

A TUTELA PENAL DA SAÚDE PÚBLICA E A DESPROPORCIONALIDADE DA REPRIMENDA PREVISTA NO PARÁGRAFO 1º B, INCISO V, DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL.**THE CRIMINAL PROTECTION OF PUBLIC HEALTH AND THE DISPROPORTIONALITY OF THE REPRIMAND PROVIDED FOR IN PARAGRAPH 1 B, V, OF ARTICLE 273 OF THE PENAL CODE.**

Ricardo dos Santos Duran*

Silvana Amneris Rôlo Pereira Borges*

Wagner Camargo Gouveia*

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

Art. 273 – Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: **Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.**

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

V – de procedência ignorada;

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

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

* Advogado, mestrando em Direito da Saúde.

♦ Juíza de Direito, Professora universitária, mestranda em Direito da Saúde.

* Delegado de Polícia Civil, Professor universitário, mestrando em direito da Saúde.

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

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

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

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

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

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

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

Keywords: health, criminal tutelage, proportionality of reprimand.

Referências:

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

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

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

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