

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIRETO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

GLAUCO ALVES E SANTOS

**A DESPROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO PENAL APLICADA AOS CRIMES
SANITÁRIOS – ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO**

**BRASÍLIA – DF
2018**

GLAUCO ALVES E SANTOS

**A DESPROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO PENAL APLICADA AOS CRIMES
SANITÁRIOS – ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, na linha de pesquisa Processo e Jurisdição Constitucional, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes

**BRASÍLIA – DF
2018**

Glauco Alves e Santos

**A desproporcionalidade da sanção penal aplicada aos crimes sanitários –
artigo 273 do Código Penal Brasileiro**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, na linha de pesquisa Processo e Jurisdição Constitucional, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília – DF, 11 de junho de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dra. Julia Maurmann Ximenes

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco

Prof. Dr. Flavio José Roman

DEDICATÓRIA

Dedico à minha esposa Juliana e aos meus filhos Glauco Jr. e Gabriel, pelo amor, incentivo, colaboração, paciência e compreensão nesta jornada e por dar sentido, brilho e alegria à minha vida. Aos meus amigos, familiares e colegas de mestrado que tanto me incentivaram e apoiaram nos momentos de fraqueza.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado saúde, equilíbrio e forças para conseguir superar as dificuldades de toda uma vida, em especial nos momentos de forte tormenta. Presto agradecimento especial à minha esposa Juliana (que nestes quase 27 anos de união, sempre esteve ao meu lado, de forma inabalável, em todos os momentos da vida, (principalmente nos mais difíceis, quando eu parecia não merecer)) e aos meus filhos Glauco Jr. e Gabriel (por serem minha a maior fonte de inspiração, motivação e entusiasmo) e também por me darem suporte nos momentos difíceis, nas noites mal dormidas e, principalmente, por terem me apoiado até quando estive ausente (foram muitos os momentos).

Agradeço especialmente aos professores e brilhantes mestres Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet que compartilharam entusiasmadamente comigo parte de seus conhecimentos, sem deixar de homenagear (para não cometer injustiças) a todos os demais mestres que tive o privilégio e a honra de ouvir e, humildemente, aprender ao longo destes quase 03 (três) anos de Mestrado. Agradeço ainda ao amigo Fernando Rios (Gerente de Controle e Qualidade do IDP), pelo cuidado, carinho e dedicação ao longo desta jornada. Eu e esta instituição devemos muito a ele.

Não tenho palavras que sejam capazes de expressar o meu agradecimento à minha incrível orientadora Julia Ximenes, uma mulher, um ser humano e uma professora de alma e coração enormes. Ainda assim, agradeço pelo suporte, correções, incentivos e infinita benevolência, pois suportou minhas neuroses com calma, paciência e sabedoria. Sem ela meu trabalho não seria o mesmo.

À esta instituição de ensino, seu corpo docente, coordenadores e colaboradores que durante todo o curso estiveram presentes, dando suporte e contribuindo diretamente para a realização deste sonho.

Agradeço ainda, a todos os meus familiares e amigos que contribuíram direta ou indiretamente para a minha formação e à Amanda dos Reis, que me ajudou incansavelmente nos trabalhos de pesquisa e formatação.

A todos, meu eterno e sincero agradecimento!

EPÍGRAFE

De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto.

Rui Barbosa

RESUMO

O presente estudo é resultado de uma pesquisa sociojurídica a respeito da possível desproporcionalidade da sanção aplicada, no ordenamento jurídico brasileiro, aos crimes sanitários que são elencados no rol do artigo 273 do Código Penal Brasileiro. Em 1998, o Congresso Nacional, à sombra de uma forte pressão social, alterou a tipificação penal dos crimes sanitários e os inseriu no rol de crimes hediondos, equiparando condutas, das mais variadas e, cominando penas altíssimas (privativas de liberdade) àqueles que se enquadram em qualquer das ações previstas no texto legal, como se todas as ações, indistintamente, proporcionassem um idêntico grau de risco à sociedade, quando na verdade, muitas das condutas são facilmente sancionadas e solucionadas com procedimentos administrativos, ou seja, não haveria necessidade do acionamento do Poder Judiciário para dirimir os conflitos oriundos de tais comportamentos. É sob este prisma – sanção, demasiadamente alta, aplicada aos crimes sanitários – que será feita ao longo deste estudo, uma análise pormenorizada do referido artigo (273 do Código Penal Brasileiro) abordando ainda institutos jurídicos como crimes de perigo abstrato, crimes hediondos, a influência da mídia na alteração da tipificação penal dos crimes sanitários e o posicionamento dos Tribunais Brasileiros. De tal modo que possamos apresentar prováveis soluções para a possível desproporcionalidade da sanção penal sanitária.

Palavras-chave: Artigo 273. Crimes Sanitários. Crimes Hediondos. Desproporcionalidade. Sanção Penal.

ABSTRACT

The present study is the result of a social-legal research regarding the possible disproportionality of the sanction applied, in the Brazilian legal system, to the sanitary crimes that are listed in the list of article 273 of the Brazilian Penal Code. In 1998, the National Congress, in the shadow of a strong social pressure, changed the penal classification of sanitary crimes and inserted them in the list of heinous crimes, equating types of behavior, of the most varied and, committing very high penalties (deprivation of liberty) to those who fall within any of the actions provided for in the legal text, as if all actions, indistinctly, provided the same degree of risk to society, when in fact, many of the actions are easily sanctioned and resolved through administrative procedures, ie, there would be no need of the activation of the Judiciary to settle conflicts arising from such behaviors. From this perspective - a sanction, which is too high, applied to sanitary crimes – that will be made throughout this study, a detailed analysis of this article (273 of the Brazilian Penal Code) including legal institutes such as crimes of abstract danger, heinous crimes, the influence of the media in changing the criminalization of sanitary crimes and the position of the Brazilian Courts. So that we can present probable solutions for the possible disproportionality of sanitary penal sanction.

Keywords: Article 273. Sanitary Crimes. Heinous Crimes. Disproportionality. Penal Sanction.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CRIMES HEDIONDOS E TIPO PENAL	16
2.1 Exposição Artigo 273 do Código Penal Brasileiro.....	17
2.2 Análise dos Verbos Núcleos do Tipo Elencados no Artigo 273 do Código Penal Brasileiro.....	22
2.3 Crimes de Perigo Abstrato.....	26
2.4 O Papel da Mídia nas Relações Sociais e Jurídicas	31
2.4.1 Motivação para a Caracterização do Crime Sanitário Como Hediondo: O Prelúdio Midiático	34
2.5 Crimes Hediondos: Inserção do Artigo 273	40
2.6 Sanção Penal do Artigo 273 do Código Penal Brasileiro	45
3 CRIMES CONTRA A SAÚDE	55
3.1 Direito Regulatório na Área Sanitária	56
3.2 Agências Reguladoras Brasileiras	58
3.3 Agência Nacional de Vigilância Sanitária: ANVISA (Agente Regulador) ..	62
3.4 Agente Regulado, Produtos Controlados e Procedimento de Regularização: Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).....	66
4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	71
4.1 Noções Gerais dos Princípios	72
4.2 Desproporcionalidade da Sanção Penal do Artigo 273 do Código Penal Brasileiro	75
4.3 Proporcionalidade	78
4.3.1 Princípios Correlatos	79
4.3.2 Proporcionalidade em sentido estrito	82
4.3.3 Proporcionalidade no Caso Concreto.....	84
4.4 Proporcionalidade e Razoabilidade	88
4.5 Proporcionalidade e Ponderação	91
5 O ESTADO REGULADOR E O CONTROLE CONSTITUCIONAL NAS PRÁTICAS SANITÁRIAS	96
5.1 Estado Regulador	97

5.2 Função Social do Estado Regulador como Garantidor da Coletividade	102
5.3 Sanção Penal Desproporcional – Possíveis Soluções.....	107
CONCLUSÃO	112
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	117

1 INTRODUÇÃO

A discussão levantada no presente estudo decorre da inquietação do autor em relação a possível agressão constitucional principiológica encontrada na sanção secundária (pena) imposta àqueles que cometem crimes contra a saúde, em especial aqueles tipificados no artigo 273 do Código Penal Brasileiro.

Considerando que os delitos elencados no supramencionado artigo são de perigo abstrato, será feito um estudo crítico das leis que regulamentam e que caracterizam os crimes sanitários como crimes hediondos, independentemente da conduta praticada pelo agente que, uma vez enquadrado em qualquer das ações previstas no artigo 273 do Código Penal Brasileiro, sofre a sanção penal nele imposta (dez a quinze anos de reclusão).

Importante destacar que a problemática levantada neste estudo é em relação à equiparação das condutas elencadas no §1º deste artigo e à sanção penal possivelmente desproporcional aplicada às mesmas. Podemos dividir a problemática central deste estudo em: 1) equiparação e aplicação de sanção desproporcional às condutas: falsificar, corromper, adulterar e alterar com: importar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender, distribuir ou entregar; 2) equiparação desproporcional de cosméticos e saneantes com medicamentos e; 3) equiparação e aplicação de sanção desproporcional entre quem importa produto, legal, testado e aprovado em outros países, porém sem registro no órgão de vigilância sanitária brasileiro (ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária), portanto uma infração administrativa, com quem importa, comercializa ou expõe à venda produtos realmente proibidos, por serem testados e comprovados os prejuízos que podem acarretar à saúde.

Sendo assim, o problema central deste estudo está na atribuição de pena possivelmente desproporcional¹ às diversas condutas elencadas no artigo 273 do

¹ Segundo Flavio José Roman: “o princípio da proporcionalidade atua justamente para apurar ‘se há proporcionalidade entre dois polos da ação, o fim e o meio, ou se manifesta um desequilíbrio que indica que a medida carece de justificativa constitucional’[...]. Enfim, a proporcionalidade traz para o presente

Código Penal brasileiro, em decorrência da equiparação, provavelmente equivocada, de condutas, produtos e substâncias relacionados à saúde pública.

A problemática e a pretensão principal deste trabalho é provar, com base em um estudo sociojurídico, que os crimes elencados no artigo 273 do Código Penal Brasileiro sofrem a incidência de uma tipificação penal desproporcional, haja vista que a pena imposta àqueles que violam a legislação sanitária é demasiadamente alta, se comparada com outras sanções, impostas no próprio Código Penal, para crimes socialmente considerados mais gravosos, como por exemplo, um homicídio, que quando caracterizado em sua forma simples tem uma pena inicial de 06 anos, ou seja, consideravelmente inferior àquela atribuída aos crimes sanitários (contra a saúde pública) que é de no mínimo 10 (dez) e o máximo de 15 (quinze) anos de reclusão em regime inicial fechado², sendo estes também caracterizados como crimes hediondos.

As hipóteses levantadas para solucionar a possível agressão principiológica supramencionada são: 1) Redimensionamento da sanção penal, submetendo a demanda ao crivo do Poder Legislativo, para que este reformule o texto legal, de modo que seja possível a transferência do ônus punitivo das condutas menos gravosas à esfera administrativa (Estado Regulador), de tal forma que permaneceriam na esfera criminal, somente aquelas situações eminentemente mais danosas e; 2) Possibilidade de atribuir ao magistrado a prerrogativa de fazer uso de um juízo de ponderação diante das demandas apresentadas, onde seria possível sopesar a relação entre conduta e resultado, individualizando assim a pena atribuída ao caso concreto, com dosimetria penal mais adequada, aplicando atenuantes e/ou agravantes.

O principal tipo de pesquisa utilizado neste estudo é a sociojurídica³, e buscamos analisar o problema de pesquisa sob uma óptica normativo-social, na tentativa de humanizar a aplicação da norma penal sanitária⁴. Para isso, nos valeremos, em parte, da sociologia do direito, que segundo Engelmann e Madeira:

a discussão sobre os efeitos do ato administrativo futuro". (ROMAN, Flavio José. *Discricionariedade técnica na regulação econômica*. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 46).

² BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 01 nov. 2017.

³ ENGLEMAN, Fabiano; MADEIRA, Lígia Mori. Estudos sociojurídico: apontamentos sobre teoria e temáticas de pesquisa em sociologia jurídica no Brasil. *Sociologias*, Porto Alegre, Ano 15. nº 32. jan./abr. 2013. p. 182-209.

⁴ JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *A sociologia do direito no Brasil: introdução ao debate atual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1993. apud ENGLEMAN, Fabiano; MADEIRA, Lígia Mori. op. cit., p. 188.

“serve para a tradução de temas sociais para o espaço judicial”⁵. De tal modo que a aplicação da pena ocorra de acordo com a periculosidade da ação do infrator, cumulada com a gravidade do resultado obtido após a conduta delituosa. E assim, se justifica a análise da provável desproporcionalidade da sanção penal imposta, atualmente, no artigo 273 do Código Penal Brasileiro uma vez que é atribuída pena genérica, indistintamente da observância do real grau de periculosidade da ação (e de seu resultado) cometida pelo indivíduo que infringe a norma.

A construção deste estudo está embasada em uma perspectiva sociológica⁶ de análise de conflitos que relacionam diretrizes normativas sanitárias e a aplicação das mesmas nos casos concretos e, por esse motivo, podemos dizer que para que estes conflitos possam ser solucionados é necessário que tenhamos como pressuposto que o Direito é feito para a sociedade⁷ e, por esta razão deve ser aplicado de acordo com o caso concreto e não de maneira genérica, como vem ocorrendo em relação aos crimes sanitários.

Para que este estudo se desenvolva serão abordados alguns assuntos relevantes, tais como: tipos penais, crimes hediondos, agente regulador, agente regulado, princípios basilares do direito, Estado regulador, entre outros que envolvem a problemática apresentada. Esta dissertação será dividida em 04 (quatro) capítulos, os quais terão o conteúdo distribuído da maneira a seguir demonstrada.

No primeiro capítulo será feita uma análise minuciosa do artigo 273 do Código Penal Brasileiro, abordando os assuntos relativos à tipificação penal dos crimes sanitários (artigo 273 do Código Penal Brasileiro), a caracterização e equiparação das condutas como crimes hediondos. Versará ainda a respeito da colaboração midiática (força e pressão da mídia, bem como dos meios de comunicação de massa), decorrente do clamor social, que resultou na alteração da legislação punitiva referente aos crimes sanitários. Em síntese, este primeiro capítulo relaciona categorias teóricas

⁵ ENGELMANN, Fabiano; MADEIRA, Lígia Mori. Op. cit., p. 187.

⁶ “A sociologia é utilizada numa tentativa de redefinição das diversas teorias do direito e ramos disciplinares, visando fundamentalmente uma crítica da dogmática e a fundamentação de um saber voltado para a produção de novas doutrinas capazes de efetivar a aplicação do direito num sentido mais político e social, dando apoio à aplicação das normas favoráveis às causas sociais” (ENGELMANN, Fabiano; MADEIRA, Lígia Mori. Op. cit., p. 184).

⁷ ENGLEMAN, Fabiano; MADEIRA, Lígia Mori. op. cit., p. 205.

que proporcionam a visualização da possível desproporcionalidade da sanção penal aplicada aos crimes sanitários, no ordenamento jurídico brasileiro.

O segundo capítulo versará a respeito da estrutura da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) que é o agente regulador responsável por fiscalizar todos os produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária (à saúde pública brasileira), bem como sobre o agente regulado, que conforme a Resolução 222, de 28 de dezembro de 2006, expedida pelo Ministério da Saúde, trata-se de “pessoa física ou jurídica submetida ao controle e fiscalização da ANVISA”⁸, de tal modo que possa restar claro a relação existente entre o agente, o crime e sanção aplicada a ele, corroborando assim para que possamos apresentar, posteriormente, uma possível solução para a problemática encontrada no artigo 273 do Código Penal Brasileiro, cerne deste trabalho, qual seja: dar competência, legitimando, o Estado Regulador, para figurar como possível árbitro e agente punitivo nas condutas típicas menos gravosas.

O terceiro capítulo tratará a respeito do Princípio da Proporcionalidade que é um dos pontos nevrálgicos deste estudo, pois a problemática desta pesquisa é exatamente a possível desproporcionalidade da sanção penal imposta aos crimes sanitários elencados no artigo 273 do Código Penal Brasileiro. Serão apresentados alguns Princípios Basilares do Direito, que possuem correlação com o Princípio da Proporcionalidade e que demonstram a necessidade de adequação da sanção penal com a conduta praticada pelo agente, embasando então a inquietação do autor em relação ao possível desrespeito aos princípios constitucionais, principalmente no que tange à aplicação proporcional da pena em relação à conduta do agente.

Por fim, o quarto e último capítulo se dedica a apresentar uma análise do Estado Regulador, observando a evolução deste, desde o seu surgimento na Europa⁹,

⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Resolução nº 22, de 28 de dezembro de 2016. Disponível em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2006/res0222_28_12_2006.html> Acesso em 03 nov. 2017.

⁹ “É que o fenômeno das agências reguladoras no Brasil faz um paralelo interessante com o acontecido na Europa: embora concebidos pelo liberalismo, como modelo de desestatização da economia, hoje, os entes regulados constituem a última trincheira para a defesa do interesse público”. (ROMAN, Flavio José. op. cit., p. 150).

passando por sua evolução na Regulação norte-americana¹⁰ até sua chegada ao Brasil, para então demonstrar a maneira como este Estado Regulador, enquanto agente incumbido da responsabilidade de zelar e ser garante da coletividade, atua diante das demandas apresentadas a ele, uma vez que “a regulação traduz um implemento de ordens independentes, proporcionado por regras, mecanismos ou instituições”¹¹. Tendo como intuito tentar fortalecer a importância da estrutura do Direito Regulatório e sua aplicabilidade como uma hipótese de solução de conflitos, retirando das esferas penal e cível, quando possível, a gestão do setor punitivo sanitário, a defesa do consumidor e a proteção social¹².

Dessa maneira pretende-se demonstrar a necessidade de análise e avaliação dos casos concretos, por parte dos juristas e Tribunais Superiores, a respeito das normas penais sanitárias brasileiras, que estão, por hora, totalmente desconectadas da realidade social. Nesse sentido, aponta Fernanda Duarte que há desigualdade na entrega da prestação jurisdicional:

O que sugere ausência de consenso interno ao saber produzido no campo e, no limite, falta de consenso externo, manifesto na distribuição desigual da justiça entre os jurisdicionados pelas mesmas leis, que lhes são aplicadas e pelos mesmos tribunais que lhes ministram a prestação jurisdicional.¹³

Portanto, deve o Direito ser mais real e menos retórico, para que assim seja capaz de alcançar os grupos sociais mais vulneráveis, como proposto por Fabiano Engelmann e Lígia Madeira:

Se a sociologia sempre teve um papel crucial no direito, a análise da defasagem da ordem jurídica em relação às práticas sociais e o

¹⁰ “O surgimento das teses do chamado Estado Regulador, no contexto brasileiro, está intimamente ligado ao surgimento das agências reguladoras nos anos 1990 [...] inspiradas pelo Direito norte-americano”. (ROMAN, Flavio José. op. cit., p. 147-148).

¹¹ GANGUILHEM, G. apud JUNQUEIRA, Eliane Botelho; OLIVEIRA, Luciano. *Ou isto ou aquilo: a sociologia jurídica nas faculdades de direito*. Rio de Janeiro: letra Capital. 2002. p. 158.

¹² “A criação das normas jurídicas pelo Executivo, que cada vez mais se incrementa, como fenômeno do século, decorre não só da crise do parlamentarismo, como, e principalmente, da incapacidade revelada pelo chamado Poder Legislativo de fazer leis. Realmente, trata-se de órgão que representa diferentes correntes da opinião pública, manifestada nos partidos políticos e nas organizações profissionais, mas sem preparo técnico, científico, sociológico e jurídico para o mister legislativo. Daí a entrega ao Executivo de tal cometimento, que se vale de órgãos administrativos especializados”. (BANDEIRA DE MELO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. I. 2. ed. São Paulo: Forense. 1979, p. 348).

¹³ DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mario. *Metodologia de pesquisa: igualdade jurídica: entre o discurso e a gramática das decisões judiciais*. Caxias do Sul: Educ. 2015, p. 56.

despertar de consciências críticas, em contrapondo as discussões eminentemente dogmáticas, levam à necessidade de trabalhar com uma base empírica para a especulação teórica, que seja capaz de ir contra a máxima de que *o direito tem retórica demais e realismo de menos*.¹⁴ (grifos no original)

Por fim, este estudo busca desenvolver considerações sobre a melhor alternativa, segundo o entendimento do autor desta dissertação, para tentar solucionar o conflito existente na legislação sanitária brasileira para que seja aplicada uma sanção coerente com o resultado da conduta delituosa, observando não só o sistema normativo, mas também a realidade e o contexto social que o indivíduo está inserido¹⁵, de tal forma que o Poder Público não dê tratamento igual às situações que apresentem circunstâncias diversas¹⁶, que a prestação jurisdicional do Estado seja entregue de maneira justa e individualizada.¹⁷

¹⁴ ENGELMANN, Fabiano; MADEIRA, Lígia Mori. op. cit., p. 205.

¹⁵ AMORIM, Maria Stella. et al. *Ensaio sobre a Igualdade Jurídica: Acesso à Justiça Criminal e Direitos de Cidadania no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2005. p. 107.

¹⁶ “No discurso da igualdade como tratamento diferenciado há uma diferença sutil [...], já que as leis, sob o aspecto funcional classificam situações, discriminando-as, para submetê-las à disciplina destas ou daquelas regras, é preciso indagar quais as discriminações juridicamente intoleráveis e quais as que têm abrigo no ordenamento jurídico, a fim de apurar a violação ao princípio da igualdade jurídica. Desta forma, o princípio constitucional da igualdade pressupõe um dever de igualdade para o Poder público, desdobrando-se em tratamento igualitário, se as situações consideradas apresentarem circunstâncias iguais e autorizando tratamento diferenciado, se as situações forem diversas”. (DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mario. op. cit., p. 67).

¹⁷ PIRES, Álvaro et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Tradução de Ana Cristina Nasser. Rio de Janeiro: Vozes, 2008, p. 58.

2 CRIMES HEDIONDOS E TIPO PENAL

O presente capítulo é resultado de um estudo sociojurídico a respeito da possível desproporcionalidade da sanção aplicada, no ordenamento jurídico brasileiro, aos crimes sanitários que são elencados no rol do artigo 273 do Código Penal Brasileiro.

Em 1998, o Congresso Nacional, à sombra de uma forte pressão social, alterou a tipificação penal dos crimes sanitários e os inseriu no rol de crimes hediondos, equiparando condutas, das mais variadas e, cominando penas altíssimas¹⁸ (privativas de liberdade) àqueles que se enquadram em qualquer das ações previstas no texto legal, como se todas as ações, indistintamente, proporcionassem um grau de risco exatamente igual à sociedade, quando na verdade, muitas das condutas são facilmente sancionadas e solucionadas com procedimentos administrativos, ou seja, não haveria necessidade do acionamento do Poder Judiciário para dirimir os conflitos oriundos de tais comportamentos.

É sob este prisma – sanção, demasiadamente alta, aplicada aos crimes sanitários – que esta dissertação fará, ao longo do primeiro capítulo, uma análise pormenorizada do referido artigo (273 do Código Penal Brasileiro) abordando ainda institutos jurídicos como crimes de perigo abstrato, crimes hediondos e a influência da mídia na alteração da tipificação penal dos crimes sanitários.

Ainda que não se tenha como objetivo exaurir todas as formas de análise e interpretação do artigo supramencionado, serão apresentados inúmeros argumentos que possibilitam o entendimento da possível desproporcionalidade existente na sanção penal aplicada (sem distinção) aos crimes sanitários.

¹⁸ A punição referida é de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão, ou seja, mais alta (quase o dobro) que a sanção aplicada àqueles que cometem, por exemplo, um homicídio simples, que tem uma pena mínima de seis anos.

2.1 Exposição Artigo 273 do Código Penal Brasileiro

O artigo 273 é recepcionado pelo Código Penal Brasileiro e pode ser localizado no Título VIII (dos crimes contra a incolumidade pública), Capítulo III (crimes contra a saúde pública)¹⁹.

O Código Penal Brasileiro vigente foi instituído pelo decreto-lei nº 2.848 em 07 de dezembro de 1940. Este foi o terceiro Código penal existente em território nacional. No decorrer dos anos sofreu inúmeras modificações em seu texto, de modo que se adequasse com a realidade vigente no país. Vários fatores impulsionam a alteração dos dispositivos elencados no Código e dentre eles a mídia tem um relevante papel, como será demonstrado mais adiante neste estudo.

Os crimes que hoje estão relacionados no artigo 273 do CPB²⁰ inicialmente eram elencados tanto no artigo 272 quanto no artigo 273. Vejamos:

Corrupção, adulteração, ou falsificação de substância alimentícia ou medicinal.

Art. 272. Corromper, adulterar ou falsificar substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo, tornando-a nociva à saúde:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, de cinco a quinze contos de réis.

§ 1º Está sujeito à mesma pena quem vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, entrega a consumo a substância corrompida, adulterada ou falsificada.

Modalidade culposa

§ 2º Se o crime é culposo:

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

Alteração de substância alimentícia ou medicinal

Art. 273. Alterar substância alimentícia ou medicinal:

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

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

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

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

§ 2º Se o crime é culposo:

¹⁹BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. op. cit.

²⁰ Forma abreviada de Código Penal Brasileiro utilizada com o intuito de evitar repetições.

Pena - detenção, de dois a seis meses, e multa, de duzentos mil réis a um conto de réis.²¹

Como é possível perceber, os referidos artigos englobavam tanto as substâncias medicinais quanto alimentícias, o que foi alterado com o advento da Lei nº 9.677 de 02 de julho de 1998, a qual transferiu a tutela das substâncias alimentícias para o artigo 272 e das substâncias medicinais ou com fins terapêuticos para o artigo 273.

Além desta alteração, a Lei nº 9.677 modificou o tipo penal antes existente aumentando a pena de reclusão prevista no artigo que inicialmente era de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, passando a vigorar então a nova redação onde a pena passa a ser de reclusão de 10 (dez) a 15 (quinze) anos.

Vejamos o atual artigo 273 do Código Penal brasileiro:

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.²²

²¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Legislação informatizada – decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – publicação original*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 18 jul. 2017

²² BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. op. cit.

Uma das alterações de maior relevância e que é o motivo central deste estudo é a equiparação das condutas elencadas no § 1º-A e 1º-B com as especificadas no caput do artigo.

Importante destacar que a problemática levantada neste estudo não é a colocação destas substâncias no artigo 273 do Código Penal Brasileiro, mas sim a equiparação das condutas elencadas no §1º deste artigo e a sanção aplicada às mesmas. Sendo assim, podemos dividir a problemática central deste estudo em: 1) equiparação desproporcional das condutas falsificar, corromper, adulterar e alterar com: importar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender, distribuir ou entregar; 2) equiparação desproporcional de cosméticos e saneantes com medicamentos e; 3) equiparação desproporcional entre quem importa produto, legal, testado e aprovado em outros países, porém sem registro no órgão de vigilância sanitária brasileiro (ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária), portanto uma infração administrativa, com quem importa, comercializa ou expõe à venda produto realmente proibidos, por serem testados e comprovados os prejuízos que podem acarretar à saúde.

Não obstante as alterações feitas pela Lei nº 9.677/98, o artigo 273 foi novamente alvo de modificações naquele ano. Desta vez pela Lei 9.695 publicada em 20 de agosto de 1998²³.

A referida lei (9.695) incluiu os crimes contra a saúde pública (tutelados no artigo 273 do Código Penal Brasileiro) no rol dos crimes hediondos, conforme demonstrado em seu preâmbulo: “Altera dispositivos do Capítulo III do Título VIII do Código Penal, incluindo na classificação dos delitos considerados hediondos os crimes contra a saúde pública, e dá outras providências”.

A nova redação conferida pelas Leis 9.677/98 e 9.695/98 indica a presunção de perigo de quaisquer das condutas elencadas no artigo 273 do Código Penal Brasileiro²⁴. Contudo se fossem analisados os riscos reais alcançados nas diversas condutas e diferentes substâncias elencadas no artigo aludido, ficaria constatado que

²³BRASIL. Lei nº 9.695, de 20 de agosto de 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9695.htm> Acesso em 18 jul. 2017.

²⁴GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Dos crimes contra os costumes aos crimes contra a administração*. v. 10. 5. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p.66.

parte dos crimes são, na verdade, de baixo potencial ofensivo, que mais se assemelham com a infrações administrativas, variando apenas o grau de ofensividade e, talvez com alguma repercussão penal, mas não ao ponto de serem equiparadas aos crimes hediondos, o que torna a sanção prevista (dez a quinze anos de reclusão) demasiadamente alta e sem qualquer proporcionalidade.²⁵

Para Guilherme de Souza Nucci:

A Lei 9.677/98 alterou substancialmente as penas deste delito, na forma dolosa, passando-as de um a três anos, e multa, para dez a quinze anos, mantendo-se a multa. Houve, ainda, a criação de novas condutas típicas, tanto no caput quanto nos parágrafos. Em seguida, a Lei 9.695/98 classificou este delito como hediondo, ao incluí-lo no rol do art. 1º da Lei 8.072/90. Por se tratar de crime de perigo abstrato (independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja), a pena é muito elevada.²⁶

Em relação à equiparação de medicamentos com cosméticos e saneantes podemos fazer a seguinte análise: falsificar, corromper, adulterar, alterar, produtos destinados a fins terapêuticos e medicinais, ou incorrer em qualquer outra conduta elencada no §1º é extremamente perigoso e gravoso para a saúde da sociedade, por outro lado, se qualquer destas ações estiver relacionada a cosméticos ou saneantes, ainda que sejam reprováveis e, de certo modo causem risco, não oferecem tamanho perigo social, tendo em vista que as consequências da utilização das substâncias são, sem dúvida, diferentes.

Para melhor entendimento sobre a diferença entre esses produtos, vejamos a conceituação atribuída pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), órgão responsável por controlar e regular a área sanitária em âmbito nacional:

Medicamento – Produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico;

Cosmético – O de uso externo, destinado 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, rouges, blushes, batons, lápis labiais, preparados anti-solares,

²⁵ DELMANTO. Celso, et al. *Código Penal comentado*. 7ª ed., Renovar, 2007. p. 692.

²⁶NUCCI. Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 7. ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 944.

bronzeadores e simulatórios, rímeis, sombras, delineadores, tinturas capilares, agentes clareadores de cabelos, fixadores, laquês, brilhantinas e similares, tônicos capilares, depilatórios ou epilatórios, preparados para unhas e outros.

Saneantes – Substâncias ou preparações destinadas à higienização, desinfecção ou desinfestação domiciliar, em ambientes coletivos e/ou públicos, em lugares de uso comum e no tratamento de água, compreendendo: detergentes, alvejantes, desinfetantes, desodorizantes, esterilizantes, algicidas para piscinas, desinfetante de água, água sanitária, inseticidas, raticidas, repelentes e outros.²⁷

É indiscutível que estes produtos têm composições e principalmente destinações diferentes.

Dessa maneira quem incorre nas condutas delituosas em relação aos cosméticos e saneantes deveria ser sancionado de maneira diferenciada daquele que fraudas produtos com fins terapêuticos e medicinais. Todavia o artigo 273 do Código Penal Brasileiro não traz quaisquer diferenciações. Não há causa de diminuição de pena e nenhuma proporcionalidade na sanção imposta no referido artigo. Entretanto este assunto será abordado de maneira mais aprofundada em outro capítulo deste estudo.

É ainda mais exagerada a equiparação a crime hediondo imposta em alguns dos incisos do §1º-B, pois o simples fato de se importar um medicamento, cosmético ou saneante sem registro no órgão de vigilância nacional, importa no enquadramento do agente na sanção prevista no artigo (dez a quinze anos de reclusão). Além disso, está sujeito à mesma pena quem importa, comercializa, expõe à venda ou tem em depósito produtos sem características de qualidade admitidas para sua comercialização, por exemplo, rótulo do produto danificado.

Igualmente incorre nas penas do artigo 273 do Código Penal Brasileiro quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo produto de procedência ignorada, ou, adquirido de estabelecimento sem licença, ou seja, no lugar de receber uma sanção que deveria ser administrativa, por não verificar se o estabelecimento portava licença, será

²⁷BRASIL. Portal da Vigilância Sanitária. *Conceitos Técnicos*. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/conceito.htm>> Acesso em: 19 jul. 2017.

sancionado criminalmente, como se o agente tivesse fraudado diretamente a composição do produto.

Existe, possivelmente, uma desproporcionalidade na equiparação, a crimes hediondos, de todas as condutas elencadas no artigo 273 do Código Penal Brasileiro em decorrência da falta de avaliação do grau de risco ou perigo proporcionado por elas.

Diante destas informações, importante se faz a conceituação e caracterização de alguns institutos jurídicos para melhor compreender as alterações realizadas no artigo 273 do Código Penal Brasileiro, bem como a motivação para sua inserção do no rol de crimes hediondos, fato ocasionado pela Lei 9.695 de 20 de agosto de 1998.

Todavia, antes de adentrar neste assunto, é necessário compreender, de maneira mais minuciosa, o significado das ações elencadas no tipo penal do artigo 273 do Código Penal Brasileiro. Para isto o próximo subcapítulo versará sobre as condutas possíveis de sanção, previstas no mencionado artigo.

2.2 Análise dos Verbos Núcleos do Tipo Elencados no Artigo 273 do Código Penal Brasileiro

Ao observar o artigo 273 do Código Penal brasileiro é possível identificar inúmeras ações que são passíveis de sanção. Cada uma destas condutas é demonstrada por meio de um verbo núcleo do tipo penal, verbos estes que serão objeto de análise deste subcapítulo.

Para que possamos conceituar um crime é imprescindível que façamos a análise do tipo penal, ou seja, do modelo abstrato que descreve uma conduta. Além disto, devemos ainda entender que “tipicidade” é o nome atribuído à adequação da realidade (fato concreto) às condutas elencadas no texto legal. De acordo com Guilherme de Souza Nucci:

O tipo é apenas o resultado de um processo legislativo voltado a captar, como regra, na sociedade, o anseio de que determinada conduta ilícita seja punida com uma pena, elaborando o modelo. Não cria a conduta, apenas a valora, transformando-a em crime. Tipicidade, por sua vez, é a adequação do fato concreto da vida ao modelo legal de conduta proibida.²⁸

Neste contexto, o artigo 273 do Código Penal brasileiro é dotado de inúmeros verbos que tipificam as condutas ilícitas puníveis àqueles que incorrem em qualquer uma delas. Interessante se faz a análise mais aprofundada deste artigo para que possamos então compreender quem são os sujeitos que podem ser enquadrados nas condutas elencadas e também a dimensão da punição àqueles que incorrem nos crimes especificados. Vide o referido artigo às fls. 18.

Inicialmente, devemos observar que por se tratar de um crime comum, ou seja, que não exige qualquer qualidade especial dos sujeitos do crime (ativo ou passivo), os crimes enumerados no artigo 273 do Código Penal brasileiro, podem ser praticados por qualquer pessoa (sujeito ativo). Por outro lado, o sujeito passivo é, a princípio, a coletividade e, posteriormente, os eventuais lesados pela ação delituosa.²⁹

De acordo com o Cezar Roberto Bittencourt:

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que pratique uma das ações descritas no dispositivo em exame, independentemente da qualidade de produtor ou comerciante. Sujeito passivo é a coletividade cuja saúde seja lesada ou colocada em perigo pela ação do sujeito ativo.³⁰

Quando passamos para análise das ações retratadas no artigo supracitado, devemos separá-las em dois seguimentos: 1) ações elencadas no caput do artigo e; 2) ações elencadas no §1º, que são o foco principal desta análise, haja vista serem equiparadas, para fins punitivos, às ações elencadas no caput do artigo, que são, sem dúvida, mais gravosas que estas expressas no §1º. Sendo assim, passemos à análise.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 50.

²⁹ CUNHA, Rogério Sanches. *Código Penal*. 8. ed. rev., ampli. e atual. Salvador: Editora JusPodvim. 2015. p. 696.

³⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 1161.

No *caput* do artigo 273 do Código Penal Brasileiro nos deparamos com quatro verbos, que caracterizam ações puníveis e, segundo Rogério Sanches Cunha significam: “1) falsificar – conferir aparência enganadora; 2) corromper – deteriorar; 3) adulterar – modificar para pior (defraudar) e; 4) alterar – modificar de qualquer maneira”³¹.

Já no §1º verificamos que além de sancionar quem incorre em alguma das condutas elencadas no *caput* do artigo, também são equiparadas àquelas, as pessoas que: importam, vendem, expõem à venda, têm em depósito para vender, distribuem, ou, entregam a consumo. Para melhor entender o que são essas condutas, nos valemos mais uma vez do entendimento de Guilherme de Souza Nucci, o qual explica:

Importar (trazer algo de fora para dentro do país); vender (alienar por certo preço); expor à venda (colocar à vista com fim de alienar a certo preço); ter em depósito para vender (manter algo guardado com fim de alienar a certo preço); distribuir (dar a várias pessoas em várias direções ou espalhar); entregar a consumo (passar algo às mãos de terceiros para que seja ingerido ou gasto).³²

Neste diapasão podemos verificar – com base na hipótese levantada neste estudo – que as condutas expostas no §1º do artigo 273 do Código Penal, quando analisadas em sua essência, são deveras menos gravosas que aquelas elencadas no *caput* do mencionado artigo.

Todavia, ainda que consideremos que as condutas são claramente distintas, a sanção penal aplicada a elas é exatamente a mesma.

Em relação ao §1º-A, não há muito a retratar neste momento, tendo em vista que ele já fora abordado no item anterior deste estudo, quando tratamos da análise e diferenciação existente entre medicamentos, cosméticos e saneantes.

Ademais, nos resta analisar o §1º-B do artigo 273 do Código Penal Brasileiro, que nos traz a seguinte informação:

³¹ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal parte especial*. 7. ed. rev., ampl. e atua. Salvador: Editora JusPodivm. 2015. p. 592

³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 13. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 1086.

§ 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.³³

O dispositivo legal supracitado é a comprovação da informação trazida anteriormente, onde informamos que aqueles que incorrem em qualquer das condutas (elencadas nos verbos nucleares do §1º) serão sancionados com a mesma punição prevista no caput do artigo cerne deste estudo (273 do Código Penal Brasileiro).

A punição referida no parágrafo anterior, importante ressaltar, é de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão, ou seja, mais alta que a sanção aplicada àqueles que cometem, por exemplo, um homicídio simples³⁴, que tem uma pena mínima de seis anos, ou ainda que importam substâncias tóxicas como craque ou cocaína, que tem uma pena mínima de cinco anos³⁵.

Quando nos deparamos com julgamentos como este, ou ainda quando dedicamos tempo para analisar a punição trazida pela lei aos crimes elencados no artigo 273 do Código Penal brasileiro, percebemos a provável desproporcionalidade existente na sanção aplicada aos crimes enumerados no mencionado artigo, contudo este assunto será objeto de análise de outro capítulo deste estudo.

³³ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. op. cit.

³⁴ Ibid., Homicídio simples. Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

³⁵ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 19 jul. 2017. Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

2.3 Crimes de Perigo Abstrato

O artigo 273 do Código Penal Brasileiro tutela um crime de perigo abstrato. Ao analisar este assunto sob o prisma do universo sociojurídico, imprescindível se faz a análise de alguns institutos e termos jurídicos para que possamos então categorizar o referido artigo (273 CPB).

De acordo com Marco Antônio da Silva Lemos, perigo pode ser entendido como:

Probabilidade de um evento futuro danoso, resultante do que pode ser imputado a algo externo, colocado fora do poder de opção do agente, passa a ser possível falar-se de 'risco' quando um dano, qualquer que seja, for passível de ser entendido como consequência de uma decisão, cujos efeitos sejam imprevisíveis, podendo conduzir, teoricamente, a qualquer horizonte de eventos³⁶

Devemos então compreender que, em linhas gerais, os crimes de perigo são aqueles que, diferentemente dos crimes de dano, dispensam a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, logo a simples exposição do bem jurídico já caracteriza a ofensa³⁷.

Todavia, para melhor assimilar a relação entre o artigo 273 do Código Penal Brasileiro e sua classificação como crime de perigo abstrato é necessário explorar uma das teorias do Direito Penal, conhecida como Direito Penal do Risco, a qual também abarca essa espécie de crime.

O Direito Penal do Risco trabalha com o viés da sociedade atual, a qual passou por diversas modificações ao longo dos anos até obter este *status* de sociedade globalizada³⁸.

³⁶ LEMOS, Marco Antônio da Silva. *O direito como regulador da sociedade de riscos*. In.: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. XXI Encontro Nacional do CONPEDI – Brasília. 2016

³⁷ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral*. Salvador: Editora JusPODIVM. 3. ed. 2015. p. 162.

³⁸ NAMETI, Rogerio. *Crimes de perigo abstrato um estudo à luz dos princípios da ofensividade e da precaução*. 2015. 102 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal), Pontifícia Universidade Católica. São Paulo. 2015. p. 45.

Em uma sociedade globalizada a probabilidade de se produzir riscos é demasiada grande e o ser humano está cada vez mais atento a esta possibilidade, com base nisto foi criada a Teoria do Direito Penal do Risco, que visa tutelar estas novas condutas que podem ocasionar riscos, atuando de maneira preventiva. De acordo com Marta Rodrigues de Assis Machado:

A ideia que permeia os anseios por tutela é a de que a materialização desses fenômenos deve ser evitada e prevenida a qualquer custo. Daí por que se rejeita o modelo de direito penal de resultados, que atua, repressivamente, após a confirmação do dano, sendo mais conveniente à antecipação da proteção penal a esferas anteriores ao dano e ao próprio perigo.³⁹

Portanto, o Direito Penal do Risco atua de maneira preventiva, com o intuito de prevenir possíveis danos e, para isso, foram criados novos tipos penais que caracterizam um chamado “perigo abstrato”, os quais tutelam bens jurídicos relevantes, facilitando assim a aplicação do direito penal, pois as condutas são previamente tipificadas, evitando o possível dano proveniente daquela ação.

De acordo com a Teoria de Beccaria:

É preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes procurar impedir o mal que recuperá-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de proporcionar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência. Contudo, os processos até hoje utilizados são geralmente insuficientes e contrários à finalidade que se propõem.⁴⁰

Contudo essa “nova” maneira de tratar o direito penal vem causando muita discussão no universo jurídico, pois no Modelo Clássico, o Direito Penal era utilizado como forma de sancionar os chamados crimes de perigo concreto, onde o sujeito era punido pelo resultado de sua ação, ou seja, havia um nexo de causalidade entre a ação do indivíduo e o resultado daquela conduta. Já neste novo modelo de Direito

³⁹MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005. p. 96.

⁴⁰ BECCARIA, Cesare. Dei Delitti e Delle Pene.1764. Traduzido pela editora Martn Claret. São Paulo: 2007. p. 101.

Penal, as condutas são previamente tipificadas e, ainda que não gerem o resultado premeditado serão sancionadas⁴¹.

Nas palavras de Hassemer “se se renuncia à prova de um dano, não se pode mais encontrar a prova da causalidade”⁴². Neste sentido, podemos dizer que, o Direito Penal do Risco fere alguns princípios do modelo de Direito Penal Clássico como, por exemplo, o princípio da intervenção mínima. De acordo com Cezar Roberto Bittencourt:

Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais.⁴³

A crítica de muitos juristas e estudiosos está embasada na ideia de comprometimento da estrutura clássica do Direito Penal, tendo em vista que os crimes prováveis ou possíveis passaram a ser punidos ainda que eles não sejam concretizados ou apresentem algum resultado concreto, bastando que seja vislumbrado um potencial perigo. Para Hegel, as funções preventivas da pena teriam o significado de “tratar o homem como um cão ameaçado com um bordão”, pois considerava a justiça retributiva a única digna do ser humano.⁴⁴

Neste sentido, Diego Romero pontua:

Cada vez mais se acentua uma ideologia punitiva, ampliando o campo das condutas penalmente condenáveis, mesmo sem estarem ligadas a um resultado danoso, ou sem apresentarem uma direta, ou perceptível, situação de dano próximo.⁴⁵

⁴¹FERRAZ, Denise Nobrega. Crimes de perigo abstrato: a tutela de bens jurídicos supra-individuais no direito penal moderno. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 14, edição especial, 2006, pp. 13-14.

⁴²HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. Tradução PabloRodrigo Alflen da Silva. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, ano III, nº 18, p. 144-157, fev./mar. 2003. p. 151.

⁴³BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal - Parte Geral*. vo I . 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 39.

⁴⁴HEGEL, Grundlinien der Philosophie des Rechts, in Gans E. (Editor), §99.

⁴⁵ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 39. ago.-set. 2006. p. 60.

Neste liame estão inseridos os crimes de perigo, que são divididos em duas espécies: Perigo Abstrato e Perigo Concreto. Para a doutrina, os crimes de perigo abstrato são aqueles que vêm elencados na lei, são tutelados e tratados de maneira imparcial, como manda o texto legal, sem análise real do dano causado. Já os crimes de perigo concreto são aqueles que cabem verificação de conduta para análise do perigo de dano no caso concreto.

Nas palavras de Wunderlich:

Os crimes de perigo abstrato ou presumido aparecem na doutrina moderna em contraposição aos de crimes de perigo concreto, são oferecidos como remédio político-criminal pela dogmática contemporânea como fonte de criminalização e controle da criminalidade não convencional.⁴⁶

Com base nestas informações, podemos então adentrar no cerne deste subcapítulo, que é a caracterização e classificação do artigo 273 do Código Penal Brasileiro.

Para Mirabete: “consuma-se o crime quando praticada a ação típica, independentemente de qualquer outro resultado. O perigo para a saúde pública é presumido por lei, não exigindo, pois, sua comprovação”⁴⁷.

Partindo desse entendimento o artigo 273 do CPB foi caracterizado como crime de perigo abstrato. Logo, as condutas típicas elencadas no artigo e a sanção penal estipulada para as mesmas servem como forma de prevenir a ocorrência dos delitos apresentados.

Em outras palavras, a punição é inquirida ao agente, que incorre em qualquer das condutas descritas no referido artigo (273 CPB), independe da avaliação do caso concreto ou dos resultados obtidos em decorrência da ação do indivíduo.

Segundo Claus Roxin:

⁴⁶WUNDERLICH, Alexandre. Uma reflexão sobre os delitos de perigo abstrato ou presumido. *Revista Jurídica*, São Paulo, ano 48, n. 270. abr. 2000. p. 51.

⁴⁷ MIRABETE. Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial*, arts. 235 a 361 do CP. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 127.

O Direito Penal sob o pretexto de proteger bens jurídicos antecipa cada vez mais a punição de comportamentos que antes seriam considerados preparatórios ou absolutamente inofensivos; e inicia um processo de proliferação de bens jurídicos de uma abstração pouco palpável.⁴⁸

Entretanto, como já demonstrado, a questão de se punir uma conduta com base na mera probabilidade de perigo gera uma grande discussão jurídica e neste caso específico, ao tratar dos crimes elencados no rol do artigo 273 do Código Penal Brasileiro (crimes sanitários), a discussão se torna ainda mais abrangente, principalmente em decorrência da sanção imposta, uma vez que a mesma é demasiadamente extensa, tendo o mínimo de 10 (dez) e o máximo de 15 (quinze) anos de reclusão (o cumprimento da pena já se inicia em regime fechado).

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.⁴⁹ (grifo nosso)

Além da pena atribuída, tem ainda o caráter hediondo conferido a qualquer das condutas previstas ao longo do artigo, onde falsificar, corromper, adulterar e alterar tem o igual peso de importar, vender expor à venda e ter em depósito, ainda que o produto em questão seja aprovado e comercializado no mundo inteiro. Ou ainda, que este produto esteja passando por análise e registro na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) – autoridade sanitária brasileira – e que, muitas vezes, por sua própria ineficiência em analisar os processos de registros cumprindo o prazo legal, deixa de conferir a autorização para comercialização deste determinado produto. Deste posicionamento também partilha Rodrigo King Lon Chia: “O exercício do poder

⁴⁸ ROXIN, Claus. *El legislador no lo puede todo. Iter Criminis*. Revista de derecho y ciencias penales, México, n. 12, p. 321-347, oct./mar. 2004/2005.

⁴⁹BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. op. cit.

punitivo acaba funcionando, desse modo, como uma resposta do Estado à própria insuficiência de sua intervenção, em outras áreas, para garantia de direitos”⁵⁰

Não há dúvidas que o intuito do legislador ao criar esta norma era de prevenir a ocorrência deste tipo de crime, todavia não fez nenhum tipo de diferenciação em relação à gravidade das diversas condutas elencadas. Deste modo é possível que haja exagero nesta punição, principalmente por se tratar de um crime de perigo abstrato, sobretudo quando equipara cosméticos e saneantes aos produtos com fins terapêuticos ou medicinais.

Além da punição exorbitante para os crimes previstos no artigo 273 do Código Penal Brasileiro, estes foram enquadrados no rol dos crimes hediondos. Portanto, é necessário entender qual a real motivação que levou o legislador a classifica-los desta maneira. Por esse motivo, o próximo subcapítulo esclarece o que desencadeou as principais alterações do artigo 273 do CPB.

2.4 O Papel da Mídia nas Relações Sociais e Jurídicas

A mídia é um dos grandes propulsores para formação de opinião pública, tendo em vista que veicula mensagens que atingem um número incontável de pessoas.⁵¹ Consequentemente colabora para que estas mesmas pessoas passem a entender e enxergar as determinadas situações de acordo com as mensagens divulgadas. Neste contexto, McLuhan explica que “o meio é a mensagem”:

Porque é o meio que configura e controla a proporção e a forma das ações e associações humanas. O conteúdo ou usos desses meios são tão diversos quão ineficazes na estruturação da forma das associações humanas. Na verdade não deixa de ser bastante típico

⁵⁰ CHIA, Rodrigo King Lon. *Eles sabem o que fazem: o discurso da redução da maioria penal nos meios de comunicação*. 2016. 74 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional), Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília. 2016, p. 21.

⁵¹ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. A grande mídia e a produção legislativa em matéria penal. *Senatus*, Brasília, v. 8, n. 2. 2010. p. 30-36.

que o “conteúdo” de qualquer meio nos cegue para a natureza desse mesmo meio.⁵²

A mídia influencia vários seguimentos sociais e conseqüentemente existem inúmeras críticas a respeito desta influência, não só nestes contextos (sociais), mas também no meio jurídico. Para Zaffaroni:

É uma guerra sem inimigo definido; o único inimigo que invariavelmente reconhece é o mesmo de todo autoritarismo: quem confronta seu discurso. Daí seu permanente desprezo pela opinião técnica, que tem a desvantagem de dirigir-se a um círculo limitado e de não ter aprendido a técnica da comunicação de massa. No geral, quando um técnico responsável trata de comunicar-se pelos meios de comunicação, costuma fazê-lo de forma muito pouco clara para audiências amplas.⁵³

De acordo com Niklas Luhmann:

Os meios de comunicação, ao mesmo tempo que elaboram informações, abrem um horizonte de incertezas produzidas por eles mesmos, que precisa ser servido com outras e sempre outras informações. Os meios de comunicação aumentam a irritabilidade da sociedade e, com isso, a capacidade de elaborar informações.⁵⁴

Com base nestas informações preliminares, é possível afirmar que a mídia, além de transmitir informações para as massas, é responsável por formar a opinião de parte da população. No Brasil, a influência exercida pela *mass media*⁵⁵ vai além de apenas informações, principalmente pelas deficiências na formação educacional dos indivíduos, mitigando aspectos como conhecimento científico, formação cultural e até a capacidade de condensar informações. Portanto, a mídia se torna um dos maiores responsáveis pela formação de opinião do povo⁵⁶.

⁵² MCLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem*. Título original: *Understanding Media*. Tradução de Décio Pignatari. São Paulo: Editora Cultrix. 1974. p. 23.

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 7

⁵⁴ LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. Título original: *Die realitat der Massenmedian*. Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus. 2005. p. 138.

⁵⁵ O termo *mass media* é formado pela palavra latina *media* (meios), plural de *medium* (meio), e pela palavra inglesa *mass* (massa). Em sentido literal, os *mass media* seriam os meios de comunicação de massa (televisão, rádio, imprensa, etc.). Porém, esta denominação sugere que os meios de comunicação são agentes de massificação social. Disponível em: <[https://www.infopedia.pt/\\$mass-media](https://www.infopedia.pt/$mass-media)> Acesso em: 28 jun. 2017.

⁵⁶ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. op. cit.

Zaffaroni descreve como “criminologia que atende a uma criação da realidade através da informação, subinformação e desinformação midiática”⁵⁷.

É importante conhecer um pouco sobre uma das mais relevantes teorias que versam sobre esta influência midiática nos assuntos públicos: “Teoria da Agenda”.

Maxwell McCombs, em 1967, juntamente com Donald Shaw, desenvolveu a “Teoria da Agenda”, a qual, por meio de pesquisas de caráter metodológico e empírico, comprovou a relação existente entre a opinião pública e mídia. Em sua obra ele descreve que:

A ideia teórica central é que os elementos proeminentes na imagem da mídia tornam-se proeminentes na imagem da audiência. Aqueles elementos enfatizados na agenda da mídia acabam tornando-se igualmente importantes para o público.⁵⁸

Nas palavras de Rodrigo King Lon Chia, em relação à “Teoria da Agenda” de Maxwell McCombs:

A relação de causa e efeito entre a agenda da mídia e agenda do público é amplamente comprovada por indicadores estatísticos. [...] a proposição geral referendada pela evidência acumulada é de que jornalistas influenciam significativamente as imagens do mundo de suas audiências.⁵⁹

Com base nestas informações não há como negar a relação existente entre a influência da mídia com a formação da opinião pública.

Após esse breve relato a respeito da mídia é possível adentrar um pouco mais no cerne deste estudo, e entender a relação existente entre a alteração da pena imposta no artigo 273 do Código Penal Brasileiro com a veiculação midiática de informações que acabou resultando na mudança da lei penal sanitária. Consequentemente majorando a sanção que anteriormente era de 1 (um) a 3 (três)

⁵⁷ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 303.

⁵⁸ MCCOMBS, Maxwell. *A teoria da agenda: a mídia e a opinião pública*. Tradução de Jacques A. Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 111.

⁵⁹CHIA, Rodrigo King Lon. op. cit., p. 44.

anos, para mínimo de 10 (dez) e máximo de 15 (quinze) anos de reclusão, em regime inicial fechado.

2.4.1 Motivação para a Caracterização do Crime Sanitário Como Hediondo: O Prelúdio Midiático

O ano de 1998 foi marcado por inúmeros incidentes relevantes na história dos medicamentos em território nacional. Principalmente pelos desastres ocorridos em decorrência de descuidos na fabricação e comercialização destes medicamentos.

Dentre os acontecimentos mais influentes (em relação à legislação sanitária) da década de 90 temos o Caso do Microvlar⁶⁰, também conhecido como “pílula de farinha”, que ocorreu no segundo trimestre do ano de 1998 e que serviu de impulso para a modificação do artigo 273 do Código Penal Brasileiro, que sofreu alteração não somente em seu tipo penal, mas também foi enquadrado no rol de crimes hediondos. Nesse contexto, é relevante a apresentação do caso citado (Microvlar), sem prejuízo de outros casos ocorridos na época, para melhor entendimento dos motivos que fomentaram as alterações no texto legal.

A Multinacional Farmacêutica Schering AG foi fundada em 1871 em Berlim, na Alemanha. Em 1923 ocorreu sua chegada ao Brasil, sendo inaugurada a sede no Rio de Janeiro, porém o grande salto da empresa ocorreu no ano de 1954, com a decisão de transferir sua sede para o estado de São Paulo e então iniciar a produção local de medicamentos.

O principal produto da Schering era a pílula anticoncepcional chamada Microvlar (lançada no ano de 1985 em território nacional), que por sua vez era a terceira droga mais vendida no Brasil, perdia apenas para o Cataflan e a Novalgina.

⁶⁰Informações sobre o caso conhecido como “Caso Microvlar” retiradas e adaptadas de um original de autoria de Fábio Messa, Nicolas Caballero e Paulo Scarduelli, elaborado em 2003. Disponível em: <<http://www.erudito.fea.usp.br/>> Acesso em 18 jul. 2017.

Em relação aos demais anticoncepcionais, ganhava em disparado dos demais comercializados no país.

A grande reviravolta ocorreu no final da década de 1990, mais precisamente no dia 20 de maio do ano de 1998, quando a Schering recebeu uma carta anônima e uma cartela do medicamento Microvlar. A carta informava que a composição da pílula estava adulterada. Após este acontecimento, mais 03 mulheres informaram ao laboratório que estavam grávidas, ainda que estivessem tomando regularmente o medicamento.

A Schering permaneceu calada até o dia 19 de junho, quando o caso chegou ao Jornal Nacional (maior meio de comunicação jornalística da televisão brasileira). Foi nesta data que a empresa informou o ocorrido à polícia e notificou a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

Após a veiculação da informação sobre os medicamentos adulterados pelo Jornal Nacional, o laboratório emitiu um comunicado informando que o lote adulterado foi resultado de testes que estavam sendo realizados em novas embalagens do produto e, que não eram destinados ao comércio, por não conterem os princípios ativos necessários para a prevenção de gravidez. Informou ainda que os lotes destes medicamentos tinham sido encaminhados à incineração, mas que a empresa desconfiava que tivesse ocorrido o furto de parte destes medicamentos. Foram então disponibilizados os números das embalagens que não deveriam ter sido comercializadas e sugerido que as mulheres que estavam tomando Microvlar deveriam usar “método de barreira” (métodos contraceptivos que impedem a progressão do espermatozoide ao óvulo, como por exemplo, preservativo).

Neste mesmo mês, as autoridades sanitárias suspenderam a comercialização do Microvlar, esta suspensão perdurou até agosto (daquele ano), quando a Schering alterou a embalagem do produto, mudando sua cor de verde para azul. Foi feita uma grande campanha publicitária que informava a mudança de cor, com o intuito de evitar que o produto falsificado continuasse a ser vendido. A empresa anunciou ainda que seria designado um funcionário para acompanhar todo o processo de descarte e incineração dos produtos que sofreram algum tipo de alteração.

Quando o inquérito policial foi concluído, a polícia informou que haviam suspeitas que funcionários e ex-funcionários que trabalhavam em outras empresas tivessem furtado os medicamentos, tendo em vista que as farmácias apresentaram as notas fiscais referentes às compras dos medicamentos.

Estes fatos narrados ficaram, à época, conhecidos como “Caso Microvlar”, pois acabou parando na Justiça, a qual condenou a empresa Schering ao pagamento de 3.100 salários mínimos (a título de danos morais e estéticos) a uma das mulheres que engravidou em decorrência do uso da medicação de “farinha”. Além disto, a empresa deveria custear uma pensão para o recém-nascido, no valor de 25 salários mínimos até completar 21 anos de idade, de modo que fosse garantida uma qualidade de vida igual à de um cidadão Alemão (sede do laboratório).⁶¹

Decisões como esta se tornaram corriqueiras no Brasil, com o objetivo de punir, além de servir como medida corretiva e preventiva para empresas multinacionais como a Schering, para que estas não cometessem mais este tipo de negligência e irresponsabilidade.⁶² Em decorrência da amplitude que o caso tomou, acabou virando alvo recorrente da mídia nacional.

⁶¹ Houve ainda um processo coletivo movido pelo Estado de São Paulo em conjunto com o Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC) em favor de 10 mulheres que utilizaram o medicamento (Microvlar) adulterado e engravidaram sem qualquer planejamento. A empresa Schering foi condenada a pagar indenização coletiva às mulheres. O valor da indenização supera 1 (um) milhão de reais e apesar dos inúmeros recursos interpostos pela Schering, a condenação foi mantida, conforme noticiado pela TV Justiça. Disponível em: <<http://tvjustica.com.br/noticias/stj-rejeita-recurso-e-mantem-obrigacao-da-schering-de-pagar-indenizacao-coletiva>> Acesso em: 25 set. 2017.

⁶² Outro exemplo de decisão em relação à medicamentos falsificados em 1998 diz respeito ao “Androcur”, remédio utilizado no tratamento de câncer de próstata. Uma das decisões em relação a esta falsificação pode ser vista no Jornal Online Estadão: “A Justiça condenou à pena máxima os envolvidos na falsificação do remédio Androcur. Dos 19 acusados de formação de quadrilha, falsificação de remédios e falsidade ideológica, o juiz Sidney Celso de Oliveira condenou cinco a 16 anos de prisão, outros cinco a 13 anos, e um a 3 anos. O medicamento Androcur era usado para tratar câncer de próstata. No caso da falsificação de remédios, o juiz agravou a pena máxima em dois terços porque considerou que o crime foi praticado de forma continuada. Com isso, a punição subiu de 6 para 10 anos. Todos os condenados deverão pagar multas de 50 a 900 salários mínimos. Os réus terão o direito de aguardar o julgamento do recurso em liberdade. Os demais processados foram absolvidos, pois eles eram, na maioria, donos de farmácias contra os quais não havia provas suficientes”. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,falsificadores-de-remedio-sao-condenados-a-pena-maxima,20030714p35785>> Acesso em 25 set. 2017.

Ou ainda na visão de Walter Lippmann, citado por Maxwell Combs (autor da “Teoria da Agenda”): “A mídia constrói e apresenta ao público um pseudoambiente que significativamente condiciona como o público vê o mundo”⁶³.

A influência exercida pela *mass media*⁶⁴ contribuiu, de maneira significativa, para que a norma aplicada aos crimes sanitários fosse alterada, principalmente no tocante à criminalização de condutas e equiparação das mesmas aos crimes hediondos, elevando assim a quantidade de pena aplicada a quem incorre em qualquer dos comportamentos tipificados na lei.

Para Raúl Cervini⁶⁵: “quase a totalidade de normas ultimamente promulgadas, ou em vias de, que criminalizam novas condutas ou incrementam penas, foram ou são sistematicamente precedidas e acompanhadas de intensas campanhas dos *mass media*”.

Nesse sentido perfaz o entendimento de Rodrigo Duque Estrada Roig: “Na prática injuntivo-penal percebe-se ainda urna comum identificação entre as consequências do crime e o clamor público dele oriundo, sempre alimentado, quando não provocado, pela intervenção midiática”⁶⁶.

Necessário se faz construir um paralelo entre o caso acima narrado e a alteração do tipo penal elencado no artigo 273 do Código Penal Brasileiro, tendo em vista que o alcance midiático do “Caso Microvlar” foi de inquestionável importância para a alteração da pena aplicada aos crimes sanitários (elencados no rol de crimes hediondos), pois desde a promulgação da Lei de Crimes Hediondos em 1990, a mesma sofreu várias alterações, sempre motivadas, em maior ou menor grau, pela mídia.

De acordo com Fabiano Silveira⁶⁷:

⁶³ MCCOMBS, Maxwell. op. cit., p. 47.

⁶⁴ Vide nota 46.

⁶⁵ CERVINI, Raúl. *Incidencia de las “mass media” en la expansion del control penal en Latinoamérica*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 5, ano 2, jan./mar. 1994. p. 37-54

⁶⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 180.

⁶⁷ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. op. cit., p. 34.

O legislador, enfim, dificilmente teria como negar que os holofotes da mídia constituem um dos principais parâmetros na elaboração das leis penais. Nesse sentido, muito do incremento da produção normativa em direito penal deve-se à atuação dos meios de comunicação.

Podemos verificar que dentre as ideias propagadas pela mídia, uma das que mais agradam a população é o aumento de pena para crimes hediondos (que serão posteriormente explicados).

Tendo em vista a repercussão geral, que causou comoção nacional, após o “Caso Microvlar”, o Poder Legislativo, influenciado pela pressão midiática, alterou o tipo penal do artigo 273 do Código Penal Brasileiro, aumentando consideravelmente a sanção aplicada a ele e, ainda o enquadrando no rol dos crimes hediondos.

Entretanto é possível haver conflitos decorrentes da criação de leis motivadas pela aclamação social, pois algumas vezes não alcançam o resultado prático esperado, haja vista não se adequarem ao caso concreto.

Nas palavras de Pierpaolo Cruz Bottini, a tipificação dessa espécie de crime (perigo abstrato) representa:

Um modelo de perigo abstrato de forma artificial, em situações que a periculosidade não é inerente à conduta. Nestes casos, a interpretação corretiva da falta de técnica legislativa permitiria uma análise da situação de fato, para a verificação da existência do risco real de perigo.⁶⁸

Há, portanto, uma possível desproporcionalidade entre o texto legal e sua aplicabilidade quando tratamos dos crimes sanitários. Não há como generalizar as condutas tipificadas no rol do artigo 273 do Código Penal, nem fazer uma equivalência quanto ao resultado da prática destas condutas. A maneira como são trazidas as condutas típicas no texto legal fere inexoravelmente a Constituição Federal de 1988. Neste sentido, o posicionamento de Rodrigo Roig:

Para que estejam conforme a nova realidade constitucional, estabelecida pela Carta de 1988, os critérios de aplicação da pena privativa de liberdade, notadamente aqueles relativos às consequências do crime, necessitam de uma correção racional. É

⁶⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 160.

necessário, inicialmente, que os interesses de todos os polos envolvidos no conflito penal sejam levados em consideração, Nessa perspectiva, uma vez também apreciados os interesses do apenado, restariam de pronto afastados os desígnios retributivo e preventivo da pena, permanecendo em seu lugar as pretensões de que o dano sofrido pela injunção penal não seja irracional e de que lhe sejam assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.⁶⁹

O tratamento indistinto atribuído aos crimes elencados no artigo 273 do Código Penal Brasileiro coloca o poder judiciário em uma posição muito complicada, uma vez que o juiz é impedido de avaliar o caso concreto e aplicar a sanção equivalente à conduta praticada, considerando que a individualização da pena prevista no texto constitucional é completamente mitigada pela norma infraconstitucional que tutela os crimes sanitários. Desse modo também entende Piepaolo Cruz Bottini:

O conceito de segurança e o risco que a sociedade tolera em prol de seu desenvolvimento decorrem de decisões políticas, resultantes de conflitos de interesses e de discursos. Conferir à segurança um papel central na determinação da legitimidade das normas penais parece arriscado no ambiente de incertezas da sociedade de risco (...). O conceito de bem jurídico, para cumprir sua função de limite à repressão estatal, deve apresentar características mais concretas e passíveis de reconhecimento objetivo e distanciar-se das abstrações que comportam flexibilizações de variadas espécies que podem desencadear a utilização arbitrária do poder punitivo.⁷⁰

Resta, portanto, evidente que o legislador, impulsionado pela mídia, ao aumentar a sanção e impor o caráter hediondo ao artigo 273 do CPB⁷¹, possivelmente violou não só a individualização da pena, mas também outros princípios basilares do direito, dentre eles o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade (a análise desta provável violação aos princípios constitucionais será demonstrado em capítulo próprio). Para justificar estas afirmações é necessário conhecer um pouco mais sobre os ordenamentos jurídicos brasileiros que tutelam os Crimes Hediondos e por esta razão o próximo capítulo abordará este assunto.

⁶⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. op. cit., p. 181.

⁷⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. op. cit., pp. 143-144.

⁷¹ Com o intuito de evitar repetições usaremos a sigla "CPB" para indicar o Código Penal Brasileiro.

2.5 Crimes Hediondos: Inserção do Artigo 273

O Direito, sob uma perspectiva sociojurídica, acompanha a sociedade e conforme esta sofre alterações em seu modo de pensar, ver e agir em determinadas situações é necessário que o ordenamento jurídico crie mecanismos para tutelar os acontecimentos sociais. Neste sentido pontua Alberto Silva Franco:

O processo de comunicação não basta, contudo, para assegurar o convívio social harmonioso. Bloqueios interferem, com frequência, nessa interação e as relações decorrentes da convivência são, em regra, perturbadas por atritos. Bem por isso, a fim de que o agrupamento social não caminhe para a desestabilização, que põe em risco sua própria sobrevivência, é mister que se faça a montagem de um sistema de controles que visa submeter todos os participantes do processo societário a um conjunto de normas cuja infração provoca o acionamento de sanções⁷².

David Garland ensina que:

A criminologia oficial mostra-se, assim, cada vez mais dualista, polarizada e ambivalente. Há uma “criminologia do eu” que faz do criminoso um consumidor racional, à nossa imagem e semelhança, e uma “criminologia do outro”, do paria ameaçador, do estrangeiro inquietante, do excluído e do rancoroso. A primeira para banalizar o crime, moderar os medos despropositados e promover a ação preventiva, ao passo que a segunda tende a satanizar o criminoso, a provocar os medos e as hostilidades populares e a sustentar que o Estado deve punir mais.⁷³

Para entender como o artigo 273 do Código Penal acabou inserido no rol de crimes hediondos é necessário conhecer um pouco da história deste tipo de crime e como os estes são tutelados.

Existem três sistemas de classificação de crimes hediondos: a) sistema legal – o qual cabe ao legislador enunciar, quais os delitos devem ser considerados hediondos, por meio de um rol taxativo, não conferindo ao juiz a discricionariedade de definir a natureza hedionda do crime; b) sistema judicial – o qual confere ao

⁷²FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 48/49.

⁷³GARLAND, David. “As contradições da ‘sociedade punitiva’: o caso britânico”. *Revista de Sociologia e Política*, 13: 59-80, nov., Curitiba. 1999.

magistrado ampla liberdade para determinar a natureza hedionda do crime praticado, não há, portanto, um rol taxativo que delimite quais são os crimes considerados hediondos e; c) sistema misto – não há rol taxativo preestabelecido com os crimes hediondos, mas há uma definição prévia de características peculiares deste tipo de crime que devem ser consideradas para que o magistrado possa enquadrar a conduta delituosa naquele tipo penal (crime hediondo)⁷⁴.

Para o senso comum, o que caracteriza um crime hediondo, de maneira bem simples, é o caráter asqueroso, repugnante e revestido de crueldade. Contudo, no Brasil é preciso entender que, por seguir o sistema legal, os crimes hediondos não são definidos simplesmente pela forma repulsiva da conduta criminosa, mas devem estar elencados no rol taxativo previsto na lei 8.072 de 1990.

Nesta perspectiva Gabriel Habib afirma:

Não se pode permitir que, em um Estado de Direito, como é o Estado Brasileiro, a definição do que seria crime hediondo fique a cargo do Juiz, de acordo com o seu livre convencimento motivado. Se, pelo princípio da legalidade penal, somente a lei pode dizer quais as condutas que são consideradas criminosas, da mesma forma, somente a lei pode dizer quais são os delitos tidos por hediondos. Dessa forma, no Brasil o legislador utilizou o critério legal para definir os delitos rotulados de hediondos, de modo que somente os previstos em lei podem ser assim considerados.⁷⁵

A Lei de Crimes Hediondos (8.072/90) foi impulsionada pela Constituição Federal Brasileira de 1988⁷⁶ que em seu artigo 5º, inciso XLIII, retrata:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

⁷⁴LIMA. Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 2. ed. rev. ampl. e atualizada. Salvador: Editora JusPODIVM. 2014. p. 30.

⁷⁵HABIB. Gabriel. *Leis Penais Especiais*. 7. ed. rev. ampl. e atualizada. Salvador: Editora JusPODIVM. 2015. p. 255.

⁷⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 24 de jul. de 2017.

Ao criar uma lei que tutela quais os crimes são considerados hediondos, o legislador, na verdade, buscava uma forma de diminuir a criminalidade, tendo em vista que a sanção aplicada a um crime hediondo é deveras mais alta.⁷⁷ Segundo Cesare Beccaria: “a intimidação da pena criminal desestimularia pessoas a praticarem crimes, pelo menos na proporção da certeza da punição”.⁷⁸

Desta maneira também entende Gunter Jakobs: “a aplicação/execução concreta da pena criminal cumpriria a função de estabilizar as expectativas normativas da comunidade”.⁷⁹

Para melhor compreensão deste assunto é interessante conhecer quais são os crimes elencados como hediondos no Brasil. Por esse motivo vejamos o artigo 1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos):

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 1994) (Vide Lei nº 7.210, de 1984)

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

II – latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

III – extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

IV – extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

V – estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VI – estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VII – epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

VII-A – (VETADO) (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

VII-B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956,

⁷⁷HABIB. Gabriel. op. cit., p. 242.

⁷⁸ BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milão: Giuffrè Editore, 1973 (reimpressão), p. 73.

⁷⁹ JAKOBS, Strafrecht, 1993, p. 9-10, ns. 10 e 11, p. 13-14, ns. 14-16.

tentado ou consumado. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)⁸⁰ (grifo nosso)

Com base no sistema adotado pelo Brasil (sistema legal), ainda que as situações fáticas sejam extremamente gravosas, se não estiverem elencadas no rol acima apresentado, o tipo penal não pode ser ampliado, uma vez que a taxatividade do artigo não permite que haja uma interpretação extensiva.⁸¹

É correto então afirmar que a Lei de Crimes Hediondos atribuiu um tratamento mais severo para os delitos nela elencados, buscando diminuir a criminalidade e a sensação de impunidade, contudo este tratamento penal e processual penal mais rigoroso acaba violando alguns princípios do Direito⁸², dentre eles o princípio da proporcionalidade (que será assunto de outro capítulo deste estudo), como ocorre no caso do artigo 273 do Código Penal Brasileiro, que ao ser inserido no rol dos crimes hediondos passou a vigorar com uma sanção mínima de 10 (dez) e máxima de 15 (quinze) anos de reclusão independentemente da conduta praticada pelo indivíduo. Conforme nossa hipótese inicial, há, possivelmente, uma desproporção entre as condutas praticadas e o *quantum* de pena atribuída.

Neste diapasão podemos observar o posicionamento de Cesare Beccaria: “Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas.”⁸³

A lei responsável pela inserção dos crimes sanitários, tutelados no artigo 273 do Código Penal Brasileiro, no rol dos crimes hediondos foi sancionada no dia 21 de agosto de 1998 sob o nº 9.695 (praticamente sob os holofotes da “*mass media*” sobre o “Caso Microvlar” ou “Pílula de Farinha”)

A referida lei foi aprovada como meio para acalmar a população que estava abalada com a quantidade de escândalos vinculados à falsificação de medicamentos

⁸⁰BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm> Acesso em: 26 jul. 2017.

⁸¹ LIMA. Renato Brasileiro de. op. cit., p. 31.

⁸²HABIB. Gabriel. op. cit., p. 255.

⁸³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Revista Eletrônica: Ridendo Castigat Mores., p. 123. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>> Acesso em: 13 set. 2017.

que ocorrera naquele ano (1998). Sendo assim, a intervenção do Direito Penal, ao rotular as condutas tipificadas no artigo 273 do CPB como hediondas, trouxe à população um sentimento de tranquilidade, como se o fato de se elevar a sanção penal aplicada ao crime colocasse fim a prática delituosa.⁸⁴

A inserção do artigo 273 do Código Penal Brasileiro no rol da Lei 8.072 é alvo de críticas jurídicas⁸⁵, pois a figura hedionda abrangeu não apenas a fraude na composição de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, cosméticos e saneantes, mas também equiparou inúmeras outras condutas, inegavelmente menos gravosas, como exemplo disso, importar, vender, expor à venda e ter em depósito qualquer destes produtos.

Para melhor vislumbrar a abrangência do inciso VII-B da Lei 8.072/98 é interessante visualizar novamente o §1º-A do artigo 273 do Código Penal Brasileiro:

§ 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.

É demasiadamente severa (em detrimento da equiparação aos crimes hediondos) a punição aplicada àqueles que fraudam cosméticos e saneantes, seja falsificando, adulterando, ou simplesmente importando, expondo à venda, tendo em depósito ou ainda incorrendo em qualquer outra ação elencada no caput e §1º do artigo 273 do Código Penal Brasileiro, quando comparados àqueles que fraudam medicamentos. Neste sentido, Renato Brasileiro Lima:

Não se pode querer equiparar produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais a meros cosméticos, isto é, produtos que servem ao

⁸⁴LIMA. Renato Brasileiro de. op. cit., p. 49.

⁸⁵ Para Celso de Mello – citado por Sebastião Reis Júnior em seu voto em sede do Habeas Corpus de nº 239363, que versa sobre a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal Brasileiro – o Estado não pode legislar de forma imoderada e irresponsável, nestas questões de aplicação de pena genérica aos crimes sanitários, sob o risco de gerar situações de absoluta distorção: “Se comparado com o crime de tráfico de drogas – notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública –, percebe-se total falta de razoabilidade”. Continuando neste entendimento, Celso de Mello classificou de “gritante” a desproporcionalidade se comparada a pena em questão com as penas previstas para crimes gravíssimos como homicídio, lesão corporal de natureza grave, estupro, estupro de vulnerável e extorsão mediante sequestro. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus nº 239.363/PR*. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Corte Especial, julgado em 26 fev. 2015, publicado no DJe de 10 abr 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25425131&num_registro=201200764901&data=20150410&tipo=51&formato=PDF> Acesso em: 29 mar. 2018).

embelezamento ou à preservação da beleza, ou a simples saneantes, produtos voltados para a higienização e desinfecção ambiental, sobretudo se levarmos em consideração a pena cominada ao referido delito: reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.⁸⁶

Não há como negar que existe, nesta equiparação a crime hediondo e, conseqüente aumento de pena, que inicialmente era de 1 (um) a 3 (três) anos para 10 (dez) a 15 (quinze) anos, uma possível ofensa aos princípios basilares de aplicação do Direito, dentre eles o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que é inviável acolher esta sanção como proporcional, tendo em vista que se trata de crime de perigo abstrato. Todavia a questão da proporcionalidade será tratada em capítulo posterior deste estudo.

Com efeito:

O que se faz necessário é a configuração de limites precisos para a atuação repressiva estatal, por meio da construção de uma política criminal racional e teleológica que impeça, em nome do alargamento da proteção de interesses fundamentais, o exercício irracional do *ius puniendi*, e isso somente será possível com uma metodologia funcional que pautar o sistema penal pelas premissas básicas do modelo de Estado vigente.⁸⁷

Sendo assim, após entender como o artigo 273 do Código Penal Brasileiro se tornou um crime hediondo é importante compreender um pouco mais sobre a sanção imposta a ele. Por esse motivo, o próximo tópico deste estudo versará sobre sanção penal.

2.6 Sanção Penal do Artigo 273 do Código Penal Brasileiro

O artigo 273 do Código Penal Brasileiro é responsável por tutelar os crimes sanitários e por estes crimes afetarem a saúde pública o legislador com o intuito de

⁸⁶LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit., pp. 49-50

⁸⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. op. cit., p. 170

acalmar a população, que estava eufórica em decorrência de inúmeros escândalos envolvendo medicamentos, resolveu alterar o tipo penal do mencionado artigo e classificá-lo como crime de alta periculosidade, inclusive inserindo-o no rol de crimes hediondos, conforme apontaremos aqui.

Como consequência da alteração do tipo penal do artigo 273 do CPB, a pena atribuída a ele, que antes era de mínimo 1 (um) e máximo 3 (três) anos, passou para o mínimo de 10 (dez) e máximo de 15 (quinze) anos, ou seja, a pena mínima atual é mais alta que a pena máxima atribuída anteriormente.

Para melhor compreender a dimensão desta mudança ocorrida na quantidade de anos estipulados como pena àqueles que incorrem nas condutas tipificadas no artigo 273 do Código Penal Brasileiro é necessário fazer uma breve análise sobre o que é considerado pena. Nas palavras de Hans Kelsen:

Na medida em que o mal que funciona como sanção – a pena no sentido mais amplo da palavra - deve ser aplicada contra a vontade do atingido e, em caso de resistência, através do recurso à força física, a sanção tem o caráter de um ato de coação. Uma ordem normativa que estatui atos de coerção como reação contra uma determinada conduta humana é uma ordem coercitiva. Mas os atos de coerção podem ser estatuídos - e é este o caso da ordem jurídica, como veremos - não só como sanção, isto é, como reação contra uma determinada conduta humana, mas também como reação contra situações de fato socialmente indesejáveis que não representam conduta humana e, por isso, não podem ser consideradas como proibidas.⁸⁸

No Brasil, segundo Rogério Sanches Cunha:

Pena é espécie de sanção penal, isto é, resposta estatal ao infrator da norma incriminadora (crime ou contravenção), consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do agente. Sua imposição depende do devido processo legal, através do qual se constata a autoria e a materialidade de um comportamento típico, antijurídico e culpável não atingido por causa extintiva da punibilidade⁸⁹.

⁸⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998. p. 18.

⁸⁹CUNHA. Rogério Sanches. *Manual de direito penal parte geral*. op. cit., p. 383.

Importante se faz conhecer um pouco sobre a estrutura das normas dentro do sistema penal brasileiro, para que possamos então chegar a um entendimento mais preciso sobre a sanção imposta aos crimes sanitários.

No ordenamento jurídico brasileiro, temos dentre as fontes do Direito a lei, os costumes, os Princípios Gerais do Direito, a Jurisprudência e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, contudo ao tratarmos especificamente de uma norma penal podemos classifica-la como: a) Norma penal incriminadora – aquela que define as infrações penais e comina as sanções que lhes são inerentes e; b) Norma penal não incriminadora – a qual não cria, nem pune condutas, mas tem como função: justificar, explicar, interpretar, complementar, ampliar ou integrar leis já existentes.⁹⁰

Como o cerne deste estudo é análise do artigo 273 do Código Penal Brasileiro, iremos nos ater às normas penais incriminadoras, pois é onde o referido artigo se enquadra.

As normas penais incriminadoras são dotadas de preceitos primários e preceitos secundários, que em síntese são: 1) a definição da conduta e; 2) a sanção penal aplicável à mesma, respectivamente⁹¹.

No caso do artigo 273 do Código Penal Brasileiro, o preceito primário é: “Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais”. Por preceito secundário entende-se: “Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa”.

Como já retratado anteriormente o problema do referido artigo não está no caput, mas sim em seu §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”, principalmente quando analisamos esta questão sob o prisma das inúmeras ações que podem acarretar a punição apresentada no artigo 273 do CPB. Para relembrar:

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.

⁹⁰ Ibid., p. 57.

⁹¹ CUNHA. Rogério Sanches . loc. cit.

§ 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.⁹² (grifo nosso)

Imprescindível lembrar que a sanção atribuída no artigo será aplicada indistintamente ao sujeito que incorrer em qualquer uma das condutas tipificadas, inclusive se importar ou comprar pela internet, produtos testados, cientificamente aprovados e registrados junto às autoridades sanitárias internacionais, como por exemplo, FDA⁹³ – Food and Drug Administration – (Administração Federal de Alimentos e Medicamentos) nos Estados Unidos da América, ou ainda, CE Marking⁹⁴ (Certificado de Marcação) utilizado para indicar se o produto está em conformidade com os padrões de saúde, segurança e proteção ambiental do Espaço Econômico Europeu.

Sendo assim, quem importa produto testado, cientificamente aprovado e registrado nas autoridades sanitárias competentes em outros países, mas que não é registrado no Brasil, ou está descaracterizado (segundo o padrão nacional) incorre na mesma pena que uma pessoa que falsifica, corrompe, adultera e altera um produto de fins terapêuticos ou medicinais.

Tendo em vista a sanção imposta (dez a quinze anos de reclusão) para quem incorre nos crimes tipificados no mencionado artigo (273 CPB), é possível que ao aplicá-la de maneira indistinta aos indivíduos que fraudam (observados todos os verbos nucleares do tipo penal) medicamentos, cosméticos e saneantes, o magistrado estaria ferindo Princípios basilares do Direito.

De acordo com Marta Rodrigues de Assis Machado:

Renuncia-se ao modelo estruturado em torno da punição de ações que se orientam imediatamente ao ataque de um bem, para voltar o aparato penal à incriminação de feitos que frequentemente não passam de mera transgressão a uma norma organizativa, sem qualquer resultado concreto.⁹⁵

⁹² BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. op. cit.

⁹³ BRASIL. Câmara dos deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms/siglas/siglario2/f/FDA.html>> Acesso em: 10 out. 2017.

⁹⁴ BRASIL. Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/barreirastecnicas/exigencias/ue/marcacao.asp>> Acesso em: 10 out. 2017.

⁹⁵ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. op. cit., p. 107.

Quando nos deparamos com este embate no ordenamento jurídico, onde uma lei que está conflitando com Princípios do Direito, devemos entender que:

Malgrado ambos sejam dotados de aplicação abstrata, os princípios possuem maior abstração quando comparados à lei. Com efeito, a lei é elaborada para reger abstratamente determinado fato, enquanto os princípios se aplicam a um grupo indefinido de hipóteses.⁹⁶

Logo, a lei serve para reger as situações típicas, enquanto os princípios servem de respaldo para análise de todo o Direito. Neste contexto, a tipicidade de determinada conduta não pode ser baseada em preciosismo legislativo, ou pressão midiática, como ocorreu com o artigo 273 do Código Penal Brasileiro (situação já explicada anteriormente).

Ao contrário, a tipicidade de determinada conduta deve estar fundamentada nas diretrizes traçadas pelo Direito, ou seja, além da conduta estar enquadrada na lei em abstrato, deve ainda respeitar a tipicidade conglobante⁹⁷, ou seja, deve-se analisar: 1) se a conduta representa relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico e; 2) se a conduta é determinada ou fomentada pelo direito penal. Dessa maneira, não basta a previsão abstrata, mas deve ser feito um juízo entre as consequências do crime praticado e a reprimenda a ser imposta àquele que praticou a conduta típica⁹⁸.

Ainda nesse sentido, Juarez Tavares esclarece que:

Uma estruturação democrática do injusto impõe que a presunção legal de perigosidade da conduta possa ser submetida a uma prova empírica de refutação. Isto não implica que esses delitos devam ser interpretados como se fossem delitos de perigo concreto. Aqui não se

⁹⁶CUNHA. Rogério Sanches. *Manual de direito penal parte geral*. op. cit., p. 68.

⁹⁷V. Cleber Masson. *Código Penal comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2014. p. 133: "Teoria da tipicidade conglobante: Criada pelo penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, essa teoria sustenta que todo fato típico se reveste de antinormatividade, pois, muito embora o agente atue em consonância com o que está descrito no tipo incriminador, na verdade contraria a norma, entendida como o conteúdo do tipo legal. O nome "conglobante" deriva da necessidade de que a conduta seja contrária ao ordenamento jurídico em geral, conglobado, e não apenas ao Direito Penal. Não basta a violação da lei penal. Exige-se a ofensa a todo o ordenamento jurídico. Em suma, para a aferição da tipicidade reclama-se a presença da antinormatividade. Assim, ou o fato praticado pelo agente, contrário à lei penal, desrespeita todo o ordenamento normativo, e há tipicidade, ou, ainda que em desconformidade com a lei penal, esteja em consonância com a ordem normativa, e ausente estará a tipicidade. Para essa teoria, a tipicidade penal resulta da junção da tipicidade legal com a tipicidade conglobante. Não basta, pois, a mera tipicidade legal, isto é, a contrariedade do fato à lei penal. É necessário mais. A conduta do agente, contrária à lei penal, deve violar todo o sistema normativo. Em suma, deve ser antinormativa."

⁹⁸ CUNHA. Rogério Sanches. *Manual de direito penal parte geral*. op. cit., p. 63.

está pressupondo a existência concreta do perigo para a consumação do delito. O que se exige, em um direito penal realista, é que ao imputado se lhe abra sempre a possibilidade de demonstrar que o perigo pressuposto na lei não se poderia verificar no caso concreto, em face da inofensividade de sua conduta. Para que se torne possível essa refutação, que decorre inexoravelmente dos princípios da ampla defesa e da presunção de inocência, a função do direito penal não pode estar direcionada à proteção do bem jurídico. A legitimidade da incriminação está condicionada, em qualquer caso, ao pressuposto de que o bem jurídico que constitui o fundamento da norma tenha sido lesado ou posto em perigo, o que só se perfaz com a demonstração empírica de que a própria ação proibitiva era idônea a produzir essa lesão ou aquele perigo.⁹⁹

Outro ponto extremamente importante e que deve ser analisado em relação à sanção imposta aos crimes sanitários é a falta de individualização da pena, principalmente quando entendemos que fraudar medicamentos é deveras mais grave que fraudar cosméticos ou saneantes, ou ainda que as ações nucleares de importar, vender, expor a venda ou ter em depósito são claramente menos graves que fraudar tais produtos. pois individualização da pena tem como principal função aplicar a sanção penal de maneira justa e adequada ao caso concreto.

O processo de individualização começa com a fixação da pena pelo legislador, passa pela aplicação da sanção pelo juiz e termina com cumprimento da pena aplicada (execução penal) e, tem como principal função aplicar a sanção penal de maneira justa e adequada ao caso concreto. Para Zaffaroni e Pierangeli a individualização da pena é: “a determinação da medida que, dentro do máximo permitido pelo grau de culpabilidade, requer a prevenção de acordo com os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente”¹⁰⁰.

De acordo com Carmen Salinero Alonso:

Os três estágios na concreção e individualização penal, ainda que diversos, estão presididos e mediatizados pela finalidade que se persiga com a imposição da pena. Desse modo, dependendo de quais sejam os fins que se atribuem à pena nos três momentos – cominação, imposição e execução da pena – a determinação da mesma variará de forma substancial. Isso evidencia que o pressuposto prévio para o sistema e para o conteúdo da determinação da pena é a postura que se mantenha a respeito dos fins da pena, porque somente a partir

⁹⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 226.

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 710.

desse prévio posicionamento poder-se-á desenhar o modelo de determinação penal¹⁰¹

Podemos ainda verificar que além de equiparar os produtos e condutas, todos em um único tipo penal incriminador, o legislador retirou a possibilidade de o magistrado verificar se aquele produto traria qualquer benefício à saúde pública, colocando todos como perigosos e gravosos. Nas palavras de Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

Na legislação penal brasileira são fartos os exemplos de normas incriminadoras que descrevem duas ou mais condutas que não são, necessariamente, de igual gravidade, porém que têm cominada a mesma quantidade de pena. [...] É o caso da já mencionada Lei 9.677/1998, que deu nova redação ao art. 273 do CP equiparando, em seu §1.º-A, no conceito de “produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais” (objeto das condutas de falsificação, corrupção, adulteração e alteração), os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os produtos de uso diagnóstico. Por este dispositivo legal, declarou-se a equivalência entre a gravidade das condutas de quem altera a composição de um remédio destinado ao tratamento de determinada doença e a conduta daquele que modifica a composição de certo sabonete, por exemplo. [...] Esta mesma lei, ainda, acabou por equiparar, em seu §1.º-B, entre outras, as condutas descritas relativas aos produtos que não possuem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente, àqueles onde o produto é caracterizado por uma redução de seu valor terapêutico. **Dessa forma passou a constituir hediondo vender medicamento, cosmético ou saneante sem registro para configurar-se a infração descrita; é possível que o medicamento seja benéfico ou o cosmético ineficaz, o que em nada muda a consequência da conduta, posto que a ausência de registro é elemento suficiente para a consumação do delito. Ao se comparar essa infração com a conduta relativa ao produto com redução do valor terapêutico – o que efetivamente pode significar um perigo à saúde da população –, verifica-se claramente quão irrazoável foi o procedimento legislativo, que equiparou situações evidentemente díspares.¹⁰²**

Sendo assim, é possível afirmar que a motivação, equivocada e precipitada, que alterou o tipo penal do artigo 273 do Código Penal Brasileiro impondo uma sanção altíssima a todas as condutas e também aos crimes nele elencados, não observou os pressupostos basilares de individualização de pena e, esse é um dos motivos que

¹⁰¹ALONSO, Carmen Salinero. *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*. Espanha: Comares. 2000 p. 136.

¹⁰²GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Editora Revita dos Tribunais. 2003. pp. 197-199.

torna completamente plausível o argumento utilizado por alguns estudiosos de que o mencionado artigo deve ser objeto de análise e controle de constitucionalidade por ferir, de maneira cristalina, Princípios basilares do Direito, dentre eles o princípio da proporcionalidade. Desse entendimento partilha Guilherme de Souza Nucci:

É inviável acolher como razoável a pena mínima de dez anos de reclusão, em regime inicial fechado, considerado crime hediondo, para condutas de perigo, quando nem mesmo potencial concreto de dano se exige. Vender um remédio sem registro no órgão de vigilância sanitária não tem, minimamente, o padrão necessário para se comparar a graves delitos de dano, como, por exemplo, o homicídio. No entanto, a pena mínima do homicídio simples é de seis anos de reclusão, enquanto a mínima do crime contra a saúde pública atinge dez anos de reclusão. Nesse prisma, a inconstitucionalidade, por afronta direta ao princípio da proporcionalidade, bem como, indiretamente, à intervenção mínima, é patente.¹⁰³

Da mesma maneira, Celso Delmanto discorre sobre a maneira como o legislador agiu, ao criar uma norma penal incriminadora, sem observar as diferenças entre as condutas e conseqüentemente seus resultados:

Foi sob o alarido da imprensa que o Congresso Nacional, com pressa e rigor legislativos, deu ao Brasil leis penais draconianas, tornando crime hediondo condutas que mais se aproximam de meras infrações administrativas, como a importação de remédio ainda não registrado nos órgãos competentes – sem sequer indagar se a droga faria bem ou mal à saúde do doente –, cominando pena privativa de liberdade altíssima para conduta que se limita a descumprir regramento administrativo, o que leva à conclusão inexorável de que se trata de norma desenganadamente inconstitucional, “por violação da garantia do devido processo legal (CR, art. 5º, LIV) em seu aspecto substantivo (*substantive due process of law*), que pressupõe o correto processo de elaboração legislativa e de que as leis sejam proporcionais e razoáveis (são os denominados princípios da razoabilidade e da proporcionalidade)”.¹⁰⁴

Podemos ainda citar o entendimento do Miguel Reale Junior, o qual entende, assim como os demais juristas e estudiosos apresentados neste estudo, que o artigo 273 do Código Penal Brasileiro deve ser submetido ao Controle de Constitucionalidade (que será abordado em outro capítulo), de modo a confirmar que

¹⁰³NUCCI. Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. op. cit., p. 944.

¹⁰⁴ DELMANTO. Celso, et al. op. cit., p. 692.

boa parte da doutrina é congruente ao primar pela inconstitucionalidade do artigo 273 do CPB:

A aberrante desproporção entre a gravidade do fato de vender (...) saneante sem registro e a gravidade da sanção cominada impõe que se reconheça como inafastável a inconstitucionalidade da norma penal do artigo 273, §1º-B, I, do CP, introduzido pela Lei 9.677/98 e do art. 1º da Lei 9.695/98, em virtude de lesão a valores e princípios fundamentais da Constituição.¹⁰⁵

É interessante trazer o posicionamento de Juarez Cirino dos Santos: “direito penal preventivo é incapaz de controlar os perigos das situações problemáticas – entre outras razões, porque a efetividade da proteção cancelaria as garantias democráticas do direito e do processo penal”¹⁰⁶.

Por fim, o posicionamento de Hassemer:

Quem não estiver disposto a reconhecer uma diferença entre lei (positiva) e Direito (justo), não consegue discutir o fenômeno, não consegue mesmo vislumbrar como a punibilidade possa ser fundamentada, não consegue sequer ver onde está o problema.¹⁰⁷

Diante de todas estas informações expostas ao longo deste capítulo inicial, importante se faz conhecer alguns dos princípios norteadores do Direito, para que seja possível realizar uma análise mais sólida do artigo 273 do Código Penal Brasileiro e então chegar a um entendimento mais apropriado sobre a solução mais coerente a ser adotada para dirimir essas controvérsias e insatisfações suscitadas no decorrer deste capítulo.

Dessa forma, o próximo capítulo deste estudo abordará alguns dos Princípios Basilares do Direito, de modo que reste clara a relação desproporcional existente entre os crimes sanitários, expostos no artigo 273 do Código Penal Brasileiro e a sanção

¹⁰⁵ REALE JUNIOR, Miguel . A Inconstitucionalidade da Lei dos Remédios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, nº 763, 1999, p.426.

¹⁰⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Novas hipóteses de criminalização*. Artigo disponível em: <http://www.cirino.com.br/artiaos/jcs/novas_hipoteses_criminalizacao.pdf> Acesso em: 04 out. 2017.

¹⁰⁷ HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. p. 240 Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176133/000476736.pdf?sequence=3>> Acesso em: 05 out. 2017.

penal atribuída a eles, tendo em vista que a referida sanção é aplicada de maneira genérica, não considerando as circunstâncias peculiares a cada situação fática.

3 CRIMES CONTRA A SAÚDE

É sob a ótica relacional entre o Direito Sanitário e o Direito Penal brasileiro que o presente capítulo se desenvolve, tendo como o principal objetivo apresentar a inter-relação entre a sanção penal imposta no artigo 273 do Código Penal e as diretrizes traçadas pelo Direito Sanitário brasileiro (situando as condutas delituosas dentro deste universo sanitário nacional).

Inicialmente é importante compreender que o Direito Sanitário é um subsistema¹⁰⁸ do sistema jurídico, assim como o Direito Penal que foi abordado no capítulo anterior. Diante desta informação, devemos analisar o Direito Sanitário e saber que ele é considerado tanto um direito regulador, quanto direcionador, pois grande parte de seu conteúdo obriga o Estado e a sociedade a fazer/deixar alguma coisa. Ou seja, o Direito Sanitário dita normas, fiscaliza o cumprimento delas e, se necessário, aplica sanções.

Portanto, se faz necessário o entendimento de algumas questões, a exemplo delas, o que é Direito Sanitário e qual é o seu objeto, quem fiscaliza/aplica esse Direito (agente regulador), e ainda, quem é o agente regulado sobre quem incide as diretrizes sanitárias.

Estes são tópicos importantes para que possamos verificar se a hipótese inicial deste estudo (possível desproporcionalidade da sanção penal atribuída aos crimes sanitários constantes do artigo 273 do Código Penal brasileiro) é pertinente e, uma vez comprovada ou negada, apresentar – em momento oportuno deste estudo – uma possível solução ou adequação de entendimento a respeito do assunto.

¹⁰⁸ LUHMANN, Niklas. *A nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997. In: KUNZLER, Caroline Moraes. *A Teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Para dar conta da complexidade interna, o sistema se autodiferencia. Isso porque o número de possibilidades dentro dele passa a ser maior, podendo, inclusive, chegar a ponto de provocar sua autodiferenciação em subsistemas. Cada um desses subsistemas criados dentro do sistema tem o seu próprio entorno. A diferenciação do sistema não significa, portanto, a decomposição de um todo em partes, mas da diferenciação de diferenças sistema/entorno. É condição para esse enfrentamento que o próprio sistema transforme-se internamente, criando subsistemas, deixando de ser simples e tornando-se mais complexo, ou seja, evoluindo.

Não há neste trabalho o intuito de exaurir o conteúdo sobre Direito Sanitário, o que demandaria um estudo muito mais aprofundado e específico, todavia pretendemos demonstrar, por meio de bases teóricas e concatenação de ideias, a interdisciplinaridade dos Direitos Penal e Sanitário, principalmente no que tange à aplicação de punições aos indivíduos infratores de normas sanitárias.

3.1 Direito Regulatório na Área Sanitária

Para melhor entendermos o conceito de Direito Sanitário brasileiro, podemos nos embasar na conceituação dada a este instituto jurídico por Fernando Aith:

Assim, alargando um pouco o conceito, podemos dizer que o Direito Sanitário constitui o ramo do Direito que disciplina as ações e serviços de interesse à saúde e é formado pelo conjunto de normas jurídicas – regras e princípios – que tem como objetivos a redução de riscos de doenças e de outros agravos à saúde e o estabelecimento de condições que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.¹⁰⁹

Portanto, podemos dizer que o Direito Sanitário foi criado com o intuito de garantir a segurança jurídica aos jurisdicionados, pois muito embora a Constituição Federal brasileira de 1988 já garanta o direito à saúde, é necessário que exista um ramo do Direito capaz de aprofundar no tema “saúde” e, além disso, é imprescindível que este subsistema jurídico possibilite a criação de mecanismos de controle, os quais auxiliam o Estado a regular as ações coletivas e individuais.

Gunther Teubner observa que com o passar dos anos o Estado adquiriu novas formas de mercado e de governo. Em consequência das novas influências estatais e sociais tornou-se necessário ao Direito, modificar seus instrumentos normativos, de

¹⁰⁹ AITH, Fernando Mussa Abujamra. *Teoria geral do direito sanitário brasileiro*. v. 1. Tese (Doutorado em Saúde Pública). Universidade de São Paulo – Faculdade de Saúde Pública. São Paulo. 2006. p. 116.

tal forma que se adequassem à nova realidade sociojurídica. Vejamos as palavras de Teubner:

Comparado com o clássico Direito formal, o direito material próprio da moderna era industrial assume desde logo uma nova função social. Tal direito não se limita a satisfazer os imperativos de resolução dos conflitos impostos pelo funcionamento de uma sociedade de mercado, mas serve também os imperativos políticos de intervenção e de direção próprios do moderno Estado-Social: quer dizer, o direito é instrumentalizado em função dos objetivos e finalidades do sistema político, que agora assume a responsabilidade pela condução de certos processos sociais, e nomeadamente, na definição dos objetivos a alcançar, na escolha dos instrumentos normativos, no processo de formulação e de implementação de normas.¹¹⁰

Para melhor compreender o Direito Sanitário brasileiro temos que conhecer o objeto de tal seara jurídica. Desta feita, imperioso destacar que um dos conceitos mais importantes, que fundamenta e ampara o Direito Sanitário é o conceito de saúde pública, o qual foi definido, por Charles-Edward Winslow como:

A saúde pública é a ciência e a arte de prevenir doenças, de prolongar a vida e de promover a saúde e a integridade física através de esforços coordenados da comunidade para a preservação do meio ambiente, o controle das infecções pode atingir a população, a educação do indivíduo sobre os princípios de higiene pessoal, a organização dos serviços médicos e de saúde para o diagnóstico precoce o tratamento preventivo de patologia, o desenvolvimento de dispositivos sociais que assegurem, a cada um, um nível de vida adequado para a manutenção da saúde.¹¹¹ (tradução nossa)

Ultrapassado este primeiro contato com o Direito Sanitário, devemos compreender que este subsistema jurídico, por ser também regulatório, assume um papel importante diante do Estado, pois além de normatizar, fiscaliza e responsabiliza, quando necessário, os indivíduos que infringem suas determinações legais.

O Direito Sanitário assim como os demais ramos do Direito, utiliza o código binário do “legal/ilegal” em sua estrutura e desta maneira exerce seu papel de regulador. Ao passo o Direito Penal sanciona de maneira incisiva àqueles que

¹¹⁰ TEUBNER, Gunther. Juridificação - Noções, Características, Limites, Soluções. *Revista de Direito e Economia, Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Econômicos*, Coimbra, Ano XIV, p. 1-39, 1988, p. 39.

¹¹¹ WISLOW. C. E. A. *The Evolution and Significance of the Modern Public Health Campaign*. New Haven: Yale University Press, 1923, p. 53.

infringem suas normas, o Direito Sanitário, por ser um mecanismo estatal de regulação, ao invés de aplicar uma sanção extremamente severa e gravosa (como no artigo 273 do Código Penal brasileiro), possui métodos de punição que não abrangem a restrição da liberdade do indivíduo. Vejamos o posicionamento de Sergio Guerra:

É na moderna atividade regulatória estatal que melhor se manifesta o novo paradigma de direito administrativo, de caráter menos autoritário e mais consensual, aberto à interlocução com a sociedade e permeado pela participação do administrado.¹¹²

Com o intuito de operacionalizar o Direito Regulatório Brasileiro foram criadas as agências reguladoras, as quais serão apresentadas a seguir de maneira que seja possível compreender melhor a relação entre as condutas praticadas pelos sujeitos ativos dos crimes sanitários e as sanções impostas a estes indivíduos, possibilitando assim que seja construído um entendimento a respeito da interferência do Direito Penal nesta seara sanitária.

3.2 Agências Reguladoras Brasileiras

As Agências Reguladoras são autarquias que tutelam uma pluralidade de interesses públicos e privados, visando conciliar a realização de interesses múltiplos e díspares, muitas vezes conflituosos entre si, tendo como escopo dinamizar a normatização de relevantes atividades econômicas, por meio de independência nas decisões e especialização técnica, com transparência e participação dos agentes e da sociedade por meio de audiências públicas obrigatórias, conferindo a necessária eficiência e celeridade que urgem tais atividades. São ainda responsáveis pelo estabelecimento de regras de conduta para fiscalizar, punir, reprimir e resolver conflitos, com função de polícia administrativa.¹¹³

¹¹² GUERRA. Sergio. Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria de direito administrativo? *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 7, nº 1, jan-jun 2011. p. 133.

¹¹³ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2003. pp. 141-145.

Para entendermos as principais funções de uma Agência Reguladora é necessário um estudo prévio sobre o surgimento das mesmas em território nacional e, por esse motivo, vamos começar fazendo um apontamento histórico sobre evolução destas Agências, que têm como funções basilares a regulação, o fomento e a fiscalização de serviços públicos e atividades econômicas relevantes do Estado.

Desde o início do século XX, o Brasil já dispunha de entidades com funções regulatórias e fiscalizatórias de setores econômicos, mas à época não eram chamadas de agências. Maria Sylvia Zanella Di Pietro menciona algumas delas:

[...] no período de 1930-1945, o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), o Instituto do Açúcar e do Alcool (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Pinho (1941), o Instituto Nacional do Sal (1940), todos esses institutos instituídos como autarquias econômicas, com a finalidade de regular a produção e o comércio. Além desses, podem ser mencionados outros exemplo, como o Banco Central, o Conselho Monetário Nacional, a Comissão de Valores Mobiliários e tantos outros órgãos com funções normativas e de fiscalização.¹¹⁴

Todavia a criação das Agências Reguladoras, assim intituladas, só ocorreu na década de 90, baseada como já retratado anteriormente, no modelo estadunidense, conforme explica Marcelo Alexandrino: “[...] na instituição dessa nova geração de entes especificamente encarregados da regulação econômica, foi importado do direito norte-americano, no qual é utilizada a expressão “*agencies*”¹¹⁵.

Apesar do nome semelhante, o modelo de Agências Reguladoras brasileiras muito mais se assemelha ao modelo europeu, principalmente no que tange à denominação das Agências como “entes administrativos independentes”.¹¹⁶

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi a responsável por instituir os órgãos reguladores. Vejamos:

Art. 21. Compete à União:
[...]

¹¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas. 2007. p. 434

¹¹⁵ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 18. ed. São Paulo: Método. 2010. p. 161.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 162.

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

[...]

Art. 177. Constituem monopólio da União:

[...]

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

[...]

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)¹¹⁷

Com o advento do Plano Nacional de Desestatização¹¹⁸ (PND) em 1990, o Brasil deixou de explorar diretamente atividades econômicas (que eram, até aquele momento, exploradas exclusivamente pelo Estado) e, delegou assim à iniciativa privada essa função, impulsionando então o surgimento dos órgãos reguladores, denominados, pelo legislador, de “Agências Reguladoras”.¹¹⁹

Para Alexandre Santos de Aragão as Agências Reguladoras são:

[...] autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiados cujos membros são nomeados pelo Presidente da República, após prévia aprovação do Senado Federal.¹²⁰

¹¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. op. cit.

¹¹⁸ O Programa Nacional de Desestatização assenta-se na premissa de que o Estado desenhava-se em quatro setores muito bem definidos, a saber: (1) o núcleo estratégico do Estado, (2) as atividades exclusivas de Estado, (3) os serviços não-exclusivos ou competitivos e, (4) a produção de bens e serviços para o mercado. O PND - Programa Nacional de Desestatização foi instituído na última década do século passado com a chegada da Medida Provisória nº 155, de 15 de março de 1990, instituída pelo então Presidente da República, Fernando Collor de Melo no mesmo dia de sua posse. A referida medida provisória sofreu várias reedições até que em 12 de abril de 1990 foi convertida em lei ganhando o nº 8.031. Seu texto trazia como seus objetivos fundamentais (art. 1º), o de reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público; permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que viessem a ser transferidas à iniciativa privada; contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia; permitir que a administração pública concentrasse seus esforços nas atividades em que a presença do Estado fosse fundamental para a consecução das prioridades nacionais; e contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integraram o Programa. Estes objetivos demonstram perfeitamente a chegada de um novo arranjo ao cenário político e econômico brasileiro.

¹¹⁹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública*. (Cadernos MARE da Reforma do Estado. v. 3). Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. p. 24.

¹²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 275

Já para Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo podem ser definidas da seguinte maneira:

[...] trata-se de entidades administrativas com alto grau de especialização técnica, integrantes da estrutura formal da Administração pública, instituída sob a forma de autarquias de regime especial, com a função de regular um setor específico de atividade econômica, ou de intervir de forma geral sobre relações jurídicas decorrentes dessas atividades, que devem atuar com a maior independência possível perante o Poder Executivo e com imparcialidade em relação às partes interessadas (Estados, setores regulados e sociedade).¹²¹

Por se tratarem de entidades da Administração Pública, as autarquias são dotadas do poder de auto-administração, não no quesito de capacidade de criar as leis as quais se sujeitam, mas em relação à aplicação das normas por autoridade própria e administram os seus próprios interesses.¹²²

O vínculo existente entre as autarquias e os setores da Administração não está relacionado à hierarquia, que neste caso inexistente, seja disciplinar ou funcional.

Em meio aos principais objetivos das Agências Reguladoras, alguns deles podem ser sintetizados pelas seguintes premissas: Regular, controlar e fiscalizar produtos, serviços e atividades econômicas relevantes; a) Garantir a prestação de serviço público adequado (regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade tarifária – art. 175, parágrafo único, inciso IV, da CFRB/88 e art. da 6ª Lei nº 8.987/95); b) Repressão ao abuso do poder econômico; c) Liberdade de iniciativa e livre concorrência; d) Instauração de consultas e audiências públicas; e) Proteção dos consumidores e usuários, incluindo de riscos à saúde; f) Desenvolvimento tecnológico nacional; g) Atração de investimentos domésticos e estrangeiros; h) Garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessões de serviços públicos; i) Conceder, permitir, autorizar e registrar produtos ou serviços; j) Dar cumprimento às determinações do Poder Concedente; e k) Editar normas, propor, acompanhar e executar políticas públicas.

¹²¹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. op. cit., p. 84.

¹²² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Editora Celso Bastos. 2002. p. 268.

Uma vez que são constituídas como autarquias especiais, as Agências Reguladoras têm o objetivo primordial de garantir autonomia e independência administrativa e financeira em relação ao Poder Executivo, com a finalidade precípua de assim evitar interferências políticas e garantir: (i) segurança jurídica aos investimentos; (ii) estabilidade aos contratos celebrados com empresas privadas e; (iii) melhores serviços, qualidade e preços justos aos consumidores brasileiros.

Além das informações supramencionadas é importante entender que a instituição das agências reguladoras se dá por meio de ato normativo que especifica as funções e âmbitos de atuação de cada Agência, delimitando assim as competências das mesmas.

Como o cerne deste estudo é a provável desproporcionalidade existente no artigo 273 do Código Penal Brasileiro, que tutela os crimes sanitários, vamos nos ater ao estudo da Agência Reguladora relacionada à Saúde, ou seja, a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

Importante se faz a compreensão de quem é o Agente Regulador responsável pela fiscalização das condutas, quais são os produtos relacionados à saúde que se submetem à fiscalização e quem é o agente regulado em território nacional. Portanto, é neste sentido que serão desenvolvidos os próximos subcapítulos.

3.3 Agência Nacional de Vigilância Sanitária: ANVISA (Agente Regulador)

A ANVISA, autarquia federal de natureza especial, atua como entidade administrativa independente sendo-lhe asseguradas nos termos da Lei nº 9.782, de 1999, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de suas atribuições, tendo atuação reconhecida de Órgão Regulador da atividade comercial vinculada à saúde¹²³.

¹²³ SANTOS, Glauco Alves e. *O devido processo legal nos atos de regulação, normatização, controle e fiscalização das agências reguladoras (ANVISA)*. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-graduação *Latu Sensu* em Direito do Estado), Universidade Cândido Mendes. Brasília. 2003. p. 13.

A finalidade institucional da Agência de Vigilância Sanitária Brasileira (ANVISA) é promover a proteção da saúde da população por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados. Além disso, a Agência exerce o controle de portos, aeroportos e fronteiras, bem como a interlocução junto ao Ministério das Relações Exteriores e instituições estrangeiras para tratar de assuntos internacionais na área de vigilância sanitária.¹²⁴

À ANVISA compete coordenar o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária que compreende o conjunto de ações definidas nos Arts. 15 a 18 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, executado por instituições da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de regulação, normatização, controle e fiscalização da área da vigilância sanitária.

São também competências da ANVISA: fomentar e realizar estudos e pesquisas no âmbito de suas atribuições, estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária; estabelecer normas e padrões sobre limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde; intervir temporariamente, na administração de entidades produtoras, que sejam financiadas, subsidiadas ou mantidas com recursos públicos, assim como nos prestadores de serviços e ou produtores exclusivos ou estratégicos para o abastecimento do mercado nacional.¹²⁵ Vejamos o exposto no Art. 5º da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977:

[...] foi dada pelo Art. 2º da Lei nº 9.695, de 20 de agosto de 1998; administrar e arrecadar a taxa de fiscalização de vigilância sanitária, instituída pelo Art.23 desta Lei; autorizar o funcionamento de empresas de fabricação, distribuição e importação dos produtos mencionados no Art. 8º desta Lei e de comercialização de medicamentos; anuir com a importação e exportação dos produtos mencionados no Art. 8º desta Lei; conceder registros de produtos, segundo as normas de sua área de atuação; conceder e cancelar o certificado de cumprimento de boas práticas de fabricação; interditar, como medida de vigilância sanitária, os locais de fabricação, controle, importação, armazenamento, distribuição e venda de produtos e de prestação de serviços relativos à saúde, em caso de violação da

¹²⁴ ANVISA. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/institucional/anvisa/apresentacao.htm>> Acesso em: 26 fev. 2018.

¹²⁵ SANTOS, Glauco Alves e. ob. cit., p. 14.

legislação pertinente ou de risco iminente à saúde; proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde; cancelar a autorização de funcionamento e a autorização especial de funcionamento de empresas, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde; coordenar as ações de vigilância sanitária realizadas por todos os laboratórios que compõem a rede oficial de laboratórios de controle de qualidade em saúde; estabelecer, coordenar e monitorar os sistemas de vigilância toxicológica e farmacológica; promover a revisão e atualização periódica da farmacopeia; manter sistema de informação contínuo e permanente para integrar suas atividades com as demais ações de saúde, com prioridade às ações de vigilância epidemiológica e assistência ambulatorial e hospitalar; monitorar e auditar os órgãos e entidades estaduais, distrital e municipais que integram o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, incluindo-se os laboratórios oficiais de controle de qualidade em saúde; coordenar e executar o controle da qualidade de bens e produtos relacionados no Art. 8º desta Lei, por meio de análises previstas na legislação sanitária, ou de programas especiais de monitoramento da qualidade em saúde; fomentar o desenvolvimento de recursos humanos para o sistema e a cooperação técnico-científica nacional e internacional; autuar e aplicar as penalidades previstas em lei, monitorar a evolução dos preços dos medicamentos, equipamentos, componentes, insumos e serviços de saúde.¹²⁶

A partir das informações apresentadas até o presente momento é possível entender que a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) é responsável por uma infinidade de atribuições enquanto órgão sanitário regulador e, por esta razão, em alguns casos específicos necessita da interferência do poder judiciário para dirimir conflitos que fogem à sua competência.

Podemos afirmar que muito embora seja necessário que algumas das condutas (as mais gravosas) apresentadas ao longo do artigo 273 do Código Penal Brasileiro (Vide o referido artigo no subitem 1.1 deste estudo) sejam sancionadas com punições severas como, por exemplo, a pena de restrição de liberdade, existem mecanismos de criação, fiscalização e controle das condutas relacionadas à saúde pública que poderiam ser utilizados de maneira possivelmente mais rápida e eficaz naqueles casos em que o agente que infringe a norma sanitária o fizesse de maneira menos gravosa.

¹²⁶ DIAS, Hélio Pereira. *Direitos e obrigações em saúde*. Brasília: ANVISA, 2002. p. 321.

Imperioso destacar que apesar de ser necessário recorrer, em algumas situações, ao Direito Penal para solucionar parte dos conflitos de natureza sanitária (principalmente em condutas permeadas de uma gravidade maior em relação à saúde da coletividade), existe um sistema elaborado e apto a atuar na maioria das condutas descritas no artigo 273 do Código Penal Brasileiro.

A atuação do Direito Administrativo ocorre por meio do subsistema do Direito Regulatório, embasado nas leis do Sistema Sanitário brasileiro, em especial: a) Lei 6360, de 23 de setembro de 1976, também conhecida como “Lei Mãe” do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS), a qual dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências; e b) Lei 6437, de 20 de agosto de 1977 a qual configura infrações à legislação sanitária federal, estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências. O artigo 2º da lei 6437/1977 prevê uma série de penalidades ao agente regulado que eventualmente pratique determinada infração à saúde pública. Vejamos:

Art. 2º - Sem prejuízo das sanções de natureza civil ou penal cabíveis, as infrações sanitárias serão punidas, alternativa ou cumulativamente, com as penalidades de:

I - advertência;

II - multa;

III - apreensão de produto;

IV - inutilização de produto;

V - interdição de produto;

VI - suspensão de vendas e/ou fabricação de produto;

VII - cancelamento de registro de produto;

VIII - interdição parcial ou total do estabelecimento;

IX - proibição de propaganda;

X - cancelamento de autorização para funcionamento da empresa;

XI - cancelamento do alvará de licenciamento de estabelecimento;

XI-A - intervenção no estabelecimento que receba recursos públicos de qualquer esfera.

XII - imposição de mensagem retificadora;

XIII - suspensão de propaganda e publicidade.

§ 1º A pena de multa consiste no pagamento das seguintes quantias:

I - nas infrações leves, de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais);

II - nas infrações graves, de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais);

III - nas infrações gravíssimas, de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

§ 2º As multas previstas neste artigo serão aplicadas em dobro em caso de reincidência.

§ 3º Sem prejuízo do disposto nos arts. 4º e 6º desta Lei, na aplicação da penalidade de multa a autoridade sanitária competente levará em consideração a capacidade econômica do infrator.

Em capítulo posterior serão apresentadas possíveis soluções para este impasse que atribui ao Poder Judiciário a competência para solucionar conflitos administrativos. Por hora, devemos identificar quem é o agente regulado, quais são os produtos controlados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária e qual procedimento de regularização deve ser adotado mediante o órgão sanitário nacional.

3.4 Agente Regulado, Produtos Controlados e Procedimento de Regularização: Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)

Para melhor compreender o Direito Sanitário brasileiro é importante que saibamos quem é o agente regulado e quais são os produtos submetidos ao procedimento de regularização, comercialização e fiscalização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), para que dessa maneira, possamos atrelar o conhecimento a respeito dos crimes sanitários que vem sendo desenvolvido ao longo deste estudo.

Inicialmente devemos entender que a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) controla inúmeros seguimentos, tais como: produtos e equipamentos médicos, alimentos, medicamentos, cosméticos, saneantes, dentre outros. Relevante apontar que a ANVISA controla ainda os estabelecimentos que produzem, importam, comercializam, armazenam e distribuem os produtos já mencionados.

O Agente Regulado no âmbito do Direito Sanitário é toda pessoa, seja ela Pessoa Física ou Jurídica que atua direta ou indiretamente com produtos sanitários. Desta feita, podemos dizer que tanto as empresas, quanto os indivíduos (em sua singularidade) podem ser submetidos ao controle exercido pelas Agências Reguladoras e, neste caso específico pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). Vejamos:

O princípio da responsabilidade no que se refere ao direito sanitário estende-se a todas as pessoas. Tem como pressuposto a premissa de que todos temos deveres com relação à proteção da saúde, sejam eles individuais, sejam eles coletivos e sociais. A proteção à saúde exige que cada indivíduo se comporte de forma responsável de acordo com seus deveres. O princípio da responsabilidade é fundamental para a segurança sanitária. Ele atinge tanto os comportamentos privados e íntimos do indivíduo quanto seus comportamentos sociais e públicos.¹²⁷

Dessa forma, sabendo quem é o agente regulado, que se submete às diretrizes traçadas pelo Direito Sanitário, devemos conhecer, ainda que de maneira simples, alguns destes produtos submetidos ao controle da Agência Nacional de Vigilância Sanitária e também o procedimento adotado para sua regularização perante este órgão regulador.

Os produtos médicos se subdividem em: produtos médicos e produtos de diagnóstico de uso in vitro, tratados na Resolução da Diretoria Colegiada - RDC 185/2001 que incluem equipamentos, aparelho, material, artigo ou sistema de uso, aplicação médica odontológica ou laboratorial, destinados à prevenção, diagnóstico, tratamento, reabilitação ou anticoncepção que não utiliza meio farmacológico, imunológico ou metabólico para realizar sua principal função em seres humanos, podendo, entretanto, ser auxiliado em suas funções por tais meios.¹²⁸

Os produtos diagnósticos de uso in vitro são os reagentes, padrões, calibradores, controles, materiais, artigos e instrumentos, que contribuem para realizar uma determinação qualitativa, quantitativa ou semi-quantitativa de amostra biológica e que não estão destinados a cumprir função anatômica, física ou terapêutica alguma; não podem ser ingeridos, injetados ou inoculados em seres humanos e são utilizados unicamente para prover informação sobre amostras obtidas no organismo humano.¹²⁹

Além dos produtos acima citados, a ANVISA controla/regula ainda: medicamentos, alimentos, fumígenos, saneantes, cosméticos, agrotóxicos, funcionamento de estabelecimentos de produção de alimentos, entre outros, todos

¹²⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Manual de direito sanitário com enfoque na vigilância em saúde*. Brasília: Ministério da Saúde. 2006. p. 107.

¹²⁸ BRASIL. *Resolução ANVISA – RDC nº 185, de 22 de outubro de 2001*. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/anvisa/legis/resol/2001/185_01rdc.htm> Acesso em: 26 fev. 2018.

¹²⁹ BRASIL. *Resolução ANVISA – RDC nº 206, de 17 de novembro de 2006*. Disponível em: <<http://www.sbpc.org.br/upload/conteudo/320100629114535.pdf>> Acesso em: 26 fev. de 2018.

submetidos à aplicação da mesma legislação, inclusive aplicando aos agentes regulados as mesmas penalidades e consequências por cometimento de infrações sanitárias, sem prejuízo das sanções cíveis e penais que repercutirão após a notificação ou autuação por agentes sanitários.¹³⁰

A lei 6.360 de 1976 estabelece em seu artigo 12 que nenhum produto de interesse à saúde, seja nacional ou importado, poderá ser industrializado, armazenado, divulgado, importado, exposto a venda ou entregue ao consumo no mercado brasileiro antes do devido registro no Ministério da Saúde do Brasil (ANVISA), salvo os estabelecidos no artigo 25 da mesma lei.¹³¹

Caso alguma empresa ou indústria não cumpra o determinado, restará caracterizada infração contra a Legislação Sanitária Federal, estando assim sujeita às sanções administrativas previstas na Lei 6.437 de 1977. Sem restar prejudicada a aplicação das sanções cíveis e penais, as quais estão previstas no artigo 273 do Código Penal brasileiro (objeto deste estudo).

O ponto de partida para a solicitação de registro ou cadastramento de materiais de uso em saúde na ANVISA é a regularização da empresa junto à Vigilância Sanitária, o que compreende a obtenção da Autorização de Funcionamento da Empresa (AFE) e da Licença de Funcionamento (LF), também conhecida por Alvará de Funcionamento. Sem essas autorizações, a regularização do material de uso em saúde não será possível.¹³²

A Autorização de Funcionamento da empresa é emitida pela ANVISA mediante solicitação formal, a empresa deverá peticionar a autorização de funcionamento, em conformidade à Instrução Normativa da ANVISA IN n. 01. Ressalta-se que somente empresas legalmente constituídas no solo brasileiro podem pleitear a autorização.¹³³

¹³⁰ ANVISA Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/institucional/anvisa/apresentacao.htm>> Acesso em: 26 fev. 2018.

¹³¹ ANVISA. *Manual para Regularização de Equipamentos Médicos na Anvisa*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33912/264673/Manual+para+regulariza%C3%A7%C3%A3o+de+equipamentos+m%C3%A9dicos+na+Anvisa/ad655639-303e-471d-ac47-a3cf36ef23f9>. Acesso em: 22 fev. 2018.

¹³² Ibid., p. 31

¹³³ ANVISA. loc. cit.

Além disso, é obrigação de toda empresa que pretenda extrair, produzir, fabricar, transformar, sintetizar, purificar, fracionar, embalar, reembalar, importar, exportar, armazenar ou expedir produtos para saúde a serem ofertados ao mercado de consumo brasileiro, atender aos requisitos de Boas Práticas de Fabricação e Controle (BPFC), estabelecidos na Resolução RDC nº 59, de 27 de junho de 2000, conforme determina o Decreto nº 79.094, de 05 de janeiro de 1977 (alterado pelo Decreto nº 3961, de 10 de outubro de 2001).¹³⁴

A preocupação e a rigidez antes da empresa solicitar o registro de produtos médicos no Brasil são justificadas pelo fato do medicamento e demais produtos, tais como cosméticos, tabaco, saneantes e agrotóxicos, terem um papel fundamental para a manutenção da saúde e qualidade de vida dos cidadãos, mas podem ser também potenciais fontes de agravos e danos à saúde quando utilizados de forma indevida. É consensual que o acesso adequado aos medicamentos e demais produtos devem considerar a sua qualidade intrínseca, que se relacionam aos benefícios e aos riscos.¹³⁵

É certo que há um grande rigor na fiscalização diante dos produtos relacionados à saúde antes que estes cheguem aos estabelecimentos para que possam ser comercializados, estabelecimentos estes, que também passam por inspeção e só podem funcionar após a liberação da Agência Reguladora, a exemplo disto temos as farmácias, drogarias e pequenas clínicas odontológicas, médicas ou estéticas.

Diante destas informações resta evidenciada a capacidade da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), enquanto órgão regulador, para atuar em casos de desrespeito às normas sanitárias, tendo em vista que é a detentora de todas as informações relacionadas aos estabelecimentos que produzem e comercializam os produtos sanitários.

¹³⁴ ANVISA. *Manual de Registro e Cadastramento de Materiais de Uso em Saúde*. Disponível em: http://www.otics.org/estacoes-de-observacao/escola-ghc/acervo/arquivos/geral/Manual_registro_materiais.pdf Acesso em: 22 fev. 2018.

¹³⁵ ANVISA Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/institucional/anvisa/apresentacao.htm>> Acesso em: 26 fev. 2018.

Assim, retomando a discussão a respeito da possível desproporcionalidade da sanção penal aplicada aos crimes sanitários, podemos dizer que o ônus punitivo de determinadas condutas descritas no rol do artigo 273 do Código Penal Brasileiro, em especial aquelas que geram um resultado menos gravoso, poderia ser transferido para o órgão sanitário regulador, onde o agente infrator só seria punido após regular trâmite de processo administrativo, o qual respeita todos os requisitos legais de defesa, como contraditório, ampla defesa e devido processo legal.¹³⁶

Desta maneira, a penalidade atribuída aos crimes sanitários de natureza menos gravosa deixaria de ter uma função somente punitiva – onde a liberdade do indivíduo infrator é suprimida por meio de uma pena privativa de liberdade extensa (principalmente quando comparada com crimes aparentemente mais graves como o homicídio, ainda que caracterizado como simples, conforme artigo 121, *caput*, do Código Penal brasileiro) – e adquiriria um caráter além de punitivo, mas que funcionaria também de maneira a educar ou reeducar o indivíduo que infringe a norma sanitária.

Entretanto as possibilidades de solução deste impasse, relacionado à possível desproporcionalidade da pena atribuída aos crimes sanitários, serão mais bem explanadas em capítulo posterior deste estudo.

Por fim, vale ressaltar que os crimes sanitários são tutelados e sancionados tanto na esfera administrativa quanto na esfera judicial, pois obedecem, como demonstrado ao longo deste capítulo e também no anterior, tanto as diretrizes traçadas em Resoluções da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) quanto as normas impostas pelo artigo 273 do Código Penal brasileiro.

¹³⁶ SANTOS, Glauco Alves e. ob cit.,. pp. 24-27.

4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

É sob o prisma da possível desproporcionalidade da sanção imposta aos crimes sanitários que este capítulo se desenvolve, pois assim como já mencionado em capítulo anterior deste estudo, a sanção penal aplicada aos crimes elencados no artigo 273 do Código Penal Brasileiro é de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão, o que nos leva a entender que a mesma é alta, se comparada com outros crimes, que são sobremaneira mais gravosos.¹³⁷

Ao estudarmos o Princípio da Proporcionalidade percebemos que os “Princípios”, de maneira geral, são institutos muito interligados e, por esse motivo, não há como separá-los definitivamente, ou seja, tornar um só princípio como a única resposta correta para determinado dilema jurídico¹³⁸.

Desta feita, neste estudo, alguns Princípios Basilares do Direito foram submetidos ao método comparativo, para que, tornasse possível a visualização da aparente falta de proporcionalidade da pena aplicada àqueles que incorrem em qualquer das condutas delituosas explicitadas ao longo do artigo 273 do Código Penal Brasileiro. Dentre os princípios analisados neste capítulo, podemos elencar: proporcionalidade, razoabilidade, ofensividade e fragmentaridade.

Imperioso destacar que em momento algum deste estudo está sendo defendida a tese da não punição das condutas referidas no artigo 273 do CPB, ao contrário, todas as condutas elencadas no referido artigo (que versa sobre os crimes sanitários) devem ser sancionadas. Todavia é preciso que seja feita uma avaliação em relação às consequências da prática de tal conduta e, dependendo do caso, a pena deve ser aplicada de forma distinta, daquela genérica, apresentada no tipo penal.

Para finalizar será apresentada a teoria da Ponderação, a qual é responsável por demonstrar qual a melhor solução a ser aplicada ao caso concreto, quando há um

¹³⁷ Vide comentário nota 9.

¹³⁸ Ao contrário do entendimento de Ronald Dworkin, que em uma de suas teorias defende a tese da existência de uma resposta correta para cada desafio jurídico. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 147.

conflito de normas. É possível que seja esta, a Ponderação, a solução mais correta para resolver os conflitos inerentes ao artigo estudado (273 CPB).

Não há, aqui, a intenção de exaurir todo o conteúdo sobre Princípios Basilares do Direito, longe disto. O principal objetivo deste capítulo é, na verdade, demonstrar, por meio de um estudo sociojurídico, que existem mecanismos para se aplicar punições proporcionais, as quais são possivelmente mais adequadas e justas para tentar solucionar a problemática existente na sanção penal atribuída aos crimes sanitários.

4.1 Noções Gerais dos Princípios

Como o cerne principal deste estudo é a análise da desproporcionalidade da sanção penal do artigo 273 do Código Penal Brasileiro e o gene desta insatisfação é o desrespeito em relação ao chamado “Princípio da Proporcionalidade”, imperioso destacar a importância de se entender um pouco sobre a evolução e conceituação deste instituto (Princípios), dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

A palavra “princípio” pode, dependendo do contexto, ter vários sentidos e conotações diferentes, que variam desde um estudo gramatical, que qualifica princípio como “início de algo”, até chegarmos ao âmbito dos valores morais.

Contudo quando tratamos de “princípios” sob o prisma do Direito estamos fazendo menção aos mandamentos que norteiam o sistema jurídico e, existem inúmeros estudos sobre a “Teoria dos Princípios”. Dentre os juristas mais conhecidos por tratar deste assunto temos Robert Alexy que traz algumas teorias que visam demonstrar as diversas possibilidades de análise dos princípios, que começam desde a conceituação do instituto até a solução mais plausível em caso de conflito entre princípios (sopesamento): “O objetivo desse sopesamento é definir qual dos

interesses - que abstratamente estão em um nível equivalente – tem maior peso no caso concreto”¹³⁹.

Sobre princípios, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, ou, melhor dizendo, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. Característica importante dos princípios é fundamentarem um sem número de situações, ao contrário do que acontece com a regra, que só disciplina aquilo por ela contemplado.¹⁴⁰

Quando analisamos os Princípios do Direito podemos perceber que sua quantidade é imensurável, pois cada área jurídica tem os seus próprios princípios, que melhor se aplicam às suas necessidades e peculiaridades, todavia existem ainda alguns princípios que são comuns a todas elas, dentre eles o Princípio da Proporcionalidade.

Inicialmente é importante destacar que para compreender o Princípio da Proporcionalidade, foco deste capítulo, é necessário analisar alguns conceitos, como por exemplo, das “Normas Jurídicas”, tendo em vista que os “princípios” são modalidades de normas.

Sendo assim, Luiz Roberto Barroso traz o seguinte conceito para Normas Jurídicas: “normas jurídicas são prescrições, mandamentos, determinações que, idealmente, destinam-se a introduzir a ordem e a justiça na vida social”¹⁴¹. Contudo é importante entender que as normas não são os textos normativos, propriamente ditos, mas sim a interpretação deles. Neste sentido, Humberto Ávila: “Normas não são os

¹³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 91

¹⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros. 2004, p. 451.

¹⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 212.

textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”¹⁴².

Para Robert Alexy:

O conceito de norma é um dos conceitos fundamentais da Ciência do Direito, talvez o mais fundamental de todos. Isso não ignifica que a utilização do termo “norma” se restrinja à Ciência do Direito. Tal palavra tanto quanto outras a ela relacionadas, como “regra”, “mandamento” ou “preceito”, são de uso corrente, não só na linguagem coloquial como também em outras ciências, como na Sociologia, na Etnologia, na Filosofia Moral e na Linguística. O emprego do termo “norma”, em todos esses âmbitos, é caracterizado pela variedade de sentidos com que isso ocorre, pela vagueza que o acompanha em todos esses sentidos e pelas disputas que sempre suscita, disputas que são intermináveis quando tal termo é empregado fora de seu uso mais óbvio.¹⁴³

Ao estudar as normas jurídicas é possível entender que as normas se subdividem em duas modalidades: regras e princípios. Para Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Os princípios seriam aquelas normas com teor mais aberto do que as regras. Próximo a esse critério, por vezes se fala também que a distinção se assentaria no grau de determinabilidade dos casos de aplicação da norma. Os princípios corresponderiam às normas que carecem de mediações concretizadoras por parte do legislador, do juiz ou da Administração. Já as regras seriam as normas suscetíveis de aplicação imediata.¹⁴⁴

Como já mencionado anteriormente, neste capítulo será feito um estudo mais aprofundado sobre o princípio da proporcionalidade, para que possamos então compreender se ele foi ou não violado quando da elaboração do artigo 273 do Código Penal Brasileiro.

Por esta razão, passaremos à análise do referido princípio sob a ótica do Direito Penal, comparando-o com outros princípios também utilizados nesta seara do Direito, para que possamos então formular um entendimento embasado a respeito da

¹⁴² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 22.

¹⁴³ ALEXY, Robert. ob. cit., pp. 51-52.

¹⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 72.

problemática deste estudo (possível desproporcionalidade da sanção penal do artigo 273 do CPB).

4.2 Desproporcionalidade da Sanção Penal do Artigo 273 do Código Penal Brasileiro

Existe, no ordenamento jurídico brasileiro, uma infinidade de normas e princípios, todavia para este estudo iremos nos aprofundar, principalmente, no “Princípio da Proporcionalidade” que é possivelmente desrespeitado quando analisamos a disparidade entre a sanção aplicada aos crimes sanitários, elencados no artigo 273 do Código Penal Brasileiro e a real consequência advinda de algumas das condutas típicas demonstradas no referido artigo, ou ainda, quando observamos a equiparação de substâncias distintas (medicamentos, cosméticos e saneantes) na mesma tipificação penal.

Reiteramos que, em momento algum está sendo defendida a tese da não punição das condutas referidas no artigo (foco do estudo) 273 do CPB, mas sim da necessidade de avaliação do caso concreto e flexibilização da sanção aplicada às mais diversas condutas nele elencadas.

É evidente que falsificar, corromper, adulterar, alterar medicamentos ou produtos terapêuticos é extremamente perigosos e gravosos à sociedade, todavia a aplicação da pena (dez a quinze anos de reclusão) estende-se aos que incorrem em condutas menos gravosas, como por exemplo quem fraudar um cosmético ou saneante, ou que importa, vende, expõe à venda ou tem em depósito quaisquer dos produtos elencados no artigo. E ainda àqueles que incorrem nestas condutas com produtos não registrados, ou não enquadrados nas diretrizes do órgão nacional de vigilância sanitária (ANVISA), ainda que os referidos produtos sejam registrados e cientificamente testados e aprovados em outros países.

Todavia é importante lembrar que no momento da alteração da lei penal, a qual tornou os crimes sanitários hediondos, o legislador estava sob influência de uma

pressão social e midiática¹⁴⁵, logo acabou impondo uma pena razoavelmente alta (dez a quinze anos de reclusão) de maneira indistinta. Mariângela Gama de Magalhães Gomes explica que:

Não seria errado afirmar, neste sentido, que no prato da balança em que o legislador pesa a quantidade de pena proporcional à conduta afrontosa ao bem jurídico-penal, encontra-se também inserido todo o contexto jurídico em que a pena abstrata tornar-se-á concreta.¹⁴⁶

Partindo desse entendimento, podemos compreender que devido às circunstâncias históricas que marcaram o período de alteração da lei, que repercutiram de maneira nacional e internacional (falsificação de medicamentos e sua comercialização), o legislador se sentiu obrigado a atribuir uma pena que criasse um sentimento de precaução àqueles que desobedecem à norma.

Entretanto, o que o legislador não previu é que em decorrência da abrangência do artigo 273 do Código Penal Brasileiro, deveriam ser pontuadas as condutas mais gravosas, para que fossem severamente punidas com a pena apresentada no artigo (dez a quinze anos de reclusão), diferenciando-as das condutas menos gravosas, as quais deveriam ter uma pena mais baixa, podendo ser agravada de acordo com as circunstâncias.

Deste entendimento partilha Mariângela Gama de Magalhães Gomes: “Nas hipóteses que a proteção de um mesmo bem jurídico constitucional se dá pela incriminação de condutas bastante diferenciadas, resta natural, também, a diferenciação no tocante às penas respectivamente cominadas”.

Inclusive, algumas das condutas consideradas hediondas, na legislação atual (artigo 273 do Código Penal Brasileiro), são deveras parecidas com infrações administrativas, o que, provavelmente, torna a sanção penal atribuída às mesmas desproporcional.

Dessa maneira também entende Celso Delmanto:

Foi sob o alarido da imprensa que o Congresso Nacional, com pressa e rigor legislativos, deu ao Brasil leis penais draconianas, tornando

¹⁴⁵ Assunto já retratado no primeiro capítulo deste estudo. Vide seção 2.4.

¹⁴⁶ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. ob cit., p. 172.

crime hediondo condutas que mais se aproximam de meras infrações administrativas, como a importação de remédio ainda não registrado nos órgão competentes – sem sequer indagar se a droga faria bem ou mal à saúde do doente –, cominando pena privativa de liberdade altíssima para conduta que se limita a descumprir regramento administrativo, o que leva à conclusão inexorável de que se trata de norma desenganadamente inconstitucional, por violação da garantia do devido processo legal (CR, art. 5º, LIV) em seu aspecto substantivo (*substantive due process of law*), que pressupõe o correto processo de elaboração legislativa e de que as leis sejam proporcionais e razoáveis (são os denominados princípios da razoabilidade e da proporcionalidade).¹⁴⁷

Portanto, é nesta vertente que se perfaz a problemática, suscitada neste estudo da provável desproporcionalidade da sanção penal aplicada aos crimes sanitários, tipificados no artigo 273 do Código Penal Brasileiro, pois não há proporcionalidade ao aplicar uma pena genérica a condutas distintas. Para Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

Nesse sentido, resta claro que as margens penais devem hierarquizar-se segundo o tipo seja de lesão ou perigo, sancionando mais gravemente os delitos de lesão que os de perigo e, da mesma forma, a intensidade das lesões e dos perigos a que são expostos os bens jurídicos apresenta-se como fator determinante.¹⁴⁸

Sendo assim é imperioso que se faça a análise do Princípio da Proporcionalidade, para que posteriormente, seja possível apresentar uma solução mais coerente para a aplicação da sanção penal àqueles indivíduos que incorrem em crimes sanitários, ao invés de, simplesmente, aplicar de maneira indistinta a pena imposta no artigo 273 do Código Penal Brasileiro. Segundo Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

Cabe ao legislador, desta forma, tendo como pressuposto a delimitação de qual seja a ofensa ao bem jurídico que faz jus a uma proibição de caráter penal, identificar qual é a quantidade de pena necessária para fazer com que os indivíduos abstenham-se de praticá-la, não apenas considerando a natureza do bem jurídico sob tutela e a sua forma de agressão, mas sobretudo, balanceando-os com a restrição à liberdade ameaçada com a cominação da pena criminal.¹⁴⁹

¹⁴⁷ DELMANTO. Celso, et al. ob cit., p. 692.

¹⁴⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. ob cit., p. 174.

¹⁴⁹ Ibid., p. 179.

Restando assim o entendimento da necessidade de adequação legislativa da norma penal, para que atinja os agentes infratores da norma na medida de suas transgressões a contrassenso do que vem sendo aplicado com a imputação criminal prevista no artigo 273 do Código Penal Brasileiro.

4.3 Proporcionalidade

Importante entender que o “Princípio da Proporcionalidade” pode ser encontrado em várias passagens, em diversas normas e é utilizado como Princípio Basilar do Direito, tendo em vista que não se pode falar em pena justa sem proporcionalidade.¹⁵⁰

Quando analisamos o termo “proporcionalidade” sob o prisma de um princípio jurídico, e principalmente no viés penal (onde está inserido o artigo 273, cerne deste estudo), entendemos que:

No entanto, o conceito de proporcionalidade como um princípio jurídico, com índole constitucional, apto a nortear a atividade legislativa em matéria penal, vem sendo desenvolvido, ainda hoje, a partir dos impulsos propiciados, principalmente, pelas obras iluministas do século XVIII e, posteriormente, pela doutrina do direito administrativo.¹⁵¹

Na visão de Cezar Roberto Bitencourt, o princípio da proporcionalidade é recepcionado pela Constituição Federal em vários de seus dispositivos, dentre eles: artigo 5º, XLVI (exigência da individualização da pena) e artigo 5º, XLVII (proibição de determinadas modalidades de sanções penais).¹⁵²

¹⁵⁰ Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal “(...) mandatos constitucionais de criminalização [...] impõem ao legislador [...] o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº. 104.410/RS*. Rel. Min Gilmar Mendes. Segunda Turma, julgado em 06 mar. 2012, publicado no DJe de 27 mar. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>> Acesso em: 03 abr. 2018).

¹⁵¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. ob. cit., p. 40-41.

¹⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. ob. cit. pp. 307-308.

Ainda no âmbito penal, o Princípio da Proporcionalidade pode ser compreendido como uma forma de balancear o meio e o fim de uma ação, de modo que a norma incriminadora reste proporcional à conduta. Nas palavras de Mariângela Gama de Magalhães Gomes, parafraseando Diana Urania Galetta:

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito constitui o último momento, no âmbito amplo do princípio da proporcionalidade, em que se efetua o juízo a respeito da pertinência constitucional da norma incriminadora. Uma vez que o tipo penal já tenha sido analisado quanto à sua necessidade e idoneidade – e superado tais requisitos –, tem lugar uma valoração comparativa entre o objetivo desejado e o meio para alcançá-lo, de modo que o juízo sobre a proporcionalidade *stricto sensu* impõe que meio e fim devem resultar *proporcionais*, em relação ao outro.¹⁵³

Partindo do entendimento que proporção é “simetria/harmonia”, podemos então assimilar que a proporcionalidade é o meio utilizado para harmonizar uma conduta e seu resultado. Sendo assim, resta o entendimento que o “Princípio da Proporcionalidade” é um instrumento utilizado para ponderar valores constitucionais que estão conflitantes, como explica Luís Roberto Barroso: “O princípio da proporcionalidade é utilizado, também, com frequência, como instrumento de ponderação entre valores constitucionais contrapostos, aí incluídas as colisões de direitos fundamentais e as colisões entre estes e interesses coletivos”¹⁵⁴.

4.3.1 Princípios Correlatos

Após compreender o que significa o “Princípio da Proporcionalidade” é interessante observar que o ele está intimamente ligado a outros Princípios do Direito, dentre eles: ofensividade e fragmentaridade.

Sendo assim, se a lesão causada ao bem atingindo não for grave, não deve ser punida com uma sanção grave (mínimo de dez e máximo de quinze anos, por exemplo). Entretanto, se assim for (aplicada uma sanção grave a uma conduta menos

¹⁵³ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. ob cit. p. 170.

¹⁵⁴ BARROSO. Luís Roberto. ob. cit., p. 282.

gravosa), a mesma deve ser reconsiderada, tendo em vista que a punição deve ser proporcional à conduta e conseqüentemente à lesão decorrente da mesma.

Podemos elencar alguns que estão consideravelmente ligados ao princípio da Proporcionalidade e que podem ser utilizados para a observação e análise da pena (sanção penal) atribuída aos crimes sanitários, como por exemplo, o Princípio da Ofensividade, no qual é necessário que haja um perigo concreto ao bem jurídico tutelado para que seja atribuída uma sanção efetivamente grave.

Para este Princípio, os crimes de perigo abstrato devem ser considerados inconstitucionais (caso do artigo cerne deste estudo, o qual tutela os crimes sanitários e é enquadrado como crime de perigo abstrato). Para Cezar Roberto Bitencourt:

O princípio da ofensividade no Direito Penal tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: no primeiro, servir de orientação à atividade legiferante, fornecendo substratos político-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, servir de critério interpretativo, constringendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável no lesividade ao bem jurídico.¹⁵⁵

Partindo deste entendimento, podemos perceber que apesar do legislador ter recebido uma forte influência da mídia¹⁵⁶, não poderia ter criado uma punição equivalente para todas as condutas elencadas no artigo 273 do Código Penal Brasileiro, principalmente quando analisamos o referido artigo sob a ótica do Princípio da Ofensividade, pois para cada conduta tipificada no artigo é possível que se tenha resultados diferentes, sendo alguns mais ofensivos que outros.

O Princípio da Fragmentaridade, por sua vez, está relacionado à limitação da tutela penal em relação à gravidade da conduta praticada pelo agente. Segundo Régis Prado: “é o que se denomina caráter fragmentário do Direito Penal. Faz-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à agressividade e intensidade da ofensa”¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Ibid., p. 52

¹⁵⁶ Vide seção 2.4.

¹⁵⁷ PRADO, Régis. *Direito Penal Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992. p. 52.

Desta feita, assim como os demais princípios já demonstrados ao longo deste capítulo, o princípio da fragmentaridade prevê que deve haver uma relação proporcional entre a conduta praticada pelo agente e a resposta estatal (sanção penal) atribuída àquele que descumpra a norma. Mais uma vez comprovando a problemática inicial deste estudo (desproporcionalidade na sanção penal do artigo 273 do Código Penal Brasileiro).

Resta ainda esclarecer que estes são apenas alguns dos inúmeros princípios que são utilizados como base da estrutura normativo-jurídica brasileira e que podemos, neste momento, relacionar ao princípio da proporcionalidade. Contudo, seria necessário um estudo muito mais extenso e elaborado para que todos os princípios, ou, sua grande maioria fosse apresentada, mas este não é o objeto desta pesquisa.

Cumpra enfatizar que, assim como informado anteriormente, os princípios são “alicerces do Direito”¹⁵⁸ e, por esta razão devemos analisar os princípios aqui apresentados como sendo de suma importância para aplicação da sanção penal àquele indivíduo que, por alguma razão, deve ser punido. Tendo em vista que os princípios servem, muitas vezes, como garantia à sociedade contra os ataques normativo-punitivos, que visam retirar o indivíduo infrator, do convívio social, como se apenas a atribuição de pena em regime fechado fosse um fator determinante para que o sujeito nunca mais incorresse em uma conduta típica penal.

Por esta razão é imprescindível compreender a importância da aplicação dos princípios constitucionais penais no momento da imposição da pena. Nesta vertente, o entendimento de Paulo César Corrêa Borges:

Assim é que os princípios constitucionais penais, implícitos e explícitos, são de fundamental importância para o sistema penal, seja na imposição ou na execução das sanções penais. São orientações que devem ser necessariamente seguidas, sob pena de ausência de justificação do sistema penal, ou, em outras palavras, de flagrante inconstitucionalidade.¹⁵⁹

¹⁵⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. ob cit., p. 40.

¹⁵⁹ BORGES, Paulo César Corrêa. *O princípio da Igualdade na Perspectiva Penal: temas atuais*. São Paulo: Editora UNESP. 2007. p. 25.

Cabe ressaltar que esses princípios são aqui demonstrados, de maneira sucinta, tendo em vista que o objetivo principal deste estudo não é exaurir as correlações entre princípios, mas demonstrar que eles (os princípios) corroboram para a comprovação da desproporcionalidade existente na sanção penal aplicada aos crimes sanitários elencados no artigo 273 do Código Penal Brasileiro.

4.3.2 Proporcionalidade em sentido estrito

Com base nas informações sobre o “Princípio da Proporcionalidade”, acima expostas e, considerando também todo o estudo apresentado até este momento, se perfaz a possível existência de desproporcionalidade entre as condutas tipificadas no artigo 273 do Código Penal Brasileiro e a sanção (indiferente à conduta praticada) imposta no referido artigo, tendo em vista que as ações são de uma enorme variedade e que as consequências da prática destas condutas é bastante diversificada.

É necessário ainda informar que o Judiciário pode se valer do Princípio da Proporcionalidade para invalidar atos legislativos quando restar evidente que não existe adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado para realização deste objetivo.¹⁶⁰ Segundo o entendimento de Luís Roberto Barroso: “proporcionalidade em sentido estrito consiste na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima”¹⁶¹.

Não há como falar em proporcionalidade ao aplicar a mesma sanção àqueles que falsificam medicamentos, com aquelas pessoas que alteram um cosmético ou saneante. Ainda assim a pena aplicada ao agente é indiferente à conduta por ele praticada (pena de reclusão de dez a quinze anos).

Neste sentido, podemos dizer que não há proporcionalidade ao equiparar condutas como falsificar, corromper, adulterar e alterar com: importar, vender, expor

¹⁶⁰ BARROSO. Luís Roberto. ob. cit., p. 283.

¹⁶¹ Ibid., p. 282.

à venda ou ter em depósito. Nestes casos, a pena continua sendo de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão.

Diante destas afrontas ao “Princípio da Proporcionalidade” é que se perfaz o interesse de que as ideias expostas neste estudo prosperem, de modo a resguardar os inúmeros Princípios que baseiam e norteiam o ordenamento jurídico brasileiro, pois não há como considerar justa uma pena que não seja proporcional, devendo existir um juízo de ponderação que avalie o caso concreto e aplique uma sanção condizente com a realidade de cada caso.

Neste diapasão, podemos nos valer do entendimento de Thomas Vesting:

A aplicação de direitos fundamentais não se orienta (mais) pela segurança de âmbitos de proteção (*Schutzbereiche*) com contornos relativamente bem contornados – tal como os âmbitos de proteção da liberdade ou da propriedade -, mas, sim, se orientam pela ponderação de interesses justos em diferentes direitos fundamentais, que – enquanto “análise de âmbitos reais” – parecem permitir uma alcance direto à “realidade” das “situações” de cada caso.¹⁶² (grifo nosso)

Com base nestas informações passamos à demonstração de uma possível solução para o conflito existente entre a sanção imposta às diversas condutas explicitadas no artigo 273 do CPB, onde o magistrado valer-se-ia principalmente da análise do caso concreto, aplicando Princípios Basilares do Direito para dirimir as controvérsias existentes da forma mais justa possível.

Neste sentido Miguel Polaino Navarrete afirma que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito está relacionado com a necessidade de que todos os delitos sejam punidos com uma pena justa, a qual deve ser proporcional à gravidade da ação punível, que deve ser particularmente considerada (ao contrário do que vem sendo aplicado nos casos de descumprimento do artigo 273 do Código Penal Brasileiro, que impõe pena genérica), ao passo que deve estar em concordância com

¹⁶² VESTING, Thomas. *Fim da Constituição? Sobre a necessidade de reavaliação da dimensão simbólica da constituição da pós-modernidade*. Tradução de Pedro Henrique Ribeiro. Título original: *“Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen dimension der Verfassung in der postmoderne..”* Mohr Siebeck, Tübingen, 2011. pp. 71-94.

as outras penalidades previstas para o resto dos delitos existentes na legislação penal.¹⁶³

4.3.3 Proporcionalidade no Caso Concreto

Em que pese já termos tratado da proporcionalidade em sentido estrito é importante demonstrar que, este princípio pode também ser avaliado sob a perspectiva de um caso concreto como, por exemplo, uma ação judicial onde as partes não concordam com o *quantum* de pena atribuída para determinada conduta delituosa. Sendo então possível o questionamento, perante os órgãos judiciais, referente à proporcionalidade ou desproporcionalidade da pena aferida para determinada conduta.

A discussão jurídica a respeito do princípio da proporcionalidade permeia os Tribunais brasileiros e já estivera em pauta tanto no Superior Tribunal de Justiça, quanto no Supremo Tribunal Federal.

Ao tratar especificamente das ações no Supremo Tribunal Federal, verificamos que as causas que discorrem sobre o princípio da proporcionalidade pleiteiam, normalmente, que seja declarada a inconstitucionalidade do texto legal, referente ao caso concreto, entretanto, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado, conforme análise de sua jurisprudência, no sentido da não declaração de inconstitucionalidade da lei com base no desrespeito ao princípio da proporcionalidade. O que acontece algumas vezes é a declaração de “inconstitucionalidade” sem redução de texto, uma interpretação ab-rogada da norma que está sendo discutida.

Dessa forma, faz-se uma interpretação conforme o caso concreto, que é submetido ao crivo dos magistrados para análise do real perigo emanado de determinada conduta. Sem dúvidas a interpretação conforme o caso é uma estratégia interessante, do ponto de vista jurídico, porém devemos considerar que não poderá

¹⁶³ NAVARRETE, Miguel Polaino. *Derecho penal – parte general*. Fundamentos científicos del derecho penal. 4. Ed. Barcelona: Bosch. 2001. p. 263.

ser aplicada de maneira plena, principalmente quando o direito pleiteado é amparado na esfera do Direito Penal, seara esta que exige uma aplicação e interpretação clara da norma jurídica, tendo em vista que o bem tutelado, em grande parte das vezes é a liberdade¹⁶⁴ do indivíduo (direito fundamental garantido na própria Constituição Federal).

Quando temos a liberdade do indivíduo como bem tutelado, não há margem para que se faça uma interpretação tão extensiva, considerando que o Direito Penal, por si só, necessita de respostas claras da justiça. Por outro lado, esta interpretação conforme o caso tem uma abrangência excessiva (excesso de vagueza quanto ao conteúdo), o que acaba gerando um subjetivismo enorme e, conseqüentemente, insegurança jurídica aos jurisdicionados.

Portanto, muito embora seja possível que o Poder Judiciário atue fazendo uma interpretação ab-rogante das normas, não é a solução mais adequada, no caso específico dos crimes sanitários, considerando que o bem jurídico tutelado ao indivíduo que se encontra nesta situação é a liberdade.

Desse pensamento partilha o jurista Hidemberg Alves da Frota quando discute em sua obra a questão da necessidade concreta da pena sob o viés da proporcionalidade:

Na análise acerca da necessidade concreta da pena, a dimensão da proporcionalidade *stricto sensu* insta o julgador a refletir se a aplicação da pena trará ou não à sociedade benefícios superiores aos malefícios a serem causados à integridade física, psíquica e moral do réu pela execução da sanção penal.¹⁶⁵

Ao verificar a existência de ações judiciais que discorrem sobre a possível desproporcionalidade existente na sanção penal elencada no artigo 273 do Código Penal Brasileiro, pode ser observado que existem inúmeros processos que discutem

¹⁶⁴ O artigo 5º da Constituição Federal brasileira garante, ainda no *caput*, o direito à liberdade: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

¹⁶⁵ FROTA, Hidemberg Alves da. *Necessidade concreta da pena e princípio da proporcionalidade*. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/1_021/1186>. Acesso em: 26 jan. 2018.

a possibilidade de tornar uma pena inconstitucional com base no princípio da proporcionalidade e, não só nesta seara de crimes sanitários.

Podemos utilizar, para exemplificar, o entendimento do Ministro Celso de Mello a respeito da violação ao princípio da proporcionalidade, onde ele discute a punição atribuída ao crime de receptação culposo (pena mais alta que o crime doloso) e demonstra que, muito embora a lei seja clara quanto a pena a ser aplicada a determinado crime o princípio da proporcionalidade deve ser observado:

EMENTA: RECEPÇÃO SIMPLES (DOLO DIRETO) E RECEPÇÃO QUALIFICADA (DOLO INDIRETO EVENTUAL). COMINAÇÃO DE PENA MAIS LEVE PARA O CRIME MAIS GRAVE (CP, ART. 180, “CAPUT”) E DE PENA MAIS SEVERA PARA O CRIME MENOS GRAVE (CP, ART. 180, § 1º). TRANSGRESSÃO, PELO LEGISLADOR, DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO “IN ABSTRACTO” DA PENA. LIMITAÇÕES MATERIAIS QUE SE IMPÕEM À OBSERVÂNCIA DO ESTADO, QUANDO DA ELABORAÇÃO DAS LEIS. A POSIÇÃO DE ALBERTO SILVA FRANCO, DAMÁSIO E. JESUS E DE CÉLSO, ROBERTO, ROBERTO JÚNIOR E FÁBIO DELMANTO. A PROPORCIONALIDADE COMO POSTULADO BÁSICO DE CONTENÇÃO DOS EXCESSOS DO PODER PÚBLICO. O “DUE PROCESS OF LAW” EM SUA DIMENSÃO SUBSTANTIVA (CF, ART. 5º, INCISO LIV). DOCTRINA. PRECEDENTES. A QUESTÃO DAS ANTINOMIAS (APARENTES E REAIS). CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO. INTERPRETAÇÃO ABROGANTE. EXCEPCIONALIDADE. UTILIZAÇÃO, SEMPRE QUE POSSÍVEL, PELO PODER JUDICIÁRIO, DA INTERPRETAÇÃO CORRETIVA, AINDA QUE DESTA RESULTE PEQUENA MODIFICAÇÃO NO TEXTO DA LEI. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

(HC 102094 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 01/07/2010, publicado em DJe-141 DIVULG 30/07/2010 PUBLIC 02/08/2010)¹⁶⁶

Muito embora este não seja o assunto específico deste estudo (crime de receptação), o que se pretende demonstrar é que a discussão quanto ao princípio da proporcionalidade não é algo inusitado ou, que jamais fora discutido em sede dos Tribunais brasileiros, o que torna a proposta deste estudo (análise e verificação da possível desproporcionalidade da sanção penal dos crimes sanitários) completamente

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 102094 Medida Cautelar*, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 01 jul. 2010, publicado no DJe nº 141, divulgação em 30 jul. 2010, publicação em 02 ago. 2010. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000009365&base=baseMonocraticas>> Acesso em: 24 jan. 2018.

plausível, inclusive no que tange a possibilidade de tornar o artigo 273 do Código Penal Brasileiro inconstitucional.

Imperioso destacar que ao alterar o texto legal, possivelmente o Poder Legislativo exagerou na estimativa do *quantum* de pena atribuída aos sujeitos que infringem as normas sanitárias. É perceptível que a intenção do legislador era punir severamente àqueles que colocam em risco a saúde de outrem, porém não há como atribuir uma pena genérica (sem especificação de causas agravantes e atenuantes) sem abrir brechas para a discussão sobre a proporcionalidade da sanção penal.

Ao criar uma lei extremamente severa, a mesma acaba por se tornar injusta. Por esta razão vê-se a necessidade que os juristas se debrucem sobre esta questão da sanção penal dos crimes sanitários e demonstrem, que há necessidade de revisão do texto legal para que os crimes sanitários sejam punidos de maneira justa e eficiente.

Podemos ainda fazer menção ao jurista John Decker que ao parafrasear uma decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América assevera que “se a lei, dado o significado habitual de seus termos, é tão abrangente a ponto de poder vir a punir conduta que o Estado não pretendia sancionar ela é (inválida por ser) excessivamente ampla”¹⁶⁷.

Nos Estados Unidos da América, assim como no Brasil, existem leis que são excessivamente extensivas e que acabam gerando insegurança jurídica aos jurisdicionados e a solução encontrada pelos juristas para dirimir esse conflito adveio de uma teoria chamada *Overbreadth Doctrine*, o termo *over* pode ser aplicado como preposição, advérbio ou prefixo de outras palavras e neste caso ser traduzido como “hiper”, “super” ou “excessivo”. O termo *breadth* significa “largueza”, “amplitude” ou “dimensão” e *Doctrine* significa “doutrina” ou “teoria”. Dessa maneira podemos

¹⁶⁷ DECKER, John F. *Overbreadth outside the first amendment*. New Mexico Law Review. V. 34. Albuquerque: University of New Mexico Press, 2004, p. 56. Texto original: “if a statute’s language, given its normal meaning, is so broad, that the statute’s sanctions may unnecessarily apply to conduct that the state is not entitled to regulate, it is overbroad”.

entender que a *Overbreadth Doctrine* é a Doutrina da “hiperdimensão” ou da “largueza excessiva” dos textos legais.¹⁶⁸

É interessante a ideia que garante ao poder judiciário de valer da *Overbreadth Doctrine* quando identificado um texto legal permeado por esta “hiperdimensão ou vagueza excessiva”, compelindo então ao magistrado a possibilidade de revisão da norma de modo que o jurisdicionado seja enquadrado e sancionado proporcionalmente à sua conduta delituosa.

Com base nas informações supramencionadas é possível observar que o legislador brasileiro, ao modificar a legislação sanitária, agiu com uma largueza excessiva no texto legal e por esta razão a norma acabou perdendo sua prerrogativa de aplicabilidade integral no caso concreto, pois passou a colocar o jurisdicionado em uma posição de insegurança quanto a pretensão de punir do Estado e, conseqüentemente, abriu margem para a discussão da constitucionalidade do dispositivo legal (com base no princípio da proporcionalidade).

Dessa maneira torna-se compreensível o motivo pelo qual os processos relacionados aos crimes sanitários estejam sendo levados ao Supremo Tribunal Federal para que se discuta a constitucionalidade da norma sanitária uma vez que a mesma aparentemente afronta princípios constitucionais, como vem sendo exposto ao longo deste estudo.

4.4 Proporcionalidade e Razoabilidade

Como já demonstrado ao longo deste estudo, existe uma relação muito próxima entre o Princípio da Proporcionalidade e outros Princípios Basilares do Direito, o Princípio da Razoabilidade pode também ser utilizado como exemplo disto.

¹⁶⁸ REMÉDIO, José Antônio; FLUMINHAN, Vinícios Pacheco. *Corrupção administrativa: inaplicabilidade da overbreadth doctrine à lei de improbidade administrativa*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=69ec5030f78a9b73>> Acesso em: 26 jan. 2018.

O Princípio da Razoabilidade é, muitas vezes, apresentado em conjunto ao Princípio da Proporcionalidade, inclusive, para alguns juristas, ambos se confundem. Como por exemplo, Luís Roberto Barroso defende que: “razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximo o suficiente para serem intercambiáveis, não havendo mais proveito metodológico ou prático na distinção”¹⁶⁹.

Em que pese sejam apresentados de maneira conjunta, tais princípios têm origens diferentes. O Princípio da Razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento, ligados à garantia do devido processo legal (direito anglo-saxão), enquanto o Princípio da Proporcionalidade surge na Alemanha funcionando como limitação à discricionariedade administrativa.¹⁷⁰ Entretanto, ambos os princípios são empregados para garantir o devido processo legal¹⁷¹.

Tanto o Princípio da Proporcionalidade quanto o Princípio da Razoabilidade são utilizados para contrabalancear as condutas praticadas pelo agente que infringi a lei, com as penas (sanções penais) atribuídas a ele.

Neste sentido:

O juízo de razoabilidade, em que se centra a fiscalização da observância da igualdade, há de apurar se o traço de identidade entre as duas situações confrontadas é compatível com a medida diferenciadora, tendo em vista os efeitos e os propósitos desta.¹⁷²

Desta maneira, ao falar de razoabilidade, ou Princípio da Razoabilidade, podemos perceber que trata-se de um instituto jurídico que deve ser aplicado pelos magistrados em favor daqueles que buscam a prestação jurisdicional.

O fato de utilizar-se do Princípio da Razoabilidade para sancionar, não significa que não haverá punição, ao contrário, somente tornará a punição (necessária) justa. Dessa maneira, também entende Robert Alexy: “O fato de que, por razões de direitos

¹⁶⁹ Ibid., p. 280

¹⁷⁰ Ibid., p. 278

¹⁷¹ A Constituição Federal brasileira garante, em seu artigo 5º, incisos LIV e LV, que todos têm assegurados o direito ao devido processo legal e à ampla defesa.

¹⁷² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 389.

fundamentais, uma norma restritiva seja razoável e exigível para a garantia de liberdades não retira dela a qualidade de restrição”¹⁷³.

Relacionando a aplicação dos princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade com a problemática deste estudo, podemos fazer a seguinte consideração: Embora seja correto sancionar aqueles que infringem as normas sanitárias, não é razoável que eles sejam punidos com uma sanção penal genérica. Cada punição deve ter equivalência à gravidade do resultado do cometimento daquela conduta.

Além disto, deve ser considerado ainda que, existe uma norma específica que regulamenta as infrações sanitárias e estabelece as suas respectivas sanções. Resolvendo, portanto, os conflitos na esfera administrativa¹⁷⁴.

Esta é mais uma forma de demonstrar a necessidade que os juristas se debrucem sobre o tema proposto neste estudo, pois o referido estudo evidencia a possibilidade de resolução dos conflitos sanitários em âmbito administrativo, sem ter assim a necessidade de ocupar o judiciário com demandas que poderiam ser deslindadas com sanções diversas da esfera penal. Deixando para esta seara do direito (penal) apenas aqueles casos, mais graves, após terem sido sanadas as possibilidades de se resolver o conflito de maneira administrativa (o que é deveras mais proporcional). Limitando ao Direito Penal dirimir apenas os conflitos que não puderem ser resolvidos perante a esfera administrativa. Neste sentido:

Se suele hacer mención a los principios de estricta protección de bienes jurídicos, de última ratio, de lesividad u ofensividad o al de proporcionalidad de las penas como principios limitadores del ius puniendi y, por ello, claves para testar la legitimidad de la intervención penal: el Derecho penal sólo podría intervenir para garantizar los presupuestos básicos de nuestra convivencia social, sólo cuando no exista un instrumento menos dañino e igualmente eficaz, sólo castigando aquellos comportamientos que supongan una clara lesión o puesta en peligro del bien jurídico y sólo conminándoles con una pena proporcionada a su grado de desvalor.¹⁷⁵

¹⁷³ ALEXY, Robert. op. cit. p. 335.

¹⁷⁴ BRASIL. Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6437.htm> Acesso em: 26 jan. 2018.

¹⁷⁵ ESCAMILLA, Margarita Martínez; LORENZO, María Martín; GANTE, Margarita Valle Mariscal. *Derecho penal: introducción teoría jurídica del delito*. Madrid: Universidade Complutense de Madrid. 2012. pp. 67-68.

Vejamos as penalidades elencadas na Lei 6.437, de 20 de agosto de 1977, para algumas dezenas de infrações sanitárias nela tipificadas:

Art. 2º - Sem prejuízo das sanções de natureza civil ou penal cabíveis, as infrações sanitárias serão punidas, alternativa ou cumulativamente, com as penalidades de:

I - advertência;

II - multa;

III - apreensão de produto;

IV - inutilização de produto;

V - interdição de produto;

VI - suspensão de vendas e/ou fabricação de produto;

VII - cancelamento de registro de produto;

VIII - interdição parcial ou total do estabelecimento;

IX - proibição de propaganda; (Redação dada pela Lei nº 9.695, de 1998)

X - cancelamento de autorização para funcionamento da empresa; (Redação dada pela Lei nº 9.695, de 1998)

XI - cancelamento do alvará de licenciamento de estabelecimento; (Redação dada pela Lei nº 9.695, de 1998)

XI-A - intervenção no estabelecimento que receba recursos públicos de qualquer esfera. (Incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

XII - imposição de mensagem retificadora; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001)

XIII - suspensão de propaganda e publicidade.

Deste modo, é perceptível que ao estabelecer uma pena de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão, a qualquer indivíduo que incorre (indistintamente) em uma das condutas elencadas no artigo 273 do Código Penal Brasileiro o legislador infringiu, ainda que irrefletidamente, o Princípio da Razoabilidade, pois os problemas poderiam, dependendo da gravidade da conduta, serem resolvidos na esfera administrativa.

4.5 Proporcionalidade e Ponderação

Quando tratamos de conflitos de normas jurídicas, necessário se faz a apresentação da Teoria da Ponderação. Contudo, importante entender que norma jurídica, não é tão somente o texto legal, tendo em vista que está intimamente ligada ao contexto social ao qual está inserida. Deste entendimento partilha Friedrich Müller, quando enfatiza que: “não há identidade entre norma e texto normativo, uma norma

jurídica é mais que texto. [...] uma norma jurídica é determinada também pela realidade social, pelo âmbito da norma”¹⁷⁶ (tradução livre).

De acordo com Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

É largo o consenso, na doutrina, no sentido de que a maior dificuldade relacionada ao princípio da proporcionalidade diz respeito à necessidade de tomar concreta a relação valorativa e estabelecer que “este fato merece esta pena”, *in abstracto* e *in concreto*, uma vez que não são claros os critérios que devem ser adotados para definir qual sanção, ou qual a quantidade de pena, será proporcional a um determinado delito.¹⁷⁷

A Teoria da Ponderação ou Juízo de Ponderação é, segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, “método para aplicar normas-princípios”¹⁷⁸, embasando-se na ideia de que princípios contrapostos, devem ser valorados e aplicados como melhor aprover naquele caso concreto, o que não significa que somente um princípio é válido (não há invalidação de um princípio em detrimento do outro), mas que naquela situação é o que melhor se assenta para a resolução do conflito. Como ensina Robert Alexy: “Faz-se retroceder o princípio que joga em sentido contrário, que não é, entretanto, inválido”¹⁷⁹.

Neste diapasão, podemos entender que é necessário ponderar o princípio que melhor se aplica à solução de determinada demanda jurídica. No entanto, antes de se fazer este juízo de ponderação é preciso verificar se não há outra solução possível para o caso concreto, ou se não há outra maneira de solucionar aquele conflito.

Para Paulo Gustavo Gonet Branco: “O juízo de ponderação não pode ser o primeiro instrumento de resolução de casos judiciais, mas deve assumir papel subsidiário, operando quando a questão não puder ser solucionada por mero procedimento de subsunção”¹⁸⁰.

¹⁷⁶ MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*, Berlin: Duncker & Humblot, 1966, p. 117; do mesmo autor, *Normstruktur und Normativität*, Berlin: Duncker & Humblot, 1966, p. 147.

¹⁷⁷ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *op. cit.*, p. 180.

¹⁷⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.*, p. 166.

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 5, p. 139 – 151, 1988, p. 143. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>> Acesso em: 26 fev. 2018.

¹⁸⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.*, p. 256.

Como já elencado em momentos distintos neste estudo, o artigo 273 do Código Penal Brasileiro tipifica condutas (crimes sanitários) e atribui a sanção penal às referidas ações. Porém, ao criar esta norma penal, o legislador, inobservou alguns dos mandamentos nucleares do sistema jurídico¹⁸¹ (Princípios), principalmente no que tange ao Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade.

Desta feita, tornou necessário, ao entendimento do autor deste estudo, estabelecer um mecanismo que solucionasse o problema supracitado (desproporcionalidade da sanção penal do artigo 273 do CPB).

Segundo Hassemer, a ideia de proporcionalidade está diretamente atrelada à ideia de Justiça, tratando-se de:

Uma concordância material entre a ação e reação, causa e consequência, delito e consequência jurídico-penal. Constituindo parte do postulado de Justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionais.¹⁸²

Ao analisar a “Teoria da Ponderação” (baseada na teoria do sopesamento de Robert Alexy), restou evidenciado que trata-se da opção mais plausível para solucionar o aparente conflito existente na norma imposta aos crimes sanitários. Considerando que “a máxima da proporcionalidade resulta da própria essência dos direitos fundamentais”¹⁸³.

Para Robert Alexy, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é a exigência de sopesamento das condutas, que decorrem da relativização das mesmas em meio às possibilidades jurídicas¹⁸⁴. Logo, podemos entender que, não havendo proporcionalidade na sanção penal aplicada ao caso concreto (como ocorre com os crimes sanitários), a norma deve ser analisada e adequada, de modo que sua aplicação seja sob o prisma da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, deve ser

¹⁸¹ BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit., p. 40.

¹⁸² HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Tradução: Francisco Moñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch. 1984. p. 279.

¹⁸³ ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. op. cit., p. 117.

¹⁸⁴ ALEXY, Robert . loc. cit.

feita uma valoração comparada entre o meio (conduta) e o fim (sanção), de modo que ambos sejam proporcionais¹⁸⁵.

De acordo com Flavio José Roman:¹⁸⁶

Deve-se, por primeiro, identificar os princípios em conflito. Na sequência, deve-se procurar atribuir valor ou peso a cada um deles. Também será possível atribuir valor ou peso à restrição causada ao princípio ou direito afetado. Finalmente, decide-se pela prevalência de um dos princípios em conflito. Neste último passo, aplica-se a lei da ponderação (ou do sopesamento): quanto maior for o grau de prejuízo atribuído a um dos princípios, bens ou interesses, maior deverá ser a importância do atendimento de seu contrário.

Conforme Paulo Gustavo Gonet Branco: “Busca-se, afinal, a justiça pela correta ponderação de bens, razões e interesses e esse objetivo comanda os esforços para o encontro do método que o favoreça”¹⁸⁷.

Robert Alexy evidencia: “Pretensão de correção é também rasgo característico de toda norma e de todo ordenamento jurídico, o que leva a afirmar que tanto um sistema jurídico como uma norma jurídica perdem o seu caráter jurídico, quando são extremamente injustos”¹⁸⁸.

Neste sentido Paulo Gustavo Branco Gonet, afirma:

A ampla participação de um universo aberto de intérpretes da Constituição somente surtirá efeitos legitimadores se houver deliberação que sopesse todos os argumentos expostos e que torne claro aos jurisdicionados os motivos por que uma ou outra linha de solução foi acolhida ou rejeitada.¹⁸⁹

Com base nestas informações, podemos então afirmar que a possível solução para a resolução do conflito existente na sanção penal do artigo 273 do Código Penal Brasileiro, em decorrência da desproporcionalidade existente entre as condutas elencadas e a punição atribuída de forma genérica a todo e qualquer tipo de conduta (problemática da presente tese), é a utilização de um juízo de ponderação, alinhado à

¹⁸⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. op. cit. p. 40-41.

¹⁸⁶ ROMAN, Flavio José. op. cit., p. 267.

¹⁸⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 05.

¹⁸⁸ ALEXY, Robert. *El concepto u la validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa. 1997. p. 92.

¹⁸⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 239.

atribuição de pena criminal somente àqueles casos onde o Estado não puder atuar de maneira diversa, aplicando uma sanção administrativa (este assunto será foco de outro capítulo deste estudo).

Deste modo, há necessidade de uma reanálise do texto legal (artigo 273 do CPB) e, possivelmente sua reformulação, ou ainda que, no momento de sua aplicação, o magistrado exerça um juízo de ponderação, o qual atribua ao indivíduo que infringiu a norma sanitária, uma punição condizente com a gravidade da conduta e do resultado da mesma. Para Hassemer é necessário um “um juízo de ponderação entre a carga ‘coativa’ da pena e o fim perseguido pela cominação penal, para que se chegue à Justiça”¹⁹⁰.

¹⁹⁰ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. op. cit., p. 279.

5 O ESTADO REGULADOR E O CONTROLE CONSTITUCIONAL NAS PRÁTICAS SANITÁRIAS

Por se tratar do último capítulo deste estudo, vamos apresentar de maneira objetiva alguns assuntos importantes que devem ser considerados para que esta dissertação possa ser concluída. Buscaremos demonstrar as peculiaridades do Estado Regulador, conceituando e demonstrando a atuação deste diante dos conflitos existentes na sociedade.

O Estado desempenha um papel fundamental no que tange à prerrogativa de “garante da sociedade”, principalmente quando analisamos essa função estatal a partir da realidade regulatória sanitária, que como apresentado no capítulo 2 deste estudo, é responsável pela fiscalização das substâncias e produtos relacionados à saúde pública, desde sua elaboração, registro, importação, exportação até sua comercialização.

Outra questão também abordada neste capítulo, referente ao Estado Regulador, é a maneira como as sanções relacionadas aos crimes sanitários são aplicadas e, ainda, a forma como o Judiciário, por meio dos Tribunais Superiores – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal – interpreta a lei sanitária, principalmente no que concerne à quantificação da pena atribuída aos indivíduos infratores da norma.

Por fim serão apresentadas possíveis formas de solução para os conflitos inerentes à provável desproporcionalidade da sanção penal atribuída aos crimes sanitários – assunto principal deste estudo – fundamentado sob a perspectiva sociojurídica, bem como nas pesquisas realizadas ao longo do desenvolvimento desta dissertação, demonstrando a necessidade vertente que os juristas, acompanhados do Poder Judiciário e Legislativo, se debrucem a respeito do tema levantado neste estudo para que o conflito existente na interpretação e aplicação das penas impostas aos crimes sanitários possa ser dirimido, trazendo uma maior segurança jurídica aos indivíduos que incorrem em tais condutas.

5.1 Estado Regulador

Em capítulo anterior deste estudo foram apresentados alguns aspectos do Estado Regulador, entretanto o foco abordado foi em relação ao Direito Regulatório Sanitário Brasileiro, portanto, se faz necessário conhecer a origem e como funciona este modelo estatal (Estado Regulador propriamente dito) em território nacional, para que possamos então entender sua atuação direta nos assuntos relacionados à saúde da população e conseqüentemente, a correlação deste Estado Regulador e a influência exercida por ele sobre a sanção penal aplicada aos crimes sanitários, assunto central deste estudo.

Alguns juristas, como Vital Moreira defendem que a regulação sempre existiu, ainda que não fosse rotulada de “atividade reguladora estatal”, como atualmente.¹⁹¹ Todavia a datação evidenciada do surgimento da atividade reguladora é marcada a partir de 1834, na Inglaterra, quando o Parlamento inglês, com o intuito de decidir controvérsias (com base na legislação vigente) e regular a prestação de serviços essenciais à população inglesa criou entes autônomos capazes de regular e fiscalizar determinados setores econômicos.¹⁹²

Naquela época os ingleses passaram a buscar, cada vez mais, algumas especialidades de serviços, dentre eles podemos destacar: serviços médicos, dentários e veterinários. Com o aumento da procura por estes profissionais surgiu a necessidade do Parlamento inglês criar mecanismos que os obrigassem a tabelar os preços que cobravam. Desta maneira foram criados órgãos autônomos (que funcionavam de maneira semelhante às Agências Reguladoras) competentes por regulamentar e fiscalizar os prestadores de serviços à população inglesa.¹⁹³

¹⁹¹ MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina. 1997. p. 17-26.

¹⁹² MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 90, v. 791, p. 739-756, set. 2001. p. 745.

¹⁹³ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 96.

Após o prelúdio inglês, outros países passaram a adotar a ideia de regulação em determinados setores econômicos dentro de seu território, de modo que o Estado passasse a ter controle e domínio sobre tais seguimentos. A exemplo disto, em 1887, os Estados Unidos da América criaram Agências Reguladoras, com a função principal, à época, de regular atividades interestaduais de transporte ferroviário, possibilitando que os monopólios ferroviários fossem enfrentados e dissolvidos.¹⁹⁴ Portanto a Inglaterra e os Estados Unidos da América foram os países precursores da atividade regulatória.

No Brasil, o Estado Regulador surgiu com o intuito de aumentar o controle sobre os seguimentos econômicos e sociais¹⁹⁵, para Alexandre Santos de Aragão:

A partir do Segundo Pós-Guerra, o Estado, diante de uma sociedade crescentemente complexa e dinâmica, verificou a impotência dos seus instrumentos tradicionais de atuação, o que impôs a adoção de mecanismos administrativos mais ágeis e tecnicamente especializados.¹⁹⁶

Devemos ainda considerar a evolução (em cinco fases) ocorrida no âmbito do direito constitucional, para que possamos entender o surgimento do Estado Regulador e sua relação direta nas questões estatais e sociais em âmbito nacional.

A primeira fase do Direito Constitucional surgiu com a Revolução Francesa e previa a garantia à vida, à liberdade e à propriedade. Neste período o Estado agia em caráter negativo, ou seja, bastava que não praticasse atos atentatórios à vida, à propriedade e prisões indevidas que já estava “cumprindo” com a obrigação constitucional.¹⁹⁷

Segundo o entendimento de Carl Schmitt, nesta primeira fase do constitucionalismo, os indivíduos se tornaram livres para criar um Estado compatível

¹⁹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 13, abril-maio, 2002. p.07. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=198>> Acesso em 23 mar. 2018.

¹⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 187.

¹⁹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1.

¹⁹⁷ MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de Direito Constitucional*. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 179.

com os ideais e prerrogativas individuais, consagrando assim os direitos fundamentais.¹⁹⁸

Por outro lado, os direitos sociais, culturais e econômicos foram característicos da segunda fase evolutiva do constitucionalismo, nesta fase, diferentemente da primeira, não eram tutelados apenas os direitos individuais, mas também os direitos coletivos. Dessa maneira, a segunda fase evolutiva do direito constitucional ficou conhecida como “fase dos direitos sociais”¹⁹⁹.

Ainda tratando da segunda fase de direitos constitucionais, ou, direitos da coletividade, importante destacar que neste momento passaram a ser tutelados os direitos dos trabalhadores, bem como a saúde e também a educação²⁰⁰.

A terceira fase dos direitos constitucionais abrangeu, além dos direitos já tutelados pelas fases anteriores (individuais, sociais, trabalhistas, sanitários e educacionais) os direitos relacionados ao progresso, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade e ainda o direito à comunicação.²⁰¹

Neste momento histórico, o ideal sobre a necessidade da implementação da democracia foi evidenciado. Os cidadãos passavam a requerer o poder de intervenção na esfera política, contudo sem conhecimento técnico para tal feito, acabaram causando transtornos tanto na esfera política, quanto na esfera social.²⁰² Colaborando assim para a necessidade do surgimento de um Estado Regulador, que fosse capaz de tutelar e fiscalizar as atribuições estatais e sociais, de modo a garantir um equilíbrio nos sistemas jurídico, político e social.

Em consonância com a necessidade de criação de um Estado capaz de tutelar e regular as situações jurídicas, políticas e sociais surgem os “direitos de quarta geração”, que são também denominados de “direitos pluralistas”, os quais são responsáveis por esclarecer as funções de cada indivíduo e o modo como devem exercer suas atribuições perante o Estado, englobando as demais fases do

¹⁹⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial. 1996. p. 138-139.

¹⁹⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 06.

²⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 186.

²⁰¹ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo. Editora: Método. 2009. p. 362-364.

²⁰² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. op. cit., p. 1.

constitucionalismo, garantindo, sobretudo, o direito à dignidade da pessoa humana. Neste sentido, Ingo Sarlet se posiciona:

Na sua essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravita, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa.²⁰³

Todavia, diferentemente das demais gerações de direitos, foram criados (nesta quarta fase de direitos constitucionais) grupos especializados no exercício de regular e conduzir o Estado.²⁰⁴

Podemos indicar que um marco desta geração foi a viabilização do direito regulatório em território nacional e, conseqüentemente, a criação de agências reguladoras que, como apresentado no segundo capítulo deste estudo, têm o intuito de fiscalizar e regular os serviços prestados pelo Estado e para o Estado, de forma direta (empresas estatais) ou, de forma indireta (iniciativa privada). Como acentua Alexandre Santos de Aragão:

A regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.²⁰⁵

Portanto, o surgimento do Estado Regulador ocorre neste período, denominado “quarta fase” de direitos constitucionais. Para J. C. Strick, a regulação consiste na imposição de regras e controles pelo Estado com o propósito de dirigir, restringir ou

²⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 50.

²⁰⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. op. cit., p. 1.

²⁰⁵ Ibid., p. 37.

alterar o comportamento econômico das pessoas e das empresas, e que são apoiadas por sanções em caso de desrespeito.²⁰⁶

Marçal Justen Filho indica que são características do Estado Regulador:

Transferência para a iniciativa privada de atividades desenvolvidas pelo Estado, desde que dotadas de forte cunho de racionalidade econômica; liberalização de atividades até então monopolizadas pelo Estado a fim de propiciar a disputa pelos particulares em regime de mercado; a presença do Estado no domínio econômico privilegia a competência regulatória; a atuação regulatória do Estado se norteia não apenas para atenuar ou eliminar os defeitos do mercado, mas também para realizar certos valores de natureza política ou social; e institucionalização de mecanismos de disciplina permanente das atividades reguladas.²⁰⁷

Com base nestas informações podemos então compreender como ocorreu o surgimento do Estado Regulador e, a partir deste momento, torna-se possível entender sua forma de atuação em âmbito nacional. Entretanto, para que não interrompamos a cronologia de evolução do constitucionalismo, vejamos a quinta fase dos direitos constitucionais.

A existência da quinta fase dos direitos constitucionais ainda é debatida entre os juristas, Bonavides, por exemplo, afirma ser a paz o bem tutelado nesta fase de direitos: “A dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos”²⁰⁸. Entretanto o que nos importa é entender que independente da divisão em fases, o constitucionalismo tem caráter cumulativo, não devendo ser interpretado de maneira isolada, pois é indivisível e, para que possa ser compreendido deve ser considerado de forma integrada.²⁰⁹ Como assinala o próprio Bonavides:

O novo Estado de Direito das cinco gerações de direitos fundamentais vem coroar, por conseguinte, aquele espírito de humanismo que, no

²⁰⁶ STRICK, J. C. apud MIRANDA, Henrique Savonitti. op. Cit., p. 29.

²⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 565-566.

²⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, n. 3, pp 82-95, abr/jun. de 2008. p. 85.

²⁰⁹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 138.

perímetro da juridicidade, habita as regiões sociais e perpassa o Direito em todas as suas dimensões.²¹⁰

Todavia como o foco deste capítulo é o Estado Regulador, não daremos especial atenção à mera divisão do constitucionalismo em fases, as quais foram levantadas para que pudéssemos situar o surgimento desta “nova” figura de Estado Regulador, que passou a atuar como detentor da prerrogativa de regular as atividades econômicas (sejam elas públicas ou privadas).

O Estado, a partir do surgimento da necessidade de regular, para manter o controle, dos setores econômicos e sociais nacionais, coloca-se em uma posição de garantidor da fiscalização em relação à qualidade dos produtos e serviços prestados à população. Todavia a atribuição do Estado Regulador como “Garante da Coletividade” será mais bem apresentada no próximo subitem deste estudo.

Fazendo uma correlação deste “novo” modelo de Estado, que agora regula os setores econômicos e sociais, com o tema desta dissertação (crimes sanitários), podemos, de antemão, verificar que é função estatal criar mecanismos de controle que gerem segurança à população em relação aos assuntos relacionados à saúde pública e, por esta razão, é o Estado Regulador o responsável pela punição daqueles indivíduos que incorrem em crimes sanitários.

Contudo, por ora, é suficiente que entendamos que com a presença de um Estado Regulador em território nacional criou-se a expectativa de maior segurança em relação à prestação dos serviços (públicos ou privados) que se submetem à regulamentação e à fiscalização de cunho regulatório.

5.2 Função Social do Estado Regulador como Garantidor da Coletividade

A atuação do Estado Regulador enquanto Garante da Coletividade consiste, dentre outras funções, em manejar o poder e os interesses econômicos em prol do

²¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *A quinta geração de direitos fundamentais*. op. cit., p. 86.

desenvolvimento social do país. Segundo Flavio José Roman: “A Constituição, é certo, não estabelece o dirigismo econômico, mas espera do Estado capacidade para fomentar e orientar os agentes econômicos em prol do desenvolvimento harmônico e integrado da sociedade”²¹¹. Além disso, torna-se responsável por perseguir a satisfação dos usuários para os quais os serviços públicos são dirigidos e ainda, busca proporcionar aos indivíduos segurança jurídica, em detrimento das normas e também das decisões judiciais.²¹²

Para Gunther Teubner:

Em suma, o direito regulatório [...] caracteriza-se pelo primado da racionalidade material relativamente à racionalidade formal e pode ser definido de acordo com os seguintes aspectos: no plano de sua função, é um direito associado às exigências de direção e conformação social, próprias do Estado Social; no de sua legitimação, é um direito onde assumem fundamental relevo os efeitos sociais despoletados pelas suas próprias regulações conformadoras e compensadoras; finalmente, no plano de sua estrutura, o direito regulatório afigura-se como um direito “particularístico”, finalisticamente orientado pelas ciências sociais.²¹³

Assim, podemos dizer que a regulação resulta na presença de dois elementos: a ideia de regularidade e a ideia de mudança.²¹⁴ Ao passo que se procura assegurar certo grau de estabilidade no objeto da regulação, busca-se também possibilitar, ou deixar brechas para mudanças, que sejam necessárias, em benefício da própria estabilidade, com isso o objeto da regulação, segundo Jeammaud, pode ser “a sociedade em seu conjunto, algumas de suas dimensões, também chamadas de “instâncias”, ou ainda um domínio de práticas sociais”²¹⁵.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Regulação é uma atividade de franca produção normativa tipicamente desenvolvida para um modelo econômico capitalista, no qual o Estado, como agente legitimado para exercício da função legislativa e da força coercitiva, intervém no mercado produtivo mediante instrumentos de

²¹¹ ROMAN, Flavio José. op. cit., p. 145.

²¹² MELO, Thiago Dellazari. Do Estado social ao Estado regulador. *NOMOS - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 30, nº 1, p. 223 – 232, 2010. p. 230. Disponível em <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1244/1203>> Acesso em: 23 mar. 2018.

²¹³ TEUBNER, Gunther. op. cit., p. 49.

²¹⁴ JEAMMAUD, Antonie. In: CLAM, Jean; MARTIN, Gilles (Org.). *Les transformations de la regulation juridique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de jurisprudence. 1998. p. 53.

²¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório*. op. cit., p 27

autoridade, objetivando delinear a atividade empresarial em consonância com os interesses públicos, sociais e econômicos.²¹⁶

É importante entender que o Estado Regulador, com o intuito de garantir a seguridade econômica e social, não só explora diretamente, mas também entrega à iniciativa privada a possibilidade de exploração destas atividades, por meio de prestação de serviços públicos.²¹⁷ Conforme o entendimento de Marçal Justen Filho:

Todos os serviços públicos que puderem ser organizados segundo padrões de estrita racionalidade econômica deverão ser remetidos à iniciativa privada. Somente incumbe ao Estado desempenhar atividades diretas nos setores em que a organização econômica, modelada pelos parâmetros de acumulação privada de riqueza, colocar em risco valores coletivos ou for insuficiente para propiciar sua plena realização.²¹⁸

O Estado Regulador desempenha um papel fundamental para o desenvolvimento de diversos seguimentos sociais em território nacional. Diógenes Gaparini se posiciona sobre esse assunto:

[...] não há lugar na moderna economia para o poder econômico ser empregado de modo antissocial. O poder econômico não pode voltar-se contra a coletividade. Sua manipulação há de ser em benefício do desenvolvimento nacional e da justiça social.²¹⁹

Assim, o Direito Regulatório (criado em decorrência do Estado Regulador) deve estar em consonância com o Direito Sanitário e, conseqüentemente deve atuar nos casos de conflito normativo. Por esta razão, é necessário averiguar a relação deste Estado Garantidor dos interesses coletivos e sociais com o assunto principal deste estudo – a desproporcionalidade da sanção penal aplicada aos crimes sanitários, prevista no artigo 273 do Código Penal Brasileiro.

Com base nas informações já apresentadas nesta dissertação, a discussão jurídica sobre a possível desproporcionalidade da sanção penal elencada no artigo 273 do Código Penal Brasileiro, que dispõe sobre os crimes sanitários, questiona

²¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. loc. cit.

²¹⁷ MOREIRA, Vital. op. cit., p. 34-37.

²¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética. 2002. p. 24.

²¹⁹ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 621.

ainda a questão da insegurança jurídica gerada com base em uma norma penal incriminadora, a qual vem sendo aplicada indistintamente aos indivíduos que incorrem em qualquer das condutas previstas no mencionado artigo.

Como garantidor social, compete ao Estado, por meio do Poder Judiciário, a análise e interpretação das normas penais, de modo a apresentar ao jurisdicionado a solução mais adequada, cumprindo as determinações legais, ao passo que são respeitados os direitos inerentes à pessoa humana, de tal forma a garantir a manutenção do convívio social, assegurando assim o pleno exercício dos direitos constitucionais do indivíduo, para que este não seja enquadrado em uma sanção penal violadora das prerrogativas garantidas pela Constituição Federal brasileira. Em igual sentido Gilmar Mendes afirma:

Em outros termos, se a atividade legislativa de definição de tipos e cominação de penas constitui, *prima facie*, uma intervenção de alta intensidade em direitos fundamentais, a fiscalização jurisdicional da adequação constitucional dessa atividade deve ser tanto mais exigente e rigorosa por parte do órgão que tem em seu encargo o controle da constitucionalidade das leis.²²⁰

Podemos afirmar que embora o Estado seja responsável (enquanto garante dos interesses da coletividade) por assegurar a supremacia dos direitos fundamentais dos indivíduos, dentre eles a liberdade, em alguns casos essa prerrogativa tem sido mitigada e o Estado não tem cumprido essa “função” de garantidor dos direitos coletivos.

Ao analisarmos o assunto apresentado neste estudo (desproporcionalidade da sanção penal sanitária) verificamos que a função estatal de garantidor da coletividade resta abalada, pois ao sujeito que infringe a norma sanitária é aplicada uma pena, por vezes incompatível com a conduta do indivíduo, que acaba sendo condenado à prisão, pois a pena é atribuída de maneira genérica e quantificada em um mínimo de 10 (dez) e máximo 15 (quinze) anos de reclusão.

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº. 104.410/RS*, Rel. Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma, julgado em 06 mar. 2012, DJE 27 mar. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>> Acesso em: 29 mar. 2018.

Quando o indivíduo é punido de maneira genérica, sem qualquer avaliação da gravidade de sua conduta e a ele é aplicada uma sanção que exorbita, inclusive, sanções penais atribuídas para crimes deveras mais gravosos (como homicídio)²²¹ é inevitável que se coloque em cheque essa função de garante social atribuída ao Estado Regulador, pois deixa o sujeito infrator à mercê de uma sanção penal indiscriminada que em alguns casos é aplicada de forma injusta.

Como o foco deste estudo é verificar a desproporcionalidade existente na sanção do artigo 273 do Código Penal Brasileiro podemos dizer que a atuação estatal, neste caso, considerando essa falta de análise dos casos concretos, juntamente com a aplicação genérica de pena, não condiz com os princípios constitucionais e obrigacionais do Estado Regulador enquanto Garante da Coletividade.²²²

Vale ressaltar que o Poder Judiciário tem se manifestado em relação à desproporcionalidade da norma penal sanitária e tem se mostrado incomodado com o desrespeito aos princípios basilares do direito. Para Gilmar Mendes:

O princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo. Sob tal ângulo, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.²²³

Sendo assim, resta claro que a inquietude em relação à desproporcionalidade da pena atribuída aos crimes sanitários não é apenas adstrita ao autor deste estudo, haja vista que a mesma vem sendo debatida em sede dos Tribunais Brasileiros.²²⁴

²²¹ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Homicídio simples. Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

²²² DELMANTO, Celso et al. op. cit., p. 692/693.

²²³ MENDES, Gilmar Ferreira. *A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: Repertório IOB de Jurisprudência, n. 23/94, p. 475.

²²⁴ O Supremo Tribunal Federal tem se manifestado da seguinte maneira em relação ao princípio da proporcionalidade: "Em alguns sistemas se diz que o princípio da proporcionalidade reside na própria ideia dos direitos fundamentais e, em outros sistemas, se diz que ele reside na própria ideia do Estado de Direito; entre nós tem-se dito que essa é uma expressão da ideia do devido processo legal na sua acepção substantiva. Na verdade, a questão básica é simplesmente dizer: não há reserva legal constitucional praticada pelo legislador, portanto, se ela não atender ao princípio da proporcionalidade." – Debate entre os Ministros Eros Graus e Gilmar Mendes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855/PR*. Rel. Min Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgado em 06 mar. 2008, publicado no DJe 27 mar. 2009. Disponível em:

Todavia a análise do posicionamento dos Tribunais não é objeto de análise neste estudo. Desta maneira, vamos adentrar agora nas possíveis soluções para o problema da desproporcionalidade da sanção penal atribuída aos crimes sanitários, elencados no artigo 273 do Código Penal Brasileiro.

5.3 Sanção Penal Desproporcional – Possíveis Soluções

Inicialmente é necessário frisar que ao longo deste estudo foram apresentadas as hipóteses de aplicação da norma sanitária no contexto fático de infração legislativa e restou demonstrado que muito embora as condutas dispostas no texto legal sejam inúmeras e os resultados provenientes da prática das mesmas sejam diversos, a sanção é indistintamente imposta aos mais variados infratores. Ou seja, independentemente da conduta do sujeito infrator e de seu resultado, a pena atribuída será de reclusão mínima de 10 (dez) anos podendo chegar a 15 (quinze) anos.

Como já apresentado em capítulo anterior deste estudo, a aplicação indistinta de sanções penais causa insegurança jurídica ao jurisdicionado, pois em se tratando de uma seara (penal) que tem como bem jurídico tutelado a liberdade do indivíduo, não pode ser eivada de qualquer mecanismo que coloque em risco um direito fundamental de tamanha importância.²²⁵

Na maioria dos casos levados ao crivo do Poder Judiciário, os jurisdicionados pedem uma reavaliação da sanção imposta e, a declaração de inconstitucionalidade da norma penal disposta no artigo 273 do Código Penal Brasileiro. Conforme Hans Kelsen, os agentes que instauram essas ações, no momento que levam ao conhecimento do judiciário esse tipo de questão, para que seja analisada sua constitucionalidade, não estão atuando com interesse meramente processual, ou para

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>> Acesso em: 29 de mar. de 2018.)

²²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ob cit., p. 335.

resolver apenas aquele caso concreto, ao contrário, estão atuando em prol do Interesse Público, como advogados da Constituição.²²⁶

Uma instituição totalmente nova, mas que mereceria a mais séria consideração, seria a de um **defensor da Constituição** junto ao Tribunal Constitucional, o qual, como o ministério público no processo penal, introduziria *ex officio* o processo de controle de constitucionalidade dos atos que estima-se irregulares. É claro que o titular de tal função deveria ser revestido de todas as garantias imagináveis de independência, tanto em relação ao governo como em relação ao parlamento.²²⁷

Imperioso destacar que com base em uma simples leitura do texto legal se torna perceptível que o *quantum* da pena discriminado (e aplicado nos casos concretos) é discrepante quando comparado com crimes evidentemente mais gravosos, como o homicídio simples (exemplo já apresentado em outras passagens deste estudo). Contudo, deve-se observar que a mera quantificação (alta) da pena não resolve o problema existente (reiterados crimes sanitários), nem diminui a prática dos delitos, ao contrário, serve por vezes, de incentivo aos infratores, que passam a criar mecanismos mais sofisticados para delinquir. Partilham desse pensamento Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar:

[...] Uma criminalização que seleciona as obras toscas não exemplariza dissuadindo o delito, mas sim da inabilidade em sua execução: estimula o aperfeiçoamento criminal do delinquente ao estabelecer o maior nível de elaboração delituosa como regra de sobrevivência para quem delinque. Não tem efeito dissuasivo, mas propulsor de maior elaboração delituosa.²²⁸

É evidente que as sanções penais sanitárias não podem ser pautadas com fulcro na possibilidade de perigo da conduta delituosa, pois assim como defende Hassemer “se se renuncia à prova de um dano, não se pode mais encontrar a prova da causalidade”²²⁹.

²²⁶ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 175-176.

²²⁷ *Ibid.*, p. 175.

²²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 117.

²²⁹ HASSEMER, Winfried. *Características e crises do moderno direito penal*. op. cit., p. 151.

No capítulo 03 deste estudo restou evidenciado que muitas das condutas previstas no artigo 273 do Código Penal Brasileiro mais se assemelham a infrações administrativas que com crimes propriamente ditos. Como afirma Claus Roxin: “O Direito Penal sob o pretexto de proteger bens jurídicos antecipa cada vez mais a punição de comportamentos que antes seriam considerados preparatórios ou absolutamente inofensivos”²³⁰.

Inicialmente a hipótese de solução para este conflito existente no ordenamento jurídico, que coloca o indivíduo à mercê de uma norma penal de *quantum* punitivo exorbitante (se comparado a crimes mais gravosos) seria tão somente a declaração de inconstitucionalidade da sanção penal prevista na norma.

No desenvolver da pesquisa, pode ser notado que apesar de ser possível e necessária a submissão do texto legal ao controle de constitucionalidade, isto por si só não é suficiente para resolver o problema existente na tipificação das condutas previstas como crimes sanitários, principalmente no que tange àquelas que muito se assemelham às infrações administrativas. Neste sentido Cezar Roberto Bittencourt: “Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penas”²³¹.

O Direito Penal é considerado a *ultima ratio* do Direito e, por esta razão só deveria ser acionado naqueles casos (de infrações sanitárias) mais graves, onde a conduta do indivíduo, sem prejuízo das sanções administrativas, requeresse a interferência efetiva do Poder Judiciário. Conforme Muñoz Conde: “O Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do Direito”²³².

Por esta razão, a norma sanitária deve ser submetida a um processo legislativo, pautado na relação entre conduta e resultado, para que possa haver a elaboração de um texto normativo coerente com a realidade e sanitária nacional e que preveja a transferência do ônus punitivo às condutas que são menos gravosas à esfera

²³⁰ ROXIN, Claus. *El legislador no lo puede todo. Iter Criminis*. Revista de derecho y ciencias penales, México, n. 12, p. 321-347, oct./mar. 2004/2005, p. 337

²³¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal - Parte Geral*. op. cit., p. 39.

²³² MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975. p. 59-60

administrativa e, àquelas que realmente caracterizam crimes, que permaneçam na esfera penal. Neste sentido Guilherme Nucci:

A afronta aos princípios da proporcionalidade e da ofensividade brotam *ictu oculi*, seja no que tange à ausência de relevância penal das novas condutas descritas, seja na desproporção das penas infligidas em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da conduta incriminada. (...). Em suma, a gravidade do fato para a saúde pública, a análise de suas consequências, se calamitosas ou não à saúde, devem ser sopesadas na esfera administrativa.²³³

Desta maneira, as infrações sanitárias deveriam *a priori* ser submetidas à análise em sede administrativa, onde se faria uma avaliação (sopesamento segundo Nucci) considerando a conduta e a gravidade do resultado advindo dela, de modo que as ações tipicamente administrativas seriam ali sancionadas (de maneira justa) e as ações que se destoassem das condutas administrativas, previstas na legislação, seriam encaminhadas às autoridades competentes para que sejam aplicadas as sanções cabíveis.

Neste sentido Miguel Reale Júnior:

Em suma, a gravidade do fato para a saúde pública, a análise de suas consequências, se calamitosas ou não à saúde, devem ser sopesadas na esfera administrativa. São, entretanto, as mesmas conduta e consequências despoticamente desprezadas pelo legislador penal, que sanciona, com penas mais graves do que a do homicídio doloso, a venda de remédio, saneante ou cosmético sem registro, independentemente de ter havido qualquer efeito negativo ou perigo a saúde pública.²³⁴

Todavia àquelas condutas tipicamente criminosas deve-se ainda haver a previsão legal de casos de aumento e diminuição da pena, além de condições atenuantes e agravantes expressas na legislação. Oportunizando assim que os magistrados no momento da aferição da pena possam ter margem para aplicá-la de maneira individualizada e coerente com o resultado danoso da conduta do agente. Como enfatiza Cesare Beccaria: “Os meios que a legislação emprega para impedir os

²³³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. op. cit., p. 968/970

²³⁴ REALE JUNIOR, Miguel. op. cit., p. 426.

crimes devem ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público [...] deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas.”²³⁵

Dessa maneira poderá ser utilizado pelo magistrado que julgará o caso concreto, dentre outros, o juízo de ponderação²³⁶, no momento da avaliação e quantificação de pena atribuída de maneira individualizada, possibilitando assim, ao indivíduo que porventura infringir a legislação sanitária, a certeza em relação à proporcionalidade entre a pena aplicada e a conduta por ele praticada.²³⁷

Neste diapasão, podemos nos valer do entendimento de Thomas Vesting:

A aplicação de direitos fundamentais não se orienta (mais) pela segurança de âmbitos de proteção (*Schutzbereiche*) com contornos relativamente bem contornados – tal como os âmbitos de proteção da liberdade ou da propriedade –, mas, sim, se orientam pela ponderação de interesses justos em diferentes direitos fundamentais, que – enquanto “análise de âmbitos reais” – parecem permitir um alcance direto à “realidade” das “situações” de cada caso.²³⁸ (grifo nosso)

Dessa forma o Estado Regulador estará desempenhando sua função social de Garante da Coletividade, ao garantir a segurança jurídica ao jurisdicionado. Flavio José Roman acentua que:

As normas de justiça social, além de desempenhar uma capacidade de raciocínio distributivo, exigirão uma forte preocupação com as consequências da decisão. As decisões administrativas e jurisdicionais, portanto, não devem estar voltadas exclusivamente a definir mecanicamente o que é lícito ou ilícito; antes, devem revelar uma nítida preocupação com os custos sociais das decisões.²³⁹

Assim, o Estado Regulador estará cumprindo a finalidade para qual foi criada a prestação jurisdicional: onde a resposta do Judiciário é a aplicação da lei de maneira coerente (analisando a relação de causalidade entre ação e resultado) cominando assim em uma sanção justa.²⁴⁰

²³⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. op. cit., p. 123.

²³⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 05.

²³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. op. cit., p. 710.

²³⁸ VESTING, Thomas. op. cit., pp. 71-94.

²³⁹ ROMAN, Flavio José. op. cit., p. 165.

²⁴⁰ HASSEMER, Winfried. *Características e crises do moderno direito penal*. op. cit., p. 151.

CONCLUSÃO

Ao analisar o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que tange aos crimes sanitários, é possível observar que existem muitas peculiaridades no texto legal que podem acarretar discussões no universo jurídico e acadêmico.

Uma dessas peculiaridades é a pena imposta aos crimes sanitários elencados no artigo 273 do Código Penal Brasileiro. O referido artigo enumera uma série de condutas puníveis e estabelece a sanção penal relativa às mesmas. Dentre as condutas elencadas no artigo 273 (Código Penal Brasileiro) temos: falsificar, corromper, adulterar, alterar, importar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender, distribuir ou entregar a consumo. Todos esses verbos núcleos do tipo são sancionados, indiscriminadamente, com uma pena de no mínimo 10 (dez) e no máximo 15 (quinze) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Outro ponto importante a ser observado no artigo 273 do Código Penal é a equiparação de medicamentos, cosméticos e saneantes. Ora, é evidente que existem diferenças enormes entre estes produtos, falando de maneira geral enquanto os medicamentos são utilizados para fins de combater doenças, os cosméticos são utilizados, em sua grande maioria, para o embelezamento e, os saneantes são destinados à higienização de ambientes. Ainda que esteja diante destas diferenças, medicamentos, cosméticos e saneantes são equiparados, de tal modo que incorrendo em qualquer das condutas elencadas no artigo 273 em relação a um destes produtos, o sujeito será sancionado com uma pena mínima de 10 (dez) e máxima de 15 (quinze) anos de reclusão, ou seja, possivelmente de forma desproporcional e incriminadora.

Ao aplicar uma sanção penal, consideravelmente alta, principalmente quando comparamos com outras penas atribuídas às condutas socialmente consideradas mais graves, a exemplo disso, um homicídio²⁴¹, que em sua forma simples tem uma sanção mínima de 6 (seis) anos, percebemos que há uma possível

²⁴¹ BRASIL. Código Penal. Decreto nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. op. cit.

desproporcionalidade ao atribuir uma pena mínima de dez anos ao indivíduo que, por exemplo, altera o rótulo de um shampoo (cosmético).

Entretanto as peculiaridades do supramencionado artigo não se atêm somente a isto, quando observamos a quantidade de informações presentes no texto legal e a maneira como estão dispostas, nos deparamos com algumas situações que geram conflitos interpretativos e também problemas no momento da aplicação da pena.

Ao discorrer sobre os crimes tipificados no artigo 273 do Código Penal, o legislador ainda equiparou condutas das mais diversas e, com isso, atribuiu a todas, indistintamente, uma mesma punição. É o que ocorre, por exemplo, com aqueles que importam, seja trazendo consigo, ou, pela internet, algum medicamento que é testado, aprovado e comercializado em outros países, mas que não tem registro no órgão brasileiro de vigilância sanitária (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), ou ainda tem em depósito determinado produto elencado no rol do artigo 273 do Código Penal, que está sob processo de registro no órgão competente – ANVISA²⁴². Em qualquer desses casos o indivíduo é enquadrado no crime sanitário e responde criminalmente com uma pena inicial de 10 (dez) anos, podendo chegar a 15 (quinze) anos de reclusão.

Embora o artigo 273 do Código Penal Brasileiro tipifique crimes de perigo abstrato (crimes que não precisam da comprovação do dano para que sejam sancionados), os crimes nele elencados são considerados hediondos, desde o ano de 1998, quando houve uma alteração legislativa advinda de uma comoção geral e pressão midiática que envolvia escândalos com medicamentos como, por exemplo, do caso Microvlar²⁴³.

É perceptível que pode ter ocorrido um excesso legislativo no momento da elaboração do texto legal (vide influência da mídia subitem 2.4 deste estudo). Não é razoável que crimes socialmente mais repulsivos tenham uma pena inferior à pena imposta aos que cometem crimes sanitários (ao menos aqueles que produzem efeitos danosos mínimos ou inexistentes).

²⁴² Sigla utilizada para Agência Nacional de Vigilância Sanitária, com o intuito de diminuir repetições.

²⁴³ Vide primeiro capítulo, subitem 2.4.1, deste estudo “Motivação para a caracterização do crime sanitário como hediondo: o prelúdio midiático”.

Essa dissertação foi elaborada com base nas aparentes discrepâncias existentes no artigo 273 do CPB²⁴⁴. Imperioso destacar que em momento algum se pleiteia a ideia da não punição aos indivíduos infratores da norma, ao contrário, é indubitável que todos aqueles que desrespeitam a lei devem ser sancionados. Todavia esta sanção não deve e não pode exceder em relação à conduta do agente.

Importante ressaltar que muito embora os crimes sanitários atentem, de forma geral contra a saúde pública, a gravidade do resultado varia muito de conduta para conduta praticada e, é por esse motivo, que ao longo deste estudo buscou-se comprovar que a pena genérica atribuída aos sujeitos que praticam crimes sanitários é desproporcional por não permitir a flexibilização de acordo com a relação conduta e resultado.

Devemos perceber que não é razoável que se entenda que não existe controvérsia constitucional nos casos em que é aplicada a legislação sanitária (prevista no artigo 273 do Código Penal Brasileiro) de maneira genérica, como vem decidindo nos casos que chegam ao STF²⁴⁵. É, no entendimento do autor, inegável que se trata de uma questão constitucional e que deveria ser analisada sob esta óptica, haja vista total desproporcionalidade da sanção penal imposta àqueles que cometem crimes sanitários.

Boa parte das condutas retratadas no rol do artigo 273 do Código Penal Brasileiro se assemelham muito mais com infrações administrativas que com crimes propriamente ditos. Prova disto é que os magistrados têm preferido enquadrar os agentes infratores da norma trazida no artigo 273 em outras condutas típicas, que têm uma pena menor, como tráfico de drogas²⁴⁶.

O quadro de pressupostos históricos e teóricos apresentado no decorrer desta dissertação, tentou demonstrar o caráter desproporcional da sanção penal aplicada aos crimes sanitários elencados no artigo 273 do Código Penal Brasileiro e, possibilitou também a análise de possíveis soluções para dirimir a problemática

²⁴⁴ Sigla utilizada para Código Penal Brasileiro, com o intuito de diminuir repetições.

²⁴⁵ Sigla utilizada para Supremo Tribunal Federal, com o intuito de diminuir repetições.

²⁴⁶ Vide primeiro capítulo deste estudo.

existente sobre o tema, como por exemplo, uma alteração legal (submetida a processo legislativo) para que houvesse um redimensionamento das sanções sanitárias.

Vale frisar que interessante seria se as agressões à legislação sanitária fossem, inicialmente, submetidas ao crivo administrativo, que funcionaria como uma espécie de juízo de admissibilidade para a análise e enquadramento de condutas infratoras, de tal maneira que: a) se consideradas como infrações administrativas seriam encaminhadas para julgamento (na própria esfera administrativa) e; b) se reputadas como infrações criminais – previstas em lei (reformulada pelo Poder Legislativo), conforme já indicado anteriormente – seriam então submetidas à autoridade policial, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário e sancionadas conforme a lei penal.

Dessa maneira, para dirimir este conflito, uma das soluções mais adequadas, segundo o entendimento do autor deste estudo, seria a reformulação do texto legal existente no artigo 273 do CPB (respeitando o processo legislativo) para que fosse possibilitada a transferência do ônus punitivo da esfera penal para a esfera administrativa àquelas condutas que produzissem um resultado comprovadamente menos gravoso, e, àquelas condutas que demonstrarem a necessidade da atuação da esfera penal, seriam sancionadas com penas mais justas, observando circunstâncias agravantes e atenuantes, além de causas de aumento e diminuição de pena. Podendo ainda ser submetidas ao juízo de ponderação, a depender do caso concreto.

É preciso ressaltar que a pretensão de que seja realizado um juízo de ponderação para solucionar os casos inerentes à transgressão da legislação sanitária decorre do entendimento adquirido ao longo deste estudo e deve ser utilizado pelos magistrados de maneira subsidiária à aplicação da sanção penal imposta no texto legal.

Isto posto, o exercício da ponderação exige do aplicador do Direito um determinado grau de subjetivismo, contudo, este subjetivismo não pode ser eivado de predileções pessoais, como acentua Flavio José Roman (vide possíveis soluções subitem 5.3 deste estudo).

Todavia, não há maneira mais eficaz de se aplicar o Direito, de modo a se chegar a uma pena justa se não houver esse juízo de ponderação no que tange à análise das circunstâncias do crime, conduta do sujeito e consequências da prática delituosa.

Sem esta análise ponderada, principalmente quando se trata da aplicação da sanção penal relativa aos crimes sanitários, a pena imposta (em sua forma genérica) gera uma punição demasiadamente alta, na maioria dos casos, deixando de lado qualquer juízo de proporcionalidade, que deve ser a base de qualquer decisão judicial, pois como já retratado em diversas passagens deste estudo, não há pena justa se a mesma não for proporcional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra. *Teoria geral do direito sanitário brasileiro*. v. 1. Tese (Doutorado em Saúde Pública). Universidade de São Paulo – Faculdade de Saúde Pública. São Paulo. 2006.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 18. ed. São Paulo: Método. 2010.

ALEXY, Robert. *El concepto u la validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa. 1997.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 5, p. 139 – 151, 1988, p. 143. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>> Acesso em: 26 fev. 2018.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros. 2015.

ALONSO. Carmen Salinero. *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*. Espanha: Comares. 2000.

AMORIM, Maria Stella. et al. *Ensaio sobre a Igualdade Jurídica: Acesso à Justiça Criminal e Direitos de Cidadania no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2005.

ANVISA. *Apresentação*. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/institucional/anvisa/apresentacao.htm>> Acesso em: 22 fev. 2018.

ANVISA. *Manual de Registro e Cadastramento de Materiais de Uso em Saúde*. Disponível em: <http://www.otics.org/estacoes-de-observacao/escola-ghc/acervo/arquivos/geral/Manual_registro_materiais.pdf> Acesso em: 22 fev. 2018.

ANVISA. *Manual para Regularização de Equipamentos Médicos na Anvisa*. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33912/264673/Manual+para+regulariza%C3%A7%C3%A3o+de+equipamentos+m%C3%A9dicos+na+Anvisa/ad655639-303e-471d-ac47-a3cf36ef23f9>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

ANVISA. *Resolução – RDC nº 185, de 22 de outubro de 2001*. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/anvisalegis/resol/2001/185_01rdc.htm> Acesso em: 26 fev. 2018.

ANVISA. *Resolução ANVISA – RDC nº206, de 17 de novembro de 2006*. Disponível em: <<http://www.sbpc.org.br/upload/conteudo/320100629114535.pdf>> Acesso em: 26 fev. 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

_____. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica*, nº 13, abril-maio, 2002. p.07. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=198>> Acesso em: 23 mar. 2018.

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

BANDEIRA DE MELO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. v. I. São Paulo: Forense. 1979.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Editora Celso Bastos. 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milano: Giuffré Editore. 1973.

_____. *Dei delitti e delle pene*. São Paulo: Martin Claret. 2007.

_____. *Dos delitos e das penas*. Revista Eletrônica: Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>> Acesso em 13 set. 2017.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

_____. *Tratado de Direito Penal - Parte Geral*. vo I . 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça, Porto Alegre*, n. 3, p. 82-95, abr/jun. de 2008.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, Paulo César Corrêa. *O princípio da Igualdade na Perspectiva Penal: temas atuais*. São Paulo: Editora UNESP. 2007. p. 25.

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

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2009.

BRASIL. Câmara dos deputados. *Sigla – FDA*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms/siglas/siglario2/f/FDA.html>> Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Legislação informatizada – decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – publicação original*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 18 jul. 2017

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 26 fev. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm> Acesso em: 01 nov. 2017.

BRASIL. Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia. *Articulação Internacional*. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/barreirastecnicas/exigencias/ue/marcacao.asp>> Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 6437, de 20 de agosto de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6437.htm> Acesso em: 26 jan. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm> Acesso em: 26 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.695 de 20 de agosto de 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9695.htm> Acesso em 18 jul. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Manual de direito sanitário com enfoque na vigilância em saúde*. Brasília: Ministério da Saúde. 2006.

BRASIL. Portal da Vigilância Sanitária. *Conceitos Técnicos*. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/conceito.htm>> Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Resolução nº 22, de 28 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2006/res0222_28_12_2006.html> Acesso em 03 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus nº 239.363/PR*. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Corte Especial, julgado em 26 fev. 2015, publicado no DJe de 10 abr. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25425131&num_registro=201200764901&data=20150410&tipo=51&formato=PDF> Acesso em: 29 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855/PR*. Rel. Min Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgado em 06 mar. 2008, publicado no DJe 27 mar. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>> Acesso em: 29 de mar. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 102094 Medida Cautelar*, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 01 jul. 2010, publicado no DJe nº 141, divulgação em 30 jul. 2010, publicação em 02 ago. 2010. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000009365&base=baseMonocraticas>> Acesso em: 24 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº. 104.410/RS*. Rel. Min Gilmar Mendes. Segunda Turma, julgado em 06 mar. 2012, publicado no DJe de 27 mar. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>> Acesso em: 03 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 921055*, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 26 abr. 2016, publicado no DJe-083, divulgação em 28 abr. 2016, publicação em 29 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000259928&base=baseMonocraticas>> Acesso em 02 abr. 2018.

BRASIL. TV Justiça. *STJ rejeita recurso e mantém obrigação da Schering de pagar indenização coletiva*. Disponível em: <<http://tvjustica.com.br/noticias/stj-rejeita-recurso-e-mantem-obrigacao-da-schering-de-pagar-indenizacao-coletiva>> Acesso em: 25 set. 2017.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006.

CERVINI, Raúl. *Incidencia de las “mass media” en la expansion del control penal en Latinoamérica*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 5, ano 2, jan./mar. 1994.

CHIA, Rodrigo King Lon. *Eles sabem o que fazem: o discurso da redução da maioria penal nos meios de comunicação*. 2016. 74 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional), Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília. 2016.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Novas hipóteses de criminalização*. Artigo disponível em: <http://www.cirino.com.br/artiaos/jcs/novas_hipoteses_criminalizacao.pdf> Acesso em 04 out. 2017

CUNHA, Rogério Sanches. *Código Penal*. 8. ed. rev., ampli. e atual. Salvador: Editora JusPodvim. 2015.

_____. *Manual de direito penal parte especial*. 7. ed. rev., ampli. e atua. Salvador: Editora JusPodvim. 2015.

_____. *Manual de direito penal: parte geral*. Bahia: Editora JusPODIVM. 3. ed. 2015.

DECKER, John F. *Overbreadth outside the first amendment*. New Mexico Law Review. V. 34. Albuquerque: University of New Mexico Press, 2004.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 7 ed. atual. e ampli. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas. 2007.

_____. *Direito Regulatório – Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum. Belo Horizonte, 2008.

DIAS, Hélio Pereira. *Direitos e obrigações em saúde*. Brasília: ANVISA, 2002.

DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mario. *Metodologia de pesquisa: igualdade jurídica: entre o discurso e a gramática das decisões judiciais*. Caxias do Sul: Educ. 2015.

ENGLEMAN, Fabiano; MADEIRA, Lígia Mori. Estudos sociojurídico: apontamentos sobre teoria e temáticas de pesquisa em sociologia jurídica no Brasil. *Sociologias*, Porto Alegre, Ano 15, nº 32, p. 182-209, jan./abr. 2013.

ESCAMILLA, Margarita Martínez; LORENZO, María Martín; GANTE, Margarita Valle Mariscal. *Derecho penal: introducción teoría jurídica del delito*. Madrid: Universidade Complutense de Madrid. 2012. pp. 67-68.

FERRAZ, Denise Nobrega. Crimes de perigo abstrato: a tutela de bens jurídicos supra-individuais no direito penal moderno. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 14, edição especial, 2006.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FROTA, Hidemberg Alves da. *Necessidade concreta da pena e princípio da proporcionalidade*. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/1021/1186>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

GANGUILHEM, G. apud JUNQUEIRA, Eliane Botelho; OLIVEIRA, Luciano. Ou isto ou aquilo: a sociologia jurídica nas faculdades de direito. Rio de Janeiro: letra Capital. 2002.

GARLAND, David. "As contradições da 'sociedade punitiva': o caso britânico". *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, nº13, p. 59-80, nov. 1999.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Dos crimes contra os costumes aos crimes contra a administração*. v. 10. 5. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUERRA, Sergio. Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria de direito administrativo? *Revista de Direito GV*, São Paulo, v.7, nº 1. jan-jun 2011.

HABIB, Gabriel. *Leis Penais Especiais*. 7. ed. rev. ampl. e atualizada. Salvador: Editora JusPODIVM. 2015.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, ano III, nº 18, p. 144-157, fev./mar. 2003.

_____. *Fundamentos del derecho penal*. Tradução: Francisco Moñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch. 1984.

_____. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176133/000476736.pdf?sequence=3>> Acesso em: 05 out. 2017.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Grundlinien der Philosophie des Rechts, in Gans E. (Editor), §99.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht - Allgemeiner Teil*. Berlim: Walter de Gruyter, 1993.

JEAMMAUD, Antonie. In: CLAM, Jean; MARTIN, Gilles (Org.). *Les transformations de la regulation juridique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de jurisprudence. 1998.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho; OLIVEIRA, Luciano. *Ou isto ou aquilo: a sociologia jurídica nas faculdades de direito*. Rio de Janeiro: letra Capital. 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética. 2002. p. 24.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

LEMOS, Marco Antônio da Silva. *O direito como regulador da sociedade de riscos*. In.: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. XXI Encontro Nacional do CONPEDI – Brasília. 2016

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 2. ed. rev. ampl. e atualizada. Salvador: Editora JusPODIVM. 2014.

LUHMANN, Niklas. *A nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997. In: KUNZLER, Caroline Moraes. *A Teoria dos sistemas de Niklas Luhmann* Niklas Luhmann.

LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. Título original: Die realitat der Massenmedian Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus. 2005.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005.

MASSON, Cleber. *Código Penal comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

MCCOMBS, Maxwell. *A teoria da agenda: a mídia e a opinião pública*. Tradução de Jacques A. Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2009.

MCLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem*. Título original: Understanding Media. Tradução de Décio Pignatari. São Paulo: Editora Cultrix. 1974.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELO, Thiago Dellazari. *Do Estado social ao Estado regulador*. *NOMOS - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 30, nº 1, pp. 223 – 232, 2010. p. 230. Disponível em <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1244/1203>> Acesso em: 23 mar. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: Repertório IOB de Jurisprudência, n. 23/94.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

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

MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de Direito Constitucional*. Brasília: Senado Federal, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Agências reguladoras*. São Paulo: Revista dos Tribunais. ano 90, v. 791, p. 739-756, set. 2001.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina. 1997.

MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*, Berlin: Duncker & Humblot, 1966.

_____. *Normstruktur und Normativität*. Berlin: Duncker & Humblot 1966.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

NAMETI, Rogerio. *Crimes de perigo abstrato um estudo à luz dos princípios da ofensividade e da precaução*. 2015. 102 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal), Pontifícia Universidade Católica. São Paulo. 2015.

NAVARRETE, Miguel Polaino. *Derecho penal – parte general*. Fundamentos científicos del derecho penal. 4. Ed. Barcelona: Bosch. 2001.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo. Editora: Método. 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.

_____. _____. 13. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

_____. *Individualização da Pena*. 6. ed. ver., atual. e ampl. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Manual de Direito Penal*. 7. ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública*. In Cadernos MARE da reforma do estado. v. 3. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

PIRES, Álvaro et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Tradução de Ana Cristina Nasser. Rio de Janeiro: Vozes. 2008.

PRADO, Régis. *Direito Penal Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992.

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

REMÉDIO, José Antônio; FLUMINHAN, Vinícios Pacheco. *Corrupção administrativa: inaplicabilidade da overbreadth doctrine à lei de improbidade administrativa*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=69ec5030f78a9b73>> Acesso em: 26 jan. 2018.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2015.

ROMAN, Flavio José. *Discricionariedade técnica na regulação econômica*. São Paulo: Saraiva. 2013.

ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 39. ago./set. 2006.

ROXIN, Claus. El legislador no lo puede todo. *Iter Criminis. Revista de derecho y ciencias penales*, México, n. 12, p. 321-347, oct./mar. 2004/2005.

SANTOS, Glauco Alves e. *O devido processo legal nos atos de regulação, normatização, controle e fiscalização das agências reguladoras (ANVISA)*. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-graduação *Latu Sensu* em Direito do Estado), Universidade Cândido Mendes. Brasília. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial. 1996.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. A grande mídia e a produção legislativa em matéria penal. *Senatus*, Brasília v. 8, n. 2, p 30-36, 2010.

STRICK, J. C. apud MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de Direito Constitucional*. Brasília: Senado Federal, 2004.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

TEUBNER, Gunther. Juridificação - Noções, Características, Limites, Soluções. *Revista de Direito e Economia, Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Econômicos*, Coimbra, Ano XIV, p. 1-39, 1988.

VESTING, Thomas. *Fim da Constituição? Sobre a necessidade de reavaliação da dimensão simbólica da constituição da pós-modernidade*. Tradução de Pedro Henrique Ribeiro. Texto original: "Ende der Verfassung? Zur notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen dimension der Verfassung in der postmoderne". Mohr Siebeck: Tübingen, 2011.

WISLLOW, C. E. A. *The Evolution and Significance of the Modern Public Health Campaign*. New Haven: Yale University Press. 1923.

WUNDERLICH, Alexandre. Uma reflexão sobre os delitos de perigo abstrato ou presumido. São Paulo: Revista Jurídica. ano 48, n. 270. abr. 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva. 2012.

_____. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.