



UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO TRÊS RIOS
DEPARTAMENTO DE DIREITO, HUMANIDADES E LETRAS – DHL

ANTONIO AUGUSTO ABREU DE SERPA PINTO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL À LUZ DO
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Três Rios, RJ

2016

ANTONIO AUGUSTO ABREU DE SERPA PINTO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL À LUZ DO
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em curso
de graduação oferecido pela Universidade
Federal Rural do Estado do Rio de Janeiro,
campus Instituto Três Rios.

Orientador: Prof. Dr. Allan Rocha de Souza

Três Rios, RJ
2016

Serpa Pinto, Antonio Augusto Abreu de – 2016.

A inconstitucionalidade do artigo 273 do Código Penal à luz do princípio da proporcionalidade. / Antonio Augusto Abreu de Serpa Pinto. - Rio de Janeiro, 2016.

45 f.

Orientador: Allan Rocha de Souza.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios, Departamento de Direito, Humanidades e Letras, Bacharel em Direito, 2016.

1. Direito Penal. 2. Direito Constitucional. 3. Controle de Constitucionalidade. 4. Efeito repristinatório. I. Souza, Allan Rocha de, orient. II. Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Instituto Três Rios. Departamento de Direito, Humanidades e Letras.

ANTONIO AUGUSTO ABREU DE SERPA PINTO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL À LUZ DO
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em curso
de graduação oferecido pela Universidade
Federal Rural do Estado do Rio de Janeiro,
campus Instituto Três Rios.

Aprovado em: _____

Banca Examinadora:

Professor Orientador Dr. Allan Rocha de Souza – UFRRJ-ITR

Professor Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior – UFRRJ-ITR

Professor Dr. Rulian Emmerick – UFRRJ-ITR

RESUMO

SERPA PINTO, Antonio Augusto Abreu de. **A inconstitucionalidade do artigo 273 do Código Penal à luz do princípio da proporcionalidade.** 2016.

Instituto Três Rios, Departamento de Direito, Humanas e Línguas, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2016.

O presente estudo pretende analisar os aspectos jurídicos em torno do atual artigo 273 do Código Penal, que foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei 9.677/1998. Esta foi aprovada sob intensa pressão na década de noventa, período marcado por uma imensa onda de delitos envolvendo a falsificação, adulteração e alteração de medicamentos. Nesse contexto, resultou uma lei extremamente severa que alterou significativamente o artigo 273 do Código Penal, passando a impor uma pena expressiva e desproporcional, que antes era de 1 (um) a 3 (três) anos para 10 (dez) a 15 (quinze) anos – para um crime de perigo abstrato-, incluindo ainda novas figuras típicas que poderiam ser tratadas no âmbito administrativo. Nesse diapasão, há de se reconhecer a sua inconstitucionalidade, não cabendo aqui a aplicação de outro crime correlato como efeito dessa declaração. Isso porque, uma vez declarada *incider tantum* a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, desfaz-se, desde a sua origem, o ato declarado inconstitucional. Disso resulta que ato inconstitucional é nulo de pleno direito, apresentando efeitos pretéritos. Nessa linha de raciocínio, tal norma declarada inconstitucional não se torna apta a revogar validamente a lei anterior que tratava da mesma matéria. Não resta dúvida então da aplicação do efeito repristinatório, em que as redações originais dos artigos 272 e 273 do Código Penal voltam a vigorar como se não tivessem sido revogadas pela Lei 9.677/98.

Palavras-chaves: Artigo 273 do Código Penal. Lei 9.677/98. Inconstitucionalidade. Princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT

SERPA PINTO, Antonio Augusto Abreu de. **The unconstitutionality of Article 273 of the Penal Code in the light of the principle of proportionality.** 2016.

Três Rios Institute, Department of Law, Humanities and Languages, Federal Rural University of Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2016.

This study aims to analyze the legal aspects surrounding the current Article 273 of the Penal Code, which was introduced in our legal system by Law 9,677 / 1998. This was approved under intense pressure in the nineties, a period marked by a huge wave of crimes involving counterfeiting, tampering and alteration of drugs. In this context, resulting in a very strict law that significantly amended Article 273 of the Penal Code, through imposing a significant and disproportionate penalty, which was previously one (1) to three (3) years to ten (10) to fifteen (15) years - for a abstrato- danger of crime, including even new typical figures that could be handled at the administrative level. In this vein, one has to recognize the unconstitutionality, not fitting here the application of another crime correlate the effect of that statement. This is because, once declared *incider tantum* the law unconstitutional or normative act, scraps, since its inception, the act declared unconstitutional. It follows that unconstitutional act is null and void, with past tenses effects. In this line of reasoning, that provision declared unconstitutional becomes not able to validly revoke the previous law dealing with the same matter. No doubt then the application of reprimatório effect, in which the original essays Articles 272 and 273 of the Criminal Code back in force as if they had not been repealed by Law 9,677 / 98.

Keywords: Article 273 of the Penal Code. Law 9.677/98. Unconstitutionality. Principle of proportionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO 1: PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	11
1.1 Considerações preliminares.....	11
1.2 Elementos do princípio da proporcionalidade.....	18
CAPÍTULO 2: FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS	21
2.1 Considerações acerca da Lei 9.677/98	21
2.2 Objeto Material e Jurídico	25
2.3 Sujeito ativo e passivo	25
2.4 Tipo Objetivo.....	26
2.5 Classificação.....	26
2.6 Consumação e tentativa	27
2.7 Tipo Subjetivo	27
2.8 Pena e Ação Penal	27
2.9 Condutas equiparadas (§1º).....	28
2.10 Outros Produtos (§1º-A)	29
2.11 Produtos em outras condições (§1º-B)	30
2.12 Inconstitucionalidade do art. 273 do Código Penal à luz do Princípio da Proporcionalidade.....	31
CAPÍTULO 3: EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL.....	33
3.1 Considerações Preliminares.....	33
3.2 Declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, §1º-B, V, do Código Penal pelo STJ (HC 239.363 – PR)	34
3.3 Consequência da declaração de inconstitucionalidade: o efeito repristinatório	37
CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	44

INTRODUÇÃO

O princípio da proporcionalidade, que é inerente a um Estado Democrático de Direito como o brasileiro, indica a harmonia e boa regulamentação de um sistema. No Direito Penal, abrange-se, particularmente, o campo das penas.

Ao longo dos anos, foram observadas várias mudanças legislativas no âmbito Penal que implicaram na perda de harmonia entre crimes e penas, onde não se observou o princípio da proporcionalidade. Ora tipificaram-se condutas inócuas, ora aplicaram-se sanções demasiadamente severas para condutas de menor alcance.¹

O atual artigo 273 do Código Penal é um exemplo disso e foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei 9.677/1998, que foi aprovada sob intensa pressão na década de noventa, período marcado por uma imensa onda de delitos envolvendo a falsificação, adulteração e alteração de medicamentos.

Nesse contexto, resultou uma lei extremamente severa que alterou significativamente o artigo 273 do Código Penal, passando a impor uma pena expressiva e desproporcional, que antes era de 1 (um) a 3 (três) anos para 10 (dez) a 15 (quinze) anos, incluindo ainda novas figuras típicas que poderiam ser tratadas no âmbito administrativo. É o caso, por exemplo, da venda de cosméticos sem registro, tipificado no §1º B do aludido dispositivo.

Há no presente trabalho uma crítica à atuação legiferante movida pelo clamor social e da mídia. Nesses casos, o Código Penal é chamado – como que se em um passe de mágica fosse resolver todo o problema da criminalidade – para dar uma resposta imediata à sociedade. Esta – quando inexistente uma justificativa plausível –, somente apresenta efeito sedativo, uma vez que aparentemente surte efeitos positivos por um período curto de tempo e, após cessar o efeito anestésico, volta à mesma onda de criminalidade anterior. É o que ocorreu com o a Lei de Crimes Hediondos, que foi aprovada à época por grande pressão da mídia e do clamor social, decorrentes de um clima de insegurança que se instaurou no Rio De Janeiro após uma onda de crimes de sequestro, que acabou culminando com o do empresário Roberto Medina.

Wendel Laurentino, citando Luiz Flávio Gomes, interpreta como deve implicar o princípio da proporcionalidade no âmbito Penal:

Toda intervenção penal, na medida em que constitui uma restrição da liberdade, só se justifica se: (a) adequada ao fim a que se propõe (o meio

¹ NUCCI, Guilherme de Souza, *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 234 – 236.

tem aptidão para alcançar o fim almejado); (b) necessária, isto é, toda medida restritiva de direitos deve ser a menos onerosa possível; (c) desde que haja proporcionalidade e equilíbrio na medida ou na pena. Impõe-se sempre um juízo de ponderação entre a restrição à liberdade que vai ser imposta (os custos disso decorrente) e o fim perseguido pela punição (os benefícios que se pode obter). Os bens em conflito devem ser sopesados².

Nessa toada, uma das vertentes que se desdobra do princípio da proporcionalidade é a proibição do excesso. A respeito do tema, Rogério Greco assevera com propriedade:

Por meio do raciocínio da proibição do excesso, dirigido tanto ao legislador quanto ao julgador, procura-se proteger o direito de liberdade dos cidadãos, evitando a punição desnecessária de comportamentos que não possuem a relevância exigida pelo Direito Penal, ou mesmo comportamentos que são penalmente relevantes, mas que foram excessivamente valorados, fazendo com que o legislador cominasse, em abstrato, pena desproporcional à conduta praticada, lesiva a determinado bem jurídico.³

Não parece ser razoável que as condutas tipificadas no art. 273 e seus parágrafos do Código Penal possuam pena mínima de 10 anos – sendo que se trata de um crime de perigo abstrato, que não exige nem mesmo potencial concreto de dano. Sendo assim, nota-se que as penas são excessivamente mais severas que as cominadas nos crimes como o tráfico de drogas (art. 33, caput, Lei nº 11.343/2006 – pena de reclusão de 5 a 15 anos); homicídio simples (art.121 do CP – reclusão de 3 a 10 anos); estupro (art. 213 do CP – reclusão de 6 a 10 anos). Crimes estes que talvez se encontrem entre os mais repudiados por nossa sociedade.

Jamais se pode permitir que a pena cominada para a conduta como a do comerciante que importa uma cartela de remédios para gripe sem o devido registro seja maior que a de crimes que possuam como bem jurídico tutelado o maior de todos – a vida. Se assim não

² GOMES, Luiz Flávio. *Limites do "Ius Puniendi" e Bases Principiológicas do Garantismo Penal*. Material da 1ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais - UNISUL - IPAN - REDE LFG. p. 20/21 apud LAURENTINO, Wendel. A inconstitucionalidade do artigo 273 do Código Penal. Disponível em: < <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/87916/a-inconstitucionalidade-do-artigo-273-do-codigo-penal-wendel-laurentino>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 77.

fosse, seria melhor ser morto por um delinqüente a ser abordado pelo dito comerciante vendendo remédio para gripe sem registro no órgão de vigilância sanitária.⁴

Sob esse prisma, no primeiro capítulo do presente trabalho será apresentada a delimitação do princípio da proporcionalidade, a fim de melhor delimitarmos este que se apresenta como princípio constitucional implícito, sendo consolidado como postulado constitucional autônomo, com sede no devido processo legal (art. 5º, LIV).

Em seguida, no segundo capítulo, delimita-se o artigo 273 do Código Penal. Como já anotado, tal artigo possui sua atual redação fruto da alteração legislativa provocada pela Lei 9.677/1998. Sendo assim, far-se-á uma delimitação das mudanças oriundas de tal lei, para posteriormente, aferir sua inconstitucionalidade à luz do princípio da proporcionalidade.

Por fim, faz-se necessário fazer uma breve abordagem do controle de constitucionalidade no sistema brasileiro, para podermos delimitar os efeitos da declaração em sede de controle difuso, sendo apresentado o que seria a solução mais coerente após a declaração de inconstitucionalidade do artigo em exame, repudiando, em todo o caso, a aplicação da analogia sob a justificativa de beneficiar o réu ao aplicar a pena de crime correlato.

Conforme se verá, a analogia não pode ser aplicada para criar a figura delitiva não prevista expressamente, ou sanção penal que o legislador não haja estatuído. O princípio da legalidade impede que figuras típicas sejam elaboradas pelo processo analógico. Não cabe ao juiz criar um terceiro tipo penal, atuando como se fosse legislador positivo, mas somente, como legislador negativo.

⁴ GALVÃO, Bruno Haddad. *Da declaração de inconstitucionalidade do art.273, do código penal ou reconhecimento da atipicidade material do fato, ante a inexistência de resultado jurídico*. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/15118/BrunoHaddad_30082012.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2016.

1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

1.1 Considerações preliminares

Através do princípio da proporcionalidade, visa-se não só que não se elimine ou esvazie a esfera de um direito fundamental em contraposição a outro – servindo-se de critério para a solução de colisão entre direitos fundamentais – como também se busca garantir o Estado Democrático de direito, a fim de aferir a compatibilidade das leis com os fins constitucionalmente previstos – fazendo-se um juízo de censura à seara da discricionariedade legislativa⁵.

Ao produzir uma norma jurídica, o Estado irá valer-se de um determinado meio com o objetivo de atingir um fim desejado. Dessa maneira, há um cuidado para que o Poder Legislativo atente para a adequação e a necessidade do ato legislativo praticado. Aqui é que o princípio da Proporcionalidade ganha sua dimensão substantiva ou material, como garantia do “due process of law”, contendo os excessos praticados pelo Poder Público.

Poder-se-ia sugerir que tal limitação realizada pelo Poder Judiciário implicaria em violação ao princípio da separação de poderes, ainda mais quando tratar de matéria penal. Tal argumento, entretanto, não merece prosperar. Conforme já apontado em decisão do *Habeas Corpus* 92525/RJ da lavra do Min. Celso de Mello,

A validade das manifestações do Estado, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco – especialmente naquelas hipóteses de imposições restritivas ou supressivas incidentes sobre determinados valores básicos (como a liberdade) – passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que atuam como expressivas limitações materiais à ação normativa do Poder Legislativo. A essência do “substantive due process of law” reside na necessidade de conter os excessos do Poder, quando o Estado edita legislação que se revele destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. [...] este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal⁶.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*. 7 São Paulo: Saraiva, 2012, p. 248.

⁶ HC 92525/RJ, Relator Min. Celso de Mello, DJe-060 DIVULG 03/04/2008 PUBLIC 04/04/2008.

Não se trata, conforme se constata, de apreciação por parte do Judiciário do mérito do ato legislativo, ou seja, o motivo e a finalidade da lei, mas sim do juízo de adequação e necessidade que acarreta a limitação da atividade do legislador, inclusive em matéria penal.

Com relação ao fundamento do princípio em tela, Gilmar Mendes assim assevera:

O fundamento do princípio da proporcionalidade é apreendido de forma diversa pela doutrina. Vozes eminentes sustentam que a base do princípio da proporcionalidade residiria nos direitos fundamentais. Outros afirmam que tal postulado configura expressão do Estado de Direito, tendo em vista também o seu desenvolvimento histórico a partir do Poder de Polícia do Estado. Ou, ainda, sustentam outros, cuidar-se-ia de um postulado jurídico com raiz no direito suprapositivo.⁷

O princípio da proporcionalidade no direito alemão surgiu inicialmente no ramo do direito administrativo, incidindo sobre as normas do poder de polícia e seus limites, que remonta ao século XIX. Tal princípio veio a atingir a esfera jurídico-constitucional somente em 1949, após a Lei Fundamental da Alemanha. Essa linha evolutiva justifica-se pelo fato do legislador na época não possuir limites jurídicos.⁸

A partir da Lei Fundamental, houve uma radical mudança no pensamento jurídico-constitucional da época, atribuindo ao legislador uma atuação aferida a partir do parâmetro representado pelos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Além disso, ficou consignado que da reserva legal dos direitos fundamentais resultam os limites de atuação por parte do legislador, ou seja, em que medida poderá o legislador buscar a concretização de determinados fins que justifiquem uma restrição no âmbito de proteção dos direitos fundamentais e, de outra parte, em que medida poderá valer-se da lei como meio de alcançar um fim almejado.⁹ Nas palavras de Heinrich Scholler:

O Tribunal Federal Constitucional, a partir da idéia de uma relação entre os fins e os meios, sempre acentuou que a natureza da vinculação do legislador justamente se caracteriza pelo fato de que ele se encontra sujeito ao controle do Tribunal no que diz com a observância do princípio da proporcionalidade. O princípio da reserva legal autoriza o Tribunal Constitucional a afastar atos administrativos que carecem de base legal, assim como a eliminar diretamente as leis que, em face de sua

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*. 7 São Paulo: Saraiva, 2012, p. 249.

⁸ SCHOLLER, Heinrich, *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha*, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/173.htm>>. Acesso em: 14. maio de 2015.

⁹ SCHOLLER, Heinrich, *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha*, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/173.htm>>. Acesso em: 14. maio de 2015.

indeterminação e falta de clareza, ofendem o princípio do Estado de Direito, no que diz com as exigências de clareza normativa e proporcionalidade. No momento em que se reconheceu o princípio da reserva legal como sendo o da reserva da lei proporcional, passou a ser admitida a possibilidade de impugnação e eliminação não apenas das medidas administrativas desproporcionais, mas também das leis que, ofensivas à relação entre os meios e os fins, estabelecem restrições aos direitos fundamentais.¹⁰

Nessa linha de raciocínio, através da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã foi aceito que o fundamento do princípio da proporcionalidade recairia sobre os direitos fundamentais e no contexto do Estado de Direito. Foi também através desta que se desenvolveu a divisão do conteúdo do princípio da proporcionalidade em três subprincípios, o da adequação, necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito¹¹, que serão pormenorizados mais a frente.

Ao contrário do direito alemão, que se deu o início do princípio da proporcionalidade no ramo do direito administrativo, o princípio da razoabilidade tem origem ligada à garantia do devido processo legal, instituto do direito anglo-saxão, pela qual se remontam duas fases. Conforme apontado por Luis Roberto Barroso:

Na primeira fase, a cláusula teve caráter puramente processual (procedural due process), abrigando garantias voltadas, de início, para o processo penal e que incluíam os direitos à citação, ampla defesa, contraditório e recursos. Na segunda fase, o devido processo legal passou a ter um alcance substantivo (substantive due process), por via do qual o Judiciário passou a desempenhar determinados controles de mérito sobre o exercício de discricionariedade pelo legislador, tornando-se importante instrumento de defesa dos direitos fundamentais em face do poder político. O fundamento de tais controles assentava-se na verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como na aferição da legitimidade dos fins.¹²

Nessa toada, nota-se que no direito norte-americano foi através da cláusula do devido processo legal que se passou a utilizar o exame da razoabilidade às leis e aos atos normativos.

No Brasil, identificam-se impulsos diversos para a fundamentação deste princípio, possuindo como base a ideia de razoabilidade do direito anglo-saxão, decorrente da cláusula do devido processo legal substantivo, e a proporcionalidade do sistema germânico.

¹⁰ SCHOLLER, Heinrich, Ob. Cit.

¹¹ SCHOLLER, Heinrich, Ob. Cit.

¹² BARROSO, Luis Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, p. 278.

Gilmar Mendes remonta ao Recurso Extraordinário n. 18.331 como a primeira referência a que se é possível identificar, da utilização do princípio da proporcionalidade. Nesta ocasião, conforme o voto da relatoria do Min. Orozimbo Nonato, ficou assente que:

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido como dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do “détournement de pouvoir”. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado.¹³

Desta forma, em 1953, mesmo que através de uma referência indireta e implícita, há certamente uma noção de proporcionalidade e razoabilidade, em que é apontada a doutrina do “excesso de poder” para o controle de atividade legislativa, fixando a ideia de que os princípios constitucionais devem ser observados pelos agentes estatais.

Em fevereiro de 1968, por meio do HC 45.232, foi questionada a constitucionalidade da norma constante no art. 48 da Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei n.314, de 1967), que dispunha¹⁴:

Art. 48. A prisão em flagrante delito ou o recebimento da denúncia, em qualquer dos casos previstos neste decreto-lei, importará, simultaneamente:
I - na suspensão do exercício da profissão;
II - na suspensão de emprego em entidade privada;
III - na suspensão de cargo ou função na administração pública, autarquia, em empresa pública ou sociedade de economia mista, até a sentença absolutória.

Através de tal dispositivo, o mero recebimento da denúncia importaria na suspensão do exercício profissional. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da norma, pois essa restrição se mostrava desproporcional. Valendo-se de base na jurisprudência norte-americana, o voto do relator Ministro Themístocles Cavalcanti foi assim elaborado:

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 251.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 251.

Infelizmente não temos em nossa Constituição o que dispõe a Emenda n. 8 da Constituição Americana, onde se proíbem a exigência de fianças excessivas, as penas de multa demasiadamente elevadas e a imposição de penas cruéis e fora do comum ou de medida (cruel and unusual punishment).(...)

Não temos preceito idêntico; porém, mais genérico e suscetível de uma aplicação mais ampla, temos o §35 do art. 150, reprodução de Constituições anteriores, que dispõe: ‘A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ele adota’.

Nesse particular, a expressão e medida cruel, encontrada no texto americano, bem caracteriza a norma em questão, porque, com ela, se tiram ao indivíduo as possibilidades de uma atividade profissional que lhe permite manter-se e a sua família.

Cruel quanto à desproporção entre a situação do acusado e as consequências da medida. (...)

Ora, tornar impossível o exercício de uma atividade indispensável que permita ao indivíduo obter os meios de subsistência, é tirar-lhe um pouco de sua vida, porque esta não prescinde dos meios materiais para a sua proteção.¹⁵

Gilmar Mendes, fazendo um exame do voto do Eminentíssimo Ministro relator, aponta que, em verdade, a Corte se valeu da cláusula genérica de remissão do art. 150, §35, da CF de 1967, para que pudesse aplicar, sem um maior risco de contestação, a ideia de proporcionalidade da restrição como princípio constitucional.¹⁶

Vale destacar ainda, como importância de tal julgado, que o Supremo Tribunal Federal adotou a tese de que seria cabível declarar a inconstitucionalidade de uma lei com base em princípio constitucional não escrito.

As decisões apresentadas acima servem de base para afirmarmos que até o advento da Constituição de 1988, o princípio da proporcionalidade situava-se no plano da fundamentação dos direitos fundamentais, como cláusula implícita destes. Assim também é o entendimento de Gilmar Mendes, ao asseverar que: “Tem-se enfatizado, portanto, entre nós, que o fundamento do princípio da proporcionalidade situa-se no âmbito dos direitos fundamentais”¹⁷.

Com a promulgação da Constituição de 1988 esse panorama mudou. A base de fundamentação do princípio da proporcionalidade passou a ser levado em conta sob a ótica do princípio do devido processo legal na sua acepção substantiva (Art. 5º, LIX da CF).

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 251.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Op. Cit.*, p. 253.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Op. Cit.*, p. 254.

É o que se depreende da ADI 855, a qual cuidava de aferição da constitucionalidade do art. 5º da Lei 8.713 de 1993 – que tratava da participação dos partidos políticos nas eleições. Dispunha tal dispositivo:

Art. 5o Poderá participar das eleições previstas nesta Lei o partido que, até 3 de outubro de 1993, tenha obtido junto ao Tribunal Superior eleitoral, registro definitivo ou provisório, desde que, neste último caso, conte com, pelo menos, um representante titular na Câmara dos Deputados, na data da publicação desta Lei.

§ 1o Só poderá registrar candidato próprio à eleição para Presidente e VicePresidente da República:

I - o partido que tenha obtido, pelo menos, cinco por cento dos votos apurados na eleição de 1990 para a Câmara dos Deputados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados; ou

II - o partido que conte, na data da publicação desta Lei, com representantes titulares na Câmara dos Deputados em número equivalente a, no mínimo, três por cento da composição da Casa, desprezada a fração resultante desse percentual; ou

III - coligação integrada por, pelo menos, um partido que preencha condição prevista em um dos incisos anteriores, ou por partidos que, somados, atendam às mesmas condições.

§ 2o Só poderá registrar candidatos a Senador, Governador e Vice Governador:

I - o partido que tenha atendido a uma das condições indicadas nos incisos I e II do parágrafo anterior; ou

II - o partido que, organizado na circunscrição, tenha obtido na eleição de 1990 para a respectiva Assembléia ou Câmara Legislativa três por cento dos votos apurados, excluídos os brancos e nulos; ou

III - coligação integrada por, pelo menos, um partido que preencha uma das condições previstas nos incisos I e II deste parágrafo, ou por partidos que, somados, atendam às mesmas condições.

§ 3o Até cinco dias a contar da data da publicação desta Lei, a Presidência da Câmara dos Deputados informará ao Tribunal Superior Eleitoral o número de Deputados Federais integrantes de cada bancada partidária naquela data.

§ 4o Até 31 de dezembro de 1993, o Tribunal Superior Eleitoral divulgará a relação dos partidos aptos a registrar candidatos próprios às eleições para Presidente e Vice-Presidente da República, e ainda, daqueles que, em cada Estado e no Distrito Federal, poderão registrar candidatos para Senador, Governador e Vice-Governador.

A corte reconheceu a inconstitucionalidade de todos os parágrafos e incisos do art. 5º da mencionada Lei, utilizando-se, pelo que parece, como fundamento central a ideia de ausência de razoabilidade por parte do legislador para restringir a atividade dos pequenos partidos políticos. Nesse sentido, merece menção o voto proferido pelo Ministro Moreira Alves:

O problema, portanto, (...) cinge-se a isto: saber se há a possibilidade de a lei razoavelmente limitar a atuação dos partidos, ou se essa limitação é impossível, tendo em vista a circunstância de que a lei não poderia, em face dos princípios gerais da Constituição, sobre eles fazer qualquer limitação quanto à sua atuação.¹⁸

Vale ainda o registro na decisão de mérito do Eminentíssimo Ministro:

A meu ver, o problema capital que se propõe, em face dessa lei, é que ela fere, com relação a esses dispositivos que estão sendo impugnados, o princípio constitucional do devido processo legal. A Constituição no seu art. 5º, inciso LIV – e aqui trata-se de direitos não apenas individuais, mas também coletivos e aplica-se, inclusive, às pessoas jurídicas – estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Processo legal, aqui, evidentemente, não é o processo da lei, senão a Constituição não precisaria dizer aquilo que é óbvio, tendo em vista inclusive o inciso II do art. 5º que diz: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Esse princípio constitucional que tem a sua origem histórica nos Estados Unidos, lá é interpretado no sentido de abarcar os casos em que há falta de razoabilidade de uma norma. Por isso mesmo já houve quem dissesse que é um modo de a Suprema Corte americana ter a possibilidade de certa largueza de medidas para declarar a inconstitucionalidade de leis que atentem contra a razoabilidade. (...)

Ora, Senhor Presidente, em face disso e não preciso estender-me mais a esse respeito, porque me basta esse aspecto, deixo de lado aquele outro problema mais delicado que é o de saber se realmente a Constituição permite ou não que a lei estabeleça, para o futuro, restrições a esse nosso pluripartidarismo (...). Fico apenas nesse outro que é o da falta de razoabilidade desse princípio. Para ser rigorosamente lógico, eu deveria declarar a inconstitucionalidade, também, do caput. Mas o caput, a meu ver apresenta um aspecto ponderável no tocante ao problema da razoabilidade, que é justamente o dos partidos sem registro definitivo, pois para eles apresentarem aquilo que a Constituição considera que é um elemento de âmbito nacional, embora na realidade não seja, mas que pelo menos é o elemento de que se vale a Constituição com relação a mandado de segurança coletivo e com relação à ação direta de inconstitucionalidade, estabeleceu-se o mesmo critério: é preciso que haja representação no Congresso Nacional, qualquer que ela seja, porque aqui a representação é mínima.¹⁹

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal considerou que a adoção de critérios passados para limitar a atuação dos partidos políticos minoritários seria manifestamente inadequada e desnecessária, ferindo-se dessa maneira, o princípio da proporcionalidade.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 855, Relator originário Min. Octavio Galloti, Mar. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>>. Acesso em: 14 maio 2015.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 855, Relator originário Min. Octavio Galloti, Mar. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>>. Acesso em: 14 maio 2015.

Diante do raciocínio adotado na decisão acima, parece que o princípio da proporcionalidade ficou consolidado como postulado constitucional autônomo, com sede no devido processo legal (art. 5º, LIV).

Por fim, merece esclarecer o entendimento de que a ideia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão – sendo desdobramento do devido processo legal substantivo e próprio do sistema de *common law*. Já a noção de proporcionalidade associa-se ao sistema jurídico alemão, com raízes romano-germânicas. Muito embora não seja pacífico na doutrina²⁰, sustenta-se na presente obra a fungibilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.²¹ Não se observa muito proveito ao distinguir ambos os princípios. Fato é que da análise da trajetória já apresentada da jurisprudência do STF a respeito do tema, também não é possível notar uma distinção entre os dois. Além disso, ambos visam atribuir ao ordenamento jurídico a busca de equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação de direitos por parte dos cidadãos, atuando como mecanismos de controle da atuação discricionária do legislativo, para que este compatibilize o meio empregado para se atingir um fim visado, conforme ditames de equilíbrio, moderação harmonia e razão.

1.2 Elementos do princípio da proporcionalidade

Conforme já apontado inicialmente quando da trajetória do princípio da proporcionalidade no direito alemão, notadamente transportando o princípio da proporcionalidade do Direito Administrativo para o Direito Constitucional, viu-se que a partir de uma ideia de relação entre fins e meios, com observância ao princípio da reserva legal proporcional, o Tribunal Federal constitucional reconheceu uma censura na atuação por parte

²⁰ Nesse sentido, veja-se Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, *Curso de Direito Constitucional*, 2012, p. 342 e 343: “[...] o princípio da proporcionalidade tal como desenvolvimento dogmático na Alemanha não equivale pura e simplesmente à razoabilidade dos americanos. [...] é certo que se a proporcionalidade não for aplicada na sua integralidade, mediante consideração, ainda que sumaria, de seus três elementos (critérios,) não será a proporcionalidade que estará efetivamente em causa. A razoabilidade, por sua vez, não reclama tal procedimento trifásico e é assim que tem sido aplicada”.

²¹ Cf. Luis Roberto Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 280: “Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis, não havendo maior proveito metodológico ou prático na distinção. Esse é o ponto de vista que tenho sustentado desde a 1ª edição de meu *Interpretação e aplicação da Constituição*, que é de 1995. No sentido do texto, vejam-se: Suzana Toledo de Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 1996, p. 54: “O princípio da proporcionalidade, (...) como uma construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos, desenvolvido mais de meio século antes, sob o clima de maior liberdade dos juízes na criação do direito”.

do legislador capaz de sofrer controle pelo Tribunal, na hipótese em que este não observar a aplicação da proporcionalidade na edição de lei ou de ato administrativo e estabelecer restrições a direitos fundamentais.

A partir dessa construção jurisprudencial desenvolveu-se o conteúdo da proporcionalidade sob três subprincípios, que deverão ser respeitados simultaneamente, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nessa toada, assevera Heinrich Scholler:

A jurisprudência acabou por desenvolver o conteúdo do princípio da proporcionalidade em três níveis: a lei, para corresponder ao princípio da reserva da lei proporcional, deverá ser simultaneamente adequada (*geeignet*), necessária (*notwendig*) e razoável (*angemessen*). Os requisitos da adequação e da necessidade significam, em primeira linha, que o objetivo almejado pelo legislador ou pela administração, assim como o meio utilizado para tanto, deverão ser, como tais, admitidos, isto é, que possam ser utilizados. Para além disso, o meio utilizado deverá ser adequado e necessário.²²

Assim sendo, o primeiro requisito intrínseco que surge do desdobramento do princípio da proporcionalidade é o da adequação. Através deste, é exigido que as medidas interventivas adotadas pelo legislador se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos.²³ Não é exigido neste nível que o meio se mostre como o melhor possível, ou o mais adequado, bastando que se mostre apto para alcançar o fim desejado pela medida adotada. Sob essa perspectiva, quando o meio não se revelar apropriado para a realização de um fim, não existirá a adequação.

Em consonância com o requisito da adequação, surge a exigência de verificação da necessidade, como segundo critério a ser observado pelo legislador. Vale-se aqui da lição de Gilmar Mendes:

O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa.²⁴

²² SCHOLLER, Heinrich, *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha*, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/173.htm>>. Acesso em: 14. maio de 2015.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 259.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Ob. Cit.*, p. 259.

Por meio da concepção de Estado de Direito, deve-se buscar uma medida menos onerosa e restritiva de direitos ao cidadão, não sendo permitidas medidas excessivas, ou seja, entre diversos meios adequados para atingir um fim, aquele que for o menos gravoso dentre essas opções.

Para maior elucidação na aplicabilidade desses critérios, têm-se como exemplo concreto o combate ao perecimento das florestas. Poder-se-á utilizar tanto a redução da velocidade para os veículos automotores como exigir a colocação de catalisadores nos mesmos. Uma vez que os custos da colocação dos catalisadores não se revelem elevados, esta medida provavelmente será a necessária, pois menos onerosa. Por outro lado, sendo o custo de implementação dos catalisadores demasiado oneroso, então seria possível cogitar a hipótese da redução da velocidade como sendo o meio – dentre os adequados – menos oneroso, portanto, necessário.²⁵ Certo é que ambas as medidas devem restar comprovadas como aptas a atingir o resultado almejado (combater o perecimento das florestas), para posteriormente se elaborar o juízo acerca da necessidade.

Ainda sobre o tema, importante notar lição de Heirich Scholler:

Adequação significa que o estado gerado pelo poder público por meio do ato administrativo ou da lei e o estado no qual o fim almejado pode ser tido como realizado situam-se num contexto mediado pela realidade à luz de hipóteses comprovadas. A necessidade, por sua vez, significa que não existe outro estado que seja menos oneroso para o particular e que possa ser alcançado pelo poder público com o mesmo esforço ou, pelo menos, sem um esforço significativamente maior.²⁶

Ao lado dos critérios já expostos, a doutrina e jurisprudência alemã desenvolveram ainda mais um requisito, a proporcionalidade em sentido estrito. Esta consiste “na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima”.²⁷ Esse subprincípio assume relação com a busca de uma justa medida entre a intervenção imposta ao atingido e a persecução de um resultado pretendido.

²⁵ SCHOLLER, Heinrich, *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha*, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/173.htm>>. Acesso em: 14. maio de 2015.

²⁶ Idem. Ibidem.

²⁷ BARROSO, Luis Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, p.282.

Valendo-se de exemplo apontado por Luis Roberto Barroso, se o poder público eletrificar certo monumento a fim de que o indivíduo fique impossibilitado de pichá-lo, ocasionando uma descarga elétrica que o incapacite ou mate-o, a medida será inválida tendo em vista a absoluta falta de proporcionalidade entre o bem jurídico protegido (patrimônio público) e o bem jurídico sacrificado (a vida, que se apresenta no ordenamento jurídico como pressuposto elementar dos demais direitos).²⁸ Sendo assim, na busca pela justa medida, o que se perde deve ser de menor relevo do que se ganha.

2. FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS

2.1 Considerações acerca da Lei 9.677/98

Ao longo dos anos, observaram-se várias mudanças legislativas no âmbito Penal que implicaram na perda de harmonia entre crimes e penas – em que, por meio da falta de técnica e equívocos legislativos, não foi aplicado o princípio da proporcionalidade. Com isso, ora tipificaram-se condutas inócuas, ora aplicaram-se sanções demasiadamente severas para condutas de menor alcance.²⁹

É o que se constata constatar através da Lei 9.677/98 a qual foi aprovada sob intensa pressão na década de noventa – período marcado por uma imensa onda de delitos envolvendo a falsificação, adulteração e alteração de medicamentos. Conforme apontado em estudo realizado pela ANVISA, no ano de 1991 foi verificado que de 11 marcas de um determinado antibiótico, 9 eram falsificadas, e no período de 1997 e 1998, a prática da falsificação se agravou, sendo registrados 172 casos de falsificação.³⁰

Nesse contexto, em meio à pressão da mídia e do clamor da opinião pública, o Direito Penal foi chamado, com o intuito de apresentar, como que num passe de mágica, uma resposta para frear tais condutas que vinham sendo praticadas. Pensou-se que uma lei iria solucionar e cessar todo o problema da falsificação da época. A “solução” encontrada veio, infelizmente,

²⁸ BARROSO, Luis Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, p. 282.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza, *Princípios constitucionais penais e processuais penais*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 234 – 236.

³⁰ ANVISA, *Revista Veja: junho de 1998*. Disponível em: <www.anvisa.gov.br/cosmeticos/cscos/apresentacoes/terceira_falsificados1.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2015.

por meio de uma aberrante lei que resultou na alteração significativa dos artigos 272 e 273 do Código Penal, a denominada “Lei dos Remédios”.

Antes da edição da Lei 9.677/98, os artigos 272 e 273 do Código Penal possuíam as seguintes redações:

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.

§ 2º Se o crime é culposo: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa, de quinhentos mil réis a dois contos de réis. (grifou-se)

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.

§ 2º Se o crime é culposo: Pena - detenção, de dois a seis meses, e multa, de duzentos mil réis a um conto de réis. (grifou-se)

Como se pode observar, em suas redações primitivas, tínhamos nos dois tipos penais a proteção às substâncias alimentícias ou medicinais. Contudo, no artigo 272 era necessária a demonstração de que a substância falsificada, corrompida, adulterada ou alterada causasse dano direto à saúde (nocividade positiva), enquanto que no art. 273 era tipificada a conduta que alterasse tais substâncias independente de torná-las diretamente nocivas à saúde, mas que tivesse redução do valor nutritivo ou do efeito benéfico, apresentando aqui uma nocividade negativa.

Com o advento da Lei 9.677, ambos dispositivos foram significativamente alterados, passando a possuir as seguintes redações:

Art. 272 - Corromper, adulterar, falsificar ou alterar **substância ou produto alimentício destinado a consumo**, tornando-o nocivo à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo: Pena - reclusão, **de 4 (quatro) a 8 (oito) anos**, e multa.

§ 1º-A - Incorre nas penas deste artigo quem fabrica, vende, expõe à venda, importa, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo a substância alimentícia ou o produto falsificado, corrompido ou adulterado.

§ 1º - Está sujeito às mesmas penas quem pratica as ações previstas neste artigo em relação a bebidas, com ou sem teor alcoólico. (grifou-se)

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.

§ 2º - Se o crime é culposo: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (grifou-se)

Como se pode observar, levando-se em conta o art. 272, a referida lei desmembrou a conduta tipificada com relação aos produtos medicinais, passando a fazer referência somente aos produtos alimentícios. Manteve-se a necessidade da constatação da nocividade à saúde e foi incluído, ao final do *caput* o termo “redução dos valores nutritivos”. Sendo assim, neste mesmo dispositivo penal abordaram-se ambas as figuras da nocividade positiva e negativa referentes aos produtos alimentícios.

A pena foi expressivamente elevada, passando de reclusão de dois a seis anos, e multa, para reclusão, de quatro a oito anos, e multa.

Nota-se, todavia, o equívoco legislativo ao prever uma punição idêntica para aquele que torna a substância alimentícia prejudicial à saúde e para quem lhe diminuir o valor nutritivo. Isso porque, na maioria dos casos, diminuir o valor nutritivo pode não acarretar qualquer perigo imediato à saúde e à integridade do indivíduo que justifique a reprimenda de

04 a 08 anos, e multa, conforme o primeiro caso.³¹ Nesse sentido, observa-se clara afronta ao princípio da proporcionalidade por parte do legislador.

Nessa esteira de raciocínio, merece apontamento a lição de Cezar Bittencourt:

[...] nem sempre a diminuição do valor nutritivo de um alimento implica a criação de risco para a saúde pública. Em grande número de casos esse tipo de fraude alimentar somente tem o potencial de afetar a boa-fé e o bolso do consumidor, que é enganado na compra de alimentos, acreditando no valor nutritivo descrito no rótulo ou embalagem. Nesse aspecto, essa modalidade revela-se muito mais próxima aos crimes contra as relações de consumo, como é o caso do crime tipificado no art. 66 da Lei n. 8.078/90, do que, propriamente, dos crimes contra a saúde pública.³²

A mudança do artigo 273 foi mais preocupante, e aqui recai o tema do presente trabalho. Coube a este, com sua nova redação, tipificar exclusivamente as condutas de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substâncias medicinais, não mais fazendo menção às substâncias alimentícias. Entretanto, aqui não houve distinção – como podíamos observar antes do advento da lei nos artigos 272 e 273 do CP – com relação ao fato da substância se tornar nociva à saúde ou não, classificando-se como um crime de perigo abstrato.

Nessa toada, o que possuía uma pena de reclusão de 02 a 06 anos – quando o produto medicinal se tornasse nocivo à saúde – e 01 a 03 anos – quando simplesmente alterado, sem a necessidade de se causar dano direto ao organismo –, passa a ser penalizado com a aberrante pena de reclusão de 10 a 15 anos para ambos os casos.

Desta forma, não há como não reparar a falta de técnica legislativa na redação da referida lei, como se verá de forma pormenorizada a seguir, que, além disso, equiparou medicamentos, cosméticos e saneantes, com a aberrante quantificação penal em tela, punindo mais severamente aquele que altera ou falsifica um produto medicinal ou cosmético – que em determinado caso pode ser inclusive benéfico ao indivíduo –, do que aquele que pratica os delitos de homicídio simples ou lesão corporal, por exemplo.

Com relação ao assunto, brilhante o apontamento de Alberto Silva Franco:

Dimensionar corretamente o bem jurídico a ser tutelado, verificar se esse bem tem dignidade penal e se a conduta, que o agride, é merecedora de pena, proporcionar adequadamente a sanção penal em função do

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*, 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1060.

³² BITTENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.358.

conglomerado de tipos penais já estruturados, tudo isso constitui tarefa inafastável de um legislador no Estado Constitucional de Direito. Não é esse, contudo, o posicionamento do legislador brasileiro que se preocupa, fundamentalmente, em dar sempre uma resposta penal a todo problema surgido na sociedade, sem ater-se às deletérias conseqüências de seu atuar. A cada novo questionamento que a complexa e moderna sociedade apresenta, cria-se um diploma punitivo como se o Direito Penal tivesse, a seu dispor, fórmulas taumatúrgicas para solucioná-lo. Feita a lei penal, atendidos aos insistentes reclamos dos meios de comunicação social, provocada a impressão política de que o legislador está atento e pronto para intervir, "acalmada" a opinião pública, passa-se a idéia de que tudo estará resolvido até que outro problema surja, a demandar nova intervenção penal. Isto acarreta uma verdadeira inflação legislativa gerando o caos e o esgarçamento da tessitura punitiva³³.

Desta forma, verifica-se que não houve harmonia e equilíbrio das penas em relação à gravidade das condutas às quais se visa tutelar. Há flagrante violação do princípio da proporcionalidade por parte do legislador.

2.2 Objeto Material e Jurídico

O objeto material é o produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Entende-se por produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais “as matérias preparadas ou empregadas para prevenir ou curar as enfermidades humanas (não de animais), vendidas por farmacêuticos ou não farmacêuticos, de uso interno ou externo, inscritas ou não inscritas na farmacopeia oficial”.³⁴

O objeto jurídico é a incolumidade pública, especificamente a saúde pública.

2.3 Sujeito ativo e passivo

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, uma vez que não há precisão ou exigência de nenhuma condição especial.

Já o sujeito passivo é a sociedade, além das pessoas que forem diretamente atingidas com a conduta praticada pelo agente.

³³ FRANCO, Alberto Silva, *Há produto novo na praça*, Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.70/Ed.esp., p. 05-06, set. 1998. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/exibir_artigos.php?id=2343> Acesso em: 20. outubro de 2015.

³⁴ MAGGIORE, G. *Derecho Penal*, III, p. 494 apud PRADO, Luiz Regis, Curso de Direito Penal brasileiro – vol. 3. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.138.

2.4 Tipo Objetivo

Os núcleos previstos são alternativamente: falsificar, isto é, contrafazer, dar aparência de genuíno ao que não é; corromper, que significa estragar, infectar, alterar a própria essência; adulterar, significando mudar ou modificar para pior; ou alterar, ou seja, modificar, transformar.

Os núcleos constantes no *caput* e no §1º do tipo penal pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, sendo possível a prática via omissão imprópria, desde que reste comprovado que o agente devia e podia agir para evitar o resultado (CP, art. 13,§2º).

2.5 Classificação

Ao contrário do já referido artigo 272, o legislador não fez referência à exigência de perigo concreto para a configuração deste crime, somente fazendo-o em seu §1º - B, IV, em que é necessário: “redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade”.

Desta forma, muita embora não deva assim ser interpretado e aplicado no caso concreto, o legislador, com a edição da Lei dos Remédios, acabou por tipificar aqui um crime de perigo abstrato, tornando a pena de 10 a 15 anos completamente incompatível à conduta praticada.

Nesta toada, a fim de minimizar o erro legislativo, que acabou fazendo a equivocada equiparação entre crimes de perigo concreto, com crimes de perigo abstrato, acertadamente alguns doutrinadores sugerem que este tipo penal seja aplicado como crime de perigo concreto, ou seja, devendo ser provado, por meio de perícia, que no caso concreto a substância tenha adquirido propriedade de nocividade à saúde.

Além disso, merece apontar que atualmente os crimes de perigo abstrato têm sido combatidos pela doutrina, pelo fato de não configurarem, no caso concreto, a potencialidade de dano existente nos comportamentos dos agentes, ofendendo o princípio da lesividade.³⁵

Ilustrando esse entendimento:

Atualmente, a doutrina, com acerto, tem questionado a constitucionalidade dos chamados tipos penais de perigo abstrato, inadmitindo punição sem que

³⁵ GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal: parte especial, vol. II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*. 10 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 99.

haja real ofensa ao bem jurídico tutelado. De fato, em um Estado de Direito Democrático, “o valor supremo da sociedade política é a liberdade, consistindo a autoridade num sistema de restrições só admissível na medida estritamente indispensável à coexistência das liberdades individuais” (Marcello Caetano, *Direito Constitucional*, 1977, pp. 374-377, apud João Melo Franco e Herlander Antunes Martins, *Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos*, Coimbra, Almedina, 1993, p.399).³⁶

Em sentido contrário, Guilherme de Souza Nucci:

“Como já sustentamos ao tratar dos crimes de perigo, não há qualquer inconstitucionalidade em admitir o perigo abstrato, que é fruto da experiência auferida pelo legislador, passada à elaboração do tipo penal, prerrogativa sua e não do Poder Judiciário”.³⁷

2.6 Consumação e tentativa

Haverá a consumação com a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração do produto.

Admite-se a tentativa.

2.7 Tipo Subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido nas condutas trazidas pelo *caput*, que consiste na vontade livre e consciente de falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto para fins terapêuticos ou medicinais.

Existe previsão para a modalidade culposa, esculpida no §2º do art. 273.

2.8 Pena e Ação Penal

As penas cominadas pelo *caput* e pelos §§ 1º e 1º-B do referido artigo são as de reclusão, de dez a quinze anos, e multa. Com relação a modalidade culposa, esculpida no §2º, as penas são as de detenção, de um a três anos, e multa. Nesse último caso, será admitida a suspensão condicional do processo, de acordo com o art. 89 da Lei 9.099/1995.

³⁶ DELMANTO, Celso... [et al.], *Código Penal comentado*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.205.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1063.

Merece apontar ainda que a Lei 9.695, em seu artigo 1º, inciso VII-B, após a edição da Lei 9.695/1998, transformou o delito do artigo 273 do Código Penal como crime hediondo. Desta feita, serão insuscetíveis de anistia, graça, indulto e fiança, sendo a pena cumprida inicialmente em regime fechado.

A ação é pública incondicionada.

2.9 Conduas equiparadas (§1º)

Dispõe o artigo §1º do Código Penal que “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”. Desta forma, pune-se também aquele que age como o segundo elo da cadeia criminal. atuando como agente diverso daquele que falsificou, corrompeu, adulterou ou alterou a substância destinada a fins terapêuticos ou medicinais (incluem-se aqui os produtos referidos no §1º-A).

Ainda a respeito do tema, embora referindo-se à redação primitiva do art. 273, mas que se aplica aqui com relação às condutas equiparadas do §1º, merece relevo a lição de Hungria:

Deve entender-se que o agente, aqui, é pessoa diversa da que corrompeu, adulterou ou falsificou a substância (alimentícia ou medicinal), pois, do contrário, haveria crime progressivo e seria aplicável unitariamente a pena do caput do artigo. Também crime único (progressivo) tem-se de reconhecer quando a mesma pessoa, sucessivamente, expõe à venda ou tem em depósito para vender e vende ou, de qualquer modo, entrega a consumo tal ou qual substância. Haverá, porém, crime continuado se diversas e sucessivas forem as vítimas da fraude ou se uma só pessoa for vítima por mais de uma vez. Não é necessário que o agente seja comerciante, ou que se apresente um ato de comércio³⁸.

Para fins de análise do parágrafo em comento, considera-se: importação, o ato de fazer vir de outro país; vender, isto é, alienar a título oneroso; expor à venda, a conduta de manter em exposição para um grupo indeterminado de pessoas, com oferecimento, ainda que tácito, de venda; ter em depósito para vender, isto é, ter à disposição ou sob guarda para vender;

³⁸ HUNGRIA, Néelson, *Comentários ao Código Penal (Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940)* – Vol. IX Arts. 250 a 36. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 113.

distribuir, o ato de dar, entregar, repartir; entregar a consumo, como dação, cessão, troca gratuita ou onerosa.³⁹

2.10 Outros Produtos (§1º-A)

Através da Lei dos Remédios, achou por bem o legislador incluir outros produtos ao artigo 273 do Código Penal, por meio do parágrafo §1º-A. Isto deve ter sido motivado pelo fato de algumas substâncias ou produtos poderem afetar, de forma direta ou indireta, a saúde humana.

Nessa toada, outros produtos foram equiparados ao *caput* do dispositivo em comento. Desta maneira, incluem-se entre os produtos referidos no art. 273 os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

Para fins do parágrafo em comento, considera-se: *medicamento* - produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico (Lei 5.991/73, art. 4º, inc. II); *matérias-primas*: substâncias ativas ou inativas que se empregam na fabricação de medicamentos e de outros produtos abrangidos por esta Lei, tanto as que permanecem inalteradas quanto as passíveis de sofrer modificações (Lei 6.630/76, art.3º, inc. XII); *insumo farmacêutico* - droga ou matéria-prima aditiva ou complementar de qualquer natureza, destinada a emprego em medicamentos, quando for o caso, e seus recipientes (Lei 5.991/73, art. 4º, inc. III); *cosméticos*: produtos para uso externo, destinados à proteção ou ao embelezamento das diferentes partes do corpo, tais como pós faciais, talcos, cremes de beleza, creme para as mãos e similares, máscaras faciais, loções de beleza, soluções leitosas, cremosas e adstringentes, loções para as mãos, bases de maquiagem e óleos cosméticos, ruges, "blushes", batons, lápis labiais, preparados anti-solares, bronzeadores e simulatórios, rímeis, sombras, delineadores, tinturas capilares, agentes clareadores de cabelos, preparados para ondular e para alisar cabelos, fixadores de cabelos, laquês, brilhantinas e similares, loções capilares, depilatórios e epilatórios, preparados para unhas e outros (Lei 6.630/76, art. 3º, inc. V); saneantes (a lei se refere a saneantes domissanitários) - substâncias ou preparações destinadas à higienização, desinfecção ou desinfestação domiciliar, em ambientes coletivos e/ou públicos, em lugares de uso comum e

³⁹ DELMANTO, Celso... [et al.], *Código Penal comentado*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.205.

no tratamento da água compreendendo: a) inseticidas [...]; b) raticidas [...]; c)desinfetantes [...]; d) detergentes[...] (Lei 6.630/76, art. 3º, inc. VII); e por fim, *produtos de uso em diagnóstico* – substâncias utilizadas para se detectar ou determinar doenças.

Como se vê, andou mal o legislador inserindo como objeto material do crime os cosméticos e saneantes, pois não há como equipará-los a medicamentos, ainda mais quando se trata da severa pena de detenção, de dez a quinze anos, e multa, sem falar de ser um delito hediondo.

Isso não quer dizer que tais produtos não sejam importantes e que não possam acarretar dano à saúde do indivíduo que tiver contato a tais. O que não dá é para comparar a gravidade de se falsificar um medicamento a falsificar um cosmético, sendo a primeira conduta extremamente mais grave, não merecendo por isso o mesmo tratamento punitivo.

Nessa toada, Alberto Silva Franco assevera:

“[...] não há como equiparar, na sua ofensabilidade à saúde pública, produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais a meros cosméticos, ou seja, a produtos que servem ao embelezamento ou á preservação da beleza ou a simples saneantes, produtos dirigidos à higienização ou à desinfecção ambiental. São tais produtos qualitativamente autônomos e não suportam uma igualdade conceitual, nem devem receber, por isso, o mesmo tratamento punitivo”.⁴⁰

Desta forma, não há como não reconhecer o desrespeito ao princípio da proporcionalidade.

2.11 Produtos em outras condições (§1º-B)

Não se conteve o legislador em ampliar o objeto material dos crimes previstos no *caput* e no §1º. Ele foi além, sujeitando às penas do *caput* o agente que praticar as condutas referidas no §1º (quem importa, vende, tem em depósito para vender, distribuir ou entregar a consumo) 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;

⁴⁰ FRANCO, Alberto Silva, *Há produto novo na praça*, Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.70/Ed.esp., p. 05-06, set. 1998. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/exibir_artigos.php?id=2343> Acesso em: 20. outubro de 2015.

- 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.

Nota-se que o legislador optou por utilizar o termo “produtos”, abarcando dessa forma um conceito amplo, que deve incluir não só os produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, mas também os produtos que foram equiparados no §1º-A (medicamentos, matérias-primas, insumos farmacêuticos, cosméticos, saneantes e os de uso em diagnóstico).

Sendo assim, há uma presunção de que vender um dos produtos aludidos no art. 273 nessas condições listadas, é tão perigoso como se este fosse falsificado, corrompido, adulterado ou alterado, o que resta claro ser um absurdo. Isto porque, com exceção do inciso IV, os demais incisos não ensejam um perigo concreto e real para o indivíduo. Cria-se a absurda hipótese de se punir o agente que pratica uma das condutas do §1º com relação a um produto que até mesmo pode fazer um bem para a saúde do indivíduo.

Cabe ainda ressaltar que, com exceção do inciso IV, os demais incisos já são tutelados na esfera administrativa⁴¹ (e assim há de ser, em respeito ao princípio da subsidiariedade), não merecendo a reprimenda com uma pena tão elevada de reclusão, de dez a quinze anos.

2.12 Inconstitucionalidade do art. 273 do Código Penal à luz do Princípio da Proporcionalidade

Conforme analisado alhures, há de se reconhecer o excesso praticado pelo Legislativo ao cominar a pena de 10 a 15 anos, abarcando ainda condutas que em muitos casos não são dotadas de um possível potencial ofensivo. Fato é que, como decorrência da alteração provocada pela Lei 9677/98 e da aplicação do princípio da proporcionalidade (ou não) inúmeros julgamentos aparecem dando soluções jurídicas diversas. Em alguns casos, absolviam-se os réus; em outros, declarava-se o preceito inconstitucional e valia-se da analogia *in bonam partem* para aplicar a pena do tráfico de drogas, ou até mesmo a pena de algum outro crime semelhante; e ainda, em outros casos o princípio da proporcionalidade foi totalmente ignorado e puniram conforme a atual redação.

⁴¹ Cf. Leis 6.437/77 e 6.360/76.

Sendo assim, importante destacar o acórdão pioneiro em sede de reconhecimento da ofensa do art. 273 do Código Penal ao princípio da proporcionalidade: (grifou-se)

PENAL. 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. COMPETÊNCIA FEDERAL. INTRODUÇÃO EM TERRITÓRIO NACIONAL DE COMPRIMIDOS DE CYTOTEC. PENA. **OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.** REDUÇÃO. PARÂMETRO. DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO". (Apelação Criminal nº 2001.72.00.003683-2/SC. Relator: Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz. Órgão Julgador. 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Porto Alegre-RS, 09 de fevereiro de 2005).

Conforme já analisado, conclui-se que o art. 273 é inconstitucional, ferindo flagrantemente o princípio da proporcionalidade. Em síntese, nas precisas palavras de Bruno Haddad:

O art. 273, e seus parágrafos, do CP, ferem de morte o princípio da proporcionalidade e dois de seus sub-princípios, senão vejamos:

a) ADEQUAÇÃO: a norma, ao prever pena de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão e multa, certamente é adequada ao fim que pretende, ou seja, evitar a prática da conduta proibida.

b) NECESSIDADE: o preceito secundário da norma em comento não se faz necessário para atingir do fim pretendido, ou seja, outras penas como, por exemplo, de 1 (um) a 2 (dois) anos de detenção, seriam da mesma forma eficazes. Assim, aqui temos mais ônus do que bônus.

c) PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO: da mesma forma, não é razoável a aplicação de pena quase o dobro (ou mais) mais alta que outros crimes muito mais graves, tais como o Homicídio, Tráfico de Drogas, Infanticídio, Estupro etc... Pensar de forma contrária seria afirmar que é melhor ser morto por um delinqüente do que ser abordado por ele na rua vendendo remédio gripal sem registro no órgão de vigilância sanitária.⁴²

⁴² GALVÃO, Bruno Haddad, *Da declaração de inconstitucionalidade do art. 273, do Código Penal ou reconhecimento da atipicidade material do fato, ante a inexistência de resultado jurídico*. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/15118/BrunoHaddad_30082012.pdf>. Acesso em: 22 mai 2016.

Uma vez constatada a inconstitucionalidade, resta agora analisar quais serão os efeitos decorrentes desta declaração, conforme se verá a seguir.

3. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL.

3.1 Considerações Preliminares

Antes de entrarmos no mérito dos efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade do preceito em análise, faz-se necessário abordar de forma breve o controle de constitucionalidade.

No Brasil, adotamos a teoria mista de controle de constitucionalidade pelo Judiciário, podendo este ser exercido tanto pela forma concentrada, quanto pela forma difusa. Este, também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, é realizado por qualquer juízo ou tribunal em um determinado caso concreto.

Para se declarar a inconstitucionalidade de qualquer ato normativo estatal, é necessária a observação da cláusula de reserva do plenário, prevista no art. 97 da Constituição Federal que assim dispõe: *Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.* Sobre o tema, Alexandre de Moraes assevera:

Esta verdadeira *cláusula de reserva de plenário* atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os tribunais, vida difusa, e para o Supremo Tribunal Federal, também em controle concentrado.[...] O Supremo Tribunal Federal, porém, entende, excepcionalmente, dispensável a aplicação do art. 97 da Constituição Federal, desde que presentes dois requisitos: a) existência anterior de pronunciamento da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal; b) existência, no âmbito do tribunal *a quo*, e em relação àquele mesmo ato do Poder Público, de uma decisão plenária que haja apreciado a controvérsia constitucional, ainda que desse

pronunciamento não tenha resultado o formal reconhecimento da inconstitucionalidade da regra estatal questionada.⁴³

Sendo assim, uma vez fixada a orientação do pleno ou do órgão especial do tribunal, nos termos do art. 97 da CF, em um caso qualquer, os órgãos fracionários dispensarão o procedimento da cláusula de reserva de plenário, devendo guardar observância à decisão sobre a questão constitucional suscitada.

Com relação aos efeitos, estes valerão somente entre as partes e atingirão a lei desde a sua edição, tornando-a nula. A esse respeito, Alexandre de Moraes assevera:

“Declarada *incider tantum* a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, desfaz-se, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados. Porém, tais efeitos *ex tunc* (retroativos) somente têm aplicação para as partes e no processo em que houve a citada declaração”.⁴⁴

Em casos excepcionais, entretanto, o STF poderá aplicar efeitos *ex nunc*, com base nos princípios da segurança jurídica e na boa-fé, desde que razões de ordem pública ou social assim exijam.

3.2 Declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, §1º-B, V, do Código Penal pelo STJ (HC 239.363 – PR)

Conforme constatado, o §1º-B foi acrescentado ao atual artigo 273 do Código Penal por meio da Lei 9.677/98. Através dessa medida legislativa, a conduta do agente que comercializa produtos em qualquer das condições do §1º é punida com a pena de reclusão, de 10 a 15 anos, independentemente de ter sido falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

Nessa toada, ao julgar o AI no HC 239.363-PR, de Relatoria do Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 26/2/2015, DJe 10/4/2015, entendeu a Corte inicialmente que pode o Judiciário realizar controle de Constitucionalidade de leis penais sem incorrer em violação ao

⁴³ MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*. 28. ed. – São Paulo: Atlas, 2012, pp. 747-748.

⁴⁴ MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*. 28. ed. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 751.

princípio da separação de poderes. Para isso, o Min. Relator valeu-se dos ensinamentos do Min. Gilmar Mendes que merecem ser transcritos (grifou-se):

“[...]

Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, **o dever de observância do princípio da proporcionalidade** como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. [...] Abre-se, com isso, a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal.

[...]

Na medida em que a pena constitui a forma de intervenção estatal mais severa no âmbito de liberdade individual, e que, portanto, o Direito Penal e o Processual Penal devem revestir-se de maiores garantias materiais e processuais, o controle de constitucionalidade em matéria penal deve ser realizado de forma ainda mais rigorosa do que aquele destinado a averiguar a legitimidade constitucional de”. (HC n.104.410/RS pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal – DJe27/3/2012).

Sendo assim, para o Relator, o princípio da proporcionalidade enseja em uma limitação por parte do legislador no âmbito da liberdade individual em sede de matéria Penal.

Ficou assente que, por se tratar de um crime de perigo abstrato – em que não há a necessidade de prova da ocorrência de um efetivo risco pela conduta do agente –, a atual cominação da pena é revestida por uma clara falta de harmonia entre o delito e a pena.

Argumentou-se ainda que se for comparado ao crime de tráfico de drogas – notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública – percebe-se a total falta de razoabilidade do preceito secundário do art. 273, §1º-B, do Código Penal. Aquele possui a pena de 5 a 15 anos de reclusão (art. 33 da Lei 11.343/2006), possuindo, entretanto, a possibilidade de redução da reprimenda quando aplicável o §4º do art. 33, de 1/6 a 2/3. Sendo assim, em alguns casos, é possível que o pequeno traficante receba a diminuta pena privativa de liberdade de 1 ano e 08 meses, podendo inclusive ser substituída por restritiva de direitos.

Flagrante desproporcionalidade pôde ainda ser constatada ao observar que a pena mínima do crime em comento é três vezes maior do que a pena máxima para o homicídio culposo (detenção, de um a três anos – art. 121, §3º); correspondente a quase o dobro da pena

mínima para o homicídio doloso simples (seis anos – art. 121, *caput*); cinco vezes maior do que a pena mínima para o delito de lesão corporal de natureza grave (dois anos – art. 129, §2º); mais grave ainda que os crimes de estupro, estupro de vulnerável e da extorsão mediante seqüestro. O legislador colocou em igualdade condutas nitidamente distintas do ponto de vista da lesividade e gravidade que representam.

Ademais, coadunando com o entendimento aqui já exposto, entendeu a Corte que as condutas tipificadas no §1º-B, do CP, podem acarretar meras sanções administrativas e, por todo exposto, não foi outra a escolha da Corte senão declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, §1º-B, V, do Código Penal. Segundo o Min. Relator:

“Se há verdadeira e gritante desproporção, se há desrespeito ao substantive due process of law, isto é, ao art. 5º, LIV, da Constituição, cumpre a esta Corte declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, V, do Código Penal”

Entretanto, tal julgamento ficou adstrito ao preceito secundário da norma em questão, aplicando-se, por fim, a pena prevista no art. 33 da Lei de Drogas (inclusive com a possibilidade de aplicação do §4º como causa de diminuição da pena) por se tratar de analogia em favor do réu, do tipo penal mais semelhante com a conduta praticada.

Esclarecimentos merecem ser apontados com relação a tal julgamento. Em primeiro lugar, muito embora o caso concreto recaísse acerca do inciso V do §1º-B do art. 273, a Corte tratou do tema de uma forma geral, abrangendo especialmente todo o §1º-B. Sendo assim, é possível afirmar que, não obstante o réu tenha sido condenado pela prática do inc. V, o caso serve de margem para uma interpretação favorável à inconstitucionalidade de todo o preceito secundário do §1º-B do Código Penal. A fim de corroborar tal entendimento, confira-se:

RECURSO ESPECIAL. ART. 273, § 1º-B, I, DO CÓDIGO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. SUPERVENIÊNCIA DE ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. APTIDÃO DEMONSTRADA. PRECEITO SECUNDÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE. EFEITO REPRISTINATÓRIO. OBSERVÂNCIA AOS PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

4. Declarada, na Arguição de Inconstitucionalidade **no HC n. 239.363/PR**, a inconstitucionalidade do preceito secundário do referido dispositivo (**o mesmo para as seis condutas elencadas no art. 273, § 1º-B**), por ofensa ao princípio da proporcionalidade, **deve ser dada solução idêntica ao caso**, em que o recorrente foi condenado pela prática do delito previsto no inciso I do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, **com o afastamento do preceito secundário do artigo em questão e a aplicação da pena prevista no art. 33 da Lei n. 11.343/2006**. Precedente.

5. Recurso especial parcialmente provido para, mantida a condenação pelo art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal, afastar o preceito secundário do artigo em comento e determinar que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul proceda a nova dosimetria da pena do recorrente, com a aplicação do preceito secundário previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006”. (grifou-se).

Importa ainda destacar que, como decorrência da decisão em sede de controle de constitucionalidade, uma vez fixada a orientação do Pleno ou do órgão especial do tribunal, há uma inclinação à dispensa da aplicação da cláusula de reserva de plenário insculpida no art. 97 da Constituição Federal. A propósito, confere-se:

“[...] declarada a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de determinada lei, pela maioria absoluta dos membros de certo Tribunal, soaria como verdadeiro despropósito, notadamente nos tempos atuais, quando se verifica, de maneira inusitada, a repetência desmensurada de causas versando da mesma questão jurídica, vinculadas à interpretação da mesma norma, que, se exigisse, em cada recurso apreciado, a renovação da instância incidental da arguição de inconstitucionalidade, levando as sessões da Corte a uma monótona e interminável repetição de julgados da mesma natureza” (RE 190.725-8/PR).

O segundo esclarecimento gira em torno dos efeitos da decisão de sentença que declara lei inconstitucional. Conforme observado, a Corte Especial adotou entendimento no sentido da possibilidade de aplicação da analogia por semelhança de conduta para beneficiar o réu. Entretanto, não há como deixarem passar despercebidos os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade. Esta, como bem se sabe, produz efeitos retroativos, atingindo a lei desde a sua edição, ou seja, torna-a nula de pleno direito. Sendo assim, melhor atenderia ao

caso aplicar o efeito repristinatório – como decorrência lógica do princípio da nulidade do ato inconstitucional e em observância ao princípio da legalidade estrita – conforme se verá a seguir.

3.3 Consequência da declaração de inconstitucionalidade: o efeito repristinatório

Conforme já apontado no início do capítulo, a decisão que declara lei ou ato normativo inconstitucional por meio de controle incidental ou difuso, possui efeitos *inter partes* e *ex tunc*, ou seja, valerá somente para as partes do litígio e produzirá efeitos pretéritos, atingindo a lei desde a sua origem, tornando-a nula. Nessa toada, é como se a lei jamais tivesse existido em nosso ordenamento jurídico, impedindo-se que esta produza efeitos válidos. A respeito do tema, Luiz Roberto Barroso assevera:

“Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. E a falta de validade traz como consequência a nulidade ou a anulabilidade. No caso da lei inconstitucional, aplica-se a sanção mais grave, que é a de nulidade. Ato inconstitucional é ato nulo de pleno direito. [...] Corolário natural da teoria da nulidade é que [...] seus efeitos se produzem retroativamente, colhendo a lei desde o momento de sua entrada no mundo jurídico. Disso resulta que, como regra, não serão admitidos efeitos válidos à lei inconstitucional, devendo todas as relações jurídicas constituídas com base nela voltar ao *status quo ante*”⁴⁵.

Nessa linha de raciocínio, quando declaramos a inconstitucionalidade do Art. 273 do Código Penal, ou quando reconhecida a inconstitucionalidade do seu preceito secundário, na verdade se está declarando a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9677/98, que foi a responsável por alterar tal dispositivo. Sendo assim, uma vez constatada a sua inconstitucionalidade, o efeito decorrente é a sua nulidade de pleno direito, atingindo-a desde sua origem. Através desse efeito, tal norma declarada inconstitucional não se torna apta a revogar validamente a lei anterior que tratava da mesma matéria. A esse respeito o STF já decidiu em sede de Recurso Extraordinário:

“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

⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 15-16.

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”⁴⁶.

Sob esse prisma, mesmo não restando dúvida sobre a inconstitucionalidade de todo o art. 273 do Código Penal – em essência (mas não exclusivamente por isso) por cominar a pena de dez a quinze anos para um crime de perigo abstrato –, quando a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça declara a inconstitucionalidade do seu preceito secundário, ela está declarando a inconstitucionalidade, na origem, do art. 1º da Lei 9677/98, que foi a responsável pela atual redação do artigo em comento⁴⁷.

Diante do efeito repristinatório decorrente da declaração de inconstitucionalidade, as redações originais dos artigos 272 e 273 do Código Penal voltam a vigorar como se não tivessem sido revogadas, dispondo:

“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.

§ 2º Se o crime é culposo: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa, de quinhentos mil réis a dois contos de réis. (grifou-se)

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.

§ 2º Se o crime é culposo: Pena - detenção, de dois a seis meses, e multa, de duzentos mil réis a um conto de réis. (grifou-se)

Ressalta-se que no artigo 272 há a necessidade de demonstração de que a substância falsificada, corrompida, adulterada ou alterada cause dano direto à saúde (crime de perigo concreto), enquanto que no art. 273 tipifica-se a conduta que altera tais substâncias independente de torná-las diretamente nocivas à saúde, bastando que tenha redução do valor

⁴⁶ RE 260.670-7-SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 26/05/2000.

⁴⁷ 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://emporiiodireito.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/>>. Acesso em: 24 mai 2016.

nutritivo ou do efeito benéfico (crime de perigo abstrato), o que tais tipificações muito mais coerentes.

Por fim, merece ser afastado o entendimento adotado pela Corte Especial do STJ no julgamento do HC 239.363-PR – em que foi aplicada a pena do crime de tráfico de entorpecentes sob o argumento da analogia *in bonam partem*. Isso porque, quando a Corte reconhece a inconstitucionalidade do preceito secundário – e não aplica o efeito repristinatório esperado –, na verdade o que se vislumbra é um tipo penal sem pena. Nessa hipótese, a aplicação de crime correlato configura uma flagrante violação ao princípio da legalidade, pois a CF/88 dispõe em seu artigo 5º, XXXIX, que “*não haverá crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal*”.

Como se sabe, o princípio da legalidade – sob sua vertente do *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* – proíbe a adoção da chamada analogia *in malam partem*, pois, conforme afirmado por Rogério Greco, “caso contrário, de nada valeria a existência de uma lei anterior ao fato se o intérprete pudesse estendê-la a um número de casos que não foram previstos expressamente pelo tipo penal”⁴⁸.

Sendo assim, utilizar o preceito secundário previsto em outro tipo penal constitui uma atuação positiva do Judiciário, quando na verdade este deve atuar como legislador negativo, acarretando tal atuação na criação de um terceiro tipo penal. A respeito do tema, o STF já assentou no HC n. 109.676/RJ:

Ora, o Supremo Tribunal Federal reiteradamente tem decidido que, **em se tratando de declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, o Poder Judiciário atua como legislador negativo, jamais como legislador positivo** (RE nº 196.590/AL, relator Ministro Moreira Alves, DJ de 14.11.96; ADI 1822/DF, relator Ministro Moreira Alves, DJ de 10.12.99; AI (Agr)360.461/MG, relator Ministro Celso de Mello, DJe de 06.12.2005; RE (Agr) 493.234/RS, relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 27 de novembro de 2007).

Dada a impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal atuar com legislador positivo, se acolhida a tese de inconstitucionalidade, o § 3º do artigo 140 do Código Penal ficaria o tipo sem previsão legal de penalidade, dando a aparência de “isenção de pena”, o que significaria alterar o sentido inequívoco da lei. Assim, a pretexto de declarar a inconstitucionalidade parcial de lei, o Supremo Tribunal Federal estaria criando hipótese diversa daquela prevista pela lei. Daí a necessidade recordar a antiga jurisprudência desta Corte, firmada por ocasião do julgamento da Representação de Inconstitucionalidade nº 1.451-7, acórdão publicado na RTJ127/789-808, *verbis*:

⁴⁸ GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*. 10 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, pp. 21-22.

‘a Jurisprudência desta corte é firme no entendimento de que, por via de declaração de inconstitucionalidade de parte da lei, não pode ela alterar o sentido inequívoco desta, o que implicaria, em última análise, criar lei nova, por diversa, em seu sentido, da existente. Corte Constitucional só pode atuar como legislador negativo, não, porém, como legislador positivo’ (grifou-se).

Com propriedade, o Juiz Federal Ricardo Rachid de Oliveira assevera:

Um tipo penal que tenha o preceito secundário considerado inconstitucional perde, igualmente, como consequência inarredável, a força normativa do preceito primário. O princípio da legalidade não permite a criação, nem o empréstimo por analogia, da pena cominada a outro tipo. [...] Sendo assim, não resta ao Judiciário, diante da inconstitucionalidade de uma norma penal, nada a fazer a não ser considerá-la inexistente, não lhe cabendo colmatar a lacuna decorrente da invalidação da norma como se “legislador positivo” fosse.

Sendo assim, a aplicação da pena do crime de tráfico de drogas a quem pratica as condutas tipificadas no art. 273 do CP constitui-se em analogia *in malam parte*, pois não é dada ao juiz a possibilidade de aplicação da pena diversa daquela legalmente prevista. Tal medida deve ser tida como descuidada, bastando para isso relembrarmos tempos passados em que regimes totalitários utilizavam-se da *analogia in malam parte*, conforme anotado por Ferrajoli:

Na Alemanha nazista uma lei de 28 de junho de 1935 substituiu o velho art. 2º do Código Penal de 1871, que enunciava o princípio da legalidade penal, pela seguinte norma: ‘será punido quem pratique um fato que a lei declare punível ou que seja merecedor de punição, segundo o conceito fundamental da uma lei penal e segundo o são sentimento do povo. Se, opondo-se ao fato, não houver qualquer lei penal de imediata aplicabilidade, o fato punir-se-á sobre a base daquela lei cujo conceito fundamental melhor se ajuste a ele.

Em suma, uma vez declarada a inconstitucionalidade do art. 273 do Código Penal, a aplicação de outro tipo penal constitui em utilização da analogia *in malem partem*. Impõe-se, como resultado da inconstitucionalidade e como consequência do efeito repristinatório, a aplicação da pena prevista na redação originária dos artigos 272 e 273 ambos do Código Penal, como se nunca tivessem sido alterados pelo art. 1º da Lei 9677/1998. Esta, pelo que parece, é a solução mais coerente para o tema apresentado.

CONCLUSÃO

O princípio implícito da proporcionalidade é corolário do devido processo legal, inculcado em nossa Constituição Federal no art. 5º, inc. LIV. Sob sua vertente da vedação ao excesso, atua limitando o âmbito de atuação do legislador, obrigando-o a ponderar a gravidade da conduta e a sua conseqüência jurídica. Sendo assim, as normas jurídicas do ordenamento brasileiro devem encontrar consonância com o referido princípio, sob pena de serem consideradas inconstitucionais.

O atual artigo 273 do Código Penal foi introduzido em nosso ordenamento jurídico através da edição da Lei 9677/98. Como foi visto, tal fato ocorreu em um período marcado por uma intensa onda de delitos que envolveram a falsificação de medicamentos. Em meio à pressão da mídia e do clamor da opinião pública, o Direito Penal foi chamado mais uma vez, como se fosse resolver a questão da criminalidade.

A população acaba por acreditar que a simples elevação da pena de um crime irá solucionar todo problema. O nosso Código Penal é de 1940 e, mesmo após inúmeras intervenções legislativas tomadas nesse sentido, não se constata nenhuma diminuição real na criminalidade. A Lei de Crimes Hediondos está aí para demonstrar isso – lembrando que esta lei foi aprovada à época por grande pressão da mídia e do clamor social, decorrentes de um clima de insegurança após uma onda de seqüestros no Rio de Janeiro que culminou com o do empresário Roberto Medina. De acordo com dados do Ilanud (Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e do Tratamento do Delinqüente), não houve redução dos crimes após o advento da Lei de Crimes Hediondos em 1990.⁴⁹

Isso mostra que o tratamento penal mais severo, como decorrência de um clamor social, gera na verdade um efeito sedativo que após algum tempo cessa e as condutas criminosas voltam ao mesmo status anterior. Assim não seria diferente com relação à falsificação de medicamentos. De acordo com dados da Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa (Interfarma), em 2008 foram apreendidas 500 mil unidades de medicamentos falsos (comprimidos e ampolas). Em 2010, o número subiu para 18 milhões.⁵⁰

⁴⁹ Carta Maior, *Pesquisa revela ineficácia da lei de crimes hediondos*. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Direitos-Humanos/Pesquisa-revela-ineficacia-da-lei-de-crimes-hediondos/5/11487>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

⁵⁰ OLIVEIRA, Cida de, *Um terço dos medicamentos vendidos no Brasil é falso*. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/saude/2013/01/30-dos-medicamentos-vendidos-no-brasil-sao-falsos>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

Fato é que a intervenção penal se justifica quando apta a atingir um fim desejado, valendo-se da maneira que possa ser a menos onerosa. Para isso, deve haver um equilíbrio entre a pena a conduta praticada.

Como restou comprovado, não é isso que se constata na atual redação do artigo 273 do Código Penal, que acaba por cominar uma pena de reclusão, de dez a quinze anos, a condutas que sequer exigem um potencial risco de dano concreto. Além disso, algumas condutas ali tipificadas poderiam ser igualmente eficazes se tuteladas no âmbito administrativo, como o caso do indivíduo que falsifica um xampu a fim de obter lucro econômico, ou até mesmo do indivíduo que importa um remédio para a gripe sem o devido registro legal.

Fazendo-se ainda uma comparação das condutas tipificadas no artigo em questão com outros do Código Penal, há flagrante desproporção entre penas e condutas. Citando alguns dos mais repudiados crimes vistos pela sociedade, o art. 273 possui a sua pena correspondente a quase o dobro da pena mínima para o homicídio doloso simples (seis anos – art. 121, *caput*) e mais grave que o crime de estupro (reclusão, de seis a dez anos). Nitidamente o legislador colocou em igualdade condutas distintas do ponto de vista da lesividade e gravidade que representam.

Sendo assim, há de se declarar sua inconstitucionalidade e, como efeito inerente a esta, no âmbito do controle de constitucionalidade pela via difusa, aplicar-se o efeito repristinatório. Como decorrência, há aplicação da pena prevista na redação originária dos artigos 272 e 273 ambos do Código Penal, como se nunca tivessem sido alterados pelo art. 1º da Lei 9677/1998.

REFERÊNCIAS

ANVISA, *Revista Veja: junho de 1998*. Disponível em: <www.anvisa.gov.br/cosmeticos/cscos/apresentacoes/terceira_falsificados1.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2015.

BARROSO, Luis Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

DELMANTO, Celso... [et al.], *Código Penal comentado*. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

GALVÃO, Bruno Haddad, *Da declaração de inconstitucionalidade do art. 273, do Código Penal ou reconhecimento da atipicidade material do fato, ante a inexistência de resultado jurídico*. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/15118/BrunoHaddad_30082012.pdf>. Acesso em: 22 maio 2016.

GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*. 10 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

HUNGRIA, Néelson, *Comentários ao Código Penal (Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940) – Vol. IX Arts. 250 a 361*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LAURENTINO, Wendel. *A inconstitucionalidade do artigo 273 do Código Penal*. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/87916/a-inconstitucionalidade-do-artigo-273-do-codigo-penal-wendel-laurentino>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

FRANCO, Alberto Silva, *Há produto novo na praça*, Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.70/Ed.esp., p. 05-06, set. 1998. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/exibir_artigos.php?id=2343> Acesso em: 20 out. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza, *Princípios constitucionais penais e processuais penais*, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____, *Código Penal Comentado*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEIXOTO, Marcos, ROSA, Alexandre Morais da, *Em torno da inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal e das conseqüências 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/>>. Acesso em: 24 maio 2016.

PRADO, Luiz Regis, *Curso de Direito Penal brasileiro – volume 3*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHOLLER, Heinrich, *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha*, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/173.htm>>. Acesso em: 14 maio de 2015.