A TUTELA PENAL DA SAÚDE PÚBLICA E A DESPROPORCIONALIDADE DA REPRIMENDA PREVISTA NO PARÁGRAFO 1º B, INCISO V, DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL.

THE CRIMINAL PROTECTION OF PUBLIC HEALTH AND THE DISPROPORTIONALITY OF THE REPRIMAND PROVIDED FOR IN PARAGRAPH 1 B, V, OF ARTICLE 273 OF THE PENAL CODE.

Ricardo dos Santos Duran•
Silvana Amneris Rôlo Pereira Borges♦
Wagner Camargo Gouveia♣

1 INTRODUÇÃO. A saúde pública é direito fundamental e tem como escopo a preservação da vida e seu pleno desenvolvimento, integrando um dos pressupostos basilares da dignidade da pessoa humana. Em conformidade com criteriosa conveniência político-criminal, cabe ao Estado a criação de dispositivos legais com o fito de criminalizar certas condutas que coloquem em risco este preceito fundamental – saúde pública. Desse modo a redação dada pela lei federal nº 9.677, de 2.7.1998, prevê o Código Penal – decreto-lei nº 2.848, de 7.11.1940:

> **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-B – Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:**
> **V** – de procedência ignorada;

2 MÉTODO DIALÉTICO. Confronto de preceitos secundários discrepantes, para tipos penais similares, através de método procedimental de pesquisas bibliográficas a doutrina, legislação e jurisprudências.

3 RESULTADOS. Imperioso que a produção legislativa esteja em harmonia com o conjunto de princípios estabelecidos em nosso ordenamento legal, vale dizer, com a proporcionalidade e razoabilidade da reprimenda, assim como apregoa o magistério de Luciano Feldens:

• Advogado, mestrando em Direito da Saúde.
♦ Juíza de Direito, Professora universitária, mestranda em Direito da Saúde.
♣ Delegado de Polícia Civil, Professor universitário, mestrando em direito da Saúde.

> "O Direito, havendo de servir, ponderadamente, aos interesses particulares e sociais, objetaria a imposição de penalidade que viesse a estabelecer uma restrição a um direito individual em níveis manifestamente superiores àqueles reclamados pela preservação do interesse público. "

4 DISCUSSÃO. Entrementes, não é o que se depreende do dispositivo legal indigitado. Fato é que, na temática jurídica aqui enfocada, tem-se assentada a interpretação da desproporcionalidade entre a pena cominada ao art. 273, §1°-B, inciso V, e o sistema penal vigente, que sinaliza fortemente à aplicação de sanção outra, prevista em condutas típicas similares. Eis a doutrina de Miguel Reale Jr. e Alberto Silva Franco.

> "Parece-nos, porém, que o caso não é, propriamente, de inconstitucionalidade da proibição mesma que o tipo penal encerra (preceito primário), mas tão somente da pena cominada (preceito secundário), porque não houve, em princípio, excesso do legislador quando decidiu, segundo critério de conveniência político-criminal sempre questionável, criminalizar as condutas de que trata o atual art. 273 do CP. Dito de outro modo: houve excesso quanto à penalização, mas não quanto à criminalização, a admitir, inclusive, interpretação conforme a Constituição".

Com efeito na estrita observância aos princípios apregoados – proporcionalidade e razoabilidade, bem como ao devido processo legal, vital que a ação do judiciário se dê no sentido do ajustamento da pena de reclusão de 10 a 15 anos, e multa, atinente ao delito consubstanciado no ato de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada. Evidente, em simples comparativo com o gravíssimo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, onde o bem que se pretende tutelar é o mesmo – saúde pública, a discrepância entre seus respectivos preceitos secundários, máxime com o advento da lei federal nº11.343/2006, que, inobstante ter exacerbado sua pena mínima de 3 para 5 anos, possibilita a redução da sanção de 1/6 a 2/3, nos casos elencados no parágrafo 4º de seu artigo 33, podendo-se ainda, ocorrer a substituição pela pena restritiva de direitos. Em igual diapasão verifica-se que a pena mínima cominada ao crime objeto da análise central, supera em mais que o triplo da pena máxima do homicídio culposo; aproxima-

se ao dobro da pena mínima do homicídio doloso simples e é cinco vezes maior que a pena mínima da lesão corporal de natureza grave. Além disso, se encontra em patamar superior que a pena do estupro, estupro de vulnerável e extorsão mediante sequestro. Noutro prisma, por tratar-se de crime perigo abstrato, onde é despicienda a prova da ocorrência de efetivo risco de dano concreto à saúde do pretenso usuário do produto, chancelada está, uma vez mais, a desarmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada, no exagerado patamar de 10 a 15 anos de reclusão. Nesse exato sentido decidiu a Corte Especial do STJ, no julgamento de agravo de instrumento no HC nº 239.363, onde foi relator o ministro Sebastião Reis Júnior.

5 CONCLUSÕES. O princípio da proporcionalidade é inerente ao Estado Democrático de Direito, e no âmbito do Direito Penal, assegura a imposição de justa sanção às condutas consideradas penalmente relevantes. O poder punitivo estatal deve ser limitado e a proporcionalidade deverá ser observada pelo legislador, ao definir o preceito sancionador das condutas descritas no preceito primário. A pena estabelecida no preceito secundário da norma penal só se justifica se for estipulada de forma equilibrada, considerada a lesão ocasionada pela conduta incriminada, e a atividade legislativa deve se guiar pela proibição de excesso e bem assim pela proibição da proteção penal insuficiente. No tocante ao dispositivo legal aqui destacado, é inequívoco o excesso de punição representado por pena privativa de liberdade desproporcional, situação que levou à declaração de inconstitucionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça.

Palavras chave: saúde, tutela penal, proporcionalidade da reprimenda.

Keywords: health, criminal tutelage, proportionality of reprimand.

Referências:

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de Dezembro DE 1940. **Código Penal**. Presidência da República, Casa civil, Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm .Acesso em: 17/11/18.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AI no *Habeas Corpus* nº 239.363 - PR(2012/0076490-1)**, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Brasília, 26 de fevereiro de 2015. Disponível em: https://www.jurisite.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2017/08/AI-no-HC-239.363-PR.pdf. Acesso em 17 nov. 2017, 19:30.

Feldens, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

STJ considera inconstitucional pena para venda de medicamento de procedência ignorada. **Jusbrasil**, [sl], 2014. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/171780138/stj-considera-inconstitucional-pena-para-venda-de-medicamento-de-procedencia-ignorada. Acesso em: 17/11/18.