



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**ÁLEFE GUERRA LOPES**

**O ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS SOLUÇÕES  
PARA AS INCONSTITUCIONALIDADES CONTIDAS NO TIPO**

**FORTALEZA**  
**2015**

ÁLEFE GUERRA LOPES

O ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS SOLUÇÕES  
PARA AS INCONSTITUCIONALIDADES CONTIDAS NO TIPO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Samuel Miranda Arruda.

FORTALEZA

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

- 
- L864a      Lopes, Álefe Guerra.  
              O artigo 273 do Código Penal: uma análise das soluções para as inconstitucionalidades contidas no tipo / Álefe Guerra Lopes. – 2015.  
              78 f. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2015.  
              Área de Concentração: Direito Penal.  
              Orientação: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda.
1. Código penal - Brasil. 2. Medicamentos - Adulteração. 3. Inconstitucionalidade das leis. 4. Proporcionalidade (Direito) – Brasil. I. Arruda, Samuel Miranda (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

ÁLEFE GUERRA LOPES

O ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS SOLUÇÕES  
PARA AS INCONSTITUCIONALIDADES CONTIDAS NO TIPO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Samuel Miranda Arruda.

Aprovada em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda (Orientador).  
Universidade Federal do Ceará – UFC

---

Prof. Me. Lino Edmar de Menezes  
Universidade Federal do Ceará - UFC

---

Mestrando Emetério Silva de Oliveira Neto  
Universidade Federal do Ceará - UFC

A Deus, que me deu o dom da vida. Aos meus pais, que com todo o amor cuidaram de mim e me ensinaram a percorrer meus caminhos com dignidade, sempre me dando a fortaleza necessária para vencer pequenos e grandes obstáculos. Às minhas irmãs, Lana e Aiade, minhas companheiras de aventura, as mais leais e amorosas que já tive ou chegarei a ter. Ao Bruno, meu namorado e amigo fiel de todas as horas, que há tantos anos me cerca de amor e carinho.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, que me concedeu tantas maravilhas que jamais serei capaz de enumerá-las, mas, principalmente, por permitir que eu me formasse em Direito na Universidade Federal do Ceará, sonho que sempre habitou meu coração o qual, creio, Ele sonhou junto comigo. Desejo que, nessa jornada que começa, eu nunca envergonhe o nome Dele e que a Sua justiça habite em mim, sendo o Seu Espírito Santo o meu guia.

Ao meu pai, Oliveira, nascido no pé da serra, como ele costuma dizer, filho de uma mulher forte, Vó Erasma, e de um homem bravo como um touro, Vô Benjamim. Tão jovem saiu de casa para ganhar o mundo, e, de fato, ao seu modo ganhou. Ultrapassou todos os obstáculos postos ao menino mirrado do interior, e nos fez uma família feliz, permitindo que eu e minhas irmãs tivéssemos a melhor educação, a melhor estrutura, o maior amor. Ele, meu pai, sempre me ensinou a enfrentar os obstáculos com grandeza de coração e honradez, mesmo que toda a sorte do mundo não estivesse a meu favor. Nunca poderei agradecer-lhe o suficiente por colocar a minha felicidade à frente da dele, nem poderei recompensá-lo o suficiente pelos sacrifícios que fez para que a nossa família tivesse as melhores condições.

À minha mãe, Luciana, por me ensinar a transmitir bondade e gentileza, com as quais sempre tratou a todos. Por sempre ter cuidado da nossa família com todo o zelo e por ser a minha melhor amiga, sempre. Pelas palavras de amor, pelo conforto do seu abraço e pelas orações que me protegem. Sem seu apoio não teria logrado êxito nesse grande sonho que se concretiza. Espero um dia ser metade do ser humano maravilhoso que ela é, e que eu possa, assim como ela, construir uma família com tanto amor.

À minha irmã, Aiade, que está comigo nessa aventura chamada vida desde o começo. Por me proteger mesmo quando era tão criança, pelas risadas, pela infância que nunca teria sido tão incrível sem sua presença. À minha irmã neguinha, Lana, que chegou de surpresa e encheu nossos dias de festa, pela alegria de tê-la por perto, pelo amor que demonstra em cada carinho que sai dessas mãozinhas sempre sujas de tanto brincar.

Ao meu Vô Vanderilo, à Tia Lucelita e ao Allan, por torcerem por mim.

Aos meus tios Vanderilo, Guerra e Wanderley pelo carinho com que sempre me trataram, por me inspirarem a crescer com honestidade e a valorizar o estudo. À Tia Eliana, menina pobre que também ganhou o mundo, que sempre me ajudou a superar os obstáculos na carreira estudantil, inspirando-me, com seus testemunhos, a conquistar meu espaço profissional com muita perseverança e honestidade e, é claro, por me ensinar a amar os livros

e por transmitir um pouquinho de toda a cultura que ela adquiriu naquelas viagens que sempre me encantaram desde criança.

Ao Bruno, meu companheiro de estrada há mais de sete anos e que será por toda a vida. Agradeço pela paciência e pelos momentos em que, mesmo quando não estava bem, buscava ser meu apoio e estar presente por mim. Por me estimular na conquista de mais um sonho, por ser cuidadoso comigo, por me sustentar quando minhas pernas estavam cansadas. Espero ser para ele tudo que ele é para mim.

À Renata, minha amiga-irmã que eu conheço uma vida inteira, por sua amizade sempre presente, por sonhar comigo, por compartilhar os medos e as angústias, pelas risadas, pelo porto seguro que é. À Tia Luíza e ao David, que são minha família do coração.

Ao Adauto e à Andrea, que muitas vezes cuidaram do meu conforto e emprestaram sua casa para que eu estudasse quando a minha não estava disponível. Sem eles teria sido muito mais difícil.

À Sarah, minha amiga querida que, sendo tão parecida comigo em tantas coisas, sempre ofereceu apoio e me entendeu nos momentos difíceis, mesmo quando a vida permitia que conversássemos somente um pouco.

Aos amigos que fiz através da querida Faculdade de Direito, Carolina Sofia, Kássia, Dhiego, Ana Luíza, Marina e Ricardo, por compartilharem os momentos de incerteza e as alegrias, por serem o alento que precisava nos dias mais difíceis, quando o futuro parecia tão escuro. Pelos momentos descontraídos, pelas comilanças agradáveis e pela alegria que a presença deles traz à minha vida.

Aos membros da banca, pela disponibilidade e pelo zelo na avaliação deste trabalho.

Ao Professor Samuel, meu orientador, pela atenção no desenvolvimento deste trabalho e pelos conselhos profissionais sempre carregados de sabedoria.

Ao Ministério Público Federal, pelo estágio que me ensinou coisas incontáveis, todas boas e nem todas jurídicas, sempre me ajudando a enxergar a carreira com mais alegria. Em especial, sou grata ao gabinete do Dr. Samuel, onde conheci os melhores colegas que se pode imaginar.

*“I’ve dreamt in my life dreams that have stayed with me ever after, and changed my ideas: they’ve gone through and through me, like wine through water, and altered the colour of my mind.”*

Emily Brontë, *Wuthering Heights*



## RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar as soluções encontradas na doutrina e na jurisprudência para as inconsistências e inconstitucionalidades previstas no art. 273 do Código Penal Brasileiro, em busca do expediente que melhor privilegie os princípios constitucionais da proporcionalidade e da proteção à saúde. No primeiro capítulo, faz-se um aparato geral da temática, oportunidade em que se explora a conjuntura que favoreceu a edição da norma, a partir da exposição dos fatos noticiados pela imprensa que antecederam a formação da Lei nº 9.677/98, conhecida como Lei dos Remédios, bem como a inclusão do crime do art. 273 no rol dos delitos hediondos a partir da Lei nº 9.695/98. Com fim de demonstrar a magnitude das modificações realizadas no artigo, realiza-se um exame de sua redação primitiva e, em seguida, estuda-se a redação atual e a classificação doutrinária dos crimes previstos no tipo. No segundo capítulo, adentra-se no mérito da inconstitucionalidade do artigo, analisando-se minuciosamente seu conteúdo jurídico, para, em seguida, situar a necessidade de atuação imediata do judiciário para sanar o problema nos processos que a ele sejam submetidos. Por fim, no terceiro capítulo, estudam-se as saídas mais recorrentes para a problemática, analisando-se as falhas e pontos favoráveis contidos em cada uma delas para, ao final, apontar o expediente mais indicado para a solução imediata da questão.

**Palavras-chave:** Direito de proteção à saúde. Falsificação de medicamentos. Lei dos Remédios. Inconstitucionalidade. Princípio da Proporcionalidade. Efeito Repristinatório.

## ABSTRACT

This present work aims to analyze the solutions found in the doctrine and jurisprudence for the inconsistencies and unconstitutionality established at article 273 of the Brazilian Penal Code, seeking the record that best favors the constitutional principles of proportionality and health protection. In the first chapter, it is developed a general apparatus of the subject, at which it is explored the circumstances that favored the norm, from the statement of the facts reported by the press before the formation of the Law n° 9.677/98, known as Remédios Act, and the inclusion of the crime at the art. 273 in the list of heinous crimes from the Law n° 9.695/98 as well. In order to demonstrate the magnitude of the changes made in the article, it is held a survey of its original writing and then, it is performed a study of the current wording and doctrinal classification of the crimes provided for in kind. In the second chapter, it is examined in the merit of the article unconstitutionality, by analyzing in detail its legal content, to then place the need for immediate action of the judiciary to solve the problem in the cases which it is submitted. Finally, in the third chapter, it is studied the most frequent solutions to the problem, analyzing the faults and favorable points in each one of them to, finally indicate the most suitable device for the immediate solution of said issue.

**Keywords:** Health protection rights. Counterfeit drugs. Remédios Act.. Unconstitutionality. Proportionality principle. Restore act.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>ESTUDO DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL E SEU DESENVOLVIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO</b> .....	<b>12</b>
<b>2.1</b>	<b>Os fatos que antecederam a edição da norma</b> .....	<b>12</b>
<b>2.2</b>	<b>Redação constante no texto original do Código Penal de 1940</b> .....	<b>16</b>
<b>2.3</b>	<b>Redação atual e classificação doutrinária</b> .....	<b>19</b>
<b>2.4</b>	<b>A inclusão do crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais no rol dos delitos hediondos pela Lei nº 9.695/98</b> .....	<b>25</b>
<b>3</b>	<b>A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL</b> .....	<b>27</b>
<b>3.1</b>	<b>As inconstitucionalidades que comprometem o tipo</b> .....	<b>27</b>
<b>3.2</b>	<b>A possibilidade de intervenção do Poder Judiciário tendo em vista a desobediência ao princípio constitucional da proporcionalidade</b> .....	<b>38</b>
<b>4</b>	<b>ANÁLISE CRÍTICA DAS SOLUÇÕES PARA AS INCONSTITUCIONALIDADES CONTIDAS NO TIPO</b> .....	<b>48</b>
<b>4.1</b>	<b>A manutenção da pena prevista no artigo 273 do Código Penal</b> .....	<b>48</b>
<b>4.2</b>	<b>Aplicação da pena prevista para o Artigo 33 da Lei 11.343/06</b> .....	<b>50</b>
<b>4.3</b>	<b>Desclassificação para o artigo 334-A do Código Penal</b> .....	<b>56</b>
<b>4.4</b>	<b>Atipicidade da conduta e absolvição</b> .....	<b>57</b>
<b>4.5</b>	<b>A reentrada em vigor da legislação revogada</b> .....	<b>59</b>
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>70</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>72</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Em um momento de comoção nacional e pressão da opinião pública, quando a mídia noticiava o escândalo da comercialização de medicamentos ineficazes, o Congresso Nacional criou e aprovou as Leis nº 9.677/98 e nº 9.695/98, as quais agravaram as penas e o tratamento processual destinado àqueles que praticam falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais.

Com a nova disciplina, o intento do legislador, o qual ficou registrado nos projetos legislativos que antecederam ambas as leis, era combater a falsificação de medicamentos. Ocorre que, editada às pressas, a Lei nº 9.677/98, conhecida como Lei dos Remédios, passou a contemplar condutas que se tratavam de ilícitos administrativos, bem como cominou penas elevadas a crimes cuja ofensividade era mínima. Assim, apesar da intenção de atacar um problema determinado, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 9.677/98 com redação ampla, atribuindo pena rigorosa aos falsificadores de remédio, mas tratando com o mesmo rigor outras condutas que não possuem o mesmo grau de lesividade. A falta de técnica legislativa terminou, ainda, por criar um tipo penal confuso, cujos objetos são muito diferenciados, permitindo uma acentuada desproporção entre os preceitos primários e secundários.

Em razão da pena cominada aos delitos previstos no artigo mencionado, formou-se forte corrente sustentando a inconstitucionalidade do tipo penal que define o crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Junto com as discussões teóricas, surgiu o problema prático, relativo à aplicação da Lei 9.677/98 e a tipificação da conduta daqueles que, em tese, estariam incursos nas penas previstas no artigo 273.

Isto em vista, tem-se que o princípio da proporcionalidade e o princípio da ofensividade foram claramente afrontados na Lei nº 9.677/98, bem como pela Lei nº 9.695/98, seja no que tange à ausência de relevância penal das novas condutas descritas, seja na desproporção das penas infligidas em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da conduta incriminada. As regras contidas em ambos os diplomas concretizam enormes distorções entre os fatos inócuos descritos e a sua criminalização, também pelo fato de não se exigir, para o modelo de conduta típica, a ocorrência de resultado consistente em perigo ou lesão ao bem jurídico que se pretende tutelar, vale dizer, à saúde pública.

Diante dessa realidade, este trabalho defende a intervenção atual e imediata do Poder Judiciário para uma solução satisfatória da problemática. Desta maneira, seu objetivo é uma análise da constitucionalidade do art. 273 do Código Penal Brasileiro em conjunto com os expedientes encontrados pela doutrina e pela jurisprudência para sanar as impropriedades contidas no tipo, tudo isto sob o prisma do princípio constitucional da proporcionalidade.

No primeiro capítulo, são expostos os fatos noticiados pela imprensa que antecederam a formação da Lei dos Remédios, bem como a inclusão do crime do art. 273 no rol dos delitos hediondos. Para melhor compreensão das modificações provocadas no tipo, realiza-se uma análise de sua redação primitiva e, após tal exposição, explora-se a redação atual e a classificação doutrinária dos crimes previstos no artigo.

Em seguida, a pesquisa aborda o princípio da proporcionalidade, no que tange à limitação do poder punitivo do estado e à necessidade de haver proporção entre os delitos e as penas. Sob tais perspectivas, estuda-se a possibilidade de intervenção atual do Poder Judiciário em busca de uma saída para esta situação. São analisados os fundamentos e características do princípio para, posteriormente, problematizar a existência de sua aplicação no art. 273 do Código Penal e as alterações promovidas pela Lei nº 9.677/98. Durante esta análise, averigua-se a constitucionalidade do artigo (*caput*, parágrafos e incisos), em seus preceitos primários e secundários.

Por fim, é apontada qual a solução mais indicada para a tipificação das condutas atualmente previstas no artigo 273 do Código Penal, de maneira a respeitar os princípios penais e aqueles constitucionalmente previstos, especialmente o princípio da proporcionalidade, sustentando a necessidade de haver uma proporção entre os delitos e as penas do tipo em análise, considerando como medida mais adequada a aplicação do chamado efeito repristinatório da legislação anterior, a fim de que o artigo 273 seja aplicado na forma em que previsto em sua redação original.

## **2 ESTUDO DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL E SEU DESENVOLVIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO**

Para que se entenda a problemática a ser estudada, a compreensão do momento político e social à época da edição da Lei nº 9.677/98 se faz necessária, de maneira que, neste primeiro capítulo, são expostos os fatos noticiados pela imprensa que antecederam a formação da Lei dos Remédios e a inclusão do crime do art. 273 do Código Penal no rol dos delitos hediondos.

Assim, buscando uma melhor compreensão das modificações provocadas no tipo, é realizada, nos tópicos seguintes, uma análise de sua redação primitiva e, após tal exposição, explora-se a redação atual e a classificação doutrinária dos crimes previstos no artigo. Isto, para que, ao final desta obra acadêmica, seja estudada a viabilidade jurídica das principais soluções apontadas pela doutrina e jurisprudência, quais sejam: a manutenção da pena prevista no artigo 273 do Código Penal, a aplicação da pena prevista para o Artigo 33 da Lei 11.343/06, a desclassificação para o artigo 334-A do Código Penal, a atipicidade da conduta e a reentrada em vigor da legislação revogada.

### **2.1 Os fatos que antecederam a edição da norma**

A Constituição Federal de 1988 é a primeira carta constitucional brasileira a prever o direito à saúde como um direito fundamental, estabelecendo sua aplicação imediata, conforme dispõe no art. 5º, §1º, sendo que os textos constitucionais anteriores previam apenas disposições esparsas sobre o assunto. A norma atual cuida não apenas da previsão de proteção a este direito, mas estabelece seu conteúdo e forma de prestação. Desta feita, temos que a saúde é um direito social garantido a todos, consistindo em dever para o Estado, nos termos em que estabelecem os arts. 6º e 196 da Constituição.<sup>1</sup>

Relacionado diretamente com o direito à vida, o direito de proteção à saúde foi acolhido pela Constituição como autêntico direito fundamental, sendo certo que aos indivíduos deverão ser garantidos meios que preservem e otimizem sua saúde, de maneira que sejam inibidas as condutas que coloquem em risco tal garantia. Neste âmbito, ganham especial relevo as condutas previstas no art. 273 do Código Penal, o qual pune o delito de corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

---

<sup>1</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 685.

Conforme expõe Cláudia Luiz Lourenço<sup>2</sup>, constitui dever do Estado garantir a saúde, formulando e executando políticas econômicas e sociais que visem reduzir os riscos de doenças, bem como assegurar a normatização e o controle de ações de saúde, de forma a garantir padrões de qualidade adequados.

Dessarte, além da Constituição Federal, tem-se que outras normas foram criadas com a mesma finalidade de proteção a este direito, como a tipificação dos crimes contra a saúde pública. O Código Penal, em sua versão de 1940, previa no art. 272, as condutas correspondentes ao delito de corrupção, adulteração ou falsificação de substância alimentícia ou medicinal, deixando para o art. 273 a previsão do delito de alteração de tais substâncias. O legislador havia, até então, dimensionado a pena do delito do art. 272 em 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão e multa. Quanto ao art. 273, a pena era de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

No entanto, em meio à grande comoção nacional e pressão da opinião pública, quando a mídia noticiava escândalos da comercialização dos medicamentos ineficazes, foram criadas e aprovadas as Leis nº 9.677/98 (Altera dispositivos do Capítulo III do Título VIII do Código Penal, incluindo na classificação dos delitos considerados hediondos crimes contra a saúde pública, e dá outras providências) e nº 9.695/98 (acrescenta a infração do art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B ao rol dos delitos hediondos da Lei nº 8.072/1990), as quais recrudesceram as penas e o tratamento processual destinado aos agentes de tais delitos.

A Lei nº 9.677 de 1998, também conhecida como “Lei dos Remédios”, provocou intensas mudanças estruturais no artigo 273 do Código Penal, o qual pune o delito de corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

O referido diploma foi aprovado pelo Congresso Nacional no dia 2 de Julho de 1998, menos de dois meses após o recebimento, pelo Laboratório Schering, de uma carta anônima junto a uma cartela do anticoncepcional Microvlar (produzido pelo laboratório), com a advertência de que a composição da pílula estava adulterada. A carta informava que a droga havia sido comprada em uma farmácia na periferia de São Paulo. Estima-se que, sete dias após o recebimento da carta, a Schering do Brasil sabia que as pílulas não continham hormônios, mas tão somente a massa neutra que dá forma à drágea.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> LOURENÇO, Cláudia Luiz. **Falsidade de medicamentos e implicações jurídicas**. Disponível em: <<http://revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/viewFile/11980/7952>>. Acesso em: 7 jul. 2015.

<sup>3</sup> ESCOLA DE SAÚDE DO PARANÁ. **Estudo de Caso**: Microvlar, o anticoncepcional de farinha da Schering. Disponível em: <[http://www.escoladesaude.pr.gov.br/arquivos/File/EC\\_MICROVLAR\\_Texto\\_aula\\_30AGOSTO.pdf](http://www.escoladesaude.pr.gov.br/arquivos/File/EC_MICROVLAR_Texto_aula_30AGOSTO.pdf)>. Acesso em: 2 jul. 2015.

A ingestão do anticoncepcional sem o medicamento adequado ocasionou a gravidez de inúmeras usuárias, o que gerou intensa procura do judiciário e acentuada cobertura da mídia.<sup>4 5 6 7</sup>

Ainda no mesmo ano, noticiou-se a falsificação do fictício lote nº 351 do medicamento Androcur, comercializado pelo estabelecimento “Botica ao Veado D’Ouro” e produzido no Laboratório Veafarm LTDA., cujo componente ativo é o acetato de ciproterona. Conforme informou o Ministério Público do Estado de São Paulo, em Ação Civil Pública proposta em face das empresas e responsáveis, o remédio seria eficiente no tratamento do câncer de próstata, com altíssimo índice de cura, especialmente nos casos em que não se recomenda a cirurgia, inibindo o crescimento e muitas vezes fazendo regredir os tumores. O prejuízo ocasionado à coletividade, levando em consideração apenas o valor pago, à época, pelas pílulas de farinha de Androcur, chegava a R\$ 2.750.000,00 (dois milhões e setecentos e cinquenta mil reais), sem que fosse estimado, frise-se, o valor do prejuízo moral sofrido pela indústria de medicamentos e pelos familiares dos consumidores que padeceram haja vista a falta da ministração da medicação correta.<sup>8</sup>

Foram divulgadas mais de uma dezena de mortes em decorrência da falsificação do Androcur, sendo desconhecido, em verdade, o número de pessoas cuja vida foi encurtada e a morte foi ocasionada pela ausência da medicação eficaz ao tratamento do câncer.<sup>9</sup>

Em Relatório do ano de 1999, a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) dos medicamentos da Câmara dos Deputados, relatada pelo Deputado Ney Lopes, informou que, uma vez instalada a Central de Denúncias sobre Falsificação de Medicamentos na Coordenação de Segurança Pública de Minas Gerais, foi possível listar a falsificação dos seguintes medicamentos: Zyloric 100mg; Stugeron 75mg; Tyclid; Aldomet 250mg; Scaflan; Supradyn; Bactrin F; Gelusil M; Amoxil 250 mg; Catoprol 25mg; Voltaren; Meticorten; Novocilin 250 mg; Renitec; Tanakan F; Hydergine; Higraton; Sinutab; Advil; Dorilax;

<sup>4</sup> SURGEM suspeitas de gravidez em usuárias do Microvlar no Recife. **Jornal do Commercio**, Recife, 30 de jun. 1998. Disponível em: <[http://www2.uol.com.br/JC/\\_1998/3006/cd3006c.htm](http://www2.uol.com.br/JC/_1998/3006/cd3006c.htm)>. Acesso em: 3 jul. 2015.

<sup>5</sup> VICENTE, Fernanda. Grávida se diz vítima de Microvlar falso. **Folha da Região**, Araçatuba, 29 de jul. 1998. Disponível em: <<http://www.folhadaregiao.com.br/jornal/1998/07/29/regiao.php>>. Acesso em: 3 jul. 2015.

<sup>6</sup> GÁSPARI, Élio. A Shering pode virar farinha. **Jornal do Commercio**, Recife, 28 de jun. 1998. Disponível em <[http://www2.uol.com.br/JC/\\_1998/2806/ega2806.htm](http://www2.uol.com.br/JC/_1998/2806/ega2806.htm)>. Acesso em: 3 jul. 2015.

<sup>7</sup> PASTORE, K. O paraíso dos remédios falsificados: como opera a máfia que transformou o Brasil num dos campeões da fraude de medicamentos. **Revista Veja**, ed. 1554, ano 31, nº 27, p. 40-47, jul. 1998. Disponível em: <[http://veja.abril.com.br/080798/p\\_040.html](http://veja.abril.com.br/080798/p_040.html)>. Acesso em: 12 jul. 2015.

<sup>8</sup> SÃO PAULO. Ministério Público. **Ação Civil Pública**. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_consumidor/acp/acp\\_mp/acpmp\\_fitoterapicos/01-413.htm](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/acp/acp_mp/acpmp_fitoterapicos/01-413.htm)>. Acesso em: 3 jul. 2015

<sup>9</sup> ANDROCUR falso pode ter matado mais dois em MG. **Folha Online**, Belo Horizonte, 15 de jul. 1998. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fol/geral/ult150798094.htm>>. Acesso em: 3 jul. 2015.



Mylanta; Quadriderme; Cataflam; Atlanzil; Sporanox; Zyloric; Novociclin 500 mg; Label 150mg e Cefalium.<sup>10</sup>

A intenção do legislador, com essa nova disciplina legal, era o combate de um fato específico, qual seja a falsificação dos remédios. O referido intuito ficou devidamente registrado nos trabalhos e projetos legislativos que antecederam as Leis nº 9.677/98 e nº 9695/98, destacando-se a manifestação do coautor do Projeto de Lei nº 4.207/98, deputado Benedito Domingos<sup>11</sup>:

Não podemos aceitar que pessoas sejam enganadas na compra de medicamentos para tratamento da saúde. Muitas pessoas se sacrificam para comprar medicamentos. Às vezes elas são enganadas, compram medicamentos falsos, sem nenhuma eficácia. Conforme a imprensa tem noticiado, tem havido até morte de crianças devido ao uso de medicamentos falsificados. Ao cominar esse tipo de crime a pena de apenas dois anos, com a possibilidade de pagar fiança e responder ao processo em liberdade, houve uma anomalia no Código Penal brasileiro. Por isso, a nossa proposta para que seja classificada como crime hediondo a falsificação de medicamentos foi acatada pelo Relator desse projeto, Deputado Marconi Perilio. Esse crime contra a economia, contra a vida, cujas consequências às pessoas que adquirem esses medicamentos são enormes, é pior de todos. Aliás, com uma legislação branda como a nossa, quase sem eficácia, pessoas têm enriquecido ilicitamente com a miséria e a morte de muitos. A imprensa tem noticiado que até mesmo os hospitais públicos têm adquirido medicamentos falsificados, conforme, recentemente, aquele aplicado contra meningite, totalmente falsificado, causando a morte de uma criança em poucos dias de tratamento.

Entretanto, a despeito da clara intenção de atacar um problema determinado, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 9.677/98 com redação excessivamente ampla, atribuindo pena rigorosa aos falsificadores de remédio, mas tratando com o mesmo rigor outras condutas que não têm o mesmo grau de lesividade.

Desta maneira, percebe-se que a edição das Leis nº 9.677/98 e nº 9.695/98 demonstra falta de técnica legislativa, a qual terminou por criar um tipo que guarda pouca correlação entre seus objetos, com acentuada desproporção entre seus preceitos primários e secundários. O rigor legislativo que elevou as penas cominadas ao tipo acabou não apenas atingindo produtos propriamente destinados a fins terapêuticos ou medicinais, mas cosméticos e saneantes, abrangendo condutas que, no particular e em comparação com os casos descritos inicialmente, podem ser consideradas pouco ofensivas, permitindo a conclusão de que as

---

<sup>10</sup> RELATÓRIO da CPI-Medicamentos. Disponível em: <[http://www.crf-mt.org.br/arqs/materia/1362\\_a.pdf](http://www.crf-mt.org.br/arqs/materia/1362_a.pdf)>. Acesso em: 3 jul. 2015.

<sup>11</sup> BRASIL. Discussão do Projeto de Lei nº 4207-A, de 1998. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, 25 jun. 1998, p. 17494. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/dc\\_20.asp?selCodColecaoCsv=D&Datain=25/06/1998&txpagina=17491&altura=650&largura=800.>](http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&Datain=25/06/1998&txpagina=17491&altura=650&largura=800.>)>. Acesso em: 16 jul. 2015.

medidas de elevação da pena e inclusão no rol dos hediondos, para tais casos, são absurdas e arbitrárias.

## 2.2 Redação constante no texto original do Código Penal de 1940

Anteriormente à Lei nº 9.677/98, os arts. 272 e 273 do Código Penal, situados no Título VIII (Dos crimes contra incolumidade pública), mais especificamente no Capítulo III, relativo aos crimes contra a saúde pública, tinham a seguinte redação:

### **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 culposos:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa, de quinhentos mil réis a dois contos de réis.

### **Alteração de substância alimentícia ou medicinal**

**Art. 273.** Alterar substância alimentícia ou medicinal:

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

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

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa, de um a cinco contos de réis

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

#### **Modalidade culposa**

§ 2º Se o crime é culposos:

Pena - detenção, de dois a seis meses, e multa, de duzentos mil réis a um conto de réis.<sup>12</sup>

Os arts. 272 e 273 do Código Penal integravam os chamados crimes contra a saúde pública, sendo que diziam, desde a sua antiga redação, com a proteção penal da saúde pública no aspecto da produção e comércio de substâncias alimentícias ou medicinais nocivas ou impróprias para o consumo.<sup>13</sup> Sem a nota da saúde pública, salienta Nelson Hungria<sup>14</sup>, esses crimes não seriam mais que modalidades de fraude no comércio ou crimes contra a economia popular.

A conduta delituosa que era prevista no art. 272 consistia em corromper, adulterar ou falsificar substância alimentícia ou medicinal, tornando-a nociva a saúde. Conforme

<sup>12</sup> 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/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em 08 ago. 2015.

<sup>13</sup> FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de Direito Penal*. José Bushatsky Editor: São Paulo, 1965. 2. ed.

<sup>14</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, volume IX. 1958

Fragoso<sup>15</sup>, há corrompimento quando o agente expõe a substância alimentícia à ação de insetos ou bactéria, estragando-a. A corrupção pode também ocorrer por omissão dolosa, quando o agente falta, propositadamente, com os cuidados necessários e previamente regradados para a conservação da substância.<sup>16</sup> A adulteração punível verifica-se quando o agente altera para pior a substância, tornando-a nociva (não apenas inócua). Já a falsificação ocorreria quando o agente fabricasse ou alterasse determinada substância, fazendo-a passar por genuína, tornando-a nociva à saúde.

O crime restaria consumado quando a substância alimentícia ou medicinal se tornasse nociva à saúde, circunstância esta a ser constatada através de perícia. A nocividade “reside na idoneidade da substância para causar dano à saúde, ou seja, ao normal desenvolvimento das funções físiopsíquicas do homem” (FRAGOSO, 1965, p. 849). Noronha<sup>17</sup> explica que não basta o processo fraudulento, é imprescindível que ele torne a coisa prejudicial à higidez humana. Misturar, por exemplo, água pura no leite ou vinho; farinha de mandioca com a de trigo não constituiria o delito, pois o produto não apresenta nocividade à saúde, uma vez que inócua a modificação operada. A nocividade exigida nesses dispositivos é positiva, isto é, a absolutamente prejudicial, que se contrapõe à negativa, que ocorre quando os alimentos e bebidas sem prejudicar diretamente a saúde, causando-lhe perturbações patológicas, a prejudicarem indireta ou mediatamente, privando o consumidor da suficiente alimentação ou dos benefícios que visava obter com o alimento.

A equiparação ao crime do *caput* do art. 272 ocorria com as condutas previstas em seu §1º, quais sejam vender (entregar a mercadoria e receber o preço), expor à venda (em balcões, vitrines, em oferecimento expresso ou tácito), ter em depósito (sob sua guarda ou disposição) para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo (dar, trocar, ceder etc., onerosa ou gratuitamente) a substância corrompida, adulterada ou falsificada. O elemento subjetivo era o dolo, sendo que na forma “ter em depósito”, o dolo seria específico, pois exigia, como especial fim de agir, o propósito de vender. O crime restava consumado com a prática de uma dessas ações, e a pena cominada ao delito do art. 272, *caput* e §1º, era de reclusão, de dois a seis anos, e multa.

Previa o Código a modalidade culposa no §2º do artigo 272, quando o agente corrompesse ou adulterasse a substância alimentícia ou medicinal, por negligência ou

---

<sup>15</sup> FRAGOSO, 1965, p. 848/849.

<sup>16</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: volume 4: dos crimes contra a saúde pública a disposições finais. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. 464 p.

<sup>17</sup> NORONHA, 1979, p. 33.

imperícia no seu preparo ou manuseio. Para Hungria, seria possível a falsificação culposa<sup>18</sup>. A pena cominada era a de detenção, de seis meses a um ano e multa.

Quanto ao crime previsto no artigo 273, tinha-se não mais a prática de uma ação que tornasse a substância alimentícia ou medicinal nociva. Como crime menos grave, estava gravada no artigo 273 a nocividade negativa, isto é, a alteração que, sem tornar a substância nociva à saúde, prejudica seu valor nutritivo ou terapêutico. Ou seja, também constitui a criação de perigo, mas não por tornar a substância nociva, mas por fazê-la desprovida de suas propriedades, dando-se a nocividade negativa quando o prejuízo à saúde for indireto, ou seja, ao privar o consumidor dos benefícios nutritivos ou terapêuticos que são inerentes à substância.<sup>19</sup>

O crime do art. 273, de conteúdo variável, poderia realizar-se através de várias condutas que teriam como objeto também substância alimentícia ou medicinal, consistindo em sua alteração modificando-lhe a qualidade, reduzindo-lhe o valor nutritivo ou terapêutico, suprimindo-lhe, total ou parcialmente, qualquer elemento de sua composição normal, substituindo qualquer elemento de sua composição normal por outro de qualidade inferior. O sujeito ativo para o delito era comum, podendo ser qualquer pessoa.

O perigo, nesta modalidade, seria presumido com o simples resultado da ação de modificar, reduzir, suprimir ou substituir. Havia, à época, grande dissenso acerca da classificação do delito em perigo concreto ou presumido, sendo que Fragoso classificava o mesmo em abstrato (FRAGOSO, p. 856) e Noronha tinha o mesmo como de perigo concreto, sendo mister que se provasse a nocividade negativa, porque uma alteração, aumentando o valor terapêutico ou nutritivo sendo considerada crime causaria estranheza (NORONHA, p. 38).

A pena para esse crime era de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Como no delito anteriormente visto, aqui também era incriminada a venda, exposição à venda, a manutenção em depósito para vender ou a entrega, por qualquer outra forma a consumo, da substância alterada.

O artigo 273 ostentava modalidade culposa, em seu §2º, punida com pena de 2 (dois) a 6 (seis) meses e multa. Nesse caso, a alteração da substância se daria pela falta de atenção no preparo ou em sua entrega ao consumo a caracterizar a conduta do agente.

---

<sup>18</sup> HUNGRIA, 1958, p. 114.

<sup>19</sup> FRAGOSO, 1962, p. 853.

## 2.3 Redação atual e classificação doutrinária

Após as modificações trazidas pela Lei nº 9.677 de 1998, o artigo 273 do Código Penal, cuja análise constitui o foco do presente trabalho, passou a ter a seguinte redação:

**Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais**

Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

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

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

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

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

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

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

V - de procedência ignorada;

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

**Modalidade culposa**

§ 2º - Se o crime é culposamente:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. <sup>20</sup>

No que diz respeito ao *caput*, a conduta do agente é a de falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, de maneira que o mesmo é por vezes chamado de “crime do fabricante de medicamento falsificado”.

Falsificar significa reproduzir, imitando, dar aparência de genuíno àquilo que não é; corromper, por sua vez, significa estragar, decompor, tornar podre; adulterar denota à deturpação, deformação, mudar para pior; alterar, diferentemente, expressa mudança, modificação, transformação de sua característica, substituir elemento da composição por outro de qualidade inferior, suprimir total ou parcialmente elemento de sua composição.<sup>21</sup>

Dispõe o §1º do art. 273 que incorre nas mesmas penas previstas ao *caput*, quem importa (traz algo de fora para dentro do País), vende (aliena por determinado preço), expõe à venda (coloca à vista com o fim de alienar por certo preço), tem em depósito para vender (manter algo guardado para alienar a certo preço), distribui (dar para várias pessoas para

<sup>20</sup> 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 3 jul. 2015

<sup>21</sup> GRECO, Rogério. **Código Penal**: comentado. 8. ed. Niterói: Impetus, 2014.

espalhar), entrega a consumo (passar algo às mãos de terceiros para que seja ingerido ou gasto) o produto que foi falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.<sup>22</sup>

No delito do §1º, o agente é o segundo elo da cadeia criminosa. Havendo sido fabricado o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado, o agente deste delito importa, vende, tem em depósito para vender, expõe à venda, distribui ou entrega a consumo a mercadoria clandestina. É o chamado delito do vendedor do produto falsificado.<sup>23</sup>

Sendo assim, a punição do sujeito, por conta da prática de qualquer das condutas previstas no §1º do artigo 273, pressupõe que ele não seja o responsável pela alteração da substância alimentícia ou medicinal. Se a mesma pessoa altera a substância e, após, vende, expõe à venda, tem em depósito ou de qualquer forma entrega a substância a consumo, somente responderá pelo crime que está previsto no *caput*. Isto, pois o crime previsto no §1º será *post factum* impunível, sendo absorvido pelo crime descrito no *caput*. Se o agente, diferentemente, pratica mais de uma conduta prevista no §1º, ele responderá por delito único.<sup>24</sup>

O objeto material, para as infrações previstas no *caput* e §1º, é o produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, sendo que, neste conceito, não estão presentes apenas os produtos próprios para o tratamento, cura ou prevenção de enfermidades. Isto, porque a Lei nº 9.677/98 ampliou o rol dos objetos materiais destas infrações ao incluir o §1º-A, abrangendo não só os produtos “destinados a fins terapêuticos e medicinais”, mas matérias-primas, insumos farmacêuticos, cosméticos e saneantes. Desta maneira, a referida norma passou a abranger não somente ações que recaem sobre medicamentos, mas a incluir condutas incidentes sobre produtos que, em função de sua aplicação, poderiam oferecer riscos à saúde das pessoas.

Nos termos do art. 4º, II, da Lei nº 5.991/73, a qual dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, e dá outras providências, medicamento é o “produto farmacêutico tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico”<sup>25</sup>. Desta maneira, estão fora do âmbito de punibilidade da norma em estudo as ações que recaem sobre

---

<sup>22</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 13.ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>23</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Art. 273 do CP**. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/05/art-273-do-cp.pdf>>. Acesso em 16 jul. 2015.

<sup>24</sup> JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: volume 3: parte especial: dos crimes contra a propriedade industrial a dos crimes contra a paz pública. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 452 p.

<sup>25</sup> BRASIL. **Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5991-17-dezembro-1973-358064-normaatualizada-pl.html>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

alimentos, antes englobadas pela norma semelhante contida no Código Penal em sua versão original, de 1940.

Nos termos da Lei nº 5.991/73, o insumo farmacêutico pode ser definido “como droga ou matéria-prima aditiva ou complementar de qualquer natureza, destinada a emprego em medicamentos, quando for o caso, e seus recipientes”. A Lei nº 6.360/76, a qual 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, define as matérias-primas como substâncias ativas ou inativas que se empregam na fabricação de medicamentos e de outros produtos abrangidos pela Lei, tanto as que permanecem inalteradas quanto as passíveis de sofrer modificações. Sendo assim, é possível dizer que matéria-prima é a substância a partir da qual se pode fabricar ou produzir outra. Os insumos farmacêuticos, diferentemente, são produtos combinados, resultantes de várias matérias-primas. Desta maneira, pode-se dizer que a matéria-prima é espécie do gênero insumo farmacêutico.<sup>26</sup>

Os cosméticos, de acordo com o art. 3º, V, da Lei nº 6.360/76, são produtos para uso externo, destinados à proteção ou ao embelezamento das diferentes partes do corpo. Como exemplo, a norma traz os pós faciais, talcos, cremes de beleza, blushes, batons, lápis labiais, fixadores de cabelos, loções capilares, depilatórios e epilatórios, preparados para unhas e outros. Os cosméticos são, desta feita, itens destinados à limpeza, conservação e maquiagem da pele.

Os saneantes, nos termos da mesma lei, em seu art. 3º, VII, são substâncias ou preparações destinadas à higienização, desinfecção ou desinfestação domiciliar. Em tal definição estão compreendidos os inseticidas, raticidas, desinfetantes e detergentes.

Os produtos com fins de diagnóstico estão abrangidos pelo próprio conceito de medicamento, o qual já foi anteriormente explicitado, nos termos em que dispõe a art. 4º, II, da Lei 5.991/73.

Quem pratica as ações previstas pelo §1º em relação aos produtos nas condições expressas pelo §1º-B, também estão sujeitos às penas do artigo 273. Sendo assim, o crime previsto no artigo 273, §1º-B é o chamado crime do vendedor do produto equiparado a falsificado.

O §1º-B, inciso I, prevê a sujeição às penas do artigo para aquele que pratica as ações do §1º relativamente aos produtos que não possuem registro, quando exigível, no órgão

---

<sup>26</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 8. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 357.

de vigilância sanitária competente. Isto, pois existem determinados produtos terapêuticos ou medicinais que apenas podem ser comercializados se houver prévio registro e aprovação pelos órgãos de vigilância sanitária, conforme dispõe o Título II da Lei nº 6.360/76. O registro é feito na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), autarquia federal sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde. É importante ressaltar que, para a configuração do crime previsto no art. 273, §1º B, I, não se exige perícia, bastando a ausência de registro na ANVISA, obrigatório na hipótese de insumos destinados a fins terapêuticos ou medicinais.<sup>27</sup>

O inciso II do §1º-B trata dos produtos em desacordo com as fórmulas constantes nos respectivos registros do órgão de vigilância sanitária. Trata-se da situação em que o agente pratica as condutas previstas no art. 273, §1º quanto a produto que foi registrado na ANVISA, mas a fórmula do mesmo encontra-se diferente daquela que foi registrada.

No inciso III, estão abrangidos os artigos que não possuem as características de identidade e qualidade admitidas para comercialização. Isto, pois a ANVISA, através de resoluções, impõe características de identidade e qualidade para que os produtos terapêuticos sejam comercializados. A conduta do agente que importa, vende, tem em depósito para vender, expõe à venda, distribui ou entrega a consumo a mercadoria que não atende às normas técnicas a ANVISA corresponde a este delito.

Também estão submetidos às penas previstas no artigo, aqueles que praticarem as condutas previstas no §1º quanto aos produtos com redução de seu valor terapêutico (inciso IV) e àqueles cuja procedência é ignorada (inciso V), bem como aos adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente (VI). Ressalte-se que os estabelecimentos que produzem produtos terapêuticos ou medicinais precisam também de registro na ANVISA (Lei nº 6.360/76, Título VIII).

Nesse particular, Bitencourt (2014, p. 360-361) observa que o termo “produto”, citado no §1º-B, recebeu do legislador nenhuma identificação, delimitação ou restrição de sua abrangência. Desta maneira, seria possível admitir, em tese, uma interpretação ampla, podendo ser identificado o objeto como qualquer dos produtos submetidos ao controle e fiscalização da vigilância sanitária, nos termos das Leis nº 5.991/73 e nº 6.360/76. Semelhante interpretação, que a redação do §1º-B pode sugerir, representaria, para o autor, desmedida ampliação do âmbito de punibilidade do art. 273, pois, além dos cosméticos e saneantes, passaria a abranger produtos dietéticos, de higiene, perfumes, corantes e outros, sendo que nenhum desses produtos é destinado, propriamente, à finalidade terapêutica ou medicinal.

---

<sup>27</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. HC 177.972-BA. Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 28 ago. 2012.



O artigo prevê punição para a modalidade culposa em seu §2º, de maneira que, quando as condutas previstas no *caput* ou §1º são cometidas por imprudência, negligência ou imperícia do agente, o qual poderia ter previsto o resultado, constitui-se a forma culposa do delito, sendo que a pena prevista é de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa. A modalidade culposa abrange todas as figuras previstas no artigo, inclusive a falsificação, a qual poderá ser realizada por “grosseira desatenção” (HUNGRIA, 1958, p.114).

No que diz respeito à modalidade do *caput*, consuma-se o crime com a falsificação, corrupção ou alteração do produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. O crime resta consumado, na modalidade do §1º com a efetiva importação, venda, exposição à venda, depósito, distribuição ou entrega a consumo do produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado, ou produto que está nas condições descritas no §1º-B. Em qualquer das hipóteses, admite-se a tentativa, uma vez que o *iter criminis* é passível de fracionamento.<sup>28</sup>

O crime é de perigo abstrato, uma vez que o legislador presume, de maneira absoluta, a ocorrência de perigo à coletividade em face da alteração ou da entrega a consumo de produto fabricado para fins medicinais ou terapêuticos, não havendo a necessidade de provar a existência de perigo concreto para a saúde das pessoas ou a ocorrência de efetivo dano. Deste modo, para a consumação do crime, será suficiente a simples prática de uma das condutas descritas no art. 273, prescindindo, inclusive, da aferição da idoneidade da conduta realizada para produzir um potencial dano ao bem jurídico protegido.

Tal conclusão é duramente criticada por César Roberto Bitencourt (2014, p. 361), para o qual seria necessário demonstrar a idoneidade da conduta realizada para produzir potencial dano ao bem jurídico protegido, caso contrário, tal conduta não poderia ser considerada penalmente relevante. Com esta interpretação, afirma, seria possível “evitar que o fenômeno da expansão do Direito Penal se transforme num autêntico arbítrio do legislador, insustentável perante os princípios limitadores do *ius puniendis* estatal”.

Delmanto<sup>29</sup> afirma que, para que haja crime, deve existir perigo concreto a número determinado de pessoas, não podendo o perigo ser presumido ou abstrato. De modo diverso, Nucci (2013, p. 1085) dispõe que a solução para contornar a elevada sanção prevista para o tipo não seria a transformação do perigo de abstrato para concreto, mas a “uma minuciosa análise do conjunto probatório, deixando-se de admitir provas inseguras, como a

---

<sup>28</sup> JESUS, 2013, p. 387.

<sup>29</sup> DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 1100 p.

confissão extrajudicial, por exemplo, para condenar”. Isto, pois não haveria inconstitucionalidade no crime de perigo abstrato, que advém da experiência do legislador, passada à elaboração do tipo penal, prerrogativa sua, não do Poder Judiciário.

O sujeito ativo para o crime do artigo 273 poderá ser qualquer pessoa. Todavia, em regra, o crime é praticado por comerciante ou industrial, almejando maiores lucros em seus negócios.

Damásio de Jesus<sup>30</sup> explica, ainda, que o empregado do estabelecimento comercial ou industrial pode ser o sujeito ativo deste crime em concurso com o patrão. No entanto, para que a responsabilidade do empregado seja afirmada, devem estar presentes os requisitos do concurso de pessoas (pluralidade de condutas, relevância causal de cada uma, liame subjetivo e identidade de infração para todos os participantes). Desta maneira, afirma o autor que cada concorrente deve ter plena consciência de contribuir para a realização da obra comum, ou seja, cada sujeito deve ter vontade de contribuir para o crime. Assim:

[...] se o empregado do estabelecimento, conscientemente adere ao comportamento de seu patrão, realizando condutas que tenham relevância causal para a realização da obra comum, é coautor do delito. Mesmo que afirmada a autoria do empregado, poderá este ficar isento de pena, se, nas circunstâncias do caso concreto, verificar-se que não lhe era exigível outra conduta (exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de outra conduta)<sup>31</sup>

O sujeito passivo do referido delito é a coletividade, cuja saúde foi posta em risco, de forma presumida, pela nocividade positiva ou negativa<sup>32</sup>.

O tipo subjetivo para os crimes previsto no *caput* e §1º é o dolo, qual seja a vontade de praticar qualquer das condutas previstas no dispositivo, desde que o agente saiba que se trata de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Não é exigido, para a configuração do delito, fim especial da conduta praticada.

Frise-se que, em qualquer das condutas tipificadas no artigo 273, se do fato resultar lesão corporal de natureza grave ou morte, fica configurada qualificadora pelo resultado, aplicando-se ao art. 273 o disposto no art. 258, haja vista a previsão do art. 285, todos do Código Penal.

A falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais é punida com pena de reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos e multa. As figuras descritas no §1º são apenadas com as mesmas sanções previstas para o *caput*. Se a conduta amolda-se à forma culposa, a pena prevista é de, cumulativamente,

---

<sup>30</sup> JESUS, 2013, p. 384

<sup>31</sup> JESUS, 2013, p. 384

<sup>32</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 522 p.

detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Quanto à ação penal, tem-se que a mesma é pública e incondicionada.

Observando-se a tipificação de condutas feita a partir do art. 273 do Código Penal, não há como deixar de concluir que o legislador penal, ao atribuir esse *quantum* punitivo aos autores das ações enumeradas, lesionou inquestionavelmente princípios constitucionais, tais como os princípios da proporcionalidade e da ofensividade. Os ultrajes realizados através da referida tipificação e a patente inconstitucionalidade de elementos essenciais do artigo serão analisados no capítulo seguinte do presente trabalho. Com base nas conclusões aferidas em tal análise, será possível compreender a necessidade de uma atuação positiva do judiciário mormente no que se refere à aplicação de uma pena compatível com os ditames constitucionais.

#### **2.4 A inclusão do crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais no rol dos delitos hediondos pela Lei nº 9.695/98**

Além do expressivo aumento operado, com o advento da Lei nº 9.677, de 2 de Julho de 1998, nas consequências jurídicas previstas nos arts. 272 a 277 do Código Penal, logo em seguida foi aprovada a Lei nº 9.695, em 20 de agosto do mesmo ano, a partir da qual as condutas particularmente previstas no art. 273 passaram a ser hediondas, sendo incluídas no artigo 1º da Lei 8.072/90.

A aprovação da Lei nº 9.695/98 também se deu diante do clamor público e alarido da imprensa, apresentando justificativas semelhantes às encontradas para a aprovação da Lei nº 9.677/98. Com a Lei nº 9.695/98, o legislativo tornou crime hediondo condutas que mais se avizinham a infrações administrativas, como a importação de um remédio ainda não registrado no órgão competente, sem que antes seja indagado se a droga faria bem ou mal à saúde do paciente, o que leva à conclusão de que se trata de norma inconstitucional, por violação da garantia do devido processo legal (Constituição Federal de 1988, art. 5º, LIV) em seu aspecto substantivo, que pressupõe o correto processo de elaboração legislativa e que as leis sejam proporcionais e razoáveis.<sup>33</sup>

Sendo assim, o legislativo, além de agravar absurdamente a pena de prisão prevista de 1 (um) a 3 (três) anos para 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão e criar outras

---

<sup>33</sup> DELMANTO, 2002, p. 678.

figuras típicas, com a Lei nº 9.695/98, classificou tais crimes como hediondos, agravando não apenas a pena de prisão, mas os meios repressivos e o regime de pena previstos para estes delitos.

Considerando que a hediondez do delito é característica grave que reveste o tipo penal, não há qualquer lógica em se condenar uma pessoa que falsificou um batom, por exemplo, a uma pena que possui caráter hediondo. Apesar da insensatez contida em tal conclusão, isto é o que a lei penal prevê.

É preciso que o legislador reflita, estude e debata o assunto para que haja a inclusão de um tipo no rol dos crimes hediondos. Isto, pois a banalização é um desserviço, o qual acaba por retirar o sentido específico que a constituição e a lei buscam conferir a tal exclusivismo do instituto, trazendo um Estado Democrático de Direito questionável, na medida em que defende agressões vãs aos direitos humanos fundamentais.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> VIEIRA, Nádia Teresa Sousa Barros. (In)Constitucionalidade do artigo 273 do Código Penal frente o princípio da proporcionalidade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12361](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12361)>. Acesso em 27 jul. 2015.

### 3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL

Uma vez exposta, no capítulo precedente, a conjuntura que propiciou a edição da Lei nº 9.677/98, bem como as modificações por ela proporcionadas, este capítulo se propõe a analisar a constitucionalidade do artigo 273 (*caput*, parágrafos e incisos), em seus preceitos primários e secundários.

Após a análise da constitucionalidade do artigo referido, é abordado o princípio da proporcionalidade, no que tange à limitação do poder punitivo do estado e à necessidade de haver proporção entre os delitos e as penas, uma vez que, à luz deste princípio constitucional, o artigo 273 sofre com deficiências incontornáveis. Diante de tal perspectiva, é estudada a possibilidade de intervenção atual do poder judiciário em busca de uma solução provisória para esta situação.

#### 3.1 As inconstitucionalidades que comprometem o tipo

O *caput* do art. 273 do Código Penal, com redação da Lei nº 9.677/98, é composto dos verbos falsificar, corromper e adulterar, os quais já constavam do texto do antigo art. 272, além do verbo alterar, o qual exprimia a conduta prevista na redação anterior do art. 273 do Código Penal.

A redação original do Código Penal de 1940 apontava a gradação de danosidade social diversa entre o tipo do art. 272 e o do art. 273, sendo que este era delito de menor gravidade, cominado com pena mais leve. O delito que era previsto no artigo 273, conforme exposto no capítulo anterior, levava em conta não a ação de tornar uma substância positivamente nociva à saúde, mas a conduta delituosa de nocividade negativa, a qual consistia em alterar substância alimentícia ou medicinal sem torná-la nociva à saúde, mas prejudicando seu valor nutritivo ou terapêutico. Ocorre que com a edição da Lei nº 9.677/98, as condutas incriminadas pelos artigos 272 e 273 passaram a ter a gravidade equiparada, não havendo que se falar em gradação de penas neste sentido.

Logo neste ponto, percebe-se a deficiência da nova configuração do artigo 273, o qual equalizou os verbos-núcleo de âmbito desigual, além de trazer uma diversidade de objetos para as condutas incriminadas.

O artigo 272, após a Lei dos Remédios, passou a abranger as condutas referentes a substâncias e produtos alimentícios, ocupando parcialmente o espaço antes reservado ao

artigo 273, passando a ostentar pena de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de reclusão, pena esta superior à prevista para a lesão corporal gravíssima.

O art. 273, objeto do presente trabalho, revela diversos inconvenientes que são inadmissíveis em um tipo penal. Nele são repetidos os verbos contidos no artigo 272, mas o objeto das condutas descritas é produto destinado a fins terapêuticos e medicinais, sendo incluídos dentre esses produtos não apenas os medicamentos, mas as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico, os quais estão presentes na definição exposta pelo §1º-A do mesmo artigo.

Sobre a inclusão, nota-se claramente a atecnia legislativa, em razão de, em um tipo denominado como “Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais”, não há qualquer lógica na inserção de produtos que servem ao embelezamento do corpo ou à higienização de ambientes. Esses produtos não estão destinados a fins terapêuticos ou medicinais, o que desnatura o sentido da norma, a qual busca a proteção da saúde pública, bem jurídico aqui protegido.

Ocorre que não há somente atecnia, mas o §1º-A está eivado de inconstitucionalidade, segundo grande parte da doutrina. A justificativa para a inclusão destas substâncias é frágil, consistindo no pretexto de que as mesmas, direta ou indiretamente, poderão afetar a saúde humana, assim como os medicamentos.<sup>35</sup> Como exemplo, poderia ser citado o caso de uma pessoa que utiliza um creme facial falsificado que poderá causar efeitos nocivos em sua pele e até outros problemas de saúde mais graves, como infecções. O mesmo poderia acontecer com alvejantes que tenham sido adulterados, residindo em tais situações o motivo de o legislador ter punido com o mesmo rigor quem falsifica tais produtos.

Percebe-se que as ocorrências ilustradas podem ser consideradas graves, mas a norma abrange não somente situações em que há nocividade positiva, englobando também a nocividade negativa, como na situação em que um creme cosmético é falsificado, independentemente de causar danos ao consumidor, podendo apenas não estar cumprindo o prometido em suas propagandas. Ademais, as penas atribuídas são as mesmas que as destinadas à falsificação de medicamentos, gravíssimas, de modo que os argumentos de defesa não são fortes o suficiente, sendo a inclusão claramente inconstitucional, visto que afronta o princípio da proporcionalidade, não podendo o Poder Público, diante da necessidade da restrição autorizada de um direito fundamental, restringi-lo além do que seria necessário.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> NUCCI, 2013, p.1088

<sup>36</sup> DELMANTO *et al*, 2002, p.553.

A agressão se manifesta nesta conjuntura dado que o princípio da proporcionalidade implica o estabelecimento de uma relação de coerência mínima entre os bens jurídicos afetados e as penas vinculadas a cada conduta que foi criminalizada. Exige-se, portanto, que se faça um juízo de ponderação sobre a relação entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Sendo assim, quando houver um desequilíbrio acentuado entre tais fatores, estabeleça-se inaceitável desproporção (SILVA FRANCO, 2000, p.67 *apud* GRECO, 2011, p.75).

Embora não tenha sido expressamente adotado pela Constituição Federal, o princípio da proporcionalidade poderá ser extraído de outros princípios e preceitos expressamente previstos na Constituição e em outras normas infraconstitucionais, a exemplo do princípio da individualização da pena (artigo 5º, XLVI), da eliminação de certas sanções (art 5º, XLVII), e também, da moderação para infrações de menor potencial ofensivo (Artigo 61, da Lei nº 9.099/95).

Sendo assim, a pena a ser cominada deverá guardar proporção com o grau de ofensividade da conduta delituosa, de modo a objetivar e orientar as decisões do legislador, o qual criminalizará o comportamento, bem como a decisão do juiz, no momento de aplicação da pena. Neste sentido, Miguel Reale Júnior<sup>37</sup> explica que a ação do legislador está sujeita ao princípio da proporcionalidade e da ofensabilidade, princípios que dizem respeito não só a atuação do poder executivo na sua atividade administrativa limitadora da liberdade dos administrados, referindo-se também “à elaboração legislativa como corolário da concretização dos direitos fundamentais”.

O princípio da proporcionalidade será realizado, desta feita, quando existe a proporção entre o bem que é lesado ou colocado em perigo em relação à sanção aplicada, sendo que o desequilíbrio entre tais fatores demonstra violação ao princípio em destaque. O fato de ser possível, ao menos em tese, se punir a adulteração de um produto para a limpeza de pele com a reclusão de 10 (dez) a 15 (quinze) anos além de multa demonstra a irracionalidade contida na norma.

Isto em vista, nota-se que o legislador infringiu a proporcionalidade ao comparar a potencialidade lesiva à saúde pública de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais com outros que, salvo raras exceções, pouco têm relação com a vida e a saúde da coletividade, como os cosméticos e os saneantes. Não bastasse a equiparação inadequada, dentro de um mesmo tipo penal que, de maneira orgânica, jamais abarcaria tais objetos, a mesma pena (de

---

<sup>37</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. A inconstitucionalidade da lei dos remédios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 763, p.415-431, maio 1999.

dez a quinze anos de reclusão e multa) foi estabelecida para quem praticasse as condutas em relação a qualquer destes objetos.

É perceptível, portanto, que cosméticos e saneantes não possuem a mesma importância jurídica dos medicamentos, não merecendo o mesmo tratamento penal pelo legislador. Abalizando tal posicionamento, Bitencourt<sup>38</sup> sustenta que “a inclusão desses produtos inócuos deturpa o sentido da proibição do injusto específico do artigo 273, inclusive no que diz respeito à fundamentação do merecimento e necessidade de penas tão elevadas quanto às previstas para este crime”. Miguel Reale, por sua vez, afirma que “a falta de justa medida agrava-se, e muito, diante dessa extensão que amplia o tipo penal bem além de qualquer perigo à saúde pública.”<sup>39</sup>

No entanto, apesar das duras críticas doutrinárias, não existe julgado do STJ ou do STF declarando inconstitucional essa equiparação, de forma que esse § 1º-A continua sendo considerado válido e aplicável pelos tribunais.

Ademais, com a alteração realizada, elementos constitutivos que eram essenciais à configuração do delito, em sua redação original, quais sejam a destinação a consumo e a nocividade à saúde deixaram de fazer parte da tipificação. Dispensando-se tais critérios e entendendo-se literalmente o tipo, estar-se-ia diante de ações criminosas para cuja concretização bastaria a prática de qualquer das condutas incriminadas, desde que as mesmas fossem dirigidas a produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, sem importar se o produto se tornou ou não nocivo ao consumo, ou mesmo se tais condutas representaram risco efetivo à saúde pública.<sup>40</sup>

A inconstitucionalidade do preceito secundário da norma passa a ser patente quando serve para punir as condutas relacionadas a produtos que não guardam pertinência com o tipo em epígrafe, bem como quando são criminalizadas a tal nível as ações que melhor seriam penalizadas administrativamente, como as previstas no §1º-B do art. 273.

Assim, quanto às condutas equiparadas, tem-se outra incongruência perceptível em razão de o legislador haver determinado que as condutas do §1º-B fossem sancionadas com a mesma pena do *caput*. Ora, a conduta de quem comercializa um produto não necessariamente falsificado, mas em condições irregulares (o que o legislador equipara à contrafação), também é punida com pena de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão.

---

<sup>38</sup> BITENCOURT, 2014, p. 361

<sup>39</sup> REALE JÚNIOR, 1999.

<sup>40</sup> FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. Crimes Hediondos. 7. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011. 845 p.



No que diz respeito ao inciso I do §1º-B, o legislador criminaliza a ação de importar, vender, expor a venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribuir ou entregar a consumo produto sem registro, quando exigível, no órgão da vigilância sanitária competente. Conforme explicado anteriormente, existem determinados produtos terapêuticos ou medicinais que apenas podem ser comercializados se houver prévio registro e aprovação pelos órgãos de vigilância sanitária, conforme dispõe o Título II da Lei nº 6.360/76.

Neste ponto, o rigor penal excessivo resta evidente. Idêntica conduta vem prevista como infração administrativa na Lei nº 6.437/77, a qual configura infrações à legislação sanitária. Em seu art. 10, IV, a referida lei estabelece como infração o ato de "importar, vender, ceder medicamentos, insumos farmacêuticos, saneantes, cosméticos, sem registro do órgão sanitário competente", mas, ao definir a sanção, comina as penas de "advertência, apreensão e inutilização, interdição, cancelamento do registro e/ou multa". A mesma lei, ressalte-se, prevê que as penas devem ser aplicadas alternativa ou cumulativamente (art. 2º), sendo que se graduam em leves, graves e gravíssimas.

Desta feita, a venda de medicamento, cosméticos e saneantes sem o devido registro, se não causa consequências calamitosas à saúde pública, pode ser sancionada, em âmbito administrativo, com pena de advertência ou multa, resguardando-se a proporcionalidade. Entretanto, essa mesma conduta, que pode ser sancionada em âmbito administrativo com pena considerada mínima, é apenada pelo legislador penal com sanção mais elevada que a do homicídio doloso.

A esse respeito, Miguel Reale Júnior<sup>41</sup> afirma que tamanha aberração legislativa é verdadeiramente incontornável, não havendo interpretação a ser feita para conformar a norma aos valores e princípios constitucionais. O autor salienta, ainda, que há uma lógica perversa em se transformar em crime a venda medicamentos, muitas vezes de última geração, em razão do descaso ou desorganização da Administração, que não concede o registro no prazo legal, desatento ao princípio da eficiência, norteador da Administração Pública conforme o art. 37 da Constituição Federal.

Sendo assim, impõe-se a declaração de inconstitucionalidade da norma penal do art. 273, §1º-B, I do Código Penal, introduzido pela Lei nº 9.677/98.

No inciso II, conforme explanado no capítulo anterior, está tipificado o crime de importar, vender, expor a venda, medicamento, matéria-prima, insumos farmacêuticos, cosméticos, saneantes "em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso

---

<sup>41</sup> REALE JÚNIOR, 1999, p. 415.

anterior”. Na forma do inciso I, também é dada relevância penal à infração meramente administrativa.

É importante ressaltar que, na infração administrativa similar, prevista no art. 8º, XVI da Lei nº 6.437/77, o fato constitui infração apenas se a modificação for operada nos componentes básicos, podendo ser punida somente com multa. Para a lei penal, o crime acontece mesmo que a modificação diga respeito aos componentes que não são básicos.

A este respeito, Miguel Reale (1999) acrescenta que, na Portaria nº 116 de 22.11.1995, da Secretaria de Vigilância Sanitária, foi admitida a utilização de códigos farmacêuticos estrangeiros como referência no preparo dos produtos oficiais. Com isso, a Administração Pública, por meio do órgão fiscalizador, autorizou a modificação de fórmulas, mormente a utilização de substâncias excipientes que, segundo o desenvolvimento técnico-científico, revelam-se mais convenientes para a solubilidade ou absorção do medicamento.

Assim, considerando a unidade lógica do ordenamento jurídico, não deve ser admitido que a Administração, por via de seu órgão fiscalizador, autorize a adoção de farmacopeia estrangeira, e a lei penal considere crime, punindo com pena exacerbada, a modificação na fórmula originalmente registrada, até mesmo se advinda da adoção da mesma farmacopeia estrangeira.

Destarte, considerando a afronta à unidade do ordenamento, bem como a incongruência que o legislador cometeu ao incriminar, de forma absolutamente desmedida, o mero desacordo com a fórmula registrada, deve ser reconhecida a inconstitucionalidade deste preceito.

O inciso III do §1º-B cuida do produto sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização.

Conforme dispõe a Lei nº 6.360/76, em seu art. 16, I, um dos requisitos necessários ao registro de medicamentos e insumos farmacêuticos, é que o produto seja designado por um nome que o distinga dos demais. As características de identidade são também a apresentação das cápsulas, seu formato ou cor, bem como o rótulo, constituindo infração sanitária punida com advertência, inutilização, interdição e/ou multa, rotular remédios de maneira contrária às normas legais e regulamentares, nos termos em que dispõe o art. 8º, XV, da Lei 6.437/1977.

Uma vez informada a legislação administrativa pertinente, percebe-se, mais uma vez, que meras transgressões, punidas brandamente nessa esfera com advertência, são penalmente sancionadas com pena mínima de 10 (dez) anos de reclusão.

Ao ser estabelecida uma simples comparação com a redação original, percebe-se o exagero da regra, na medida em que o delito se configurava não apenas pela alteração do medicamento, mas com a modificação da qualidade do produto ou redução de seu valor terapêutico. Ocorre que o art. 273, §1º-B, III, na redação da Lei n.º 9.677/98, não relaciona a existência do delito a qualquer dessas características, sendo que a redução do valor terapêutico vem a ser tipificada na forma do inciso IV.

Outro ponto falho na norma, conforme salienta Miguel Reale (1999) é a vagueza semântica, consistindo o tipo muito amplo na medida em que as características de qualidade “admitidas para a sua comercialização” podem ser “físico-químicas, organopléticas ou biológicas, podendo, outrossim, estar referidas aos excipientes ou sal utilizados”.

Assim, por todos os motivos expostos, a inconstitucionalidade do inciso III é patente.

O inciso IV, conforme explanado, tipifica como crime as ações previstas no §1º quanto ao produto com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade.

Os casos expostos no início deste trabalho demonstram o quão grave a referida conduta poderá vir a ser, de modo que se tem defendido a constitucionalidade do referido inciso, mas apenas se for realizada interpretação conforme a Constituição. Para tanto, é imprescindível que se exija para a sua configuração concreto perigo à saúde pública, de maneira que a redução seja comprovadamente significativa, revestida de nocividade negativa, nos termos em que analisado anteriormente.<sup>42</sup>

O dispositivo do inciso V tipifica as ações do §1º quanto aos produtos de procedência ignorada. Percebe-se, novamente, que o legislador tipifica e pune condutas com penas gravíssimas, independentemente da ocorrência de perigo ou lesão ao bem jurídico saúde. A circunstância aqui delineada poderá consistir apenas em vício de rótulo.

Nos termos definidos pela norma, quem fabrica produto registrado, não mencionando sua procedência, nada ignora, portanto não comete este delito. Todavia, aquele que apenas importa ou vende o mesmo produto fica sujeito às penas de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão.

Não somente por essa circunstância é notado o abuso do legislador, o qual, mais uma vez, criminaliza meras transgressões administrativas. A inconstitucionalidade é óbvia em vista da desproporção entre a gravidade do fato e a sanção, principalmente ao se considerar a possibilidade da absoluta correção do produto vendido nestas condições, o que o distancia de

---

<sup>42</sup> REALE JÚNIOR, 1999.

qualquer ataque ao bem jurídico.<sup>43</sup> Não necessariamente o produto de procedência ignorada é nocivo à saúde, negativamente ou positivamente, sendo que a sua procedência pode passar a ser conhecida, trazendo regularidade à situação.

No que tange ao inciso VI, tem-se a tipificação do crime de importar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribuir ou entregar a consumo produtos adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

A Lei nº 6.360/76, nos arts. 2º, 50 e 51, estatui que somente poderão fabricar produtos medicinais e de higiene as empresas autorizadas pelo Ministério da Saúde e licenciadas pelo órgão sanitário da Unidade Federativa, sendo que a licença estadual depende de concessão prévia da autorização federal.

É notória, mais uma vez, a desproporção entre a conduta tipificada e a pena prevista, na medida em que, de acordo com a norma, caso a aquisição seja feita de estabelecimento devidamente autorizado pelo Ministério da Saúde, mas não esteja licenciado pelo órgão estadual, haverá crime hediondo, punido com sanção de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão e multa.

Em síntese, a impropriedade de todo o §1º-B se revela com a criminalização de condutas que constituem mera desobediência a normas administrativas, sendo que a afronta aos princípios da proporcionalidade e da ofensividade ficam evidenciados com a ausência de relevância penal das novas condutas descritas, cujas consequências deveriam ser sopesadas na esfera administrativa. Nesse sentido, Miguel Reale Júnior (1999) defende a inconstitucionalidade da norma, pois contém aberrações as quais considera incontornáveis, a exemplo da altíssima pena prevista para aquele que vende medicamento sem registro, sendo indiferente se o produto é inócuo ou nocivo à saúde:

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. Com efeito, segundo a nova lei, constitui crime hediondo vender medicamento cosmético ou saneante sem registro no órgão de vigilância sanitária, sendo indiferente saber se o produto comercializado sem registro é inócuo ou nocivo à saúde. Basta que não haja registro para configurar-se o crime punido com reclusão de 10 a 15 anos. Assim, pode o medicamento até mesmo ser benéfico ou o cosmético ser eficaz: nada importa, pois a ausência do registro é elemento suficiente, segundo os incisos do § 1º-B, para se consumar o crime hediondo. Tamanha aberração legislativa é verdadeiramente incontornável. Não há interpretação que possa ser feita para contornar a norma aos valores e princípios constitucionais. A interpretação congruente com a Constituição tem limites, pois deve-se neste esforço, para salvar a

---

<sup>43</sup> REALE JUNIOR, 1999.

norma, analisar as possibilidades de ambos os textos, o constitucional e o a ser, de acordo com os *telos* de ambos.

Apesar da força dos argumentos aqui expostos, precisamente no que tange ao §1º-B do artigo 273, o Tribunal de Justiça do Paraná, ao apreciar incidente de inconstitucionalidade semelhante, afirmou que o fato de a pena prevista na lei ser exagerada, por si só não tornaria esta inconstitucional, de maneira que o incidente foi, àquela época, rejeitado.<sup>44</sup>

A pena cominada para as condutas descritas no *caput* e parágrafos, conforme exposto anteriormente, varia entre 10 (dez) e 15 (quinze) anos, cumulativamente com a pena multa. Observa-se com facilidade que o princípio da proporcionalidade foi desrespeitado, na medida em que o mesmo obriga a ponderação entre a gravidade da conduta, o objeto da tutela e a consequência jurídica. Ademais, existe afronta ao princípio da lesividade na medida em que o legislador tipificou condutas delitivas que não são necessárias para a tutela de um bem jurídico digno de proteção penal. (FRANCO; LIRA; FELIX, 2011).

Não se pretende considerar bagatela a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de remédios e similares, conforme descrito no *caput* do artigo, ou mesmo as condutas equiparadas no §1º. De fato, os casos relatados inicialmente demonstram que uma elevação coerente da pena prevista na redação anterior à Lei dos Remédios não seria injusta para todo o artigo, sendo pertinente o seu recrudescimento no que diz respeito a condutas previstas no *caput* e §1º, em relação aos medicamentos, desde que houvesse dano ou perigo considerável à saúde pública, sempre buscando uma diferenciação entre a nocividade positiva e a negativa.

Ocorre que o agravamento das penalidades foi feito sem a técnica jurídica necessária, de maneira que se sobressai a pena de tal delito, de perigo abstrato, em relação a delitos de perigo concreto ou até mesmo de dano, ainda que se considere a intenção do legislador em proteger a coletividade. Percebe-se a falta de critério para a criação desta pena, de maneira que o judiciário tem buscado soluções alternativas para a penalização das condutas previstas no tipo. Alguns órgãos têm utilizado analogia *in bonam partem* (em benefício do

---

<sup>44</sup> APELAÇÃO CRIMINAL. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º-B DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. VÍCIO INEXISTENTE. INCIDENTE REJEITADO. 1. A inconstitucionalidade deve ter uma norma constitucional de embate, ou seja, a demonstração de contrariedade da norma pretensamente viciada com a Constituição da República. 2. Embora não se negue a existência de princípios implícitos na Constituição Federal, amplamente válidos e aceitos pelo ordenamento, quando empalmados para decretar a inconstitucionalidade de uma norma expressa, deve-se ter cautela redobrada. 3. O fato da pena prevista na lei ser exagerada, por si só, não espelha qualquer odor de inconstitucionalidade. 4. Incidente de inconstitucionalidade rejeitado. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Incidente de Inconstitucionalidade n. 582.853-3/01, Desembargador Rosene Arão de Cristo Pereira, **Diário de Justiça do Estado do Paraná**, Curitiba, 10 set. 2010.)

réu), aplicando a pena do tráfico de drogas ou aquela prevista para o contrabando; outros têm optado pela pena prevista antes da modificação trazida pela Lei dos Remédios (haja vista a repristinação da norma anterior se considerada a inconstitucionalidade da lei atual), alguns ainda preferem absolver alegando falta de provas quando as mesmas estão presentes<sup>45</sup>.

Não existe, como deveria existir, uma regularidade na atividade judiciária, sendo óbvio o choque de ideias causado pelas incongruências jurídicas contidas no art. 273 do Código Penal.

Nessa questão é pertinente o citado posicionamento de Bitencourt, para o qual a pena para o tipo é absurda se considerado que o crime é de perigo abstrato. Não se defende, nesta obra, que o delito, meramente por ser de perigo abstrato, seja inconstitucional. Mas a incoerência é indiscutível quando um crime de perigo abstrato tem penas superiores a crimes cujo efetivo dano é de mais alta gravidade, como o homicídio doloso.

No delito em análise, estão presentes gritantes violações ao princípio da proporcionalidade, notadamente no momento em que a pena mínima prevista para o crime ultrapassa qualquer senso de proporção em face da conduta apenada, principalmente se comparada com outras condutas muito mais graves previstas no ordenamento jurídico-penal, às quais são cominadas penas bem menores. Esta situação tem trazido confusão aos aplicadores do direito, os quais têm encontrado soluções provisórias as mais diversas, uma vez identificada a desproporcionalidade entre o mal infligido e a pena cominada. Percebe-se, mais uma vez que, não havendo obediência ao referido princípio, não se pode falar em segurança jurídica ou estado justo.

Em uma simples comparação entre as sanções previstas para o crime em estudo e o de tráfico de drogas, tipificado no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, cujo bem jurídico tutelado também é a saúde pública, é possível notar o exagero com o qual foi tratada a conduta do delito de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. A pena mínima prevista para o delito do artigo 273 do Código Penal é de 10 (dez) anos de reclusão, bem superior àquela estabelecida para o tráfico de drogas, crime notoriamente mais grave, cujo patamar mínimo é de 5 (cinco) anos de reclusão.

É importante frisar que existe a possibilidade da aplicação do §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, o qual trata do tráfico privilegiado, trazendo redução da pena em 1/6 a 2/3. Desta maneira, em diversos casos, o pequeno traficante recebe pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses, a qual poderia ser convertida em pena restritiva de direitos. O condenado pelo artigo

---

<sup>45</sup> NUCCI, 2013, p. 1086

273, §1º-B, diferentemente, ainda que recebesse pena mínima, seria condenado a 10 (dez) anos de reclusão.

A situação de desproporção manifesta-se de forma ainda mais acentuada quando a pena do art. 273 é comparada com a punição prevista para condutas que geram não apenas o perigo abstrato, mas perigo concreto ou efetivo dano à saúde e integridade física dos indivíduos, tais como homicídio doloso (pena mínima de 6 anos), lesão corporal de natureza grave (pena de 1 a 5 anos), estupro (pena de 6 a 10 anos), estupro de vulnerável (pena de 8 a 15 anos) e extorsão mediante sequestro (pena de 8 a 15 anos).

No mesmo sentido, posiciona-se Jorge Abdala Seadi<sup>46</sup>, para quem a exacerbação punitiva chega às raias do absurdo, sendo que a Lei nº 9.677/98, em nome de um falso efficientismo, entra em confronto com a Constituição Federal, dando mostras de que o legislador retirou parte da coerência e unidade que deveria existir no sistema penal.

Por força de tais argumentos e com base na observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, a tese da inconstitucionalidade da pena prevista para o crime do artigo 273, §1º-B do Código Penal foi acolhida pela Corte Especial do STJ<sup>47</sup>. Considerando imprescindível a atuação do judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta de ter em depósito medicamento de procedência ignorada, o STJ entendeu que deverá ser aplicada ao delito do artigo 273, §1º-B a pena abstratamente prevista para o tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006), qual seja, “reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa”. Além disso, o STJ entendeu que será possível aplicar para o réu que praticou o art. 273, § 1º-B do Código Penal Brasileiro a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, tratando-se de analogia *in bonam partem*.

É importante ressaltar que, quando da decisão sobre Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus nº 239.363, o Ministro Og Fernandes foi voto vencido. Os argumentos expostos pelo ministro estavam centrados, basicamente, no fato de o Supremo Tribunal Federal já haver decidido pela constitucionalidade do artigo 273 do Código Penal. Todavia, deixou explícita, em seu voto, a preocupação acerca da violação ao princípio da proporcionalidade.

---

<sup>46</sup> ABDALA SEADI, Jorge. **Crimes hediondos e a falsificação de medicamentos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 48.

<sup>47</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus nº 239.363-PR (2012/00764901). Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 26/02/2015. **Diário de Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 10 abr. 2015.

Frise-se que, apesar de o caso concreto analisado pelo STJ cuidar de um Habeas Corpus em favor de réu condenado pelo inciso V (ter em depósito para vender medicamentos de procedência ignorada), pela leitura dos votos dos Ministros, percebe-se que eles trataram do tema genericamente, abrangendo todo o § 1º-B. Logo, tem-se entendido que essa decisão vale para todos os incisos do § 1º-B, de maneira que a referida corte julgará de maneira semelhante ao apreciar casos que tratem de tais incisos.<sup>48</sup>

Apesar do firme posicionamento exposto pelo Superior Tribunal de Justiça, o plenário do Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou a respeito, havendo, no entanto, conforme mencionou o Ministro Og Fernandes no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus nº239.363, julgados deste tribunal que apontam para a constitucionalidade da norma, aplicando o preceito secundário previsto no artigo 273 do Código Penal Brasileiro.<sup>49 50</sup>

### **3.2 A possibilidade de intervenção do Poder Judiciário tendo em vista a desobediência ao princípio constitucional da proporcionalidade**

A repercussão do direito constitucional sobre o direito penal é ampla, direta e imediata, tendo a Constituição impacto sobre a validade e a interpretação das normas de direito penal, bem como sobre a produção legislativa na matéria. Conforme expõe Luíz

<sup>48</sup> Confirma esse posicionamento o fato de um grande número de julgados terem utilizado a decisão da Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus nº 239.363-PR como paradigma para a declaração de inconstitucionalidade da pena referente aos outros incisos do §1º-B. Nesse sentido:

BRASIL. TRF3. ACR - APELAÇÃO CRIMINAL nº 52624. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES. **E-djf3**. São Paulo, 16 jul. 2015. Disponível em:

<<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento?processo=00078380420114036106>>.

Acesso em: 14 out. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Criminal n.º APL 00470137020128190001. Relator: DES. SUIMEI MEIRA CAVALIERI. Rio de Janeiro, RJ, 07 de janeiro de 2015. **Diário de Justiça**. Rio de Janeiro, 10 ago. 2015. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/220010936/apelacao-apl-470137020128190001-rj-0047013-7020128190001/inteiro-teor-220010939>>. Acesso em: 14 out. 2015.

<sup>49</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 662090. Recorrente: Celso Sutter, Mariana Bassi Sutter, Lucilene Javaroni, Patrícia Borges de Medeiros Simões e Clemilda Fátima Gonçalves. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA. Brasília, 27/03/2014. **Diário de Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal**, 01 abr. 2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25022244/recurso-extraordinario-re-662090-sp-stf>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

<sup>50</sup> \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 844152. Recorrente: Antônio Ivanilton Cruz e Cristiano Pereira de Sousa. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 02/12/2014, Segunda Turma. Brasília, 02/12/2014. **Diário de Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 18 dez. 2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25338633/agreg-no-recurso-extraordinario-re-844152-sp-stf/inteiro-teor-159281691>>. Acesso em: 22 jul. 2015.



Roberto Barroso<sup>51</sup>, tal conclusão pode ser extraída do fato de o texto constitucional prever amplo catálogo de garantias, inserido no artigo 5º, e impor ao legislador o dever de criminalizar determinadas condutas (vide arts. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV, 7º, X, 225, §3º e 227, §4º), assim como impede a criminalização de outras (vide arts. 53, 5º, XVI e XVII).

A ideia central das teorias que abordam a questão do bem jurídico digno de proteção penal é a de que tais bens devem ser dotados dos valores mais relevantes para uma dada sociedade, sendo justamente a Constituição o “retrato e o habitat natural de tais interesses”<sup>52</sup>. Desta maneira, seriam dignos de receberem a tutela penal aqueles bens que estão presentes no âmbito constitucional justamente por terem sido considerados relevantes, quiçá essenciais à conservação de uma determinada sociedade em um dado momento histórico. Deste modo, o sistema constitucional estabelece os parâmetros que devem nortear a conduta do legislador ordinário na tarefa de escolher os bens que merecem a tutela penal, contemplando os direitos e liberdades fundamentais.

Correia (2004) afirma, ainda, que o reconhecimento da íntima relação entre o direito penal e a Constituição é o ponto de partida inafastável para a compreensão da essência do *jus puniendi* estatal, sua finalidade e seus limites. Portanto, em sendo a sanção penal a principal consequência do delito e a mais drástica manifestação de poder a cargo do Estado, devem ser contempladas nos textos constitucionais os preceitos nucleares para que tal atuação possa ser exercida desprovida de arbítrio, legitimamente.

Todavia, o que se tem percebido é que o Direito Penal, apesar de estar originalmente designado para a proteção contra ofensas perpetradas contra os direitos mais relevantes, vem sofrendo mudança de paradigma, que a defasada redação do artigo 273 do Código Penal nos permite constatar. Nota-se uma demanda constante por maior proteção penal a ser ofertada pelo Estado, com a convicção de que somente através da ameaça penal seria oferecida tutela idônea e resultados satisfatórios na prevenção das infrações penais. O resultado de tal situação é um “direito penal excessivamente dilatado, concebido para se adaptar a novas necessidades impostas pelo aglomerado de conflitos sociais emergentes.”<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 3 ago. 2015.

<sup>52</sup> CORREIA, Belize Câmara. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**: a possibilidade do controle de constitucionalidade das normas penais incriminadoras à luz da proporcionalidade no direito brasileiro. 2004. 115 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004. Disponível em: <[http://www.repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4135/arquivo5050\\_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://www.repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4135/arquivo5050_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 04 ago. 2015.

<sup>53</sup> CORREIA, 2004

Consistindo na ordenação básica da nação, a Constituição é dotada de supremacia formal e também material, contemplando, conforme já exposto, os princípios e normas que vinculam todos os órgãos do Estado. Por isso, a elaboração das normas dos mais diversos ramos do direito, incluindo o direito penal, retira dela todo o seu fundamento de validade formal e substancial, por serem hierarquicamente inferiores à mesma. Sendo assim, a incompatibilidade da norma com o espírito da Carta Magna ocasiona, inevitavelmente, o vício de inconstitucionalidade, o qual não pode perdurar, porque contrasta com o princípio da coerência e harmonia das normas do ordenamento jurídico.<sup>54</sup>

A ação do legislador penal está sujeita a esses princípios, os quais se configuram como verdadeiras pautas de conduta, dizendo respeito não só à atuação do Executivo na atividade administrativa limitadora da liberdade dos administrados, referindo-se, também, à elaboração legislativa como corolário da concretização dos direitos fundamentais, atuando como mandados de proibição de excessos vinculativos ao legislador e ao intérprete ou aplicador da lei.<sup>55</sup>

Dentre os postulados e normas que estabelecem limitações à atuação legislativa, encontra-se o princípio da proporcionalidade<sup>56</sup>. Apesar de, como já citado, não haver norma explícita em nossa Constituição consagrando o princípio da proporcionalidade, o mesmo é acolhido amplamente pela doutrina e jurisprudência. Ademais, Miguel Reale Júnior (1999) acrescenta que o artigo 3º da CF estampa como um dos objetivos fundamentais da República

---

<sup>54</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>55</sup> REALE JUNIOR, 1999.

<sup>56</sup> Apesar de a maior parte da doutrina enquadrar a proporcionalidade na categoria dos princípios, Humberto Ávila considera a mesma como postulado normativo aplicativo. Diferentemente dos princípios, os quais estabeleceriam fins a serem buscados, os postulados normativos seriam deveres estruturantes da aplicação de outras normas. As regras, a seu turno, seriam normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou atributivas de poder, sendo que nesta categoria também não se enquadraria a proporcionalidade, pois, por ser um postulado, não descreveria comportamentos, mas estruturaria a aplicação de normas que o fariam. A análise da proporcionalidade e da razoabilidade, por exemplo, estaria longe de exigir do aplicador uma mera atividade subsuntiva. Eles demandariam, em vez disso, a ordenação e a relação entre vários elementos (meio e fim, critério e medida, regra geral e caso individual), e não um mero exame de correspondência entre a hipótese normativa e os elementos de fato. (p. 88 a 90). Assim, para Ávila, o postulado da proporcionalidade não se confundiria com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações, mas estaria aplicado apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de maneira que se possa proceder a três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do (s) direito (s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela proporção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?). Nesse sentido, diz o autor, “a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita. Sua aplicação depende de elementos sem os quais não pode ser aplicada. Sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico”. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 112-113.)

a construção de uma “sociedade justa”, o que importa necessariamente na busca pela justiça social e na exigência de leis justas, restritivas de direitos apenas quando necessárias, adequadas e razoáveis, guardada a justa medida na imposição de gravames aos cidadãos, em vista da defesa de interesses da sociedade.

O princípio da proporcionalidade, que decorre do mandado da proibição de excesso<sup>57</sup> foi diretamente afrontado na Lei nº 9.677, de 02 de Julho de 1998. As regras contidas na Lei dos Remédios concretizaram as graves distorções elencadas neste capítulo, resultando, evidentemente, no vício da inconstitucionalidade.

A proporcionalidade se qualifica como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público. Por esta razão esse princípio é essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito, sendo imprescindível à tutela das liberdades fundamentais, proibindo o excesso e vedando o arbítrio do Poder, extraindo sua justificação, conforme explanado, de diversas cláusulas constitucionais. Sob tal perspectiva, atua como categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, neutralizando abusos e constituindo parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais.

Conforme esclarece Paulo Bonavides<sup>58</sup>, ao proteger a liberdade, ou seja, amparando os direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade está relacionado principalmente com a limitação do poder legítimo, devendo fornecer o critério das limitações à liberdade individual (2004, p. 395). Assim, este princípio “contribui notavelmente para conciliar o direito formal com o direito material em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes, e doutra parte juridicamente incontroláveis caso faltasse a presteza do novo axioma constitucional.”

A controvérsia em sua aplicação, contudo, estaria no fato de a regra da proporcionalidade produzir uma ascendência do juiz sobre o legislador. Todavia, essa circunstância não chega a afetar a separação de poderes, em razão de a faculdade política decisória e a liberdade do legislador para eleger, conformar e determinar fins e meios se mantem plenamente resguardada. Mas tudo isso, obviamente, sob a regência inviolável dos valores e princípios estabelecidos pela Constituição<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> MACEDO, Celina Maria. **Bem jurídico e proporcionalidade**: a proibição de proteção deficiente no Direito Penal. 2010. 30 f. TCC (Especialização) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ilLXwidzEzcJ:www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2010/trabalhos\\_12010/celinamacedo.pdf+&cd=12&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ilLXwidzEzcJ:www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/celinamacedo.pdf+&cd=12&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em 4. Ago. 2015.

<sup>58</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 806 p.

<sup>59</sup> BONAVIDES, 2004, p. 399.

Sendo assim, na medida em que ao Poder Judiciário compete garantir a autoridade e o respeito aos princípios constitucionais, cabe ao mesmo o exercício do controle de constitucionalidade desta norma sob a perspectiva da violação ao princípio da proporcionalidade. O Poder Judiciário tem o papel de controlar os atos normativos, devendo ser excluídas do ordenamento as leis que entram em contradição com o conteúdo dos postulados constitucionais.

Apesar do entendimento aqui exposto, há quem defenda no âmbito do STF que o judiciário não poderia, ainda que sob o pretexto de ofensa aos princípios da igualdade e da proporcionalidade, exercer juízo de valor sobre o *quantum* da sanção penal que é estipulada no preceito secundário do tipo, pois, ao agir de tal maneira, estaria usurpando a atividade legiferante e, conseqüentemente, violando o princípio da separação dos poderes. Neste sentido, tem-se a ementa escrita pela Min. Ellen Gracie no RE 358.315/MG, a seguir reproduzida:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIMINAL. ANÁLISE SOBRE O FURTO E O ROUBO. CONCURSO DE PESSOAS. PROPORCIONALIDADE ENTRE AS RESPECTIVAS PENAS. Sob o pretexto de ofensa ao artigo 5º, caput, da Constituição Federal (princípios da igualdade e da proporcionalidade), não pode o Judiciário exercer juízo de valor sobre o quantum da sanção penal estipulada no preceito secundário, sob pena de usurpação da atividade legiferante e, por via de conseqüência, incorrer em violação ao princípio da separação dos poderes. Ao Poder Legislativo cabe a adoção de política criminal, em que se estabelece a quantidade de pena em abstrato que recairá sobre o transgressor de norma penal. Recurso Extraordinário conhecido e desprovido. (RE 358315, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 12/08/2003, DJ 19-09-2003 PP-00032 EMENT VOL-02124-06 PP-01209)

Assim, defende a Ministra que ao Poder Legislativo cabe a adoção de política criminal, sendo que o mesmo deve estabelecer a quantidade de pena em abstrato que deve recair sobre aquele que descumpre a norma.

Esta posição, todavia, não parece ser a mais acertada. Isto, pois apesar de a atividade do legislador não poder ser simplesmente assumida pelo julgador quando este avalia se foram respeitados os limites previstos na Constituição, a partir do momento em que não existam dúvidas acerca das ofensas aos princípios constitucionais, dentre os quais figura a proporcionalidade, os quais são postos como balizamento para a atividade legislativa, a instância apropriada não poderá ficar inerte. Sendo assim, quando se trata de preservar aquelas diretrizes que foram constitucionalmente traçadas contra os excessos do legislativo, as

quais estão sendo abaladas pelo art. 273 do Código Penal, o juiz não deve hesitar na procura de uma saída que beneficie o agente.<sup>60</sup>

Isso significa que, na medida em que a Constituição estabelece regras e princípios que limitam as atividades legislativas, com o fim de preservar os direitos constitucionalmente assegurados à população, quando o poder legislativo desrespeita tais limites a ele impostos, o Judiciário deverá interferir. Desta feita, em se considerando a natureza constitucional do princípio da proporcionalidade, o qual se propõe a evitar os excessos do legislador quanto à incriminação e equiparação imprópria de condutas, bem como no estabelecimento desarrazoado de penas, é dever do judiciário intervir quando ficar evidenciado o desrespeito ao mesmo, seja no preceito primário ou no preceito secundário do tipo penal.

Concordando com tal entendimento, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sebastião Reis Júnior, defende em seu voto, quando do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus nº 239.363/PR, a possibilidade do controle de constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal pelo Poder Judiciário, principalmente porque a pena constitui a forma de intervenção estatal mais severa no âmbito da liberdade individual.

No mesmo sentido, tem-se o julgamento do HC n. 104.410/RS pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (DJe 27/3/2012), citado no voto do Ministro Sebastião Reis Júnior, no qual o Ministro Gilmar Mendes expôs o entendimento de que os mandatos constitucionais de criminalização impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento o dever do princípio da proporcionalidade como proibição do excesso e como proibição de proteção ineficiente, sendo que a intervenção estatal por meio do Direito Penal deva ser, sempre, a *ultima ratio*. Desta forma, o controle de constitucionalidade em matéria penal deveria ser realizado de forma ainda mais rigorosa do que aquele destinado a averiguar a legitimidade constitucional de outros tipos de intervenção legislativa em direitos fundamentais dotados de menor potencial ofensivo.<sup>61</sup>

Ainda no julgamento do Habeas Corpus nº 104.410/RS, o ministro Gilmar Mendes chega à conclusão de que, se por um lado, a Constituição confere ao legislador uma margem discricionária de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e

---

<sup>60</sup> CORREIA, 2004.

<sup>61</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104.410. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Aldori Lima ou Aldori De Lima. Coator: Relator do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 984616 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 06 de janeiro de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 27 mar. 2012. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(104410.NUME.+OU+104410.ACM S.\)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nopt7dh](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(104410.NUME.+OU+104410.ACM S.)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nopt7dh)>. Acesso em: 18 ago. 2015.

suficientes para a proteção do bem jurídico-penal, a mesma Constituição também impõe ao legislador os limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, sendo possível concluir pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa.

O Tribunal, desta forma, estaria incumbido de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e as prognoses, utilizando de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais. Em sendo a pena a forma de intervenção mais severa no âmbito da liberdade individual, o Direito Penal e o Processual Penal devem estar mais revestidos de garantias materiais e processuais, de maneira que o controle de constitucionalidade em matéria penal deva ser realizado com mais rigor. Destarte, se a atividade legislativa de definição de tipos e cominação de penas constitui uma intervenção de alta intensidade, “a fiscalização jurisdicional da adequação constitucional dessa atividade deve ser tanto mais exigente e rigorosa por parte do órgão que tem em seu encargo o controle da constitucionalidade das leis”.

No mesmo sentido da decisão explicitada, tem-se a ementa escrita pelo Ministro Celso de Melo, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 111.844, segundo o qual o Poder Público, especialmente em sede penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, o qual constitui limitação material à ação normativa do Poder Legislativo.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> E M E N T A: “HABEAS CORPUS” – DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR – SÚMULA 691/STF – SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR – VEDAÇÃO LEGAL IMPOSTA, EM CARÁTER ABSOLUTO E APRIORÍSTICO, QUE OBSTA, “IN ABSTRACTO”, A CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS NOS CRIMES TIPIFICADOS NO ART. 33, “CAPUT” E § 1º, E NOS ARTS. 34 A 37, TODOS DA LEI DE DROGAS – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA REGRA LEGAL VEDATÓRIA (ART. 33, § 4º, E ART. 44) PELO PLENÁRIO DESTA SUPREMA CORTE (HC 97.256/RS) – OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE – O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, VISTO SOB A PERSPECTIVA DA “PROIBIÇÃO DO EXCESSO”: FATOR DE CONTENÇÃO E CONFORMAÇÃO DA PRÓPRIA ATIVIDADE NORMATIVA DO ESTADO – CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DO ÓBICE À SUBSTITUIÇÃO – JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA VERSADA NA IMPETRAÇÃO – “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO, EM PARTE, DE OFÍCIO. - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, reconheceu a inconstitucionalidade de normas constantes da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), no ponto em que tais preceitos legais vedavam a conversão, pelo magistrado sentenciante, da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos. - **O Poder Público, especialmente em sede penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo.** - Atendidos os requisitos de índole subjetiva e os de caráter objetivo previstos no art. 44 do Código Penal, torna-se viável a substituição, por pena restritiva de direitos, da pena privativa de liberdade imposta aos condenados pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, “caput” e § 1º, e 34 a 37, todos da Lei nº 11.343/2006. - Possibilidade de o condenado pelo crime de tráfico privilegiado de

Isso significa que o Estado não pode legislar ilimitadamente, de forma imoderada, gerando situações de distorções normativas e subvertendo os fins da norma. Nesse sentido, há jurisprudência do Supremo Tribunal Federal censurando a validade jurídica de atos normativos do Estado que veiculam prescrições ofensivas aos padrões de razoabilidade, exteriorizando graves violações aos direitos das pessoas.<sup>63</sup>

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello salienta que a cláusula do devido processo legal, a qual foi expressamente adotada pela Constituição Federal (artigo 5º, LIV) deve ser entendida não apenas em seu aspecto formal, o qual impõe restrições de caráter procedimental à atuação do Poder Público, mas, sobretudo em sua dimensão substantiva, através da qual atua como obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. Para o ministro, “A essência do substantive due processe of law reside, pois, na necessidade de proteger direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.”

Esse entendimento acerca do devido processo legal, o qual constitui cláusula tutela, permite a compreensão de que a prerrogativa outorgada à instância parlamentar constitui atribuição juridicamente limitada, ainda que no momento da instauração normativa possa haver um juízo meramente político ou discricionário do legislador. Dentro da mesma perspectiva, tem-se que o Estado não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, sendo que a atividade legislativa deve desenvolver-se em harmonia com o interesse público.

Conforme foi concluído no tópico anterior, o tipo penal previsto no artigo 273 do Código Penal está eivado de inconstitucionalidade, principalmente no que tange ao vício da desproporcionalidade, de maneira que é perceptível que o legislador atuou com excesso de poder, comprometendo a própria função da espécie normativa. Isto, pois ao buscar reprimenda a um tipo de comportamento, qual seja a falsificação, adulteração, corrupção e alteração de medicamentos que trazem, de alguma maneira, nocividade à saúde humana, cominou pena tão elevada que acabou por prejudicar a aplicação do tipo como um todo, sendo que os tribunais

---

entorpecentes (Lei nº 11.343/2006, art. 33, § 4º) iniciar o cumprimento da pena em regime menos gravoso que o regime fechado. Precedentes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 111844. Paciente: BRUNO RODRIGO DOS SANTOS Impetrante: Marcela Venturini Diorio Coator: Relator do HC nº 219123 do Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma. Brasília, 24/04/2012. **Diário da Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 1 fev. 2013.) (grifo nosso)

<sup>63</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1063. Requerente: Partido Social Cristão - PSC. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 18 de janeiro de 1994. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 abr. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1063&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

por vezes aplicam analogicamente penas variadas, de tipos distintos, sem a uniformidade que uma boa técnica legislativa deveria trazer.

Em não sendo declarada a inconstitucionalidade do tipo penal integralmente, em sede de controle concentrado de constitucionalidade pelo STF, não há como afirmar que outros órgãos judiciários devem quedar inertes, ainda que se pondere acerca de um exagerado ativismo judicial ou mesmo quando se tenha em vista a separação de poderes.

Desta feita, e por força de argumentos semelhantes aos demonstrados neste trabalho, sustentou o Ministro Sebastião Reis Júnior, quando do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus nº 239.363-PR (2012/00764901), que não haveria como negar a desproporcionalidade entre o delito cometido e a pena cominada, porque, em sendo a ordem jurídica um todo harmônico, seria imprescindível a atuação do judiciário com o fim de corrigir “o exagero e ajustar a pena cominada”, tudo isso em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade.

Concluiu o Ministro, por fim, que, havendo verdadeira e gritante desproporção e desrespeito ao *substantive due process of law*, cumpriria àquela corte declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, §1º-B, V do Código Penal.

Diante de tais proposições, não há como negar a possibilidade do controle de constitucionalidade em matéria penal, ainda que seja para declarar a inconstitucionalidade apenas do preceito secundário do tipo penal. Tendo em vista que o artigo não foi considerado inconstitucional em sede de controle concentrado, e que, ainda que deveriam ser punidas de forma menos gravosa, grande parte das condutas são penalmente relevantes, certo é que existe a necessidade de tal problemática ser resolvida de forma objetiva, mas sempre ajustada com os preceitos constitucionais, sendo necessário que se arbitre, de hoje, sanção penal eficaz e apropriada ao delito que foi cometido.

Não é possível negar, contudo, que a declaração de inconstitucionalidade apenas do preceito secundário não é a melhor solução. Ante as enormes incoerências que permeiam todo o tipo, o mais sensato seria considerar o mesmo, em sua totalidade, como inconstitucional, e, por conseguinte, nulo desde a sua origem.

Entretanto, é inadmissível que se mantenha a pena em tais proporções, sendo que, diante desta situação absurda, decidindo o tribunal ou o juiz por não aplicar apenas o preceito secundário, não há que se dizer que existe ofensa à separação de poderes, agindo o judiciário dentro da sua atribuição de defesa dos princípios constitucionais. Ocorre que, apesar de ser possível esta situação, em que o preceito primário permaneça e outra sanção que não aquela



prevista no tipo seja aplicada, não há como negar os riscos aí contidos. A prezada uniformização da jurisprudência dificilmente será alcançada e o ativismo judicial poderá aumentar exponencialmente, ainda que nesta situação o Poder Judiciário se veja obrigado agir. Não existe para o problema solução perfeita sem que haja edição de uma lei nova, contudo os riscos devem ser sopesados e juízes e tribunais devem, sim, agir, encontrando a solução que menos agrida os valores constitucionais. Não deve ser defendida, em absoluto, a inércia do Poder Judiciário frente a tal problemática.

Isto em vista, o judiciário e a doutrina têm apontado quais soluções objetivas e provisórias (até que seja editada lei constitucional que modifique validamente o tipo) deveriam ser adotadas, de maneira que o réu, em um caso concreto, não venha a ter suas garantias lesadas pelos arbítrios e descuidos do legislador penal. No capítulo que se segue, estas soluções são exploradas, de modo que seja evidenciada resposta condizente com os preceitos constitucionais.

## 4 ANÁLISE CRÍTICA DAS SOLUÇÕES PARA AS INCONSTITUCIONALIDADES CONTIDAS NO TIPO

Uma vez compreendida a inconstitucionalidade contida no artigo 273, o qual lesiona valores e princípios constitucionais, principalmente no que diz respeito à extensa pena atribuída a certos crimes previstos neste artigo, os quais foram citados anteriormente, é preciso que se estabeleça, de forma objetiva e compatível com a Constituição, de que maneira, a depender das circunstâncias, deverá ser tipificada a conduta daquele que falsifica, corrompe, adultera ou altera o produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, bem como a que título deverá ser a mesma punida.

Apesar de ser anteriormente apontada como incontornável a inconstitucionalidade do tipo, o qual deveria ser integralmente revogado por lei constitucional para que a situação fosse sanada de forma perfeitamente satisfatória, tem-se que a problemática exige solução atual e objetiva, tendo em vista que, conforme anteriormente exposto, em sendo a pena intervenção da maior gravidade nos direitos individuais, não há que se manter a injustiça nela considerada com vistas à edição de uma lei que pode nem mesmo vir a existir em um futuro próximo. Dada tal conjuntura, a doutrina e a jurisprudência têm apontado para a problemática diversas soluções, as quais estão detalhadas no presente capítulo.

### 4.1 A manutenção da pena prevista no artigo 273 do Código Penal

Uma parte considerável da jurisprudência tem defendido, ainda que considerando a ofensa à proporcionalidade presente no artigo, a manutenção da pena cominada no preceito secundário do artigo 273.<sup>64 65 66</sup>

---

<sup>64</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1050890-PR. Recorrentes e Recorridos: Fábio Cristiano Marques e Ministério Público Federal. Relator: Ministro José Mussi. Brasília, DF, 13 de janeiro de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 2 fev. 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21277215/recurso-especial-resp-1050890-pr-2008-0086087-6-stj/inteiro-teor-21277216>>. Acesso em: 01 set. 2015.

<sup>65</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Arguição de Inconstitucionalidade Criminal nº 0000793-60.2009.4.03.6124. Apelante: Victor Apoena Rodrigues de Souza e Renato dos Santos Dias. Apelado: Justiça Pública. Relator: Márcio Moraes. São Paulo, 30/06/2014. **Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região**, São Paulo, 23 ago. 2013. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento?processo=00007936020094036124>>. Acesso em: 01 set. 2015.

<sup>66</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Revisão Criminal nº 00203547020134030000. Requerente: Diogo Rocha de Sena. Requerido: Justiça Pública. Relator: HÉLIO NOGUEIRA. São Paulo, 05/02/2015. **Diário Oficial**, p. 543, Judicial I – TRF. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), 11 fev. 2015. Disponível em:

Decisão recente do Supremo Tribunal Federal, datada de janeiro de 2015, cuja relatoria é do Ministro Luiz Fux, determina abertamente que o Poder Judiciário não detém competência para interferir nas opções feitas pelo Poder Legislativo a respeito da punição mais severa daqueles que praticam determinados crimes, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.<sup>67</sup>

O argumento utilizado por esta corrente é o de que não caberia ao juiz, mesmo tendo em vista o princípio da proporcionalidade, aplicar ao réu condenado a determinado crime uma sanção diversa da prevista.<sup>68</sup> Conforme exposto no capítulo anterior, não é, por óbvio, esta a solução defendida no presente trabalho. Ainda que se critique o intenso ativismo judicial que ocorre no país, não deve a separação de poderes ser invocada no presente caso, pois o legislador feriu princípios e pressupostos que servem ao controle de suas ações ao estabelecer penas desproporcionais e condutas que não guardam relação entre si ou com a penalidade imposta. Sendo assim, especialmente quando se tem em vista a questão constitucional que a controvérsia encerra, e à míngua de tais precedentes, tem-se que, em nome dos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, deve o judiciário prosseguir não aplicando a sanção prevista no artigo 273 do Código Penal.

Em se considerando tal circunstância e tendo em vista, novamente, que a pena é ingerência das mais gravosas na liberdade individual, não há como defender a manutenção do preceito secundário pelo poder judiciário, porque é imperioso que o mesmo aja em favor da proteção dos princípios constitucionais, não havendo que se abster, especialmente quando se tem em conta as consequências de uma condenação a uma pena desta magnitude, por um crime considerado hediondo.

---

<<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento?processo=00203547020134030000>>. Acesso em: 01 set. 2015.

<sup>67</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 844152. Agravante: Antônio Ivanilton Cruz e Cristiano Pereira de Sousa. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma. Brasília, 02/12/2014. **Diário de Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 18 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=829226&classe=RE>>. Acesso em: 01 set. 2015.

<sup>68</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.050.890 - PR. Recorrente: Fábio Cristiano Marques e Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: os mesmos. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, , 13 jan. 2011. **Diário de Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 02 fev. 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21277215/recurso-especial-resp-1050890-pr-2008-0086087-6-stj/inteiro-teor-21277216>>. Acesso em: 06 set. 2015.

## 4.2 Aplicação da pena prevista para o Artigo 33 da Lei 11.343/06

Solução que encontra maior apoio na doutrina e que certamente tem encontrado suporte nos tribunais é a da aplicação do preceito secundário previsto para o crime de tráfico de drogas, ao tempo em que a conduta continua tipificada pelo preceito primário do artigo 273 do Código Penal.

Conforme exposto no segundo capítulo, a decisão do STJ na Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus nº 239.363/PR, relatada pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, determinou a possibilidade de o Poder Judiciário aplicar pena diversa da imposta no preceito secundário do Artigo 273 do Código Penal, sendo que a solução encontrada no caso foi a de se aplicar a pena prevista para o crime de tráfico de drogas, sem que houvesse a desclassificação da conduta:

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, Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus nº 239.363. Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 26/02/2015, CORTE ESPECIAL)

Assim, conforme a decisão colacionada, a pena a ser aplicada *in casu* não será a prevista para o delito do artigo 273, mas a prevista para o crime de tráfico de entorpecentes. Todavia, não se aplicará o preceito primário do artigo 33 da Lei de Tóxicos, continuando a ser

adotado aquele do artigo 273, sendo que a sanção prevista para o delito de tráfico de drogas será utilizada em analogia, tão somente para fins de dosimetria da reprimenda.

Inúmeros julgados tem primado pela aplicação da pena do artigo 33 da Lei de Drogas considerando que a pena do delito previsto no art. 273 do CP - com a redação que lhe deu a Lei nº 9.677, de 02 de julho de 1998 - (reclusão, de 10 (dez) e 15 (quinze) anos, e multa) deveria, por ser excessivamente severa, ficar reservada para punir somente aquelas condutas que exponham a sociedade e a economia popular a “enormes danos”. Neste sentido:

PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. FORMA EQUIPARADA. ART. 273, § 1º-B, I, V E VI, DO CP. INTRODUÇÃO EM TERRITÓRIO NACIONAL DE COMPRIMIDOS DE CYTOTEC. PENA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO. PARÂMETRO. DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES.(...) 2. **A pena do delito previsto no art. 273 do CP - com a redação que lhe deu a Lei nº9.677, de 02 de julho de 1998 - (reclusão, de 10 (dez) e 15 (quinze) anos, e multa) deve, por excessivamente severa, ficar reservada para punir apenas aquelas condutas que exponham a sociedade e a economia popular a 'enormes danos' (exposição de motivos).** Nos casos de fatos que, embora censuráveis, não assumam tamanha gravidade, deve-se recorrer, tanto quanto possível, ao emprego da analogia em favor do réu, recolhendo-se, no corpo do ordenamento jurídico, parâmetros razoáveis que autorizem a aplicação de uma pena justa, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade. **'A criação de solução penal que descriminaliza, diminui a pena, ou de qualquer modo beneficia o acusado, não pode encontrar barreira para a sua eficácia no princípio da legalidade, porque isso seria uma ilógica solução de aplicar-se um princípio contra o fundamento que o sustenta'** (Fábio Bittencourt da Rosa. In Direito Penal, Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 04). Hipótese em que ao réu, denunciado por introduzir, no território nacional, 200 comprimidos de Cytotec, medicamento desprovido de registro e de licença do órgão de Vigilância Sanitária competente (art. 273, § 1º-B, incisos I, V, e VI, do CP), foi aplicada a pena de 03 anos de reclusão (vigente ao tempo dos fatos em apuração), **adotado, como parâmetro, o delito de tráfico ilícito de entorpecentes, o qual tem como bem jurídico tutelado também a saúde pública.**" (TRF4, EINACR 2006.70.02.001187-1, Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 27-6-2008) (grifo nosso)

PENAL. ART. 273, § 1º-B, INCISOS I, III E VI, DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N.º 9.677/98, QUE ACRESCENTOU O § 1º-A E § 1º-B AO DISPOSITIVO LEGAL. INVIABILIDADE. DIAS-MULTA. SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. OMISSÃO. DOSIMETRIA INCOMPLETA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INVIABILIDADE. NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA. 1. **Posicionamento desta Corte Regional de que somente se justifica a aplicação da pena abstratamente cominada ao tipo penal quando a conduta imputada possa gerar grandes danos ao bem jurídico tutelado. Ausente tamanha gravidade, resta inviabilizada a aplicação da reprimenda fixada pelo legislador, eis que visivelmente desproporcional à conduta praticada, razão pela qual se tem admitido a limitação da pena a ser concretamente fixada, tomando como parâmetro o apenamento previsto para o tráfico de entorpecentes na época em que cometido o fato (art. 12 da Lei 6.368/76).** 2. Fato que não implica o reconhecimento da inconstitucionalidade integral da Lei n.º 9.677/98, na medida em que a tipificação das condutas atende à escolha calcada em motivos de política criminal do contexto histórico vigente, não havendo impedimento que conduta

punida administrativamente torne-se penalmente relevante, caso se verifique a ineficácia da primeira forma de repressão. 3. Comprovado que o réu, de maneira livre e consciente, internou em solo nacional produtos de origem estrangeira destinados a fins terapêuticos ou medicinais, sem registro, sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização e, ainda, adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente, resta caracterizada a conduta descrita no tipo do artigo 273, § 1º - B, incisos I, III e VI, do Código Penal. 4. Manutenção do número de dias-multa conforme pena abstratamente cominada ao delito de tráfico de entorpecentes vigente à época do fato (art. 12 da Lei 6.368/76). 5. Ausência de análise da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, caracterizando a dosimetria incompleta da reprimenda. 6. Omissão que não pode ser suprida nesta instância, sob pena de supressão de um grau de jurisdição. 7. Nulidade parcial da sentença, que contraria o princípio constitucional da individualização da pena. (TRF-4 - ACR: 5860 PR 2006.70.02.005860-7, Relator: TADAAQUI HIROSE, Data de Julgamento: 17/03/2009, SÉTIMA TURMA) (grifo nosso)

A decisão do STJ na Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus nº 239.363-PR é considerada paradigmática, de maneira que parte dos julgados dos tribunais regionais federais tem buscado a uniformização tendo esta deliberação por base.<sup>69</sup>

Para os defensores da aplicação da pena do crime de tráfico, seria preciso renunciar ao formalismo jurídico e às interpretações convencionais em respeito à justiça material, a fim de que a pena aplicável não seja demasiadamente severa ou branda. Em outras palavras, o artigo 273 não estaria em sintonia com o sistema penal brasileiro e, caso fosse utilizado pelos juízes sem qualquer ponderação, seria contrário a uma interpretação sistemática da legislação penal. Neste ponto é perfeitamente possível concordar com tal corrente, em razão de, conforme explanado anteriormente, ser patente a violação ao princípio da proporcionalidade, e, considerando tal ofensa, o judiciário não deve permitir que se aplique pena contrária aos princípios constitucionais.

Ocorre que, apesar de ser possível aos órgãos judiciários não aplicarem a pena prevista no preceito secundário e, para tanto, adotar sanção destinada a crime semelhante, esta saída apresenta muitos riscos e encontra inúmeras críticas.

O maior problema deste expediente residiria na utilização inadequada da analogia. Realmente, a analogia não é vedada no direito penal. Entretanto, a utilização deste método dependeria da ausência de legislação, da inoperância do Poder Legislativo, de modo que o Judiciário deva suprir a vontade do legislador<sup>70</sup>, sendo que a situação em estudo é a de uma norma marcada pela nulidade, e não de uma omissão por parte do legislador.

---

<sup>69</sup>BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 50024209820114047002. Relator: Desembargador Victor Luiz dos Santos Laus. Porto Alegre, 14 jan. 2015. **Diário Eletrônico do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, 15 dez. 2014. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/162925985/apelacao-criminal-acr-50024209820114047002-pr-5002420-9820114047002>>. Acesso em: 02 set. 2015.

<sup>70</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. 775 p.

Muito embora seja forte o argumento da vedação à analogia no caso em análise, não se pretende advogar que o judiciário deva permanecer paralisado frente a tamanha problemática, pois, conforme explanado no capítulo anterior, o Poder Legislativo, ao editar a Lei nº 9.677/98, acabou desobedecendo os princípios que regem a sua atuação, de maneira que não deve ser defendida a inércia de juízes e tribunais frente a tamanha inconstitucionalidade. Ocorre que muito se critica este tipo de solução, principalmente considerando o forte ativismo judicial que tem marcado o país.

Realmente, juízes e tribunais são obrigados, neste caso, a agir positivamente, enfrentando a problemática e impedindo a aplicação de uma pena severa que desrespeita os limites impostos pelo ordenamento. De fato, é uma situação complexa, e não deveria ser o Poder Judiciário a resolvê-la, sendo que a gravidade do caso impõe esta atuação.

Deve-se ter em mente, não obstante, que a realização da Constituição passa pela atividade intelectual de interpretar e aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, sendo que, muitas vezes, é necessário abraçar competência que originalmente pertencem a outros Poderes.<sup>71</sup> O problema nesta postura seria a substituição da vontade do soberano, que criou a lei, pela vontade do intérprete.

Contudo, a omissão, seja administrativa ou legislativa, frente ao dever de dar efetividade à Constituição, não pode ser apoiada por outra omissão, qual seja a do Judiciário frente a este dever. Sendo assim, ainda que se considere nocivo, o ativismo judicial representa a insuficiência do Estado em atender aos anseios da sua população, bem como em buscar a realização dos objetivos que lhe foram postos, sendo considerado, muitas vezes, uma “patologia constitucional”.<sup>72</sup>

É preciso frisar que embora comumente se defenda, como se colhe dos arestos acima transcritos, a aplicação do preceito primário do artigo 273 em conjunto com o preceito secundário da legislação que versa sobre crime de tráfico de entorpecentes, tal decisão não pode ser tomada por órgão fracionário, quando se tratar de tribunal.

Isto, pois o Superior Tribunal de Justiça considera que esta saída implica na declaração de inconstitucionalidade da norma pela via oblíqua, o que é vedado fazê-lo pelo órgão fracionário dos Tribunais, como se extrai das seguintes ementas:

---

<sup>71</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-57, jan./jun. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 03 set. 2015.

<sup>72</sup> TEIXEIRA, 2012

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 APRECIÇÃO 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. (HC 201200764901, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:18/12/2012 ..DTPB:.) (grifo nosso)

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS (ART. 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL). CONDENAÇÃO, NA CORTE DE ORIGEM, À PENA COMINADA AO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, POR ANALOGIA IN BONAM PARTE. ALEGADA VIOLAÇÃO, NO CASO CONCRETO, AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DA NORMA SEM DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONFIGURADA OFENSA À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. SÚMULA VINCULANTE N.º 10 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA NE REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA PELA CORTE DE ORIGEM. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO, FICANDO OS PEDIDOS FORMULADOS NO WRIT PREJUDICADOS. 1. Em evidente *contradictio in abstracto*, a Corte originária assentou, de um lado, a constitucionalidade do art. 273 do Código Penal, e reconheceu, de outro, violação ao princípio da proporcionalidade na pena cominada ao delito. Por conseguinte, afastou a incidência de parte da norma (pena) sob o fundamento de que, no caso concreto, a conduta do acusado não implicava grande potencial lesivo à saúde pública ou à economia popular, aplicando em seu lugar a reprimenda referente ao delito de tráfico ilícito de drogas. 2. **"Reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição"** (RE 240.096, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 21.05.1999.). 3. **Violação à cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal, muito claro em estabelecer que os tribunais somente poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por deliberação do seu Pleno ou de Órgão Especial. Entendimento da Súmula Vinculante n.º 10 do Supremo Tribunal Federal (...)** (HC 201000567498, LAURITA VAZ, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:11/09/2013 ..DTPB:.) (grifo nosso)

Todavia, outras duas críticas devem ser feitas a este expediente. Primeiramente, deve-se ter em vista que esta solução ainda não é a mais adequada, sendo que a melhor saída para o caso deveria, necessariamente, começar pela total declaração da inconstitucionalidade do tipo em estudo, não somente de seu preceito secundário. Em conformidade com o exposto no capítulo anterior, todo o artigo 273 está permeado por inconstitucionalidades, sendo que a



pena absurdamente elevada é apenas uma delas. A aplicação do preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343 de 2006 resolve, e de maneira precária, apenas parte do problema.

A solução é débil, ainda, por conta da gravidade da pena empregada ao delito de tráfico de drogas. Muito embora a pena prevista para o artigo 33 da lei 11.343 de 2006 seja mais benéfica que aquela prevista para o crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa), principalmente em se considerando a aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, §4º, tem-se que a pena imposta ainda se revela descompassada. Isto, especialmente, se for considerado o fato de o crime previsto no art. 273 conter, dentro das diversas condutas que criminaliza, infrações que pressupõem apenas a nocividade negativa. Ademais, a incoerência ainda se revela quando seria, em tese, possível punir alguém que falsificou um batom com pena mínima de 5 (cinco) anos, o que independeria da existência de qualquer tipo de dano físico ao consumidor, bem como condutas que consistem em meros ilícitos administrativos receberiam penas de um crime considerado hediondo.

A situação de desproporção também estaria visível ao se comparar os crimes previstos no art. 273 com aqueles que geram perigo concreto ou efetivo dano à saúde e integridade física dos indivíduos, como o citado crime de lesão corporal de natureza grave (pena de um a cinco anos).

Ainda que criticável, esta solução é bem mais interessante que a proposta de simplesmente aplicar a pena prevista no art. 273. A escolha do preceito secundário do artigo 33 da Lei nº 11.343 de 2006, apesar de ainda contemplar sanção elevada, tem sido considerada razoável, pois se trata igualmente de crime hediondo, de perigo abstrato e cujo bem jurídico tutelado é a saúde pública. Na decisão proferida na Arguição de Inconstitucionalidade em Habeas Corpus nº 239.363, o Ministro Sebastião Reis Júnior citou ainda precedente em que a Sexta Turma, ao julgar caso semelhante, decidiu promover “ajuste principiológico” da norma, ante a desproporcionalidade da pena.<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 915442 SC. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Vilma Maria Segalin. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 14 dez. 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 1 fev. 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19128347/recurso-especial-resp-915442-sc-2007-0010944-9-stj>>. Acesso em: 03 set. 2015.

### 4.3 Desclassificação para o artigo 334-A do Código Penal

Situação especial, que conta com uma solução diferenciada aplicada comumente pelos tribunais, é o caso da importação de medicamentos sem prévio controle ou permissão do órgão competente (portanto, importação proibida), mas sem especial potencial lesivo à saúde pública pela pequena quantidade.

Para esta infração, entende-se que o tratamento para os fatos deve ser diferenciado, subsumindo-se a conduta no crime de contrabando, norma geral de punição à importação de produto proibido, previsto no artigo 334-A do Código Penal, conforme julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0009233-71.2007.404.7002/PR, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja ementa, muito didática, se transcreve a seguir:

EMBARGOS INFRINGENTES. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTOS SEM PRÉVIO CONTROLE OU PERMISSÃO DO ÓRGÃO COMPETENTE. PEQUENA QUANTIDADE. CONTRABANDO. ATENUANTE DA CONFISSÃO. RECONHECIMENTO. REDOSAGEM DA PENA PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA. 1. Tratando-se de importação de **pequena quantidade** de medicamentos sem prévio controle/permissão do órgão competente (portanto, importação proibida), mas **sem especial potencial lesivo à saúde pública, tem-se por configurado o crime de contrabando (art. 334 CP), norma geral de punição à importação de produto proibido, afastando-se a configuração do delito tipificado no art. 273, § 1º-B, CP.** 2. A característica de potencialidade lesiva à saúde pública da conduta do réu já foi considerada, no momento da fixação da pena-base, na análise do vetor culpabilidade, que foi valorado negativamente. Assim sendo, utilizar a característica da potencialidade lesiva à saúde da conduta também para atribuir valor negativo ao vetor consequências implicaria bis in idem. 3. (...) Embargos infringentes providos. (TRF4, EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 0009233-71.2007.404.7002, 4ª Seção, Juiz Federal JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, POR MAIORIA) (grifo nosso)

Esta solução não depende da declaração de inconstitucionalidade do artigo 273. É uma saída que reside na adequação típica, e não na declaração de inconstitucionalidade do preceito legal (seja primário ou secundário), tampouco na aplicação da legislação de crimes de tráfico de entorpecentes (no preceito secundário). Sendo assim, não haveria necessidade de guardar, nesse caso, reserva de plenário, prevista no artigo 97 da Constituição Federal de 1988.

Destarte, para que ocorra a desclassificação da conduta do artigo 273, §1º-B, I para o artigo 334-A do Código Penal, (i) a conduta deve ser de importação dos produtos sem que haja prévio controle ou permissão do órgão competente, (ii) deverá consistir em uma importação de pequena quantidade e (iii) não deve haver potencial lesivo à saúde pública.

#### 4.4 Atipicidade da conduta e absolvição

Por força do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, considera-se crime a infração penal a qual a lei cominou pena de reclusão ou detenção, isolada, alternativa ou cumulativamente com a pena de multa, sendo considerada contravenção a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Assim sendo, tendo em vista a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, deve-se considerar a possibilidade de o fato haver perdido seu caráter de ilícito penal e a conduta do agente, se não for passível de desclassificação para o tipo do artigo 334 do Código Penal, ser atípica, com base no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

Os defensores de tal expediente partem da impossibilidade de que uma lei penal venha a tipificar uma conduta deixando de efetuar a pena abstrata para a mesma, considerando descabida a atitude do intérprete que, em um esforço incomensurável, venha a utilizar a pena já prevista para outro crime sem qualquer teleologia entre as leis. A lei penal deveria, para não ferir o princípio da legalidade, dizer a conduta proibida (norma implícita) e puni-la exemplarmente.<sup>74</sup>

Um dos problemas com tal conclusão é a questão de o comportamento do infrator, em alguns crimes previsto pelo artigo em estudo, ainda ser relevante, mesmo que exista um juízo de diminuta reprovabilidade no caso concreto. Sendo assim, ainda nesta situação o juízo de tipicidade é positivamente realizado pelo intérprete, de maneira que é impreciso dizer que não há tipicidade nesses casos.<sup>75</sup>

Essa saída não apresenta significativo apoio na jurisprudência, sendo que os registros de sua utilização estão principalmente em juízos de 1º grau. Como exemplo, transcreve-se parte de decisão de primeira instância, a qual foi citada em acórdão do STJ no Agravo Regimental no Recurso Especial 1245705-RS, cuja relatoria é da Ministra Maria Thereza de Assis Moura:<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> PONTES, Bruno Cezar da Luz. Crime sem pena. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3044>>. Acesso em: 4 set. 2015.

<sup>75</sup> RAMALHO, Andréa Ávila. **Princípio da insignificância**: considerações sobre atipicidade material e desproporcionalidade da pena. 2013. 69 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <[http://bdm.unb.br/bitstream/10483/6848/1/2013\\_AndreaAvilaRamalho.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/6848/1/2013_AndreaAvilaRamalho.pdf)>. Acesso em: 05 out. 2015.

<sup>76</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.245.705 - RS. Ministério Público Federal. Silvana Aparecida Cardoso. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 24

**Também inviável a condenação pelo crime do artigo 273, parágrafo 1º-B do Código Penal, pela inconstitucionalidade da reprimenda prevista, para o caso concreto.**

Finalizo, referindo que a espécie indica exercício típico do controle difuso de constitucionalidade, na medida em que não me comprometo com a tese de que o tipo penal em si se mostra inconstitucional - nem poderia fazê-lo, porque já aí se tem análise abstrata, desgarrada de um dado caso concreto.

Dá-se, isto sim, no caso, que o fato da denúncia, amoldado embora ao dispositivo legal, **estaria a ensejar uma reprimenda flagrantemente desproporcional que, afastada, não permite ao magistrado escolher outra qualquer que seja para suplantar o vácuo.**

Em suma, **para o caso concreto, declara-se a inconstitucionalidade da pena prevista para o delito imputado à ré, de maneira que a sua absolvição é medida que se impõe.**

Diante do exposto, julgo improcedente o pedido formulado na denúncia para absolver SILVANA APARECIDA CARDOSO tanto pelo tipo penal do artigo 273, parágrafo 1º-B quanto pelo crime do artigo 12 da Lei n. 6.368/76, com base no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. (grifo nosso)

A absolvição da ré foi mantida em segunda instância, mas os argumentos que deram suporte à decisão em sede de apelação foram diversos, quais sejam o fato de o princípio ativo do medicamento estar excluído da abrangência do artigo 12 da Lei n.º 6.368/76, bem como inexistência laudo técnico que comprovasse a real existência da substância medicamentosa.<sup>77</sup>

Outro problema evidente em tal saída é o menosprezo a um dos bens mais caros ao cidadão, qual seja a saúde pública, pois é inegável, como dito, que existe, em várias condutas descritas no artigo 273, potencialidade lesiva ao mesmo.

Ademais, como dito, o ideal é que o tipo penal do artigo 273 seja declarado inconstitucional como um todo, de modo que nem mesmo o preceito primário subsista. Desta maneira, o que aconteceria seria a reentrada em vigor da legislação revogada, de modo que haveria tipicidade da conduta nos termos da antiga redação do artigo, em seu preceito primário e secundário.

---

de janeiro de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 04 nov. 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24658667/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1245705-rs-2011-0072925-2-stj/inteiro-teor-24658668>>. Acesso em: 04 set. 2015.

<sup>77</sup> APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. ART. 273, §1º-B, CP. TRÁFICO DE DROGAS. REPASSE DE MEDICAMENTO ABORTIVO. CYTOTEC. AUSÊNCIA DE LAUDO TÉCNICO. Conforme se depreende do conjunto probatório dos autos, procedeu a acusada à compra e ao envio de medicamento de uso controlado para a sua irmã, a qual lhe havia requerido a substância a fim de repassá-la a outrem. Encontrando-se o princípio ativo do medicamento excluído da abrangência do artigo 12 da Lei n.º 6.368/76, bem como inexistindo laudo técnico que comprove a real existência da substância medicamentosa, impende ser mantida, por fundamento diverso, contudo, a absolvição da denunciada, nos termos do art. 386, III, do CPP. APELO NÃO ACOLHIDO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70023543978. Apelante: Ministério Público. Apelada: Silvana Aparecida Cardoso. Relator: Cláudio Baldino Maciel, Segunda Câmara Criminal. Porto Alegre, 19/05/2010. **Diário da Justiça do dia**, Porto Alegre, 19 jul. 2010.)

Assim, por menosprezar um bem jurídico de relevância constitucional e por partir da declaração de inconstitucionalidade somente do preceito secundário do tipo penal em análise, esta corrente não deverá ser seguida.

#### 4.5 A reentrada em vigor da legislação revogada

Consoante exposto ao longo dos capítulos deste trabalho acadêmico, não é possível deixar de observar que a chamada Lei dos Remédios (Lei nº. 9.677/98), que deu a atual redação ao artigo 273 do CP, nasceu a partir de alguns casos concretos, ao gosto da conveniência política daquele momento. Assim, editada às pressas, a lei veicula evidentes inconstitucionalidades na redação dada ao 273 do Código Penal, principalmente no que tange à quantidade de pena mínima prevista em seu preceito secundário e quanto ao tratamento isonômico que dispensa a condutas que reclamam tratamento diferenciado.

No ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que a questão da constitucionalidade das leis situa-se no plano da validade dos atos jurídicos. Desta maneira, a lei inconstitucional é uma lei nula. Tratando sobre o tema, Luís Roberto Barroso<sup>78</sup> explica que da premissa da nulidade da lei inconstitucional, resultam duas consequências práticas, quais sejam a natureza declaratória da decisão que reconhece a inconstitucionalidade e os efeitos *ex tunc* da decisão que pronuncia o vício de inconstitucionalidade, uma vez que o vício é congênito à lei.

No que se refere aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no controle difuso, também será nula a lei inconstitucional. Assim, o juiz, ao decidir a lide, após reconhecer determinada norma como inconstitucional, deve dar a essa conclusão eficácia retroativa *ex tunc*. Transitada em julgado a decisão, a mesma estará revestida da autoridade de coisa julgada. Sua eficácia subjetiva será, todavia, limitada às partes do processo, nos termos do artigo 472 do Código de Processo Civil.<sup>79</sup>

Frise-se que, conforme explica Gilmar Mendes<sup>80</sup>, a inconstitucionalidade de uma lei pode levar diferentes variantes de declaração de nulidade, dentre as quais a declaração de nulidade total como expressão de unidade técnico-legislativa, declaração de nulidade total em virtude da dependência ou interdependência entre as partes constitucionais e inconstitucionais da lei, declaração de nulidade parcial e a declaração parcial de nulidade sem redução de texto.

---

<sup>78</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Livro digital. 1953 p.

<sup>79</sup> BARROSO, 2012, p. 566

<sup>80</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 504 p. Livro Digital ISBN 978-85-02-20981-7.

Esta compreensão é relevante na medida em que a Lei nº 9.677/98 modificou não somente os artigos 272 e 273 do Código Penal, mas trouxe nova redação para os artigos 274, 275, 276 e 277, sobre os quais não existem maiores discussões acerca da constitucionalidade. Haja vista situações como esta, a doutrina e a jurisprudência admitem a teoria da divisibilidade da lei, de maneira que o Tribunal somente deve proferir a inconstitucionalidade daquelas normas viciadas, não devendo estender o juízo de censura às outras partes da lei, exceto no caso de não puderem subsistir de forma autônoma.<sup>81</sup> Assim, não há impedimento para a declaração da inconstitucionalidade da norma que modificou a redação do artigo 273, prevista na Lei nº 9.677/98.

Como consequência da teoria da nulidade do ato inconstitucional, tem-se o efeito repristinatório, admitido desde a égide da Constituição anterior<sup>82</sup>. O efeito repristinatório indica que a norma declarada inconstitucional não foi apta para revogar validamente a lei anterior que tratava da mesma matéria, porque é nula desde seu nascedouro. Assim, o ato normativo pretensamente revogado pela norma inconstitucional deve se manter em vigor, pois o que ocorre nesses casos é apenas mera pretensão da norma nula revogar outra norma.<sup>83</sup>

Não se deve confundir, contudo, repristinação e efeito repristinatório. Conforme Clèmerson Merlin Clève, citado por Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira<sup>84</sup>, o efeito repristinatório seria o fenômeno da reentrada em vigor da norma aparentemente revogada. A repristinação, diferentemente, estaria baseada na reentrada em vigor da norma efetivamente

<sup>81</sup> MENDES, 2014.

<sup>82</sup> Nesse sentido, ADI nº 2.621 MC / DF, de relatoria do Min. Celso de Melo: “A declaração de inconstitucionalidade *in abstracto*, de um lado, e a suspensão cautelar de eficácia do ato reputado inconstitucional, de outro, importam - considerado o efeito repristinatório que lhes é inerente - em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato. Esse entendimento - hoje expressamente consagrado em nosso sistema de direito positivo (Lei nº 9.868/99, art. 11, § 2º) -, além de refletir-se no magistério da doutrina (ALEXANDRE DE MORAES, “Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais”, p. 272, item n. 6.2.1, 2000, Atlas; CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, “A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, p. 249, 2ª ed., 2000, RT; CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS, “Comentários à Constituição do Brasil”, vol. 4, tomo III/87, 1997, Saraiva; ZENO VELOSO, “Controle Jurisdicional de Constitucionalidade”, p. 213/214, item n. 212, 1999, Cejup), **também encontra apoio na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, desde o regime constitucional anterior (RTJ 101/499, 503, Rel. Min. MOREIRA ALVES - RTJ 120/64, Rel. Min. FRANCISCO REZEK), vem reconhecendo a existência de efeito repristinatório nas decisões desta Corte Suprema, que, em sede de fiscalização normativa abstrata, declaram a inconstitucionalidade ou deferem medida cautelar de suspensão de eficácia dos atos estatais questionados em ação direta** (RTJ 146/461-462, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.028-DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES - ADI 2.036-DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES - ADI 2.215-PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO). (grifo nosso)

<sup>83</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. O efeito repristinatório na declaração de inconstitucionalidade. **Atualidades Jurídicas**: Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade de Educação São Luís, Jaboicabal/SP, ano V, n. V, p.35-46, dez. 2009. Disponível em: <<http://www.saoluis.br/arq/artigo200902.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2015.

<sup>84</sup> CLÈVE, 2000, p. 250 *apud* FERREIRA, 2009, p. 40.

revogada em função da revogação (mas não da anulação) da norma revogadora. A repristinação é, em regra, vedada no direito brasileiro, o efeito repristinatório é perfeitamente aplicável nas decisões de inconstitucionalidade. Neste sentido, tem-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI REVOGADORA. EFICÁCIA EX TUNC. INAPTIDÃO DA LEI INCONSTITUCIONAL PARA PRODUZIR QUAISQUER EFEITOS. INOCORRÊNCIA DE REVOGAÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E REVOGAÇÃO DE LEI. 1. O vício da inconstitucionalidade acarreta a nulidade da norma, conforme orientação assentada há muito tempo no STF e abonada pela doutrina dominante. Assim, a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma, mediante sentença de mérito em ação de controle concentrado, tem efeitos puramente declaratórios. Nada constitui nem desconstitui. Sendo declaratória a sentença, a sua eficácia temporal, no que se refere à validade ou à nulidade do preceito normativo, é ex tunc. 2. A revogação, contrariamente, tendo por objeto norma válida, produz seus efeitos para o futuro (ex nunc), evitando, a partir de sua ocorrência, que a norma continue incidindo, mas não afetando de forma alguma as situações decorrentes de sua (regular) incidência, no intervalo situado entre o momento da edição e o da revogação. 3. A não-repristinação é regra aplicável aos casos de revogação de lei, e não aos casos de inconstitucionalidade. É que a norma inconstitucional, porque nula ex tunc, não teve aptidão para revogar a legislação anterior, que, por isso, permaneceu vigente. 4. No caso dos autos, foi declarado inconstitucional o art. 25, § 2º, da Lei 8.870/94, que determinava a revogação do art. 22, I, da Lei 8.212/90, alterando a base de incidência da contribuição da folha de pagamentos para o faturamento. Não tendo essa lei, porém, face ao reconhecimento de sua inconstitucionalidade, jamais sido apta a realizar o comando que continha, viveu e vige, desde a sua edição até os dias atuais, o art. 22, inciso I, da Lei 8.212/90, que determina que as empresas de atividade rural recolham a contribuição sobre a folha de salários. 5. Embargos de divergência parcialmente conhecidos, e nesta parte, não providos. (EREsp 445.455/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/11/2005, DJ 05/12/2005, p. 208)

Desta feita, ao se considerar a declaração de inconstitucionalidade e a consequente nulidade da Lei nº 9.677/98, na parte em que confere nova redação do artigo 273 do Código Penal, não ocorrerá a repristinação da lei anterior (artigo 2º, §3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), mas a reentrada em vigor da legislação pretensamente revogada, tendo em vista o efeito repristinatório, com base no princípio da nulidade do ato inconstitucional. Conforme exposto anteriormente, para este princípio implícito, o ato inconstitucional nasce eivado de nulidade, uma vez que é declaratória a decisão que reconhece a inconstitucionalidade.<sup>85</sup>

Assim, a repristinação somente é permitida caso exista previsão legislativa expressa, por vedação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, artigo 2º, parágrafo 3º, consistindo em um fenômeno legislativo, o qual está baseado no conceito de

---

<sup>85</sup> MENDES; BRANCO, 2011

vigência. O efeito repristinatório, por sua vez, decorre da declaração de nulidade de um ato normativo, o qual não revogou validamente outro, envolvendo duas leis e a decisão judicial da inconstitucionalidade.

O efeito é previsto expressamente no artigo 11, §2º da lei 9.868/99 (dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal) para os casos de deferimento de medida cautelar. Contudo, conforme explicado anteriormente, esse efeito decorre da nulidade do ato inconstitucional, sendo, por isso, aplicável às decisões de mérito. Nesse sentido, os tribunais superiores têm firmado entendimento:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - A QUESTÃO PERTINENTE AO MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL: UMA REALIDADE INSTITUCIONAL QUE NÃO PODE SER DESCONHECIDA - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE O MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL SER SUBSTITUÍDO, NESSA CONDIÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMUM DO ESTADO-MEMBRO - ACÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. OS ESTADOS-MEMBROS, NA ORGANIZAÇÃO E COMPOSIÇÃO DOS RESPECTIVOS TRIBUNAIS DE CONTAS, DEVEM OBSERVAR O MODELO NORMATIVO INSCRITO NO ART. 75 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA . (...) O preceito consubstanciado no art. 130 da Constituição reflete uma solução de compromisso adotada pelo legislador constituinte brasileiro, que preferiu não outorgar, ao Ministério Público comum, as funções de atuação perante os Tribunais de Contas, optando, ao contrário, por atribuir esse relevante encargo a agentes estatais qualificados, deferindo-lhes um "status" jurídico especial e ensejando-lhes, com o reconhecimento das já mencionadas garantias de ordem subjetiva, a possibilidade de atuação funcional exclusiva e independente perante as Cortes de Contas. A QUESTÃO DA EFICÁCIA REPRISTINATÓRIA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE "IN ABSTRACTO" . - **A declaração final de inconstitucionalidade, quando proferida em sede de fiscalização normativa abstrata, importa - considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente - em restauração das normas estatais anteriormente revogadas pelo diploma normativo objeto do juízo de inconstitucionalidade, eis que o ato inconstitucional, por juridicamente inválido (RTJ 146/461-462), não se reveste de qualquer carga de eficácia derogatória.** Doutrina. Precedentes (STF). (STF - ADI: 2884 RJ , Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 02/12/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 20/05/2005 PP-00005 EMENT VOL-02192-03 PP-00379 RTJ VOL-00194-02 PP-00504) (grifo nosso)

EMEN: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DEFINITIVO DE ADMISSIBILIDADE EM RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA DO STJ. DISPOSITIVOS APONTADOS COMO VIOLADOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO RURAL. EMPREGADOR RURAL PESSOA FÍSICA. EFEITO REPRISTINATÓRIO DO ATO NORMATIVO REVOGADO POR LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O Tribunal de origem é responsável pela realização do juízo provisório de admissibilidade, inexistindo vinculação do STJ, a quem cabe a realização do juízo definitivo de admissibilidade do recurso especial. 2. O recurso especial não merece ser conhecido em relação a questão que não foi tratada no acórdão recorrido, sobre a



qual nem sequer foram apresentados embargos de declaração, ante a ausência do indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356 do STF, por analogia). 3. Vale destacar que se a suposta violação à legislação infraconstitucional surge no julgamento da apelação, é indispensável a interposição dos embargos de declaração, com o intuito de provocar o Tribunal de origem a se manifeste sob a questão, sob pena de não resta atendido o requisito do prequestionamento. 4. **O efeito repristinatório é uma consequência da declaração de inconstitucionalidade, pois a lei declarada inconstitucional não possui eficácia derogatória. Ocorre a reentrada em vigor da norma aparentemente revogada. Precedentes do STJ.** 5. Agravo regimental não provido... EMEN: (AGRESP 201402823364, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:19/12/2014...DTPB) (grifo nosso)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEGISLAÇÃO ESTADUAL PERTINENTE À EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE LOTÉRICA - DISCUSSÃO SOBRE A COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE O TEMA REFERENTE A SISTEMAS DE SORTEIOS - MATÉRIA SUBMETIDA AO REGIME DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO (CF, ART. 22, INCISO XX) (...) - AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. LEGISLAÇÃO PERTINENTE A SISTEMAS DE SORTEIOS - MATÉRIA SUBMETIDA AO REGIME DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO (CF, ART. 22, INCISO XX) - NORMAS ESTADUAIS QUE DISCIPLINAM A ATIVIDADE LOTÉRICA - USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL CARACTERIZADA - PRECEDENTES. (...) A declaração de inconstitucionalidade "in abstracto", considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente (RTJ 120/64 - RTJ 194/504-505 - ADI 2.867/ES, v.g.), importa em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato. **É que a lei declarada inconstitucional, por incidir em absoluta desvalia jurídica (RTJ 146/461-462), não pode gerar quaisquer efeitos no plano do direito, nem mesmo o de provocar a própria revogação dos diplomas normativos a ela anteriores. Lei inconstitucional, porque inválida (RTJ 102/671), sequer possui eficácia derogatória. 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, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "Informativo/STF" nº 224, v.g.).** - Considerações em torno da questão da eficácia repristinatória indesejada e da necessidade de impugnar os atos normativos, que, embora revogados, exteriorizem os mesmos vícios de inconstitucionalidade que inquinam a legislação revogadora. - Ação direta que impugna, não apenas a Lei estadual nº 1.123/2000, mas, também, os diplomas legislativos que, versando matéria idêntica (serviços lotéricos), foram por ela revogados. Necessidade, em tal hipótese, de impugnação de todo o complexo normativo. Correta formulação, na espécie, de pedidos sucessivos de declaração de inconstitucionalidade tanto do diploma ab-rogatório quanto das normas por ele revogadas, porque também eivadas do vício da ilegitimidade constitucional. Reconhecimento da inconstitucionalidade desses diplomas legislativos, não obstante já revogados. (ADI 3148, CELSO DE MELLO, STF, Plenário, 13.12.2006. Data de publicação: 27/09/2007) (grifo nosso)

Trata-se agravo cujo objeto é decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário interposto contra acórdão da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim do: "TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO RURAL. EMPREGADOR RURAL PESSOA FÍSICA. INCONSTITUCIONALIDADE. SUPERPOSIÇÃO DE INCIDÊNCIAS. BASE DE CÁLCULO NÃO IDENTIFICADA COM RECEITA OU FATURAMENTO. INSTITUIÇÃO POR LEI COMPLEMENTAR. LEIS Nº 8.540/1992, 9.528/1997 E 10.256/2001. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/1998. EFEITO REPRISTINATÓRIO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. REVOGAÇÃO DO § 5º DO

ART. 22 DA LEI Nº 8.212/1991. CONTRIBUIÇÃO SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 363.852/MG, reconheceu a inconstitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre a comercialização da produção rural, quanto ao empregador rural pessoa física, prevista no artigo 25 da Lei 8.212/91. 2. Configura-se a superposição de incidências sobre a mesma base de cálculo, já que o produtor rural não enquadrado na categoria de segurado especial estaria obrigado a contribuir sobre o faturamento ou receita, nos termos do art. 195, I, da Constituição, e ainda sobre o resultado da comercialização da produção, segundo o disposto no § 8º do artigo 195 da CF (...)

**7. O entendimento firmado pela Corte Especial coaduna-se com o efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade, pois, anulando-se os atos praticados com base na norma inconstitucional, restaura-se a vigência da legislação anterior, aparentemente revogada pela lei inconstitucional (...)** Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, provejo o agravo e conheço do recurso extraordinário para determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que sejam observadas as disposições do art. 543-B, do CPC. Publique-se. Brasília, 27 de junho de 2014. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (STF - ARE: 811197 RS , Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 27/06/2014, Data de Publicação: DJe-148 DIVULG 31/07/2014 PUBLIC 01/08/2014) (grifo nosso)

É importante ressaltar que a Lei nº 9.868/99 permitiu ao STF dispor em contrário, não aplicando o efeito repristinatório, tendo em vista juízo de conveniência e oportunidade. No que se refere à medida cautelar, esta possibilidade está prevista expressamente no artigo 11, §2º da Lei nº 9.868/99. Para a decisão de mérito, esta possibilidade decorreria da cláusula geral de limitação dos efeitos, contida no art. 27 da mesma lei.<sup>86</sup>

O STF tem admitido, outrossim, a não repristinção no caso em que a norma a ser restaurada também padece de inconstitucionalidade.<sup>87</sup>

Destarte, considerando que declaração de inconstitucionalidade tem como efeito tornar a lei inconstitucional nula, seja no controle difuso, seja no controle concentrado, tem-se que a diferença entre um sistema e outro está apenas no âmbito da eficácia, porque, no

<sup>86</sup> BARROSO, 2012, p. 1247

<sup>87</sup> DECISÃO: Cuida-se de agravo regimental em ação direta na qual o Procurador-Geral da República, com fundamento no inciso VI do artigo 103 da Constituição do Brasil, pleiteia a declaração de inconstitucionalidade das alíneas "a" e "b" do inciso I do § 3º do artigo 71 da Constituição do Estado do Ceará, na redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional n. 54/2003, bem como a inconstitucionalidade do artigo 2º da referida emenda. 2. (...) 4. **Em decisão datada de 7 de dezembro de 2004, neguei seguimento à ação, porquanto a eventual declaração de inconstitucionalidade dos preceitos hostilizados restabeleceria a vigência do texto originário do artigo 71 da Constituição do Ceará, que é incompatível com a Constituição de 1988.** 5. Como acentuei na decisão agravada, o entendimento consolidado nesta Corte é de que, na ação direta que objetive impugnar preceito modificador de texto originário, que também seja expressamente conflitante com a Constituição, cabe ao requerente pleitear a inconstitucionalidade de ambos, sob pena de a ação ser considerada incabível. Destaquei precedentes. 6. É o relatório. Decido (...) 17. Reconhecida a impossibilidade de prosseguimento da ação direta, seria no mínimo ilógica, sua tramitação no tocante a um dos artigos impugnados, cuja redação só faz sentido se examinada em conjunto com aquele que não pôde sequer ser conhecido. Ante o exposto, nos termos do artigo 21, § 1º, RISTF e ante a ausência de interesse de agir da agravante, nego seguimento ao agravo regimental. Publique-se. Arquite-se. Brasília, 28 de fevereiro de 2005. Ministro EROS GRAU - Relator - (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3218. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessado: Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 28/02/2005. **Diário de Justiça**, Brasília, 07 mar. 2005, p. 48) (grifo nosso)

primeiro, o reconhecimento opera efeitos entre as partes do processo, enquanto, no segundo, o efeito é geral.<sup>88</sup>

Assim, quanto à aplicação do efeito repristinatório no controle difuso, o STF já se pronunciou favoravelmente, sendo que a aplicação da norma pretensamente revogada ocorrerá somente entre as partes:

ITBI: progressividade: L. 11.154/91, do Município de São Paulo: inconstitucionalidade. A inconstitucionalidade, reconhecida pelo STF (RE 234.105), do sistema de alíquotas progressivas do ITBI do Município de São Paulo (L. 11.154/91, art. 10, II), atinge esse sistema como um todo, devendo o imposto ser calculado, não pela menor das alíquotas progressivas, mas na forma da legislação anterior, cuja eficácia, em relação às partes, se restabelece com o trânsito em julgado da decisão proferida neste feito [...]<sup>89</sup>

Apesar das críticas doutrinárias que podem ser feitas em vista da segurança jurídica, caso não houvesse tal efeito, existiria uma lacuna legislativa sobre o tema, causando ainda mais insegurança no ordenamento. Assim, o efeito repristinatório é compatível com o princípio da segurança jurídica na medida em que viabiliza a certeza da norma aplicável sobre determinado assunto, sendo claro que um direito incerto é também um direito injusto, pois não é capaz de assegurar a fatos futuros um tratamento igual.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> TRIBUTÁRIO. QUESTÃO DE ORDEM. JULGAMENTO PELA 1ª SEÇÃO. PRESCRIÇÃO. CONTRIBUIÇÃO INCIDENTE SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO RURAL. PESSOA FÍSICA EMPREGADOR. INEXIGIBILIDADE. LEI Nº 10.256/2001. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. EFEITO REPRISTINATÓRIO. SELIC. HONORÁRIOS. 1. (...) 4. A declaração de inconstitucionalidade tem como efeito tornar a lei inconstitucional nula, seja no controle difuso, seja no controle concentrado. A diferença entre um sistema e outro reside no âmbito subjetivo de sua eficácia, porquanto, no primeiro, o reconhecimento opera efeitos entre as partes do processo, enquanto, no segundo, o efeito é geral. 5. Conseqüentemente, a lei inconstitucional não pode alterar o panorama normativo, pois nula desde o início. Desse modo, a declaração de invalidade da lei tem efeito repristinatório em relação à legislação que pretendia promover alteração ou revogar. Esse efeito repristinatório não se confunde com o fenômeno da repristinção da lei, pois, conforme pondera Clèmerson Melin Clève, o efeito repristinatório é "o fenômeno da reentrada em vigor da norma aparentemente revogada. Já a repristinção, instituto distinto, substanciaria a reentrada em vigor da norma efetivamente revogada em função da revogação (mas não anulação) da norma revogadora". Assim, enquanto o primeiro fenômeno tem aplicação no âmbito do controle de constitucionalidade, o segundo tem aplicação no plano da legislação, precisamente em relação à sucessão de leis no tempo. Precedentes do STF. (...) 11. Questão de ordem acolhida e apelação parcialmente provida.

(BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 5000552-77.2010.404.7210.

Apelantes: Jorge Armando Dal Piva e Jussara Salomoni Palagi Viccari. Apelado: UNIÃO - Fazenda Nacional. Relator: Otávio Roberto Pamplona, TRF4 – Segunda Turma. Porto Alegre, 24/10/2011. **Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, 04 nov. 2011.)

<sup>89</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 260.670-7-SP. Recorrente: Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais S/A. Recorrido: Município de São Paulo. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 18/04/2000. **Diário de Justiça**, Brasília, n. 101, 26 maio 2000.

No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1080081. RODOLFO LUIZ ROSSI. MUNICÍPIO DE CAMPINAS. Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 11 de janeiro de 2008. **Dje**. Brasília, 17 nov. 2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200801727508&dt\\_publicacao=17/11/2008](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801727508&dt_publicacao=17/11/2008)>. Acesso em: 06 out. 2015.

<sup>90</sup> FERREIRA, 2009.

Estando sedimentada a possibilidade de aplicação do efeito repristinatório nas decisões de inconstitucionalidade, não há empecilhos para que se defenda sua aplicação no caso de ser decidida a inconstitucionalidade do artigo 273 do Código Penal, em sede de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade.

Com este embasamento, é possível encontrar na doutrina e na jurisprudência quem defenda a declaração da inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.677 de 1998, na parte em que implicitamente revogou o preceito secundário anteriormente contido no artigo 273 do Código Penal. Para estes juristas, deve este mesmo preceito secundário de outrora vigor em sua redação original, como se jamais tivesse sido revogada, já que uma lei declarada inconstitucional, via de regra, não produz efeitos, possuindo a declaração, também de regra, ainda que em sede de controle difuso, efeitos retroativos *ex tunc*.<sup>91</sup> Sendo assim, a redação permaneceria conforme disposta pela Lei nº 9.677/98, exceto no que tange ao preceito secundário, o qual, após a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º desta lei no ponto em que o modifica, será afastado, de maneira que a conduta passaria a ser sancionada conforme a redação original.

Para estes doutrinadores, a grande preocupação é o ativismo judicial causado pelo recurso da analogia. Assim, a questão é que se a lei é inconstitucional por violação da proporcionalidade ou pelo excesso de proibição, aplica-se a anterior e não se estabelece uma analogia, porque a matéria está inserida no contexto penal.

Corroborando este entendimento, decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em sede de apelação criminal, cuja ementa se transcreve a seguir:

APELAÇÃO CRIMINAL - POSSE DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA COMPETENTE E DE PROCEDÊNCIA IGNORADA - RECURSO MINISTERIAL - CONDENAÇÃO - POSSIBILIDADE - PROVAS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE - PRECEITO SECUNDÁRIO DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL - DESPROPORCIONALIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO ÓRGÃO ESPECIAL - PENA CALCULADA DE ACORDO COM A ANTIGA REDAÇÃO DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL. - In casu, existindo provas suficientes de autoria e materialidade da prática do delito tipificado no artigo 273, § 1º-B, I e V, do Código Penal, a condenação do apelado é medida de rigor. - **Considerando a desproporcionalidade da pena cominada à espécie, bem como a decisão do Órgão Especial que reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 9.677/98, que alterou os preceitos secundários do artigo 272 e 273 do Código Penal, deve a pena ser calculada utilizando os parâmetros do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, em sua redação original.** (TJ-MG -

---

<sup>91</sup>PEIXOTO, Marcos; ROSA, Alexandre Moraes da. **Em torno da inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal e das consequências daí oriundas**. Disponível em: <[http://emporiododireito.com.br/em-torno-da-inconstitucionalidade-do-preceito-secundario-do-artigo-273-do-codigo-penal-e-das-consequencias-dai-oriundas-por-marcos-peixoto-e-alexandre-morais-da-rosa/#\\_ftn6](http://emporiododireito.com.br/em-torno-da-inconstitucionalidade-do-preceito-secundario-do-artigo-273-do-codigo-penal-e-das-consequencias-dai-oriundas-por-marcos-peixoto-e-alexandre-morais-da-rosa/#_ftn6)>. Acesso em: 04 set. 2015.

APR: 10480081178679001 MG , Relator: Júlio Cezar Gutierrez, Data de Julgamento: 13/03/2013, Câmaras Criminais / 4ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 22/03/2013) (grifo nosso)

No caso, o réu foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 273, §1º e §º-B do Código Penal, por ter em depósito, para fins de fornecimento a terceiros, certa quantidade dos medicamentos “Cytotec” e “Pramil” (sildenafil-50mg), sendo o Pramil de uso proscrito em território nacional, por não possuir registro junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, enquanto o Cytotec possui sua comercialização limitada aos estabelecimentos hospitalares.

O juízo de 1º grau, da Comarca de Patos de Minas-MG, havia julgado improcedente o pedido contido na denúncia, absolvendo o réu, com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Considerando, todavia, haver provas suficientes para a condenação, o Tribunal deu provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, condenando o acusado pela prática do delito tipificado no artigo 273, §1º e §º-B, I e V do Código Penal. Considerando, todavia, o julgamento do incidente de inconstitucionalidade nº 1.0480.06.084500-9/002, no qual o órgão especial do mesmo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273, aplicou-se, no caso, a pena prevista na legislação revogada.

Percebe-se, portanto, que no julgamento da apelação criminal não foi considerada integralmente a inconstitucionalidade do artigo 273, de maneira que o preceito primário modificado pela Lei dos Remédios foi aplicado, sendo a redação original utilizada apenas como parâmetro para a pena. Decisões nesse sentido partem da noção de que apenas o montante da sanção é inconstitucional, desconsiderando as outras inconsistências e afrontas à Carta Magna contidas no tipo. Uma vez considerado inconstitucional o artigo 273 em sua totalidade, não poderia subsistir nem mesmo a aplicação de seu preceito primário.

Se a mesma saída for utilizada para todos os outros crimes previstos no artigo 273, a solução será absolutamente inadequada na medida em que não consideraria as outras impropriedades e inconstitucionalidades contidas no tipo. Os já citados ilícitos tipicamente administrativos que o artigo 273 contempla, por exemplo, continuariam a ser punidos de acordo com a norma penal. A boa solução deveria partir da inconstitucionalidade do artigo enquanto um todo, uma vez que as soluções casuísticas não trazem a uniformidade necessária para a fundamental uniformidade jurisprudencial.

Corroborando esse entendimento, inclusive, a decisão do mesmo TJMG, na arguição de inconstitucionalidade nº 1.0480.06.084500-9/002<sup>92</sup>, oportunidade em que o Tribunal assentou a inconstitucionalidade dos artigos 272 e 273 do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 9677 de 1998. O incidente, então, foi acolhido para declarar inconstitucionais os arts. 272 e 273 do Código Penal, na redação dada pelo art. 1º da Lei Federal nº 9.677/98 e, dados os efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, decidiu-se que deveriam ser considerados, para o processo, os artigos do Código Penal em sua versão original, dado que a lei inconstitucional não produz efeitos jurídicos:

Incidente de Inconstitucionalidade. Lei Federal nº 9.677/98 ("Lei dos Remédios"). Alteração dos arts. 272 e 273 do Código Penal. Violação do princípio da individualização da pena. A Constituição consagra a garantia da individualização da pena com a finalidade de obrigar a aplicação da isonomia no Direito Penal. A individualização é concernente à atividade legislativa para evitar que atos criminosos bem distantes em poder ofensivo recebam penalidades iguais. Em caso de declaração de inconstitucionalidade, 'incidenter tantum', aplica-se a legislação revogada, tendo-se em consideração que a lei inconstitucional não produz efeitos jurídicos. Incidente de inconstitucionalidade acolhido para declarar inconstitucionais os arts. 272 e 273 do Código Penal, na redação dada pela Lei Federal nº 9.677, de 1998 (Relator Des. Almeida Melo).

Miguel Reale Júnior<sup>93</sup>, em seu já citado trabalho sobre a inconstitucionalidade da Lei dos Remédios, aduz que a inconstitucionalidade, por lesão aos valores constitucionais é patente. Conclui, então, que as normas contidas na Lei nº 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 e que as novas regras atingem, em seu conjunto, os princípios constitucionais da proporcionalidade e da ofensividade. Acrescenta, ainda, que a norma contida no art. 273, caput, § 1.º-B, I, II, III, V e VI, padece de inconstitucionalidade incontornável, uma vez que os fatos incriminados muitas vezes não são hábeis a ameaçar, colocar em risco ou lesar interesses relevantes, sendo que a redação feriria, frontalmente, os princípios constitucionais fundamentais da proporcionalidade e da ofensividade, atingindo os valores supremos da liberdade e da justiça.

Assim, é preciso compreender que o artigo 273 possui uma redação extremamente falha, sendo que, conforme análise realizada anteriormente, pouco do mesmo pode ser defendido em uma análise à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade,

---

<sup>92</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0480.06.084500-9/002. Requerente: 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Requerido: Corte Superior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator Des. Almeida Melo. Minas Gerais, 10/10/2012. **Diário do Judiciário Eletrônico do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 31 out. 2012.

<sup>93</sup> REALE JÚNIOR, 1999.

razoabilidade e devido processo legal. Desta premissa, conclui-se que as melhores soluções para o tema deveriam, portanto, partir da sua integral inconstitucionalidade, o que, inclusive, promoveria uma maior segurança jurídica, na medida em que seria afastada completamente a aplicação do tipo, não deixando lugar para dúvidas ou decisões que poderiam sempre utilizar sanções distintas, de tipos diversos, como eventual parâmetro.

Dessarte, tem-se que a melhor saída para a problemática envolve, necessariamente, a declaração de inconstitucionalidade de todo o artigo e, dados os efeitos *ex tunc* da referida declaração de inconstitucionalidade, deverão ser aplicados os artigos do Código Penal em sua versão original, integralmente.

Apesar de o expediente explanado no presente tópico não encontrar apoio na doutrina majoritária, diante de todo o exposto, considerando as falhas inofismáveis presentes na redação do artigo 273, a inafastabilidade da jurisdição e a nulidade do artigo 273, através de declaração incidental de inconstitucionalidade, defende-se que se aplique o chamado efeito repristinatório da legislação anterior, de modo que o artigo 273, em sua redação original, volte a produzir efeitos.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por intermédio deste trabalho, analisam-se as alterações trazidas pela Lei nº 9.677/98, principalmente no que se refere ao atual artigo 273 do Código Penal, o qual passou a tipificar condutas que antes não eram penalmente previstas, agravando drasticamente as penas previstas para as infrações contidas no artigo. A compreensão de tais modificações parte do entendimento do contexto de criação da chamada Lei dos Remédios, que surgiu em um momento de pressão da opinião pública e da mídia, as quais buscavam respostas imediatas para as falsificações de medicamentos constantemente noticiadas.

Ao citar os casos relatados pela imprensa, é possível analisar a intenção do legislador penal, que buscava, essencialmente, impedir a proliferação de organizações criminosas e o aumento do número de medicamentos falsificados, os quais proporcionariam graves riscos à saúde pública. No entanto, a despeito de este ser o objetivo do legislador, percebe-se que o rol de tipificação foi ampliado para abarcar condutas que em nada guardam relação com o tipo original, bem como foram agravadas as penas para aqueles delitos cuja afronta ao bem jurídico é mínima.

O que se vê, portanto, é a criação de uma lei inconstitucional, gerada com base em casuísmos, a qual se encontra em total desarmonia com o sistema penal, já que construída a partir de uma técnica legislativa pobre, o que exige, claramente, a intervenção do Poder Judiciário para sanar estes vícios nos casos que a ele são submetidos, ao menos enquanto não se edite lei constitucional sobre o assunto.

Isto pois a ação do legislador está limitada ao princípio constitucional da proporcionalidade, também muitas vezes citado pela jurisprudência como princípio da razoabilidade, bem como ao princípio da ofensividade, os quais atuam como mandados de proibição de excessos, vinculando não só o legislador, mas o intérprete e aplicador da lei. Assim, é possível compreender que o Poder Judiciário não somente pode, mas deverá agir positivamente em busca de soluções para o problema nos processos submetidos a sua apreciação, principalmente considerando que a pena é ingerência das mais gravosas nos direitos fundamentais do indivíduo, e tendo em vista a magnitude da sanção atribuída aos infratores do artigo 273 do Código Penal.

Assim, são exploradas as soluções encontradas no âmbito do Poder Judiciário e na doutrina para a referida questão.

A primeira solução analisada não é bem uma saída para as inconstitucionalidades, mas, em verdade, uma das atitudes tomadas pelo judiciário frente a esta problemática. Para



alguns dos aplicadores do direito, não poderiam juízes e tribunais atuar no sentido de não aplicarem a pena já prevista no artigo. Ocorre que a situação é insustentável e, desobedecendo o legislador àqueles princípios que regem sua atuação, não deve a separação dos poderes ser alegada para que o judiciário permaneça inerte.

Quanto ao expediente mais frequentemente utilizado pelos tribunais, qual seja a declaração da inconstitucionalidade da pena do artigo 273 do Código Penal e aplicação, por analogia, da pena do crime de tráfico de drogas, informa-se que a mesma é muito criticada por considerável parcela da doutrina, frente a uma suposta utilização indevida de analogia. A crítica que é feita, contudo, parte da ideia de que este expediente desconsidera as outras inconstitucionalidades contidas no tipo, quais sejam a inclusão de objetos que não são medicamentos e não deveriam ser a eles equiparados, bem como a inserção de condutas que são infrações tipicamente administrativas. Outrossim, para estas condutas que não deveriam nem mesmo haver sido criminalizadas, a pena do tráfico subsiste elevada. No entanto, não se discorda que a adoção da pena prevista para o artigo 33 da Lei 11.343/06 é solução mais benéfica que a aplicação do preceito secundário do artigo 273.

Quanto à desclassificação para o artigo 334-A do Código Penal, tem-se que esta saída é defendida para os específicos casos em que há importação de medicamentos sem prévio controle ou permissão do órgão competente (portanto, importação proibida), mas sem que exista especial potencial lesivo à saúde pública pela pequena quantidade.

No que se refere à absolvição tendo em vista a atipicidade da conduta por conta da inconstitucionalidade da pena, é possível concluir que este expediente não é o mais interessante, uma vez que sua premissa consiste na declaração de inconstitucionalidade somente do preceito secundário, e, ainda, menospreza bem jurídico de relevância constitucional.

Partindo da inconstitucionalidade do artigo 273 como um todo, o qual possui vícios intrínsecos que não podem ser sanados apenas com a adoção de uma nova pena ou uma interpretação conforme a constituição, bem como entendendo por bem defender a uniformização da jurisprudência, defende-se, por fim, que a melhor saída para esta questão será a reentrada em vigor da legislação revogada, tendo em vista do efeito repristinatório da legislação no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade.

## REFERÊNCIAS

ABDALA SEADI, Jorge. **Crimes hediondos e a falsificação de medicamentos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. 118 p.

ANDROCUR falso pode ter matado mais dois em MG. **Folha Online**, Belo Horizonte, 15 jul. 1998. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fol/geral/ult150798094.htm>>. Acesso em: 3 jul. 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 138 p.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 3 ago. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Livro digital. 1953 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 8. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 806 p.

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/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 8 ago.. 2015

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 3 jul. 2015

BRASIL. Discussão do Projeto de Lei nº 4207-A, de 1998. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, 25 jun. 1998, p. 17494. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/dc\\_20.asp?selCodColecaoCsv=D&DataIn=25/06/1998&txpagina=17491&altura=650&largura=800](http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&DataIn=25/06/1998&txpagina=17491&altura=650&largura=800)>. Acesso em: 16 jul. 2015.

BRASIL. **Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5991-17-dezembro-1973-358064-normaatualizada-pl.html>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Habeas-corpus nº 177.972-BA. Impetrante: Rosberg Crozara e Outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Pacientes: Adriano Ferreira dos Santos Rangel Cruz e Robson da Silva Araújo. Relatora: Ministra Laurita

Vaz. Brasília, Julgado em 28/8/2012. **Diário de Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 05 set. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.245.705 - RS. Ministério Público Federal. Silvana Aparecida Cardoso. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 24 de janeiro de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 04 nov. 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24658667/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1245705-rs-2011-0072925-2-stj/inteiro-teor-24658668>>. Acesso em: 04 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1491806/PR. Recorrente: Cassiana Melissa Furlan Ferreira. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, segunda turma. Brasília, 18/12/2014. **Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**, 19/12/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.080.081. Agravante: Rodolfo Luiz Rossi. Agravado: Município de Campinas. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, 11/01/2008. **Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 17/11/2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200801727508&dt\\_publicacao=17/11/2008](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801727508&dt_publicacao=17/11/2008)>. Acesso em: 06 out. 2015. – na nota de rodapé nr. 89, página 65.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus nº 239.363-PR (2012/00764901). Impetrante: João dos Santos Gomes Filho. Paciente: Cláudio Valles Barcelos Júnior. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 26/02/2015. **Diário de Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 10 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 445.455/BA. Embargante; Agroindustrias do Vale do São Francisco S/A. Embargado: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI. Brasília, 09/11/2005. **Diário da Justiça**, 05/12/2005, p.208.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 167320/PR. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Tribunal de Justiça da 4ª Região. Paciente: Waldir Alves de Luca. Relator(a): Min. LAURITA VAZ, quinta turma. Brasília, 03/09/2013. **Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**, 11/09/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.050.890 - PR. Recorrente: Fábio Cristiano Marques e Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: os mesmos. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, , 13 jan. 2011. **Diário de Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 02 fev. 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21277215/recurso-especial-resp-1050890-pr-2008-0086087-6-stj/inteiro-teor-21277216>>. Acesso em: 06 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1050890-PR. Recorrentes e Recorridos: Fábio Cristiano Marques e Ministério Público Federal. Relator: Ministro José Mussi. Brasília, DF, 13 de janeiro de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal**

**de Justiça**, Brasília, 2 fev. 2012. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21277215/recurso-especial-resp-1050890-pr-2008-0086087-6-stj/inteiro-teor-21277216>>. Acesso em: 01 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 915442 SC. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Vilma Maria Segalin. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 14 dez. 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 1 fev. 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19128347/recurso-especial-resp-915442-sc-2007-0010944-9-stj>>. Acesso em: 03 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104.410. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Aldori Lima ou Aldori De Lima. Coator: Relator do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 984616 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 06 de janeiro de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 27 mar. 2012. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(104410.NUME.+OU+104410.ACMS.\)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nopt7dh](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(104410.NUME.+OU+104410.ACMS.)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nopt7dh)>. Acesso em: 18 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3218. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessado: Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 28/02/2005. **Diário de Justiça**, Brasília, 07 mar. 2005, p. 48.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2884/RJ. Requerente: Partido Progressista (PP). Interessados: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 02/12/2004. **Diário da Justiça nº 96**, 20/05/2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3148. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Governador do Estado do Tocantins e Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 13.12.2006. **Diário da Justiça**, 27/09/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 662090. Recorrente: Celso Sutter, Mariana Bassi Sutter, Lucilene Javaroni, Patrícia Borges de Medeiros Simões e Clemilda Fátima Gonçalves. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA. Brasília, 27/03/2014. **Diário de Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal**, 01 abr. 2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25022244/recurso-extraordinario-re-662090-sp-stf>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 844152. Agravante: Antônio Ivanilton Cruz e Cristiano Pereira de Sousa. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma. Brasília, 02/12/2014. **Diário de Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 18 dez. 2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25338633/agreg-no-recurso-extraordinario-re-844152-sp-stf/inteiro-teor-159281691>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 111844. Paciente: BRUNO RODRIGO DOS SANTOS Impetrante: Marcela Venturini Diorio Coator: Relator do HC nº 219123 do Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma. Brasília, 24/04/2012. **Diário da Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 1 fev. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1063. Requerente: Partido Social Cristão - PSC. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 18 de janeiro de 1994. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 abr. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1063&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 2621. Requerente: Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços (CNS). Interessado: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Melo. Brasília, 01/08/2002. **Diário da Justiça**, Brasília, 08 ago. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 811.197/RS. Recorrentes: Luiz Antônio Correa Chiappetta, Marcelo Mucari Chiappetta, Eliana Mucari Chiappetta, Gustavo Mucari Chiappetta. Recorrido: União. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 27/06/2014. **Diário da Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal**:01/08/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 260.670-7-SP. Recorrente: Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais S/A. Recorrido: Município de São Paulo. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 18/04/2000. **Diário de Justiça**, Brasília, n. 101, 26 maio 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 358.315. Recorrente: José Antônio Isabel. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma. Brasília, 12/08/2003. **Diário da Justiça**, Brasília, 19/09/2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 829226. Agravantes: Ariane Ferreira Brito e Bruna Jussara Bianchi. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Luiz Fux. Brasília, 10 jan. 2015. **Diário de Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 6 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=829226&classe=RE>>. Acesso em: 01 set. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0480.08.117867-9/001. Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Apelado: Edson da Silva Vida. Relator: Júlio Cezar Gutierrez. Belo Horizonte, 13/03/2013, **Diário do Judiciário Eletrônico do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, 22/03/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0480.06.084500-9/002. Requerente: 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Requerido: Corte Superior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator Des. Almeida Melo. Minas Gerais, 10/10/2012. **Diário do Judiciário Eletrônico do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 31 out. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Incidente de Inconstitucionalidade nº 582.853-3/01. Apelante: Alcebiades Darcis Júnior. Apelado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Desembargador Rosene Arão de Cristo Pereira. Curitiba, 06/08/2010. **Diário de Justiça do Estado do Paraná**, Curitiba, 10 set. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70023543978. Apelante: Ministério Público. Apelada: Silvana Aparecida Cardoso. Relator: Cláudio Baldino Maciel, Segunda Câmara Criminal. Porto Alegre, 19/05/2010. **Diário da Justiça do dia**, Porto Alegre, 19 jul. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Arguição de Inconstitucionalidade Criminal nº 0000793-60.2009.4.03.6124. Apelante: Victor Apoena Rodrigues de Souza e Renato dos Santos Dias. Apelado: Justiça Pública. Relator: Márcio Moraes. São Paulo, 30/06/2014. **Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região**, São Paulo, 23 ago. 2013. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento?processo=00007936020094036124>>. Acesso em: 01 set. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Revisão Criminal nº 00203547020134030000. Requerente: Diogo Rocha de Sena. Requerido: Justiça Pública. Relator: HÉLIO NOGUEIRA. São Paulo, 05/02/2015. **Diário Oficial**, p. 543, Judicial I – TRF. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), 11 fev. 2015. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento?processo=00203547020134030000>>. Acesso em: 01 set. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 5000552-77.2010.404.7210. Apelantes: Jorge Armando Dal Piva e Jussara Salomoni Palagi Viccari. Apelado: UNIÃO - Fazenda Nacional. Relator: Otávio Roberto Pamplona, TRF4 – Segunda Turma. Porto Alegre, 24/10/2011. **Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, 04 nov. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 50024209820114047002. Apelante: Ministério Público Federal Apelado: Benedito Reinaldo de Oliveira e Marco Antonio de Oliveira. Relator: Desembargador Victor Luiz dos Santos Laus. Porto Alegre, 14 jan. 2015. **Diário Eletrônico do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, 15 dez. 2014. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/162925985/apelacao-criminal-acr-50024209820114047002-pr-5002420-9820114047002>>. Acesso em: 02 set. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 2006.70.02.005860-7. Apelante: José Eterno Moraes dos Santos. Apelado: Ministério Público Federal, Relator: Tadaaqui Hirose, sétima turma. Porto Alegre, 17/03/2009. **Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região**, 26/03/2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Embargos Infringentes e de Nulidade nº 2006.70.02.001187-1. Embargante: Fábio Soares da Silva. Embargado: Ministério Público Federal. Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz. Porto Alegre, 19/06/2008. **Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região**, 27/6/2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0009233-71.2007.404.7002. Embargante: Daniel Colen Salvador de Oliveira. Embargado: Ministério Público Federal. Relator: Juiz Federal João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, 03/02/2014. **Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região**, 28/02/2014.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Art. 273 do CP**. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/05/art-273-do-cp.pdf>>. Acesso em 16 jul. 2015

CORREIA, Belize Câmara. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**: a possibilidade do controle de constitucionalidade das normas penais incriminadoras à luz da proporcionalidade no direito brasileiro. 2004. 115 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004. Disponível em: <[http://www.repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4135/arquivo5050\\_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://www.repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4135/arquivo5050_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 04 ago. 2015.

DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 1100 p.

ESCOLA DE SAÚDE DO PARANÁ. **Estudo de caso**: Microvlar, o anticoncepcional de farinha da Schering. Disponível em: <[http://www.escoladesaude.pr.gov.br/arquivos/File/EC\\_MICROVLAR\\_Texto\\_aula\\_30AGO\\_STO.pdf](http://www.escoladesaude.pr.gov.br/arquivos/File/EC_MICROVLAR_Texto_aula_30AGO_STO.pdf)>. Acesso em: 2 jul. 2015.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. O efeito repristinatório na declaração de inconstitucionalidade. **Atualidades Jurídicas**: Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade de Educação São Luís, Jaboaticabal-SP, ano V, n. V, p.35-46, dez. 2009. Disponível em: <<http://www.saoluis.br/arq/artigo200902.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2015.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de Direito Penal**. José Bushatsky Editor: São Paulo, 1965. 2. ed. 975p.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. Crimes hediondos. 7. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011. 845 p.

GÁSPARI, Élio. A Schering pode virar farinha. **Jornal do Commercio**, Recife, 28 jun. 1998. Disponível em <[http://www2.uol.com.br/JC/\\_1998/2806/ega2806.htm](http://www2.uol.com.br/JC/_1998/2806/ega2806.htm)>. Acesso em: 3 jul. 2015.

GRECO, Rogério. **Código Penal**: comentado. 8. ed. Niterói: Impetus, 2014.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. 775 p.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940)**: Vol. IX. Arts. 250 a 361. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 580 p.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: volume 3: parte especial: dos crimes contra a propriedade industrial a dos crimes contra a paz pública. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 452 p.

LOURENÇO, Cláudia Luiz. **Falsidade de medicamentos e implicações jurídicas**. Disponível em: <<http://revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/viewFile/11980/7952>>. Acesso em: 7 jul. 2015

MACEDO, Celina Maria. **Bem jurídico e proporcionalidade**: a proibição de proteção deficiente no Direito Penal. 2010. 30 f. TCC (Especialização) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ilLXwidzEzcJ:www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2010/trabalhos\\_12010/celinamacedo.pdf+&cd=12&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ilLXwidzEzcJ:www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/celinamacedo.pdf+&cd=12&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)> Acesso em 4 ago. 2015

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 504 p. Livro Digital ISBN 978-85-02-20981-7.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 685.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 522 p.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: volume 4: dos crimes contra a saúde pública a disposições finais. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. 464 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 13.ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PASTORE, K. O paraíso dos remédios falsificados: como opera a máfia que transformou o Brasil num dos campeões da fraude de medicamentos. **Revista Veja**, ed. 1554, ano 31, n. 27, p. 40-47, jul. 1998. Disponível em: <[http://veja.abril.com.br/080798/p\\_040.html](http://veja.abril.com.br/080798/p_040.html)>. Acesso em: 12 jul. 2015.

PEIXOTO, Marcos; ROSA, Alexandre Morais da. **Em torno da inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal e das consequências daí oriundas**. Disponível em: <[http://emporiododireito.com.br/em-torno-da-inconstitucionalidade-do-preceito-secundario-do-artigo-273-do-codigo-penal-e-das-consequencias-dai-oriundas-por-marcos-peixoto-e-alexandre-morais-da-rosa/#\\_ftn6](http://emporiododireito.com.br/em-torno-da-inconstitucionalidade-do-preceito-secundario-do-artigo-273-do-codigo-penal-e-das-consequencias-dai-oriundas-por-marcos-peixoto-e-alexandre-morais-da-rosa/#_ftn6)>. Acesso em: 04 set. 2015.

PONTES, Bruno Cezar da Luz. Crime sem pena. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3044>>. Acesso em: 4 set. 2015.



RAMALHO, Andréa Ávila. **Princípio da insignificância**: considerações sobre atipicidade material e desproporcionalidade da pena. 2013. 69 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <[http://bdm.unb.br/bitstream/10483/6848/1/2013\\_AndreaAvilaRamalho.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/6848/1/2013_AndreaAvilaRamalho.pdf)>. Acesso em: 05 out. 2015.

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

RELATÓRIO da CPI-Medicamentos. Disponível em: <[http://www.crf-mt.org.br/arqs/materia/1362\\_a.pdf](http://www.crf-mt.org.br/arqs/materia/1362_a.pdf)>. Acesso em: 3 jul. 2015.

SÃO PAULO. Ministério Público. **Ação civil pública**. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_consumidor/acp/acp\\_mp/acpmp\\_fitoterapico/s/01-413.htm](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/acp/acp_mp/acpmp_fitoterapico/s/01-413.htm)>. Acesso em: 3 jul. 2015

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 924 p.

SURGEM suspeitas de gravidez em usuárias do Microvlar no Recife. **Jornal do Commercio**, Recife, 30 jun. 1998. Disponível em: <[http://www2.uol.com.br/JC/\\_1998/3006/cd3006c.htm](http://www2.uol.com.br/JC/_1998/3006/cd3006c.htm)>. Acesso em: 3 jul. 2015.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-57, jan./jun. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 03 set. 2015.

VICENTE, Fernanda. Grávida se diz vítima de Microvlar falso. **Folha da Região**, Araçatuba, ano 26, 29 jul. 1998. Disponível em: <<http://www.folhadaregiao.com.br/jornal/1998/07/29/regiao.php>>. Acesso em: 3 jul. 2015.

VIEIRA, Nádia Teresa Sousa Barros. (In)Constitucionalidade do artigo 273 do Código Penal frente o princípio da proporcionalidade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 105, out. 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12361](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12361)>. Acesso em 27 jul. 2015.