sistema. Havendo conflito entre os bens jurídicos individuais e os coletivos, deve optar-se pelos individuais, porque o ser humano consiste na referência fundamental do ordenamento jurídico (CASTILHO, 2001, p. 87). À guisa de conclusão, assume-se que a penalidade prevista na lei não está constituída de desordenado ou de aleatório agrupamento de figuras delitivas, as quais meramente punem; há, contudo, rico sistema ordenado de conteúdo, os quais exprimem os valores políticos, morais e culturais da coletividade.

3.2 O artigo 273 e o bem jurídico

A edição da Lei Federal 9.677/1998, durante o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, promove significativa alteração da redação do artigo 273 do Código Penal brasileiro, em vigência. A atual redação do referido artigo aumenta as hipóteses de incidência do tipo penal, para além da ampliação de forma desproporcional da pena prevista. Trata-se, portanto, de inclusão da pena no rol de crimes hediondos, punindo severamente quem pratica qualquer das condutas descritas no caput e nos parágrafos. A conduta de importação de medicamentos, matérias-primas, insumos farmacêuticos, cosméticos, saneantes e os de uso em diagnóstico, passaram a ser punida com no mínimo 10 (dez) em o máximo 15 (quinze) anos de reclusão. A reforma feita pelo Congresso Nacional no ano de 1998 surgiu como uma resposta à mídia (LIMA; CARNEIRO, 2019), que passou a divulgar inúmeros casos envolvendo a falsificação de medicamentos, revelando uma série de injustiças bem como um desequilíbrio

no Sistema Penal Brasileiro, uma vez que o legislador, ao se preocupar em propiciar respostas rápidas, acabou por causar prejuízos. Em contrapartida, defende-se a referida legislação e alteração dessa vez que esse tipo penal garante a proteção ao bem jurídico tutelado que é a saúde pública, em geral a incolumidade pública, pois trata de crime que poderá afetá-la, visando penalizar quem comete as ações transcritas nele (JESUS, 2007, p. 30). Lima e Carneiro observam sobre o crime aludido da seguinte forma:

É importante não confundir o crime do artigo 273 com o 275 do Código Penal, caso o erro da substância conste somente na bula, não sendo alterada a substância em si do produto, não configurará tal delito e sim o do 275. Nesse caso, as ações do 273 permitem a modificação da qualidade do produto tornando-a inferior, não gerando os efeitos que deveria provocar devido a conduta praticada (LIMA; CARNEIRO, 2019, p. 3).

Os operadores do direito, mesmo havendo questionamento da qualidade da matéria da lei e sua constitucionalidade, ainda a acataram. Percebe-se que o direito à liberdade do homem sofre grande constrangimento, face às penas severas cominadas ao delito, além das agravantes apostas pela Lei dos Crimes Hediondos, sem que, em contrapartida, a conduta ofereça tamanho risco à saúde pública (BITENCOURT, 2010, p. 340). Doutrina-se o ato como sendo crime comissivo (JESUS, 2007, p. 352), pois o tipo é composto por ações, não omissões, necessitando de atuação ativa do sujeito. Pode-se, assim, cometer esse crime qualquer pessoa, vez que se caracteriza o crime como de perigo comum, porém observa-se com mais frequência a prática desse crime por comerciantes. Elenca-se a possibilidade de concurso de pessoas nesse crime, caso em que o empregado o comete em comum acordo com o seu patrão, desde que haja: pluralidade de condutas, relevância causal de cada uma, liame objetivo e identidade de infração para todos os participantes (BITENCOURT, 2011, p. 116). Assim, o exame pericial é fator suficiente e necessário para a comprovação de que o delito foi praticado. Permite, assim, analisar, tecnicamente, o produto perito pelo perito a fim de verificar elementos que comprovem a alteração, falsificação, adulteração ou corrupção do produto, em que a ausência de seu aval poderá causar a nulidade do crime por falta de prova.

Define-se como sujeito ativo do referido artigo aquele descrito pelo parágrafo 1º-A, sendo ele próprio o alvo da punição prevista, respondendo pelo crime único e aplicando-se a teoria da consunção. Todavia, no caso de sujeitos distintos, aquele que pratica a alteração e o que vende o produto alterado, há que desaplicar a consunção. O sujeito passivo é a coletividade, com concomitância daqueles prejudicados por adquirirem os produtos falsificados, corrompidos, adulterados ou alterados. Há ainda que se destacar que somente produtos de uso

por seres humanos poderão ser classificados no rol do *caput*, não cabendo os destinados a curar animais.

3.2.1 Da classificação como crime hediondo

Da edição das Leis n. 9.677/98 e n. 9.695/98, tipifica-se o crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais como crime hediondo, nas figuras do *caput* e § 1º, § 1º-A e §1º- B. A saúde pública continua sendo alvo da objetividade jurídica continua sendo a saúde pública, assim como todos os outros elementos. A Lei n° 9.677/98, deu uma nova redação ao artigo 1º da Lei 8.072/90, inserindo o crime de “corrupção, adulteração, e falsificação de substância alimentícia ou medicinal”, o qual estivesse exposto à venda, na forma qualificada (MONTEIRO, 2002, p. 70). A alteração foi justificada pelo fato da Lei dos Crimes hediondos não inserir o crime do art. 272 e o seu § 1º, que era considerado de maior valor social. Segundo Monteiro “na realidade a Lei n. 9.677/98 fez foi alterar a rubrica, os tipos objetivos e sobretudo aumentar as penas dos arts. 272, 273, 274, 275, 276 e 277 do Código Penal” (MONTEIRO 2002, p. 72).

A Lei n° 9.695/98 nasceu para corrigir os erros da Lei n° 9.677/98, segundo Capez “acrescentou à Lei n. 8.072/90 o inciso VII-B, no qual passou a constar o delito do art. 273 do CP no rol legal dos crimes hediondos” (CAPEZ, 2006, p. 181).

4. COMPARAÇÃO ENTRE OS ARTIGOS 273 E 121 DO CÓDIGO PENAL

Há anos, o Congresso Nacional vem legislando de acordo com a ocasião e, frequentemente, de acordo com a mídia; exemplos claros foram as Leis dos Crimes Hediondos, n. 8.072/1990 e n. 8.930/1994, denominadas de “populismo jurídico” (REALE, 1999, p. 139). Indo ao encontro desse fenômeno, reconhece-se (LAURENTINO, 2019), também, a lei n. 9.677/1998, a qual, diante de vários casos de falsificação de remédios ocorridos no ano de 1998 e anteriores, do forte apelo da mídia e do plano de governo do atual presidente, fez com que o

Congresso Nacional, mais uma vez sem a necessária discussão, aprovasse o absurdo jurídico que se transformaria no artigo 273 do Código Penal. A alteração foi significativa, vez que, na redação do referido artigo, aumentou as hipóteses de incidência do tipo penal, além de ter ampliado de forma desproporcional a pena prevista, bem como incluindo-o no rol de crimes hediondos, punindo severamente quem pratica qualquer das condutas descritas no caput e nos parágrafos. Culmina, assim, que a conduta de importação de medicamentos, matérias-primas, insumos farmacêuticos, cosméticos, saneantes e os de uso em diagnóstico, passaram a ser punida com no mínimo 10 (dez) em o máximo 15 (quinze) anos de reclusão.

Historicamente, a referida lei foi objeto, *a priori*, do Projeto de Lei n. 4.642/1998 de autoria do deputado Benedito Domingos (PP), cujo objetivo era alterar dispositivos legais do Código Penal Brasileiro, a fim de equiparar crimes específicos contra a saúde pública aos, então, denominados crimes hediondos. Nesse sentido, preceitua o legislador Antônio Lopes Monteiro:

Como era previsível, a ementa que rotulava de hediondo os delitos mencionados no texto legal não possuíam o condão de que, dentro da dogmática jurídico-penal, assim fossem tipificados. É que o texto não confirmava tal condição. O que na realidade a Lei n. 9.677/98 fez foi alterar a rubrica, os tipos objetivos e sobretudo aumentar as penas dos arts. 272, 273, 274, 275, 276 e 277 do Código Penal (MONTEIRO, 2002, p. 72).

Diante disso, controvérsias foram levantadas dentro da literatura jurídica. A alteração da norma jurídica trouxe à baila uma série de injustiças, além de fazer emergir desequilíbrio ao sistema penal brasileiro; vez que se preocupa, unicamente, em proporcionar respostas rápidas ao problema que emergem da sociedade e que são aclamados pela mídia. Inexiste, assim, quaisquer preocupações, na referida lei, que trate de movimentos para sanar os referidos apontamentos da lei. Para Alberto Silva Franco (2000, p. 103), a referida lei não está cientificamente embasada. Em obra inicial, o autor faz críticas quanto ao posicionamento do Legislador brasileiro, que mais parece preocupado em atender a demandas da mídia, do que da sociedade e sua modificação.

Dimensionar corretamente o bem jurídico a ser tutelado, verificar se esse bem tem dignidade penal e se a conduta, que o agride, é merecedora de pena, proporcionar adequadamente a sanção penal em função do conglomerado de tipos penais já estruturados, tudo isso constitui tarefa inafastável de um legislador no Estado Constitucional de Direito. Não é esse, contudo, o posicionamento do legislador brasileiro que se preocupa, fundamentalmente, em dar uma resposta penal a todo problema, verdadeiro ou falso, surgido na sociedade, sem ater-se às deletérias consequências de se atuar (FRANCO, 2000, p. 104).

Nesse sentido, legisladores apontam e defendem a inconstitucionalidade do referido artigo. Trata, claramente, de matéria do direito, cuja especificidade é a proporcionalidade da pena, compreendida, aqui, como a relação direta, no mecanismo jurídico, entre o crime e a ação punitiva aplicada ao sujeito agente da ação criminal, referida no aparelho jurídico.

4.1 Inconstitucionalidade do artigo

Revisitando Antonio Lopes Monteiro (2002, p. 75), a alteração dos artigos 272 e 273, que sem sua redação primitiva, tratava de substância alimentícia ou medicinal, mais precisamente, tratava da alteração dessas substâncias, independentemente de torná-las nocivas à saúde, parece desproporcional à gravidade do crime, conforme legisla o jurista:

Os tipos penais previstos nos arts. 272 e 273 com a redação primitiva do Código Penal foram substancialmente alterados pela Lei n. 9.677/98. É que na versão original ambos tratavam de substância alimentícia ou medicinal, mas o tipo do art. 272 previa a corrupção, adulteração ou falsificação tornando-as nocivas à saúde; o do artigo 273 cuidava apenas da alteração dessas mesmas substâncias, independentemente de as tornar nocivas à saúde ou não (MONTEIRO, 2002, p. 75).

A alteração de redação, acrescenta, no artigo 273, os parágrafos §1º, A e B. Da tipificação penal prevista no referido artigo, a objetividade jurídica tutelada é a saúde pública, em que o artigo 273 está inserido; legislando nesse sentido, Julio Fabbrini Mirabete:

Tutela-se, ainda, a saúde pública, tentando-se evitar a produção, comércio ou entrega de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais com nocividade positiva, pela inadequação do produto ao tratamento ou com reduzido valor medicinal (MIRABETE, 2008 p. 125).

Portanto, além de ampliar a aplicabilidade do artigo 273, o dispositivo legal passa a distinguir condutas relacionadas às substâncias alimentícias dos medicamentos, bem como incluiu referidos delitos no rol de crimes hediondos, aumentando consideravelmente a pena cominada. Apesar disso, as alterações trazidas pela referida Lei parecem não estar adequadas à realidade, pois, foi alvo de declarações de inconstitucionalidade em virtude da desproporcionalidade entre as penas e as condutas tipificadas.

4.2 Proporcionalidade da pena

Antes da edição da referida lei, a pena de reclusão, para crimes do *caput* era de um a três anos, para além da multa. A ampliação da pena mínima para dez (10) anos, faz pensar na proporcionalidade de pena, em nível *stricto* matemático: 3,33 vezes de aumento da pena. Não bastasse, coloca os crimes referidos no *caput* do artigo 273 no rol dos crimes hediondos. Faz-se mister refletir que o agente que altera substância alimentícia ou medicinal agora passou a ter o mesmo tratamento dado a homicidas, traficantes, estupradores, entre outros. Na verdade, adianta-se o problema, pois, além de aumentar desproporcionalmente a pena, a referida lei incluiu os § 1º-A e o § 1º-B no artigo. Prevê-se, por meio desses, que estão sujeitos às mesmas penas do *caput* (reclusão, de dez a 15 anos, e multa), o agente que venha a importar, vender, expor a venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma distribui ou entregar a consumo, produtos incluídos nos incisos do citado artigo. Luiz Flavio Gomes (2008, p. 20) revisita o princípio da proporcionalidade, analisando a implicação desse princípio, como é observado:

Toda intervenção penal, na medida em que constitui uma restrição da liberdade, só se justifica se: (a) adequada ao fim a que se propõe (o meio tem aptidão para alcançar o fim almejado); (b) necessária, isto é, toda medida restritiva de direitos deve ser a menos onerosa possível; (c) desde que haja proporcionalidade e equilíbrio na medida ou na pena. Impõe-se sempre um juízo de ponderação entre a restrição à liberdade que vai ser imposta (os custos disso decorrente) e o fim perseguido pela punição (os benefícios que se pode obter). Os bens em conflito devem ser sopesados (GOMES, 2008, p. 21).

Nesse sentido, não somente o juiz encontra-se limitado pelo princípio da proporcionalidade; senão, também, o legislador. Cumpre, ao legislador, fazer valer referido princípio. Assim, discute o doutrinador Edson Ristow:

A proporcionalidade, como espécie do gênero Razoabilidade, constitui-se em princípio fundamental ou mesmo em elemento essencial no ordenamento jurídico brasileiro, pois que implica em interpretar e aplicar o Direito para fins de estabelecer proporções, no sentido de moderação. Deve-se compreender, igualmente, que a Proporcionalidade é um dos pilares do controle da constitucionalidade das leis em que qualquer limitação a direitos deve ser apropriada e exigível na justa medida (RISTOW, 2007, p. 88).

Ainda, no intuito de concluir, é importante ressaltar que referido princípio obriga ponderar a gravidade da conduta, o objeto da tutela e a consequência jurídica. Diante do exposto, trata-se, nos termos do doutrinador Alberto Silva Franco:

[...] empregar expressões próprias da análise econômica do Direito, de não aplicar um preço excessivo para obter um benefício inferior: se se trata de obter o máximo de liberdade, não poderão ser cominadas penas que resultem desproporcionadas com a gravidade da conduta. (FRANCO, 2005, p. 364).

Portanto, o referido princípio é essencial à análise da constitucionalidade de qualquer norma jurídica. Nesse sentido, à luz dos pressupostos, faz-se possível tratar da inconstitucionalidade de referida norma. Não obstante, a jurisprudência expõe sobre o tema no sentido de trazer à tona a necessidade de observância do princípio da proporcionalidade, com o intuito de ajustar a pena conforme a conduta do agente:

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

(STJ - AI no HC: 239363 PR 2012/0076490-1, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 26/02/2015, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 10/04/2015)

Nesse sentido, assim se pronunciou o Ministro Nefi Cordeiro no AgRg no REsp 1.550.453:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 273, § 1º-B, DO CP. ART. 273, § 1º-B, DO CP. PRECEITO SECUNDÁRIO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E OFENSIVIDADE. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. APLICAÇÃO DA PENA DO TRÁFICO DE DROGAS. POSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência pacífica do STJ. 2. A Corte

Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus n.º 239.363/PR, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário da norma prevista no art. 273, § 1º-B, do Código Penal. Assim, a Terceira Sessão admite a aplicação do reprimenda do tráfico de drogas aos condenados pelo art. 273, § 1º-B, do CP, tal como procedido pelo Tribunal de origem. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp: 1550453 CE 2015/0208143-0, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 17/10/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/10/2017)

Portanto, resta esclarecido quanto à importância de adequação da aplicabilidade do artigo 273 do Código Penal no tocante ao princípio da proporcionalidade da pena.

4.3 Inconstitucionalidade na doutrina

Já exposta, todavia, não esgotada; a alteração de referida norma jurídica proporcionou, ironicamente, uma desproporcionalidade penal, no sentido de que a norma não realiza distinção da coisa material e de sua aplicabilidade na vida humana. Significa assumir que a referida lei atribui traço hediondo a crime que não, necessariamente, fira o princípio da vida; haja vista a possibilidade de efeitos positivos e sua eficácia. A doutrina jurídica é clara quanto à delimitação e quanto à definição dos crimes hediondos, não sendo necessariamente praticados com requintes de crueldade, mas, sim, aqueles que possam colocar em risco a vida humana, por sua alta periculosidade, tal como os assemelhados. Esses últimos, equiparados, nos termos da lei, aos hediondos (HABIBI, 2017, p. 30). Cabe destacar que, doutrinariamente, não há um critério específico para a colocação em *status quo* de hediondo para um crime. O critério legal aplica-se a definição nos termos da lei; enquanto o judicial atribui ao Estado a incumbência de aferir quais condutas são consideradas hediondas, através de sua gravidade e relevância social. Tal critério padece de segurança jurídica, visto o amplo subjetivismo dado ao Poder Judiciário (HABIBI 2017, p. 39). Conforme exposto na referida lei, sua aplicabilidade passou a ser de igual semelhança a crimes assemelhados pela norma jurídica e doutrinária a crimes hediondos, como, por exemplo, a tortura, o sequestro, o latrocínio, entre outros. Dessa forma, a aplicabilidade na norma é desproporcional e não corresponde com as necessidades sociais, como dispõe o doutrinador Bitencourt:

Para concluir, com base no princípio da proporcionalidade é que se pode afirmar que um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências – crimes, vinganças e punições arbitrárias – que ele pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar. Enfim, é indispensável que os direitos

fundamentais do cidadão sejam considerados indisponíveis (e intocáveis), afastados da livre posição do Estado, que, além de respeitá-los, deve garanti-los. (BITENCOURT, 2011, p. 58)

Miguel Reale Júnior assevera a postura de outros legisladores, vez que define a desproporção como gritante e capaz de ferir, em termos iluministas, a liberdade do homem, como leciona:

Em suma, a gravidade do fato para a saúde pública, a análise de suas consequências, se calamitosas ou não à saúde, devem ser sopesadas na esfera administrativa. São, entretanto, as mesmas condutas e consequências despoticamente desprezadas pelo legislador penal, que sanciona, com penas mais graves do que a do homicídio doloso, a venda de remédio, saneante ou cosmético sem registro, independentemente de ter havido qualquer efeito negativo ou perigo à saúde pública (REALE, 1999, p. 426).

Fernando Capez (2011, p. 200) resgata a discussão da ofensividade, a fim de ilustrar a possibilidade de baixa periculosidade do crime descrito pela referida lei. Segundo o doutrinador, somente há crime com comprovada lesão ou período dessa a um bem jurídico. Não se confunde, portanto, com exclusiva proteção do bem jurídico. Dessa forma, conclui Celso Antônio Bandeira Mello:

[...] o crime descrito no art. 273 do Código Penal fere o princípio constitucional da proporcionalidade, sendo, portanto inconstitucional, já que a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, pois representam insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais (MELLO, 2001. p. 230).

De encontro a isso, destacam-se outros pensamentos como os de Guilherme Souza Nucci:

O grande ponto da modificação trazida pela Lei 9.677/98 foi à elevação abrupta e excessiva da pena de um crime de perigo abstrato, que passou a ser superior à de graves crimes de danos, como é o caso de homicídio simples (NUCCI, 2010, p. 929).

Na ânsia de concluir, resgata-se o entendimento de Celso Delmanto:

Atualmente, a doutrina, com acerto, tem questionado a constitucionalidade dos chamados tipos penais de perigos abstrato, inadmitindo punição sem que haja real ofensa ao bem jurídico tutelado. De fato, em um Estado Democrático de Direito, “o valor supremo da sociedade política é a liberdade, consistindo a autoridade num sistema de restrições só admissível na medida estritamente indispensável à coexistência das liberdades individuais (DELMANTO, p. 495-496).

Diante do consenso de doutrinadores, é possível dizer que o preceito secundário de referido artigo é a inconstitucionalidade, vez que fere princípios constitucionais, tamanho o descompasso entre a gravidade das condutas tipificadas como criminosas e a quantidade de pena prevista.

4.4 Inconstitucionalidade na jurisprudência

O controle de constitucionalidade dá-se de duas formas: por meio do controle difuso ou do controle concentrado. No Brasil, adotou-se o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade por meio do sistema difuso e seguiu-se o modelo austríaco pelo sistema de controle concentrado. No que tange ao controle difuso, esse pode-se realizar por qualquer juiz ou tribunal. Ocorre quando uma das partes suscita, de forma incidental, a inconstitucionalidade da lei aplicada ao objeto do litígio. Trata-se de remédio constitucional que pode ser utilizado por qualquer pessoa, desde que parte em um processo judicial, por meio da arguição da exceção de inconstitucionalidade pela via incidental. Ao acolher o pedido, o juiz pode deixar de aplicar a lei, sem efeito *erga omnes*. O controle concentrado está previsto na Constituição, sendo proposta a ação de inconstitucionalidade. Nesse sentido, assim leciona Bonavides:

Nesse caso, impugna-se perante determinado tribunal uma lei, que poderá perder sua validade constitucional e conseqüentemente ser anulada *erga omnes* [...] uma vez declarada inconstitucional, a lei é removida da ordem jurídica com a qual se apresente incompatível (BONAVIDES, 2003. p. 307).

Em consequência, difere do que ocorre com a lei quando é declarada inconstitucional pelo sistema difuso, vez que esse apenas a retira de aplicabilidade para aquele caso concreto. O controle de constitucionalidade regula-se pela Constituição Federal, sendo, sua aplicação, possível por meio de dispositivos, quais sejam: Ação Direta de Inconstitucionalidade, art. 102, I, CRFB/88; Ação Direta de Constitucionalidade, art. 102, I, CRFB/88; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, art. 103, § 2º, CRFB/88; Ação Direta Inconstitucionalidade Interventiva art. 36, III, CRFB/88; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 102, §1º, CRFB/88. A inconstitucionalidade ocorre, portanto, de medida excessiva ou, mesmo, injustificável. Medida essa que não cabe moldura de proporcionalidade (BONAVIDES, p. 398). Todas as normas jurídicas devem, portanto, respeitar o princípio da proporcionalidade sob pena de serem consideradas inconstitucionais. Assume-se, assim, a inconstitucionalidade do artigo

273, eis que constitui um crime de perigo abstrato, sendo que a pena é excessivamente rigorosa diante da falta de exigência de comprovação de que a conduta do agente infrator tenha causado algum tipo de lesão a qualquer pessoa (DELMANTO, 2000, p. 202). Nos trânsitos julgados, não se atesta a inconstitucionalidade, havendo, somente, desconsideração da pena, prevista no *caput* do artigo 273, vez que houve ausência do princípio de proporcionalidade. Há o que se denomina de controle constitucional implícito, nos moldes do que denomina o Ministro Sepúlveda Pertence em julgamento do Recurso Extraordinário n. 240.09680. Entendimento esse que é semelhante ao adotado pelo Ministro Og Fernandes (STJ, 2011), nas considerações do voto no Recurso Especial n. 915.442/SC.

In casu, embora o órgão fracionário do Tribunal de origem não tenha declarado expressamente a inconstitucionalidade do art. 273 do Código Penal, afastou a sua incidência, ainda que parcial, por entender que o preceito secundário do tipo penal em questão não atende ao princípio da razoabilidade, da proporcionalidade e da individualização legal da pena. Dessarte, houve emissão do juízo de incompatibilidade da norma ordinária com a Magna Carta. (DELMANTO, 2000).

Na Ministra do STJ, Laurita Vaz, há respaldo no sentido de que o controle de constitucionalidade, mesmo ausente qualquer manifestação expressa por parte dos julgados, certo que, nas palavras da Ministra, é contraditório declarar a constitucionalidade do artigo 273 do Código Penal para, em seguida, reconhecer a ocorrência de violação a princípios constitucionais. Parece não restar dúvidas de que a análise feita pelo Judiciário sobre a proporcionalidade e a razoabilidade das penas do artigo 273 do Código Penal, resultantes da alteração legislativa trazida pela Lei n. 9.677/1998, possui caráter essencialmente constitucional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho apresentou uma descrição a respeito da inconstitucionalidade da lei n. 9.677/1998, a fim de compreender e de discutir a motivação condutora do legislador a alterar o Código Penal, no que tange a crimes contra a saúde pública. Nesse sentido, tal entendimento passará a tipificar diversas condutas antes não previstas, como, também, agravará,

consideravelmente, as penas. A análise do processo legislativo e do contexto circundante de elaboração da referida Lei, possibilita verificar peculiaridades da tramitação dos projetos de lei sobre o tema no Congresso Nacional, o qual se encontrava sob a pressão da opinião pública. Destaca-se, portanto, o papel da mídia, especialmente, da televisão, na formação da opinião e na tomada de decisão por parte dos órgãos legislativos, visto que todos os projetos analisados, baseavam suas propostas em notícias televisivas e nos graves episódios retratados pela mídia.

Indubitavelmente, o direito penal jamais será capaz de resolver todos os casos que surgem diariamente, levando em consideração a análise histórica que possui como base a constatação de textos penais que buscavam alcançar a completude, mas que se encontravam sempre em desvantagem com relação à realidade. Dessa forma, a legislação penal baseada em casuísmos não será capaz de solucionar as adversidades que irrompem a todo momento.

Nesse sentido, a submissão dos parlamentares à pauta escolhida pela mídia foi, portanto, responsável pela elaboração de uma lei maculada pela falta de técnica e pelo total descompasso com o sistema penal, o que exige do Poder Judiciário intervenção para declará-la inconstitucional diante dos casos que passaram a tramitar através de ações penais. A solução encontrada pelos tribunais, de declarar a inconstitucionalidade da pena do artigo 273, do Código Penal e aplicar por analogia a pena do crime de tráfico de drogas, não foi, contudo, a mais correta, pois resultou na criação de um novo tipo penal e, por conseguinte, na usurpação da competência legislativa exclusiva do parlamento. Outrossim, é inerente à declaração de inconstitucionalidade a nulidade do ato normativo maculado, de modo que não poderia subsistir o preceito primário do artigo 273 quando a pena, o preceito secundário, é nula. Diante do exposto, considerando a inafastabilidade da jurisdição, a vinculação do juízo criminal apenas aos fatos narrados e a nulidade do artigo 273, §1º e §1º-B, inciso I, do CP, através da declaração incidental de inconstitucionalidade, defende-se, como conclusão, que se faça a desclassificação da conduta de importar medicamentos sem a autorização da autoridade sanitária competente para o crime de contrabando, previsto no artigo 334 do Código Penal, cujo bem jurídico tutelado é a moralidade pública, mediante a repressão da importação de mercadorias proibidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, F. R. S. O Princípio da Proporcionalidade Aplicado ao Direito Penal: Fundamentação Constitucional da Legitimidade e Limitação do Poder de Punir. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 12, nº 45, 2009, p. 274.

AURÉLIO. Dicionário Aurélio Online. Disponível em <https://www.dicio.com.br/proporcionalidade/>. Acesso em 2 abr. 2019.

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

BARROS, W. P.; BARROS, W. G. Z. A proporcionalidade como princípio do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

BASTOS, C. R. Curso de Direito Constitucional. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. Direito Penal Brasileiro. V. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 231.

BITENCOURT, C. R. Tratado de direito penal: parte geral 1. 15 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, C. R. Tratado de direito penal. V. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva: 2011.

BITENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal. V. 1. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONAVIDES, P. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Alterações no Capítulo II do Título VIII do Código Penal. Lei n. 9.677, de 02 de julho de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm. Acesso em 18 set. 2020.

BRASIL. Alterações no Capítulo II do Título VIII do Código Penal. Lei n. 9.677, de 02 de julho de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm. Acesso em 18 set. 2020.

BRASIL. Código Penal. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 18 set. 2020.

BRASIL. Código Penal. Lei n. 2.849, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 18 set. 2020.

BRASIL. Constituição de 1824. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 18 set. 2020.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 18 set. 2020.

BRASIL. Crimes Hediondos. Alteração. Lei n. 8.930, de 06 de setembro de 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8930.htm. Acesso em 18 set. 2020.

BRASIL. Crimes Hediondos. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm. Acesso em 18 set. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Artigo 5º. Atividade Legislativa. Disponível em https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_15.12.2016/art_5_.asp. Acesso em 18 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto-vista no REsp 915442/SC. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Vilma Maria Segalin. Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/12/2010, publicado em 01/02/2011.

CAPEZ, F. Curso de Direito Penal: Legislação Especial. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, F. Curso de direito penal: legislação penal especial. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, F. Curso de Direito Penal: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, F. Curso de direito penal. Parte geral. V. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva: 2011.

CASTILHO, E. W. V. de. O controle Penal nos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, Lei n. 7.492, de 16/06/1986. 1. ed., 2. tir. Belo Horizonte: Dei Rcy. 2001.

CNJ. Mapa de Inspeção Penal (Brasil). Disponível em http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em 18 set. 2020.

CÓRDOBA RODA, J. Culpabilidad y pena. Carcelona: Boschi, 1977.

DELMANTO, C. *et al.* Código Penal Comentado. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DELMANTO, C. *et al.* Código Penal Comentado. 8. ed. Saraiva: São Paulo, 2011.

DIAS, J. F. Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitada. Lisboa: Revista dos Tribunais. 1999, p. 67.

FERRAJOLI, L. Direito e razão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, A. S. Crimes hediondos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRANCO, A. S. Crimes Hediondos. São Paulo: RT, 2005.

GLOSBE. Dicionário de Latim. Disponível em <https://pt.glosbe.com/la/pt>. Acesso em 18 set. 2020.

GOMES, L. F. Limites do *Ius Puniendi* e Bases Principlológicas do Garantismo Penal. Porto Alegre: UNISUL/IPAN/REDE LFG, 2008.

GRECO, R. Código Penal Comentado. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

GRECO, R. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GUERRA FILHO, W. S. O princípio constitucional da proporcionalidade. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas, n. 20, p. 85-89, 2002.

HABIBI, G. Leis Penais Especiais. Volume único. 9. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2017.

HUNGRIA, N. Comentários ao Direito Penal. V. 1. T. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

JESUS, D. Direito Penal. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JESUS, D. E. Direito Penal: parte especial- dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. V. 3. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LAURENTINO, W. A inconstitucionalidade do artigo 273 do Código Penal. Disponível em <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/87916/a-inconstitucionalidade-do-artigo-273-do-codigo-penal-we>. Acesso em 18 set. 2020.

LIMA, L. F. L.; CARNEIRO, V. O. S. Falsificação de medicamentos e o crime hediondo. Conteúdo Jurídico.com. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj032178.pdf>. Acesso em 18 set. 2020.

MELGARÉ, P. Breves palavras acerca do Iluminismo e o Direito. Revista da Faculdade de Direito. Porto Alegre, v. 22, p. 377-397, 2002.

MELLO, C. A. B. Elementos de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRABETE, J. F. Manual de direito penal: parte especial, arts. 235 a 361 do CP. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

MONTEIRO, A. L. Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MONTEIRO, A. L. Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUCCI, G. S. Código Penal Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, G. S. Leis Penais e Processuais Penais: Comentadas. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, G. S. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, L. R. Curso de Direito Penal Brasileiro. V.1. São Paulo: RT, 2008.

PRADO, L. R. Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial. V. 3. ed. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2006.

PSDB. Plano de Governo FHC. Disponível em <http://www.psdb.org.br/z-outros/eleicoes-biblioteca/plano-de-governo-fhc-%E2%80%93-99-02/>. Acesso em 18 set. 2020.

REALE JUNIOR, M. A Inconstitucionalidade da Lei dos Remédios. Revista dos Tribunais 763, São Paulo: RT, 1999.

REALE JUNIOR, M. A inconstitucionalidade da Lei dos Remédios. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 88, n. 763, 1999.

RISTOW, E. Ética Função Jurisdicional Due Process Of Law e o Princípio da Razoabilidade. Itajaí: S&T Editores, 2007.

ROMAGNOSI, G. Genesi del diritto penale. BARATTA, A. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 35.

RUSSO, L. Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SANTOS, M. D. O. A utilização dos remédios constitucionais para o exercício da cidadania. Âmbito Jurídico.com. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12417. Acesso em 18 set. 2020.

SANTOS, T. S. Aplicação do princípio da proporcionalidade na dosimetria da pena. Monografia de Especialização (Especialização em Processo Penal). Escola Superior do Ministério Público. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2003. p. 37.

SARLET, I. W. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: v. 12, n. 47, p. 60-122, 2004.

STJ. AI no HC 239363 PR 2012/0076490-1, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 26/02/2015, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 10/04/2015. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/180398766/arguicao-de-inconstitucionalidade-no-habeas-corporis-ai-no-hc-239363-pr-2012-0076490-1?ref=juris-tabs>. Acesso em 18 set. 2020.

STJ. AgRg no REsp 1550453 CE 2015/0208143-0, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 17/10/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/10/2017. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861130979/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1550453-ce-2015-0208143-0?ref=serp>. Acesso em 18 set. 2020.

TOLEDO, F. A. Princípios básicos do Direito Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, H. O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Data de Submissão: 28/12/2021

Data de Aceite: 22/03/2022