

# O crime de importação de medicamentos sem registro no órgão nacional de vigilância sanitária competente e o excesso no exercício da discricionariedade legislativa



**Louise Vilela Leite Filgueiras Borer**

Juíza Federal. Mestranda pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

---

**RESUMO:** O artigo discute a inconstitucionalidade da pena fixada para o crime de importação de medicamento não registrado no órgão sanitário competente sob a perspectiva dos limites da discricionariedade legislativa.

**PALAVRAS-CHAVE:** medicamentos, importação, pena.

**ABSTRACT:** The article discusses the unconstitutionality of the penalty due to the crime of importing non officially registered medicine, from the outlook of legislative discricionarity bounds.

**KEYWORDS:** medicine, importing, penalty.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A conduta em debate e o contexto fático em que promulgada a Lei nº 9.677/1998. 3. O tipo penal. 4. Sobre o processo de aprovação de medicamentos pela ANVISA. 5. A pena e sua desproporção. 6. O debate à luz da jurisprudência. 7. A inconstitucionalidade da norma e a adequada subsunção do fato. 8. Conclusão. Bibliografia.

## 1. Introdução.

A questão que aqui se põe tem gerado discussões e até alguma perplexidade no meio jurídico. Diz respeito à fixação de pena *mínima* de dez anos para o crime de importação de medicamento utilizado regularmente em outros países, mas que não possui registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. A conduta consta do rol incluído pela Lei nº 9.677/1988 ao artigo 273 do Código Penal Brasileiro (art. 273, § 1º-B, I), que tipifica importantes ações violadoras da saúde pública, como aquela de comercializar medicamentos falsificados, aplicando-lhes penas graves.

O presente artigo discute a discrepância dessa específica conduta da gravidade das demais e propõe a solução para a punibilidade tecnicamente adequada ao crime do ponto de vista da proporcionalidade-razoável, que deve nortear a atividade legislativa. Acreditamos que o comportamento possui gravidade penalmente relevante, mas requer tratamento diverso dos delitos aos quais o legislador o equiparou em termos de resposta penal.

## 2. A conduta em debate e o contexto fático em que promulgada a Lei nº 9.677/1998.

As condutas incriminadas pelo artigo 273 do Código Penal, com as alterações promovidas pela Lei nº 9.677/1998, são de fato gravíssimas. É o engodo que mata, um tipo de estelionato que atenta contra a saúde e a vida, na medida em que o agente obtém sua ilícita vantagem mediante a fraude consistente em adulterar produto medicinal, destinado a fins terapêuticos. O doente acredita que está se tratando e a doença progride. Pessoas perdem suas vidas pela ganância dos falsários. Não seria absurdo falar em homicídio por dolo eventual.

Muito se falou sobre a máfia dos remédios falsificados, nos idos de 1998, quando

várias denúncias surgiram. Confira-se esse trecho da matéria publicada na revista Veja sobre o tema, a título de esclarecimento:

### O paraíso dos remédios falsificados

Como opera a máfia que transformou o Brasil num dos campeões da fraude de medicamentos

É um dos piores crimes que se podem cometer. As vítimas são homens, mulheres e crianças doentes – presas fáceis, capturadas na esperança de recuperar a saúde perdida. A máfia dos medicamentos falsos é mais cruel do que as quadrilhas de narcotraficantes. Quando alguém decide cheirar cocaína, tem absoluta consciência do que coloca corpo adentro. Às vítimas dos que falsificam remédios não é dada oportunidade de escolha. Para o doente, o remédio é compulsório. Ou ele toma o que o médico lhe receitou ou passará a correr risco de piorar ou até morrer. Nunca como hoje os brasileiros entraram numa farmácia com tanta reserva. No passado, os falsificadores vendiam uísque feito com álcool e corante no Paraguai, empurravam relógios e canetas falsas por intermédio de camelôs, até roupas de griffes famosas eram cortadas em oficinas de fundo de quintal. Nos últimos anos, os falsificadores descobriram o filão muito mais lucrativo do medicamento. Começaram timidamente. Hoje, o Brasil é um dos campeões mundiais da falsificação de remédios. Vendem-se aqui até drogas falsas para câncer, doenças do coração e infecções graves, como a meningite. “Ninguém sabe os números exatos, mas o Brasil está entre os países mais atingidos por essa máfia dos remédios”, diz o médico e professor da Universidade de São Paulo Antônio Carlos Zanini, consultor da Organização Mundial de Saúde. Quem pode estar seguro numa situação como esta, em que comprimidos, pílulas, xaropes ou injeções podem ser feitos com água, sal e algum pó sem nenhuma utilidade? “Ninguém está seguro”, afirma Zanini. As estatísticas sobre o tamanho da in-

dústria das fraudes são disparatadas, como em geral acontece nas avaliações de atividades clandestinas e ilegais. Zanini estima que 10% de todo o faturamento do setor farmacêutico no Brasil esteja indo para o bolso da máfia. Isso representaria algo como 1 bilhão de reais por ano. Os técnicos mais pessimistas calculam que se vendam vinte medicamentos falsos em cada lote de 100. Mesmo que a situação seja menos dramática – e não parece ser, a se julgar pelo número de casos que aparecem diariamente na televisão –, há vítimas espalhadas por todo o país e um risco efetivo para quem está em busca de alívio para um mal qualquer. “Temos de denunciar e apurar essas práticas criminosas”, diz o biólogo Oscar Berro, diretor do Laboratório Nacional Noel Nutels, um dos mais respeitados na análise de drogas fraudadas.<sup>1</sup>

A reportagem é bem mais extensa que o excerto acima e vale a pena seguir o *link* para consultá-la em sua inteireza. Porém, importa aqui ressaltar que nesse contexto de inúmeras denúncias de fatos graves, que já vinham sendo expostos à época pela imprensa, o Congresso Nacional editou a Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998, e agravou substancialmente a pena por este crime, cuja conduta foi incluída no rol dos crimes hediondos pela Lei nº 9.695, de 20 de agosto de 1998, ao lado de outros crimes contra a saúde pública.

A pena base do delito de alteração de substância medicinal ou destinada a fins terapêuticos, pela modificação da qualidade que reduza seu valor nutritivo ou terapêutico, ou pela supressão de qualquer elemento de sua composição normal, ou substituição por outro de qualidade inferior, na redação original do artigo situava-se no intervalo de 1 a 3 anos de reclusão e multa, e com a nova lei saltou para 10 a 15 anos de reclusão e multa, acrescidas ao

preceito ainda outras condutas típicas.

O *caput* do artigo 273 hoje em vigor discrimina as seguintes condutas: falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Mas o preceito secundário também se aplica a importar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribuir ou entregar a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado (§ 1º). O § 1º-A do referido artigo ainda explicita que:

Art. 273. (...)

§ 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.

Em seguida, dispõe o § 1º-B, que se sujeita às mesmas penas quem pratica as ações previstas no § 1º, importar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribuir ou entregar a consumo – *em relação a produtos sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente*; em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; de procedência ignorada ou adquiridos de estabelecimento sem licença



<sup>1</sup> PASTORE, Karina. O paraíso dos remédios falsificados. *Revista Veja*, 08 jul. 1998. Disponível em: <[http://veja.abril.com.br/080798/p\\_040.html](http://veja.abril.com.br/080798/p_040.html)>. Acesso em: 06 maio 2014.

da autoridade sanitária competente.

Ainda prevê a lei uma modalidade culposa para todas as condutas, com pena estabelece de 1 a 3 anos de detenção e multa.

### 3. O tipo penal.

Feito esse introito, para que se entenda basicamente o problema, passo a tratar do tema aqui proposto, a conduta do artigo 273, § 1º-B, I.

Pois bem. O tipo penal objeto de nossa análise não é a gravíssima ação de comercializar, de expor a venda, de fornecer medicamento adulterado, modificado, falsificado. Queremos nos ater à conduta de importar, vender, expor à venda *medicamento verdadeiro*, existente no mercado de outros países, portanto em conformidade com a fórmula original, mas proibido em território nacional, *por falta de registro* na ANVISA, isto é, sem a chancela do órgão estatal competente no Brasil para o controle sanitário.

De forma consolidada, o tipo penal vem assim descrito:

Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 02/07/1998) Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 02/07/1998)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 02/07/1998)

(...)

§ 1º-B. Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 9.677, de 02/07/1998)

I - sem registro, quando exigível, no

órgão de vigilância sanitária competente; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 02/07/1998)

Destaco que a pena mínima cominada ao crime do artigo 273, § 1º-B, I, é de 10 anos de reclusão, podendo chegar a 15 anos de reclusão (pena máxima).

Portanto, aquele que importa medicamento verdadeiro, de uso comum em outros países, mas que aqui não obteve o registro da ANVISA autorizando a comercialização em território nacional, seja por razões afetas à burocracia ou à discricionariedade do órgão, é punido da mesma forma que aquele que engana o consumidor fornecendo medicamento falso, capaz de levar à morte.

A punição assume contornos de reforço à política sanitária, já que há controvérsias sobre os efetivos riscos à saúde desses medicamentos comercializados no exterior.

De fato, certos fármacos são proibidos em um país e liberados em outros. Por exemplo: nos EUA, a Food and Drug Administration – FDA, órgão de fiscalização sanitária daquele país, não permite a venda de Dipirona, em razão da constatação de que esse medicamento pode causar um a doença chamada Agranulocitose, caracterizada pela redução da quantidade de glóbulos brancos no sangue e maior risco de choques anafiláticos.<sup>2</sup>

No Brasil, a Dipirona é comercializada em farmácias, sem restrições. Muitos analgésicos no Brasil são feitos a base de Dipirona e não há qualquer proibição, a despeito de haver críticas veementes quanto a isso. Outros medicamentos proibidos lá fora são comercializados livremente aqui, como a pílula Diane 35, a Sibutramina, o Avastin e o hormônio do crescimento Somatropina.<sup>3</sup>

2 PREVIDELLI, Amanda. 5 medicamentos proibidos lá fora e comercializados no Brasil. *Revista Exame.com*, 18 fev. 2013. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/5-remedios-proibidos-la-fora-e-comercializados-no-brasil?p=4>>. Acesso em: 06 maio 2014.

3 *Ibidem*.

Ainda a título de exemplo, a melatonina, hormônio humano sintetizado em laboratório que induz o sono, não possui registro na ANVISA e não pode ser comercializada, incidindo quem o faça no crime do artigo 273, § 1º-B, I, do Código Penal. A substância, contudo, é comercializada em comprimidos amplamente nos EUA e encontrada nos balcões de qualquer farmácia naquele país ou mesmo em loja de vitaminas e suplementos alimentares, possuindo assim a chancela da FDA. Há polêmica sobre os efeitos de seu uso abusivo, mas pesquisas negam sua toxicidade no uso por curto prazo.<sup>4</sup>

Na verdade, há muita polêmica em torno da eficácia e efeitos colaterais de substâncias terapêuticas, e não temos qualquer pretensão de ingressar no mérito delas, mas apenas demonstrar que existem posições controversas.

Não se discute, porém, que a falta de registro no órgão sanitário brasileiro de um medicamento, ainda que *verdadeiro* – aquele que realmente contém o princípio ativo especificado em sua formulação e que pode ser prescrito por profissionais de saúde fora do Brasil – é ato ilícito, pois o registro é um ato de controle interno importante para o resguardo da saúde pública da população brasileira, do qual não podemos, simplesmente, prescindir.

A conduta é reprovável por retirar a comercialização do fármaco da esfera de controle da União Federal e, assim, expor a perigo abstrato a saúde pública. Mas é de gravidade infinitamente menor que a de fornecer placebos a casos de enfermidades diagnosticadas, ou substâncias tóxicas ao invés de medicamentos.

#### 4. Sobre o processo de aprovação de medicamentos pela ANVISA.

Sobre o processo de aprovação de um medicamento novo pela ANVISA, vale consultar o site da agência e constatar-se-á que pode ser demorado e o resultado está sujeito a certo subjetivismo dos técnicos encarregados de analisar e interpretar os dados das pesquisas científicas realizadas sobre o assunto. O processo de aprovação de um medicamento considerado novo, sem registro no país, deve cumprir diversas etapas, como a própria ANVISA declara:

A avaliação de um dossiê de registro costuma ser dividida em três partes: análise farmacotécnica, análise de eficácia, e análise de segurança. A análise farmacotécnica inclui a verificação de todas as etapas da fabricação do medicamento desde aquisição dos materiais, produção, controle de qualidade, liberação, estocagem, expedição de produtos terminados e os controles relacionados. Essa análise é feita por técnicos da própria Anvisa, em geral farmacêuticos, sendo rara a solicitação de pareceres a consultores *ad hoc*.

O mesmo não ocorre quanto às avaliações de eficácia e segurança, feitas por meio da análise de estudos pré-clínicos (ou não-clínicos) e clínicos, estes subdivididos em fases I, II, III e, eventualmente, IV, nos casos de medicamentos já registrados em outros países para os quais dados de farmacovigilância pós-mercado já são disponíveis.

Por razões históricas que precedem a criação da Anvisa, tais avaliações sempre dependeram de consultores externos, em geral organizados em câmaras técnicas. O papel de técnicos da Anvisa nessas avaliações sempre foi, e ainda é, limitado, e esta Agência continua a depender de ajuda externa, muito embora desde meados de 2003 a forma de encaminhamento dos pedidos de pareceres e de tomada de decisão tenha sofrido modificações.

4 BUSCEMI, Nina *et al.* Efficacy and safety of exogenous melatonin for secondary sleep disorders and sleep disorders accompanying sleep restriction: meta-analysis. *BMJ*, v. 332, fev. 2006. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1370968/>>. Acesso em: 06 maio 2014.

### Análise farmacotécnica

Pode ser dividida em duas etapas, a primeira delas consistindo em se conferir se toda a documentação exigida para o registro consta no processo. A segunda etapa é a análise propriamente dita do dossiê de registro, que é composto:

- a) Por uma parte documental, composta por: formulários de petição de registro, comprovante de recolhimento da taxa de fiscalização, Licença de Funcionamento da empresa, Certificado de Responsabilidade Técnica, notificação da produção de lotes-piloto (para produtos nacionais), Certificado de Boas Práticas de Fabricação e Controle (BPFC) emitido pela Anvisa.
- b) Pelo Relatório Técnico, que deve conter todas as informações referentes aos estudos clínicos e a parte farmacotécnica. É na análise farmacotécnica que são avaliadas a bula (quanto à sua estrutura), a estabilidade do produto, as informações técnicas do(s) princípio(s) ativo(s), a farmacodinâmica, a farmacocinética, toda a produção do medicamento e todo o controle de qualidade do produto.

### Análise de eficácia e segurança

As avaliações de eficácia e segurança foram, durante vários anos, feitas por câmaras técnicas constituídas por um número variável de especialistas, em geral médicos e professores universitários de reconhecida experiência em diversas áreas da Medicina, que se reuniam periodicamente para discutir os processos de registro de novos medicamentos, assim como de inclusões e alterações pós-registro.

(...)

As avaliações de eficácia e segurança de medicamentos novos passaram a ser encaminhadas quase que exclusivamente a consultores *ad hoc*, seja de forma direta ou por meio de associações médicas, as quais selecionam entre seus afiliados profissionais que possuam conhecimento e experiência no assunto e que não tenham conflitos de interesse para emitir pareceres sobre os produtos.

Avaliações de pedidos de registro de medicamentos novos são encaminhadas para dois consultores, enquanto que, em geral, um único consultor é acionado para avaliação de inclusões e alterações pós-registro.

(...)

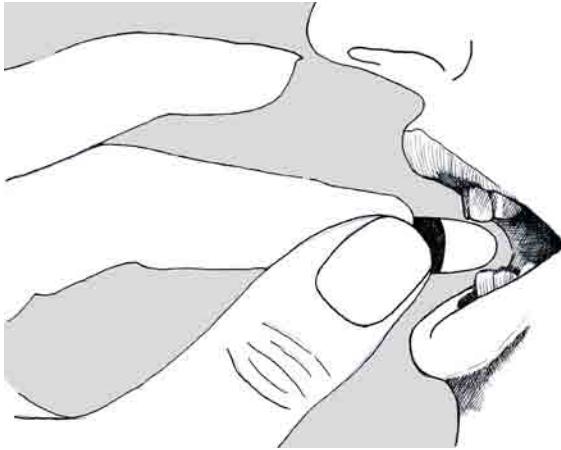
### Independência da Anvisa em relação a seus consultores

A GEPEC não é no momento auto-suficiente para avaliar a eficácia e segurança dos medicamentos novos a ela submetidos para registro. O papel hoje desempenhado pelos consultores *ad hoc* é imprescindível. Não obstante esse fato, é importante que a deliberação quanto à concessão ou não de um registro seja feita pela Agência, que tem essa responsabilidade, e que esta mantenha sua independência em relação aos seus consultores.

A GEPEC tem avaliado os pareceres de seus consultores e, muito embora freqüentemente os tenha acatado, isso nem sempre acontece, em parte porque pareceres de dois consultores diferentes sobre um mesmo produto nem sempre são concordantes e, em casos mais raros, por discordar do(s) parecer(es). Quando a Agência tem parecer diverso do de seus consultores, a divergência fica documentada no processo. Respalhando ou não as recomendações de seus consultores, a Anvisa explicita em seus pareceres os motivos das tomadas de decisão, contribuindo, pois, para a transparência do processo.<sup>5</sup>

Como se vê, além do complexo processo de aprovação, pode haver divergências técnicas sobre os riscos de determinados medicamentos, pois a aprovação pela ANVISA vai depender de pareceres técnicos e de consultores *ad hoc*, que naturalmente emitem opiniões decorrentes de suas interpretações

5 GEPEC – Gerência de Medicamentos Novos, Pesquisa e Ensaios Clínicos. *Como a ANVISA avalia o registro de medicamentos novos no Brasil*. Brasília, 20 jan. 2005. Disponível em: <[http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro\\_novos.htm](http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro_novos.htm)>. Acesso em: 06 maio 2014.



de dados científicos. Na forma do exposto acima, as conclusões podem contrariar tanto as análises dos técnicos *ad hoc* contratados pela própria ANVISA quanto os pareceres de agências estrangeiras, já que a função da GEPEC pressupõe a sua autonomia para isso. Pensamos até que não poderia ser diferente, pois a medicina e a biologia não são ciências exatas, comportam interpretações divergentes que geram opiniões discrepantes sobre os mesmos fatos.

Nesse diapasão, observe-se o que a ANVISA tem declarado sobre o uso de medicamentos para especificações *off label*, conduta de certa forma similar ao uso de medicamento não aprovado pela ausência de autorização governamental para o uso específico: o uso *off label*, ou seja, para fins diversos daqueles para os quais o medicamento é aprovado, é situação que a própria ANVISA admite, e não entende incorreta. Confira-se:

Uma vez comercializado o medicamento, enquanto as novas indicações não são aprovadas, seja porque as evidências para tal ainda não estão completas, ou porque a agência reguladora ainda as está avaliando, é possível que um médico já queira prescrever o medicamento para um seu paciente que tenha uma delas. Podem também ocorrer situações de um médico querer tratar pacientes que tenham uma certa condição que, por analogia com outra semelhante, ou por

base fisiopatológica, ele acredite possam vir a se beneficiar de um determinado medicamento não aprovado para ela.

(...)

O que é uso *off label* hoje pode vir a ser uso aprovado amanhã, mas nem sempre isso ocorrerá. O que é *off label* hoje, no Brasil, pode já ser uso aprovado em outro país. Não necessariamente o medicamento virá a ser aprovado aqui, embora frequentemente isso vá ocorrer, já que os critérios de aprovação estão cada vez mais harmonizados internacionalmente. A aprovação no Brasil, porém, pode demorar, por vários motivos, entre os quais o de que o pedido de registro pode ser feito muito mais tarde aqui do que em outros países. Também pode ocorrer que o medicamento receba aprovação acelerada em outro país, baseada na apresentação de estudos preliminares ou incompletos, o que, via de regra, não é aceito pela Anvisa. Por fim, um uso autorizado no Brasil pode ser uso *off label* em outros países. A classificação de uma indicação como *off label* pode, pois, variar temporalmente e de lugar para lugar. O uso *off label* é, por definição, não autorizado por uma agência reguladora, mas isso não implica que seja incorreto.<sup>6</sup>

## 5. A pena e sua desproporção.

Como se vê, o uso não autorizado no Brasil nem sempre decorre de um risco efetivo à saúde. Além disso, milita em favor do agente uma certa presunção decorrente do senso comum de que o fármaco aprovado no exterior não é veneno, nem engodo, mas remédio, ainda que a diferença entre eles possa ser a dose. Mas essa máxima se aplica a qualquer medicamento. O perigo à saúde decorrente de submeter um paciente a tratamento com medicamento aprovado no exterior, mas não

6 GEPEC – Gerência de Medicamentos Novos, Pesquisa e Ensaio Clínicos. *Como a ANVISA vê o uso off label de medicamentos*. Brasília, 23 maio 2005. Disponível em: <[http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro\\_offlabel.htm](http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro_offlabel.htm)>. Acesso em: 06 maio 2014.

aprovado no Brasil, é infinitamente menor que o de submeter esse mesmo paciente ao tratamento com um remédio falsificado, seja placebo, seja tóxico. E o motivo do agente infinitamente menos reprovável também.

Não se compara a gravidade da conduta. A pena não pode ser a mesma. Contudo, a sanção cominada neste inciso I é a mesma. É dizer: trata-se de sanção evidentemente desproporcional, seja em relação à conduta do *caput*, de falsificar, adulterar ou corromper medicamento, seja em relação a outros comportamentos tipificados e sancionados pelo Direito Penal, como o tráfico de drogas ilícitas, homicídio, estupro, roubo qualificado pela lesão grave e extorsão mediante sequestro.

Como se extrai do voto do e. Desembargador Federal Márcio Moraes em sede de arguição de inconstitucionalidade:

Assim, por qualquer ângulo que se visualize a matéria, não há fugir à conclusão de que, *em determinados casos*, de menor gravidade, a pena mínima contida no preceito secundário do artigo 273 do CP é assaz aberrante e adversa ao texto constitucional, posto que desproporcional ao delito cometido. A propósito, merece lida a ensinança de Guilherme de Souza Nucci (*in Código Penal Comentado*, 11<sup>a</sup> ed., Ed. RT, pág. 1.063):

“Pena desproporcional: noticiou-se uma onda de eventos, trazendo à tona alguns problemas relativos à falsificação e adulteração de remédios, em particular, no contexto das pílulas anticoncepcionais. Por conta disso, em função da explosiva carga da mídia, o Legislativo, mais uma vez, editou lei penal, alterando o tipo penal do art. 273, bem como sua faixa de penas. *Para um delito de perigo abstrato, criou-se a impressionante cominação de 10 a 15 anos de reclusão, algo equivalente a um homicídio qualificado. Há condutas tipificáveis nesse artigo, que são nitidamente pobres em ofensividade, razão pela qual jamais poderiam atingir tais reprimendas.*

O outro oposto seria considerar bagatela

a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de remédios e similares, bem como outras condutas previstas nos §§ do art. 273. Exagero, por certo. Há relevância jurídica em punir tais atitudes, mas o ponto fulcral é a absurda penalidade inventada pelo legislador, sem qualquer critério (...)”

É o que parece, de resto, suceder na presente espécie. (destaques do Relator)<sup>7</sup>

Salta aos olhos, a ponto de causar certa indignação, tanto ao técnico quanto ao leigo, o excesso cometido pelo legislador ao cominar 10 anos de pena mínima para essa conduta, pelo extremo e desproporcional rigor punitivo.

Diante disso, o que fazer? A lei se aplica sem mais rodeios, devem os juízes ser deferentes, a “boca da lei”, e assim condenar um indivíduo a dez anos de reclusão, pena mínima, pelo comércio de melatonina, por exemplo? Aplica-se a pena do tráfico de drogas, por analogia? Há outra solução possível? Pretendo responder a essas perguntas.

É certo que o Judiciário não deve se imiscuir na função legislativa, o que seria afronta ao princípio da tripartição dos poderes. Cabe-lhe interpretar a norma jurídica e aplicá-la no caso concreto. A lição é básica.

Porém, cabe-lhe a interpretação harmônica do sistema e a interpretação de princípios, e inclui-se nessa função, que lhe foi conferida pela própria Constituição democraticamente promulgada, a de controlar a constitucionalidade das normas jurídicas. É dever do juiz, portanto, afastar a aplicação dos preceitos que se encontrem em confronto com as normas e princípios constitucionais, isto é, que não encontram fundamento de validade na Lei Maior. Essa é outra lição básica. Difícil é harmonizar as duas, quando esses conceitos entram em conflito.

<sup>7</sup> TRF 3ª REGIÃO, Arg Inc 0000793-60.2009.4.03.6124/SP, Órgão Especial, Relator originário Desembargador Federal Márcio Moraes, Relatora para o Acórdão Desembargadora Federal Diva Malerbi, j. 14/08/2013, e-DJF3 23/08/2013.

Mas há situações em que é evidente a necessidade de, em interpretando, corrigir a atuação legislativa para permitir a harmonia do sistema, suprindo faltas, coibindo excessos, extraíndo-se do próprio sistema as respostas, que podem estar nos princípios que ele contém. Esse é um caso, a meu ver, de aplicação desse raciocínio.

O princípio da proibição do excesso, da proporcionalidade razoável está implícito em nossa Constituição e rege a atividade discricionária, quer do administrador público, quer do legislador positivo. Decorre do princípio do devido processo legal em seu aspecto material e, na seara penal, também do princípio da individualização da pena, expressos na Constituição.

Significa que, no exercício de sua discricionariedade regrada, o poder público, por meio de seus agentes, não está autorizado pela Constituição Federal a agir com excesso ao restringir direitos individuais em prol do interesse público, além do suficiente e necessário para a defesa desses interesses. O excesso torna ilegal a atividade administrativa, ainda que a pretexto do exercício do poder discricionário. Da mesma maneira, torna inconstitucional a atividade legislativa, pois evidencia o desbordar dos limites da discricionariedade conferida a esses agentes pela lei e pela Constituição.

Segundo Gilmar Mendes,

(...) a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.<sup>8</sup>

8 MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, ano I, v. I, n. 5, ago. 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf)>. Acesso em: 06 maio 2014.

E prossegue o autor citando Schlink e Pieroth:

Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*).<sup>9</sup>

Sobre o princípio da proibição do excesso e a necessidade de controle judicial da discricionariedade legislativa, já discorreu o renomado José Joaquim Gomes Canotilho. A doutrina, elaborada com base na análise da Constituição Portuguesa, é plenamente aplicável ao nosso ordenamento jurídico, que consagra, da mesma forma, o princípio da proporcionalidade, como vimos. Confirma-se:

#### 2.5. O princípio da proibição do excesso (art. 18, o/2)

Este princípio, atrás considerado como um subprincípio densificador do Estado de direito democrático (...), significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). A exigência da adequação aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins). A exigência da necessidade pretende evitar a adoção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de protecção visados pela Constituição ou a lei. Uma medida será então exigível ou necessária

9 *Ibidem*.

quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos, relativamente aos direitos restringidos. O princípio da proporcionalidade em sentido restrito (= princípio da) significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adopte cargas coactivas de direitos, liberdades e garantias, ou em relação aos resultados obtidos.

O princípio da proibição do excesso (ou da proporcionalidade em sentido amplo), consagrado na parte final do art. 18, o/2, constitui um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador. A Constituição, ao autorizar a lei a restringir direitos, liberdades e garantias, de forma a permitir ao legislador a realização de uma tarefa de concordância prática justificada pela defesa de outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos, impõe uma clara vinculação ao exercício dos poderes discricionários do legislador. Em primeiro lugar, entre o fim da autorização constitucional para uma emanção de leis restritivas e o exercício do poder discricionário por parte do legislador ao realizar esse fim deve existir uma inequívoca conexão material de meios e fins. Em segundo lugar, no exercício do seu poder ou liberdade de conformação dos pressupostos das restrições de direitos, liberdades e garantias, o legislador está vinculado ao princípio material da proibição do excesso.

(...)

A liberdade de conformação do legislador exige das entidades judiciais de controlo uma relativa prudência quanto à aplicação do princípio da proibição do excesso, mas elas não poderão abdicar de dar uma específica aplicação a este princípio, sobretudo quando está em jogo a apreciação de medidas especialmente restritivas (ex.: do exercício dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação, petição colectiva e a capacidade eleitoral nos termos do art. 270.). O princípio da proporcionalidade terá ainda interesse para o eventual con-

trola preventivo da constitucionalidade da lei geral restritiva.<sup>10</sup>

A tese obteve reflexo no seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal, em matéria diversa. Reconheceu o Plenário do STF a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por excesso legislativo. Nos termos do que importa aqui trazer da ementa:

(...) Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente.<sup>11</sup>

## 6. O debate à luz da jurisprudência.

Recentemente, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, declarou a constitucionalidade de referida norma, com argumentos contrários a essa tese. Assim restou redigida a ementa do julgamento:

DIREITO PENAL. ARTIGO 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMINADA EM ABSTRATO (PRECEITO SECUNDÁRIO DA NORMA). INCIDENTE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À PROPORCIONALIDADE E À RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE REJEITADA.

- Incidente de Argüição de Inconstitucionalidade criminal suscitado pela Quinta Turma deste Tribunal em sede de apelação criminal (proc. nº 0000793 60.2009.4.03.6124/SP), versando sobre a desarmonia do preceito secundário do

10 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 617/618.

11 STF, RE 197917/SP, Pleno, Relator Ministro Maurício Corrêa, j. 06/06/2002, DJ 07/05/2004.

art. 273, § 1º-B, do Código Penal com a Constituição Federal, por ausência de proporcionalidade e razoabilidade.

- Inexistente o aventado vício de inconstitucionalidade da pena fixada em abstrato pela norma secundária do art. 273, § 1º-B, do Estatuto Repressivo, pois o seu rigor decorre da própria natureza do bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública, e da elevada potencialidade lesiva da conduta tipificada, devidamente sopesadas pelo legislador.

- Inadmissível a aplicação analógica de penas previstas para outros delitos, preconizada em razão das pretensas desproporcionalidade e ausência de razoabilidade, eis que atentatória aos princípios da separação dos poderes e da reserva legal, não cabendo ao julgador, no exercício da sua função jurisdicional, realizar o prévio juízo de proporcionalidade entre a pena abstratamente imposta no preceito secundário da norma com o bem jurídico valorado pelo legislador e alçado à condição de elemento do tipo penal, por se tratar de função típica do Poder Legislativo e opção política, não sujeita, portanto, ao controle judicial. Precedente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região sobre a mesma questão (ARGINC nº 47 - processo 201051014901540 -, Rel. Des. Federal Guilherme Couto de Castro, Plenário, j. 22.08.2011, E-DJF2R 08.09.2011.)

- O próprio Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, já reconheceu a impossibilidade de o Poder Judiciário, na ausência de lacuna da lei, se arrogar função legiferante e criar por via oblíqua, ao argumento da inadequação da sanção penal estabelecida pelo Legislativo, uma terceira norma, invadindo a esfera de atribuições do Poder competente (v.g., HC nº 109676/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 14.08.2013; RE nº 443388/SP, Relª. Minª. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 11.09.2009). Precedentes, na mesma linha, do E. STJ.

- *Habeas corpus* a ser concedido de ofício que não se conhece, por se tratar de medida de competência da Turma julgadora da apelação criminal que deu

origem ao incidente, eis que cabe àquele Órgão fracionário conhecer das questões de fato relativas ao caso concreto.

- Arguição de Inconstitucionalidade rejeitada. *Habeas Corpus ex officio* não conhecido.<sup>12</sup>

Em seu voto condutor, a Desembargadora Federal Relatora para o acórdão, Dra. Diva Malerbi, sentenciou:

Com efeito, o bem jurídico tutelado pela norma penal de que aqui se trata, a saber, a saúde pública, é de suma importância, não se podendo sob qualquer pretexto descurar das desastrosas conseqüências em regra advindas da sua violação.

Sendo o direito à vida saudável um bem difuso, a todos comum, o delito que o ofende é classificado como formal e de perigo abstrato, presumido, donde o caráter marcadamente preventivo da norma penal incriminadora, destinada a dissuadir e coibir a prática dos comportamentos ofensivos, diante do seu alto potencial de dano para a coletividade.

Não por outra razão, considerando sua expressiva reprovabilidade, houve por bem o legislador qualificar o crime como hediondo (art. 1º, VII-B, da Lei nº 8.072/1990) e impor-lhe a severa reprimenda aqui questionada, consoante, aliás, já foi reconhecido em precedentes das Turmas desta Corte, v.g., ACR nº 2009.61.16.001346-3, que, a propósito, trago à colação:

“PENAL E PROCESSO PENAL. ART. 273, § 1º-B, I, DO CÓDIGO PENAL. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA COMPETENTE. PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA DO MEDICAMENTO E PARTICIPAÇÃO DO RÉU EM SUA INTERNAÇÃO EM TERRITÓRIO NACIONAL COMPRO-

12 TRF 3ª REGIÃO, Arg Inc 0000793-60.2009.4.03.6124/SP, Órgão Especial, Relator originário Desembargador Federal Márcio Moraes, Relatora para o Acórdão Desembargadora Federal Diva Malerbi, j. 14/08/2013, e-DJF3 23/08/2013.

#### VADAS. CONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DA NORMA.

1. Denúncia que narra a prática dos crimes definidos no art. 33, c/c o art. 40, I, ambos da Lei nº 11.343/2006, e do art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal. (...)

4. Não merece prevalecer a alegação de ser desproporcional a pena abstratamente imposta ao crime do art. 273 do Código Penal, sendo inconstitucional o preceito secundário dessa norma.

5. A elevada nocividade da conduta se infere da própria elementar do tipo, consistente na 'falta de registro no órgão de vigilância sanitária competente', fato que revela se tratarem de medicamentos que não têm sua segurança reconhecida pela agência federal de controle sanitário, de forma que seus efeitos podem acarretar sério risco a saúde da população e à própria vida daqueles que o consumirem, daí a opção do legislador pelo especial rigor na repressão e no apenamento do delito, bem como sua classificação no rol de crimes hediondos (art. 1º, VII,-B da Lei nº 8.072/90).

6. Não há nisso qualquer exagero por parte do legislador. Quem adquire substância entorpecente o faz sabendo de sua natureza, de seus malefícios e de seu caráter ilícito, e mesmo assim já se considera o seu tráfico ilícito um crime hediondo. Assim, com mais forte razão merece intenso repúdio e severa repressão a conduta de importar ou comercializar medicamento irregular, porque quem o consome não necessariamente tem conhecimento dessa ilicitude e certamente pensa que o faz em benefício de sua saúde, normalmente deixando de se submeter ao tratamento adequado, arriscando-se inconscientemente tanto pelos efeitos nocivos da substância como pela falta de outra recomendada por seu médico e autorizada pela agência federal.

7. Por tal razão, não caberia ao julgador, como pressuposto do exercício de sua função jurisdicional, realizar o prévio juízo de proporcionalidade entre a pena abstratamente imposta no preceito

secundário da norma com o bem jurídico valorado pelo legislador e alçado à condição de tipo na norma penal, função esta típica do poder legislativo e opção política não sujeita ao controle judicial. (...)

9. Apelação a que se nega provimento, para manter a condenação do réu pela prática do delito previsto no art. 273, § 1º-B, I, do CP em 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, cada um fixado no valor unitário mínimo." (ACR nº 2009.61.16.001346-3/SP, Rel. Des. Federal Henrique Herkenhoff, 2ª Turma, j. 26.10.2010, DE 19.11.2010.)

Não há que se falar, assim, em vício de inconstitucionalidade, por desproporcionalidade ou falta de razoabilidade, da pena fixada em abstrato pelo preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Estatuto Repressivo, pois o seu rigor decorre da própria natureza do bem jurídico protegido e da elevada potencialidade lesiva da conduta tipificada, devidamente sopesadas pelo legislador.

De outra parte, tenho por inadmissível a aplicação analógica de penas previstas para outros delitos, que se quer preconizar em razão das pretensas desproporcionalidade e ausência de razoabilidade, eis que atentatória aos princípios da separação dos poderes e da reserva legal. Entendo, nessa seara, que não cabe ao julgador, como pressuposto do exercício da sua função jurisdicional, realizar o prévio juízo de proporcionalidade entre a pena abstratamente imposta no preceito secundário da norma com o bem jurídico valorado pelo legislador e alçado à condição de elemento do tipo penal, por se tratar de função típica do Poder Legislativo e opção política, não sujeita, portanto, ao controle judicial.

Nesse sentido, já decidiu o E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, também em sede de argüição de inconstitucionalidade, ao examinar a questão ora em debate, consoante acórdão assim ementado:

“ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 273 DO CÓDIGO PENAL. PROPORCIONALIDADE DA PENA. REJEIÇÃO. *NULLUN CRIME, NULA POENA SINE PRAEVIA LEGE*.

Não se pode inquirir de inconstitucional a sanção prevista para o crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins medicinais ou terapêuticos, apenas por se reputá-la desproporcional comparativamente a crimes considerados mais graves. Pretender aplicar analogicamente a pena de crime diverso (tráfico de drogas, art. 33 da Lei nº 11.343/2006) atenta contra o artigo 5º, XXXIX, da Lei Maior. A fixação em abstrato da pena correspondente é opção legislativa infensa à invasão judicial (questão política).

Arguição de inconstitucionalidade rejeitada.”

(ARGINC nº 47 - processo 201051014901540 -, Rel. Des. Federal Guilherme Couto de Castro, Plenário, j. 22.08.2011, E-DJF2R 08.09.2011.)

Colho do voto condutor do aresto acima citado os seguintes fundamentos, aqui adotados como razões de decidir:

“(..)

A mera comparação de penas e de crimes, de acordo com o critério subjetivo de cada julgador sobre qual deles seria o mais grave, ou importaria lesão mais severa ao bem jurídico, para daí considerar inconstitucional a sanção, levaria ao completo caos. Tal ponderação é atribuição legislativa, que, de acordo com as circunstâncias da época e os critérios de mérito legislativo (questão política infensa à invasão judicial), considera certa conduta penalmente mais relevante do que outra, e fixa a pena correspondente. O exame da excepcional inconstitucionalidade das normas não pode se basear na simples comparação de delitos diversos, que tutelam bens jurídicos igualmente diversos, ainda que a pretexto de proporcionalidade.

Ademais, o principal, no caso dos autos, é que nunca, jamais e em tempo algum

a conclusão de inconstitucionalidade (se existisse) poderia servir a permitir ao Poder Judiciário, no intuito de interpretação e aplicação concreta das normas, a tarefa de substituir o legislador, aplicando penalidades por analogia. Se a pena fosse de todo inconstitucional, o próprio tipo cairia, pois *nullun crime, nula poena sine praevia lege*.

Mesmo que abstraído esse insuperável argumento técnico, soa destoante pretender aplicar penas diversas daquelas previstas expressamente em lei, toda vez que o magistrado se deparar com algo que considere desproporcional ou excessivo. Somente inconsistências graves, verificadas na comparação de delitos verdadeiramente assemelhados, poderiam levar a tal extremo, e com a necessária aplicação de institutos correlatos, mas não a inconstitucionalidade da pena, pois não se autoriza aplicar outra pena por analogia. Já não seria a analogia a bem da parte, pois se a pena existente é inconstitucional, aplicar outra é piorar a situação da parte, já que não haveria pena válida, no mundo jurídico.

(..)

A adoção de pena aplicada para crime diverso, ademais, levaria à inevitável dúvida de qual crime escolher para tanto, e se o crime de tráfico de drogas seria mesmo o mais apropriado. Poder-se-ia, por exemplo, pretender aplicar a pena de outros delitos previstos no mesmo capítulo dos crimes contra a saúde pública (..), como o de falsificação de produtos alimentícios (art. 272), com pena de 4 a 8 anos de reclusão e multa. E tal escolha, evidentemente, será sempre subjetiva e discricionária, e aí sim haveria grave ofensa à Lei Maior, pois não pode haver crime sem clara definição de sua pena (artigo 5º, XXXIX, da Lei Maior). Pior, definir o Judiciário a pena abstrata agride a lógica, pois sua função é, ponderando todos os elementos, definir a pena concreta.

A opção do legislador, portanto, ainda que por motivos e em circunstâncias

quicá reprováveis sob o ponto de vista da boa prática legislativa (...), foi pela punição mais severa do crime de falsificação de produtos com fins terapêuticos ou medicinais. Talvez o tenha feito em atenção, (...), à potencial vítima que procura o medicamento para obter cura ou tratamento, que mereceria, ao ver do legislador, proteção mais contundente que o potencial usuário de drogas. Basta considerar, por exemplo, o risco potencial oriundo da venda de fármaco adulterado ou não fiscalizado, a um número indeterminado de pessoas, danificando-lhes severamente a saúde e comprometendo a confiabilidade dos médicos, da indústria farmacêutica e do sistema de saúde como um todo. O legislador, evidentemente, considerou mais reprovável tal conduta do que outras, e apenas isso não é motivo para inquirir de inconstitucional a pena aplicada.

(...)

Quem quiser solução alternativa, ainda que convencido da desproporcionalidade, da pena, deve buscá-la em outros subsídios, tal como a admissão de que as circunstâncias atenuantes, excepcionalmente, possam abaixar a pena para aquém do mínimo legal, ao contrário do esposado na súmula nº 231 do STJ. Ou tal como a tese de ser possível a aplicação, por analogia, de causa de diminuição da pena base, prevista para outro tipo”.<sup>13</sup>

Sentencia por fim a ilustre Relatora que “o próprio Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, também já reconheceu a impossibilidade de o Poder Judiciário, na ausência de lacuna da lei, se arrogar função legiferante e criar por via oblíqua, ao argumento da inadequação da sanção penal estabelecida pelo Legislativo, uma terceira norma, invadindo a esfera de atribuições

do Poder competente”<sup>14</sup> e ainda sobreleva “a existência de julgados do E. Superior Tribunal de Justiça em que sufragado, com relação à utilização da analogia para aplicação de penas de outros crimes, o mesmo entendimento aqui perfilhado”, transcrevendo as respectivas ementas.<sup>15</sup>

Dos excertos do voto acima transcritos, ressaltam dois importantes argumentos, em contrário à tese aqui defendida, que se sagraram vencedores naquele julgamento: a gravidade do delito contra a saúde pública que tornaria razoável a pena mínima imposta ao delito e a deferência diante da opção política do legislador (*self-restraint*) em função do princípio da tripartição dos poderes.

Em relação a isso, há que se tecer alguns esclarecimentos, *com a máxima vênia* aos doutos entendimentos em contrário.

Em primeiro lugar quero deixar assente que não se põe em questão aqui a gravidade de importar, expor à venda ou vender medicamento *irregular*; e sobre isso, não há controvérsia. A conduta é grave – tanto assim que se a criminaliza –, é suficientemente grave para deixar de ser um irrelevante penal e, portanto, foi reputada crime, tipificada e não há que se falar em aplicação do princípio da insignificância. Porém, não é isso que se discute, mas sim a proporção entre gravidade e pena, de equidade em relação a outras ações mais graves, de justiça, em última análise.

Não se olvida que as mesmas condutas, praticadas em relação a medicamentos *falsificados*, são gravíssimas, e estamos de pleno acordo em reputá-las até mesmo mais graves

13 TRF 3ª REGIÃO, Arg Inc 0000793-60.2009.4.03.6124/SP, Órgão Especial, Relator originário Desembargador Federal Márcio Moraes, Relatora para o Acórdão Desembargadora Federal Diva Malerbi, j. 14/08/2013, e-DJF3 23/08/2013.

14 Acórdãos citados no texto do voto da E. Desembargadora Federal Relatora para o acórdão, em apoio a sua tese: STF, HC nº 109676/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, j. 11/06/2013, DJe 14/08/2013; RE nº 443388/SP, Segunda Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie, j. 18/08/2009, DJe 11/09/2009.

15 Acórdãos citados pela E. Desembargadora Federal Relatora para o acórdão: STJ, REsp nº 10508890/PR, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, j. 13/12/2011, DJe 02/02/2012; HC nº 93870/RJ, Quinta Turma, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 29/10/2009, DJe 23/11/2009.

que o tráfico de drogas, como em muitos julgados se aponta. De fato, o consumidor de drogas está ciente dos riscos do consumo da droga, o de remédios falsificados não está.

Mas não se trata aqui de medicamentos falsos, essa é a diferença que se aponta e que para os que se filiam a tese prevalecente neste julgado parece ser uma diferença de pouca relevância. Reputamos, contudo, essa circunstância reveladora de uma gravidade infinitamente menor que a de vender, importar, etc... *remédios falsos*, placebos, venenos disfarçados.

Trata-se aqui de conduta que visa a contornar proibições comerciais ou ultrapassar óbices burocráticos, não visa a causar dano à saúde, ainda que o controle estatal fundamente suas proibições nessa razão. De fato, é possível que dessa importação e/ou venda de medicamentos resulte danos à saúde pública, mas o perigo é muito menor, em se tratando de medicamentos verdadeiros. O perigo abstrato que o tipo presume resulta da burla ao controle sanitário brasileiro, considerando-se, em tese, que o órgão nacional competente pode ser mais diligente no controle de medicamentos que aqueles semelhantes órgãos de outros países, que liberaram a comercialização do fármaco em seus territórios. Além disso, é de se ponderar que agente não assume conscientemente a exposição a risco da saúde pública nesse tipo de comércio, dada a aprovação em outro país do remédio, que lhe dá contornos de licitude.

Quanto ao argumento de indevida interferência em decisão política do legislador, não colhe, em nosso entender, melhor sorte nessa hipótese.

Conforme a análise de lição de Mauro Capeletti da tripartição dos poderes e do sistema de freios e contrapesos:

(...) é difícil imaginar que algum sistema eficaz de controles e contrapesos possa hoje ser criado sem o crescimento e fragmentação do poder judiciário como acima se falou.

Desejo insistir nessa última assertiva,

porque entendo tratar-se de ponto de vital importância para a própria sobrevivência da liberdade nas sociedades modernas. Em realidade, estou profundamente convicto de que não existe qualquer probabilidade de tal sobrevivência, a menos que se assegure e mantenha um sistema equilibrado de controles recíprocos. Como escreveu com penetrante perspicácia Alessandro Pekelis, uma atividade legislativa ou administrativa eficaz de modo algum é incompatível com o controle judiciário da própria atividade, (...) antes a coexistência equilibrada de tal atividade e de seu controle representa a essência mesma do regime constitucional.<sup>16</sup>

Ademais disso, a constitucionalização dos direitos, que ganhou impulso no mundo principalmente após a II Guerra Mundial,<sup>17</sup> trouxe ao Judiciário a tarefa de interpretar e aplicar princípios e conceitos indeterminados que implica em um inarredável papel de interferência na esfera da tradicional discricionariedade política. Como aponta Luís Roberto Barroso:

A Constituição faz a interface entre o universo político e jurídico, portanto sua interpretação terá sempre alguma dimensão política.<sup>18</sup>

16 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, reimpressão 1999, p. 53.

17 TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65. Confira-se: "Realmente não se pode olvidar que o aparecimento e o florescimento da Justiça Constitucional acabam ocorrendo como uma alternativa ao modelo legalista, que entra em crise no início do Séc. XX, e como uma resposta aos abusos ocorridos especialmente após a II Grande Guerra Mundial (...) Nesse sentido, a consagração de direitos fundamentais pelas constituições passou a representar um espaço inacessível aos Parlamentos, porque as diversas declarações que foram sendo incorporadas a um patrimônio cultural da humanidade (na perspectiva ocidental) procuravam assegurar determinados direitos do indivíduo contra eventuais práticas espúrias do legislador (direitos públicos subjetivos como regras negativas de competência do Estado)".

18 BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revi-s>

E vai mais longe a análise de Zaffaroni:

Não se concebe um ramo do governo que não seja político, justamente porque seja governo. O sistema de *checks and balances* entre os poderes – ou funções, se se preferir – nada mais é do que uma distribuição do poder político. Cada sentença é um serviço que se presta aos cidadãos, mas também é um ato de poder e, portanto, um ato de governo, que cumpre a importante função de prover a paz interior mediante a decisão judicial dos conflitos. A participação judicial no governo não é um acidente, mas é da essência da função judiciária: falar de um poder do Estado que não seja político é um contra-senso. Por conseguinte, não seria possível “despolitizar” o judiciário no sentido amplo da função essencialmente política que ele cumpre.<sup>19</sup>

Nessa esteira, percebe-se que algum sentido político sempre haverá na decisão do juiz constitucional. A assepsia pretendida entre os poderes não é viável, nem desejável em nosso sistema constitucional. Não é viável, pois a Constituição prevê a interferência entre os poderes como pressuposto do sistema de freios e contrapesos. Não é desejável, pois esse sistema existe e foi idealizado para permitir um equilíbrio dinâmico entre os poderes. De outra parte, não se pode afirmar, nem mesmo historicamente, que o sistema de tripartição de poderes tenha sido concebido com divisões estanques entre as funções do Estado.

Nesse sentido, tomo de empréstimo a análise de Luis Manuel Fonseca Pires:

(...) a teoria da separação dos poderes ao longo dos séculos nunca se apresentou, tanto em sua proposição filosófica

quanto em sua posituação jurídica, com um caráter absoluto. Aristóteles apenas identificou as diferentes funções do Estado – deliberativa, executiva e judicial – sem sugerir a sua distribuição a distintos e independentes órgãos, tal como no século II a.C. propôs Políbio com o chamado “governo misto” e Cícero, ainda um século adiante, ao defender a combinação da monarquia, aristocracia e democracia. Se foi John Locke, em 1690, como Segundo Tratado sobre o Governo Civil, que formulou a outorga das diversas funções a órgãos distintos, o Legislativo, como vimos com Leonardo Paixão, deveria ter uma convocação temporária e periódica, e mesmo o mais famigerado de todos esses pensadores quanto à divisão das funções, Montesquieu, a função jurisdicional deveria ser exercida por apenas certo período do ano por um tribunal formado por pessoas do povo, o que em nada se aproxima do que se elaborou nos Estados Unidos da América com a atribuição à Suprema Corte, e não à câmara alta do Legislativo, da solução de conflitos entre os Poderes e ainda com a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis. Em suma, a divisão das funções e a distribuição destas aos diferentes órgãos nunca foi absoluta e estanque, e mesmo ao se partir da realidade positiva de nosso sistema jurídico, a independência entre os poderes reclama, em igual passo, a harmonia entre si (art. 2º da Constituição Federal), o que caracteriza, nos moldes delineados pela ordem constitucional, a realização do sistema de freios e contrapesos – isto é e em análise do presente tema, a indiscutível possibilidade, o dever, de o Judiciário intervir para recompor a ordem jurídica toda vez que esta for violada por ação ou omissão do Executivo.<sup>20</sup>

Com efeito, na medida em que a Constituição Federal outorga ao Judiciário o papel

ta/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 31 out. 2013.

19 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 93.

20 PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da atividade administrativa*. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 289-290.

de seu guardião, o controle jurisdicional da atividade legislativa passa ser mais que uma prerrogativa, torna-se um dever constitucional da magistratura, atividade, função, inerente ao seu papel constitucional.

Esse poder de corrigir a atuação dos demais poderes também emana do povo, assim como o poder de legislar emana da vontade popular que elegeu democraticamente representantes para a elaboração da constituinte que resultou na Constituição de 1988.

Nas palavras de Aires Brito,

(...) uma coisa é governar (o que o Judiciário não pode fazer). Outra coisa é impedir o desgoverno (que o Judiciário pode e tem que fazer). É como falar: o Judiciário não tem do governo a função, mas tem do governo a força. A força de impedir o desgoverno, que será tanto pior quanto resultante do desrespeito à Constituição.<sup>21</sup>

Portanto, em relação à argumentação trazida no julgado do TRF da 2ª Região, adotado como razão de decidir pelo TRF 3ª Região, há que se fazer também algumas ressalvas, relativas ao tema aqui proposto, especialmente no que se refere à invasão da esfera de atuação legislativa.

Além disso, ao contrário do que se aponta naquela decisão, não se trata de inquirir de inconstitucionalidade o crime de falsificar medicamento. A questão debatida é a de importação de medicamento verdadeiro, fórmula que contém o princípio ativo do medicamento.

Já quanto à solução prática da incriminação da conduta, após a declaração da inconstitucionalidade da norma, estamos particularmente de acordo que a analogia ao crime de tráfico de drogas não é a solução

mais adequada, ainda que haja vozes abalizi-díssimas nesse sentido, como por exemplo, a de Guilherme Souza Nucci e, nesse julgamento específico, a do E. Relator Desembargador Federal Márcio Moraes.

A solução me parece de proporcional justiça, e vem tecida com respeitáveis argumentos, os quais não deixarei de expor aqui, mas, em meu entender, não contém a melhor técnica. É sem dúvida um caminho mais equitativo a seguir que o adotado pelo legislador, mas a solução de melhor técnica seria outra, como discorrerei adiante, não sem antes declinar os fundamentos do voto vencido no citado julgamento, com os quais me alinho, salvo em relação à analogia pretendida.

O E. Desembargador Federal Relator Márcio Moraes julgava aduzindo a seguinte:

A origem da Lei nº 9.677/98, que alterou o art. 273 do Código Penal, é, reconhecidamente, conturbada, resultando de intensa pressão midiática sobre os legisladores quanto à edição de norma aparentemente capaz de conferir uma resposta rápida e rígida aos criminosos que falsificavam medicamentos.

É, antes de tudo, fruto da adoção, entre nós, de uma política criminal extremamente punitivista, no âmbito da qual se enxerga o direito penal como meio simplista de controle das mais variadas formas de criminalidade, convergindo para a edição de leis modificativas que ora fomentam as penas, ora limitam benefícios aos acusados, sem maiores preocupações com os cânones constitucionais, e com as relevantes questões sociais e políticas que germinam a violência em nosso País, de molde a fascinar uma expressiva camada da população atribulada com o recrudescimento da violência.

Ao tempo da edição da sobredita Lei, grassava na sociedade intensa quantidade de medicamentos falsificados – notícias da época, mencionadas por Antonio Lopes Monteiro na obra “Crimes Hediondos” (7ª ed., SP, Ed. Saraiva,

21 BRITO, Carlos Ayres. O humanismo como categoria constitucional. *Apud* PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da atividade administrativa*. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 291.

2000), davam conta da descoberta de 138 pretensos fármacos nessa situação – vale dizer, desprovidos do princípio ativo da droga original, do que, inclusive, decorreram óbitos. Cite-se, à guisa de ilustração, a falsificação ocorrida no medicamento Androcur, propenso ao tratamento de câncer de próstata, de contornos desastrosos, considerando que a maioria dos usuários do pretense medicamento era formada por pessoas idosas, algumas das quais chegaram a falecer à míngua do princípio ativo do remédio.

Nesse cenário é que o legislador, à vista do clamor popular, intensificado na mídia em forma de espetáculo, editou tanto a Lei nº 9.677/98, que alterou o tipo previsto no artigo 273 do diploma substantivo penal, como a Lei nº 9.695/98, categorizando como hediondo tal delito. (...)

A propósito, merece lida a doutrina de Guilherme de Souza Nucci:

“Para um delito de perigo abstrato, criou-se a impressionante cominação de 10 a 15 anos de reclusão, algo equivalente a um homicídio qualificado. Há condutas tipificáveis nesse artigo, que são nitidamente pobres em ofensividade, razão pela qual jamais poderiam atingir tais reprimendas. (...) Há relevância jurídica em punir tais atitudes, mas o ponto fulcral é a absurda penalidade inventada pelo legislador sem qualquer critério. Diante disso, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, muitos julgados têm optado por soluções alternativas: alguns absolvem, alegando falta de provas (quando elas, na verdade, estão presentes); outros preferem usar a analogia *in bonam partem*, aplicando a pena do tráfico de drogas – o que me parece a mais sensata; terceiros, ainda, simplesmente, ignoram a pena e punem tal como prevê a lei (...).”

(“Código Penal Comentado”, Guilherme de Souza Nucci, 11ª ed., SP, Ed. RT, 2012). À sua vez, leciona Miguel Reale Junior: “A aberrante desproporção entre a gravidade do fato de vender remédio,

cosmético ou saneante sem registro e a gravidade da sanção cominada impõe que se reconheça como inafastável a inconstitucionalidade da norma penal do art. 273, § 1º-B, do CP, introduzido pela Lei nº 9.677/98 e do art. 1º da Lei nº 9.695/98, em virtude de lesão a valores e princípios fundamentais da Constituição”.

(“A Inconstitucionalidade da Lei dos Remédios”, Miguel Reale Junior, RT 763/415 *in* “Código Penal Comentado”, Celso Delmanto, 8ª ed., Ed. Saraiva, 2010).<sup>22</sup>

No excelente voto, o E. Desembargador Federal traça um panorama sobre o assunto na jurisprudência brasileira, em que ressalta a existência de decisões divergentes nos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça. Destaco dessa passagem o seguinte:

De seu turno, o e. *Tribunal Regional Federal da 4ª Região* firmou posicionamento no sentido de que, apesar de não haver inconstitucionalidade nas penas do artigo 273 do Código Penal, as mesmas mostram-se desproporcionais, devendo, assim, serem substituídas por aquelas previstas para o crime de tráfico de entorpecentes, com fundamento, essencialmente, na aplicação da analogia *in bonam partem* (cf., nesse sentido, AC nº 0006405-68.2008.404.7002, Rel. Des. Fed. Álvaro Eduardo Junqueira, j. 02/04/2013). Cuida-se, aliás, de entendimento já adotado no âmbito do c. *Superior Tribunal de Justiça*, segundo o qual a pena prevista para o aludido dispositivo mostra-se excessiva, desproporcional, tocando ao Judiciário promover o ajuste da norma, conforme princípios constitucionais (v. REsp nº 915442/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 14/12/2010, DJe. 01/02/2011

<sup>22</sup> TRF 3ª REGIÃO, Arg Inc 0000793-60.2009.4.03.6124/SP, Órgão Especial, Relator originário Desembargador Federal Márcio Moraes, Relatora para o Acórdão Desembargadora Federal Diva Malerbi, j. 14/08/2013, e-DJF3 23/08/2013.

e, no mesmo sentido, HC nº 265912, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 08/03/2013, DJe 12/03/2013).<sup>23</sup>

E sobre o argumento de indevida incurção na discricionariedade legislativa, acrescentou:

Deveras, a proporcionalidade, na seara penal, tem grande espectro, controlando a atividade do legislador, do magistrado e do juiz da execução. Concentremo-nos no aspecto legiferante, e, aí, veremos que, nesse campo, é fecunda a incidência do cânone em testilha, zelando-se pela correlação lógica entre o comportamento descrito e a penalização que lhe é prevista; entre as várias penas cominadas aos demais delitos integrantes do código e das legislações especiais; e, finalmente, entre as penas atribuídas aos delitos de resultado e os de mera conduta. *Em outros dizeres: o legislador, ao contrário do que se pode crer num primeiro momento, não é absolutamente livre para instituir delitos e penas como melhor lhe aprouver, devendo, sempre, se pautar pelo princípio da proporcionalidade, dentre outros a obtemperar-lhe o arbítrio.* (destaquei)

(...)  
*Ainda que seja difícil – ou mesmo impossível – estabelecer critérios para a proporção absoluta entre crime e pena, é possível estabelecer critérios gerais relativos que ao menos tornem coerente o ordenamento do ponto de vista da proporcionalidade. Esta coerência – ao menos dentro do Estado Democrático de Direito que se pauta pela proteção das expectativas de dignidade – exige a intensificação da pena quanto mais importante o bem jurídico tutelado, quanto mais próxima a lesão a este mesmo bem, e quanto mais reprovável o elemento subjetivo da conduta.* (destaques do Relator)<sup>24</sup>

Após longa exposição doutrinária sobre o princípio da proporcionalidade arremata:

Vê-se, pois, que a doutrina é fecunda ao apregoar a necessidade do legislador observar o princípio da proporcionalidade, de matiz constitucional, sob pena de incorrer em afronta ao Texto Excelso, contrastável na via judicial. *Não se discute, assim, a adoção desta ou daquela política legislativa, que se encerra na margem de discricionariedade franqueada aos representantes do povo, mas sim a obrigatoriedade dessa atuação pautar-se nos termos constitucionais* – muito embora seja forçoso reconhecer que as respostas açodadas do Parlamento aos anseios da sociedade, quase sempre divulgados pelos meios de comunicação a seu talante, venham esbarrando, não raro, na Carta Magna, por exasperada que sejam. (destaques do Relator)<sup>25</sup>

O voto do E. Desembargador Federal Márcio Moraes é de inegável consistência jurídica. Bem demonstra que não se pretende substituir meramente o juízo de *discricionariedade legislativa* por uma *discricionariedade judicial* um mero juízo de conveniência e oportunidade por aplicação quase subjetiva dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o que é vedado fazer.

Com efeito, o voto se apoia em argumentação jurídica sólida, decorrente da demonstração dessa desproporção aberrativa, pela análise comparativa de outros crimes tipificados no Código Penal, através da qual demonstra a violação do critério de proporção de penas do próprio sistema penal tal qual imposto pelo legislador. Por consequência, evidencia que a sanção aqui debatida fere a ideia de resposta penal adequada do ponto de vista do princípio da isonomia. Não posso deixar de transcrever o seguinte excerto:

<sup>23</sup> *Ibidem.*  
<sup>24</sup> *Ibidem.*

<sup>25</sup> *Ibidem.*

Tal o cenário, *para os casos em que a potencialidade ofensiva não se mostra concreta*, bem se vê a aberração encetada pela legislação em discussão, no que tange à pena mínima contida no preceito secundário cominado, mormente se considerarmos que o delito de que se cuida é de perigo abstrato. *E, a um crime desse naipe, é atribuída pena mínima assaz superior às irrogadas a severos crimes de dano.*

Para bem se ilustrar a distorção contemplada pelo artigo 273 do Código Penal, à guisa de parâmetro, é válido incursionar no preceito secundário de alguns dos mais graves crimes categorizados em nossa ordem positiva. A desproporção em certas situações se afigura aberrante. Assim é que, para o *homicídio doloso simples*, insculpido no artigo 121, *caput*, do CP, o legislador houve por estatuir pena de *reclusão de 06 a 20 anos*, é dizer, a pena mínima é quase a metade da pena mínima instituída para o delito do artigo 273.

No que diz com o *homicídio culposo* (artigo 121, § 3º, do CP), giza-se pena de *DETENÇÃO de 01 a 03 anos*, ou seja, a pena mínima fixada ao crime do artigo 273 é três vezes superior à máxima fixada para este crime.

Com pertinência ao *aborto provocado por terceiro sem consentimento da gestante* (artigo 125 do CP), consignase pena de *reclusão de 03 a 10 anos*, ou seja, a máxima equivale à mínima registrada à figura penal ora tratada. No que tange à *lesão corporal seguida de morte* (artigo 129, § 3º, do CP), é assentada pena de *reclusão de 04 a 12 anos*: mínima e máxima substancialmente inferiores às categorizadas para o crime a respeito do qual gravita esta arguição de inconstitucionalidade.

Por fim, no que concerne ao *roubo* (artigo 157, *caput*, do CP), prescreve-se pena de *reclusão de 04 a 10 anos e multa*, importando dizer que a pena mínima cominada é menos da metade da irrogada ao crime do artigo 273, e mais, a pena máxima prevista para o roubo

corresponde à mínima consagrada para o do artigo 273.

Alguns entendem serem inválidas tais comparações, fulcrados no argumento de que o crime do artigo 273 do Código Penal tem por objetividade jurídica a saúde pública, é dizer, visa à proteção de toda a sociedade, ao passo que os demais delitos cotejados têm objetos jurídicos diversos, mirando a proteção de pessoa determinada. Com a devida vênua dos que compartilham desse entendimento, temos esse raciocínio por indevido, pois o crime do artigo 273 do CP é crime formal, em ordem a inexigir, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, enfeixado na efetiva existência do resultado danoso. É, sim, tipo de perigo abstrato, ao passo que, nos outros delitos que enumeramos exemplificativamente, a efetiva lesão há de existir, motivo pelo qual, pensamos, devem ser apenados, em linha de princípio, de forma mais severa.

Ao demais disso, aos que não concordam com tal entendimento, destaco que existe uma figura bem parelha à ora examinada, a atingir, de igual, toda a coletividade e para a qual se comina pena mínima substancialmente inferior à atribuída ao delito em causa. Estamos a falar do tipo definido no artigo 272 do Código Penal, que versa a respeito de *falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produto alimentício*, para cujo cometimento está estipulada sanção de *reclusão de 04 a 08 anos e multa*.

De igual modo, o crime de *tráfico ilícito de drogas* – artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 –, que tal qual o crime do artigo 273 do Código Penal, é de perigo abstrato e tem como objetividade jurídica a saúde pública, afetando um número indeterminado de pessoas, além de ser, igualmente, hediondo. Nada obstante, é apenado com pena de *reclusão de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos, além do pagamento de 500 a 1.500 dias-multa*. Nesse cenário, difícil sustentar a diferenciação de pena mínima estipulada

entre um e outro delito. A ilustrar tal distorção de tratamento, imagine-se a seguinte situação hipotética:

Voltando de viagem ao Paraguai, “José” foi preso por autoridades brasileiras em razão de ter adquirido, no comércio local daquele país, dado que mais baratos, medicamentos destinados ao tratamento de doença crônica do seu genitor. Tais medicamentos, sabe-se, são legítimos, sendo vendido, aqui no Brasil, produto similar. Na mesma ocasião também restou preso “Paulo”, que trazia, em sua bagagem, certa quantidade de cocaína para revenda. “José” foi enquadrado no § 1º-B do artigo 273 do codex penal, enquanto “Paulo” restou incurso no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. As circunstâncias judiciais e as condições pessoais dos acusados não recomendam a apenação acima do mínimo legal, além de inexistirem, nos tipos, causas de aumento de pena. Nesse contexto, pergunta-se: Mostra-se razoável impor pena de 10 (dez) anos a “José” – que buscava o tratamento do seu genitor de forma menos custosa – e de 05 (cinco) anos a “Paulo” – traficante de drogas? Essa situação repugnante ao senso mínimo de justiça levaria ao absurdo de apenar-se mais gravemente o tráfico de drogas lícitas que as ilícitas.

O que se busca aqui é evidenciar a desproporção da pena mínima estabelecida para o tipo do artigo 273 do Código Penal em face de outros delitos, igualmente, ou até mais gravosos à sociedade, mediante a demonstração da impropriedade da imposição de tão grave reprimenda – pena mínima de 10 (dez) anos – *àquelas hipóteses em que a conduta do agente pouca ou nenhuma ofensividade causou à sociedade.* (destaques do Relator)<sup>26</sup>

Prossegue em outra passagem, o E. Desembargador Federal a ilustrar situações anômalas geradas pela aplicação dessa norma penal:

Mais uma vez, para bem ilustrar a situação, imagine-se o seguinte fato: houve a prisão, pelo delito tipificado no § 1º-B do artigo 273 do CP, de uma dona de casa que, voltando de viagem de turismo ao exterior, trouxe, para familiares, cosméticos (batons, xampus, etc.), alguns dos quais, soube-se depois, necessitavam de registros no órgão de vigilância sanitária competente. Assim, pergunta-se: qual a ofensividade dessa conduta? qual a razoabilidade em impor pena de 10 (dez) anos a essa pessoa? A resposta, para ambos os questionamentos, é uma só: nenhuma!

Destaque-se, outrossim, que os limites estipulados para a pena do artigo 273 do Código Penal – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos – ofende, além do princípio da proporcionalidade, o preceito constitucional da individualização da pena, ante a larga diversidade de condutas previstas no tipo e a nenhuma margem que o julgador possui para fixação mais atenuada da reprimenda. Por esse princípio, previsto no inciso XLVI do artigo 5º da CF/88, a pena imposta ao infrator deve ser personalizada e particularizada, levando-se em conta a natureza e as circunstâncias dos delitos, bem assim as características pessoais do infrator, impedindo-se, desse modo, a padronização de sanções penais. Ora, frente a duas infrações ao artigo 273 do CP, uma de pouquíssima gravidade (a dona de casa do conto acima que “importou” cosméticos) e outra gravíssima (o falsificador contumaz de medicamentos destinados à cura de doenças graves), a permanecer a atual redação do preceito secundário do referido dispositivo, o julgador se verá na contingência de estabelecer pena de 10 anos à conduta menos gravosa e não mais que 15 anos àquela de muito maior gravidade, o que, convenhamos, ofende tanto o princípio da individualização da pena, como o da proporcionalidade, a que tanto nos referimos. (destaques do Relator)<sup>27</sup>

26 *Ibidem.*

27 *Ibidem.*

E sobre a possibilidade de ingresso na seara da discricionariedade legislativa na fixação da pena, registre-se, como registrado no citado voto, o entendimento do E. Ministro Celso de Mello, manifestado em decisão liminar:

RECEPTAÇÃO SIMPLES (DOLO DIRETO) E RECEPTAÇÃO 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 CELSO, 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). DOUTRINA. 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. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. (destaquei)<sup>28</sup>*

Portanto, fica evidente que o legislador desbordou dos limites de sua discricionariedade na hipótese, tornando curial a incursão do Judiciário com vistas à correção dessa

decisão política. Isto só excepcionalmente se admite – porém, resguardados certos limites –, constitui-se em função do Juiz Constitucional, autorizada no caso em questão por tratar-se, evidentemente, do exercício de função de *justiça corretiva* e não de *justiça distributiva* própria do legislador.

Na hipótese aqui tratada, a desproporção é tão evidente que mais do que legitimar a incursão da função jurisdicional nesse juízo de proporcionalidade, faz exigir correção pelo Judiciário, que *deve* agir nos termos e nos limites de sua função constitucional, afastando a aplicação dessa norma de iniquidade gritante, de forma a garantir a unidade e coerência do sistema penal.

Com efeito, a unidade e ordenação do Direito, que segundo Claus-Wilhelm Canaris são os pressupostos da existência de um sistema jurídico, decorrem, necessariamente, do postulado da igualdade, da justiça como equidade. Nas palavras do renomado jurista alemão:

Assim a exigência de "ordem" resulta directamente do reconhecido postulado da justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença: tanto o legislador como o juiz estão adstritos a retomar "consequentemente" os valores encontrados, "pensando-os, até ao fim", em todas as consequências singulares e afastando-os apenas justificadamente, isto é, por razões materiais, – ou, por outras palavras: estão adstritos a *proceder com adequação*. Mas a adequação racional é, como foi dito, a característica da "ordem" no sentido do conceito de sistema, e por isso a regra da adequação valorativa, retirada do princípio da igualdade, constitui a primeira indicação decisiva para a aplicação do pensamento sistemático na Ciência do Direito, – o que, por exemplo, FLUME, seguindo SAVIGNY, certamente exprime quando caracteriza o sistema como "a consequência do Direito, interiormente pressuposta". *De modo se-*

<sup>28</sup> STF, HC nº 92525/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, j. 31/03/2008, DJe 03/04/2008.

*melhante, também a característica da unidade tem a sua correspondência no Direito, embora a idéia da “unidade da ordem jurídica” pertença ao domínio seguro das considerações filosóficas. Também esta não é, de modo algum, apenas um “postulado lógico-jurídico”, antes se reconduzindo, da mesma forma, ao princípio da igualdade. Por um lado ela constitui – nos seus, por assim dizer, componentes negativos – apenas de novo uma emanação do princípio da igualdade, enquanto procura garantir a ausência de contradições da ordem jurídica (o que já está abrangido pela idéia de adequação, e por outro – no seu componente positivo ela não representa mais do que a realização da “tendência generalizadora” da justiça, que exige a superação dos numerosos aspectos possivelmente relevantes no caso concreto, a favor de uns poucos princípios, abstractos e gerais. Através deste último, garante-se que a “Ordem” do Direito não se dispersa numa multiplicidade de valores singulares desconexos, antes se deixando reconduzir a critérios gerais relativamente pouco numerosos, e com isso fica também demonstrada a efectividade da segunda característica do conceito de sistema, da unidade.<sup>29</sup>*

Daí se infere que o juiz não pode prescindir na sua atividade de interpretar e integrar o ordenamento, de modo a conferir-lhe a coerência sistemática na qual a própria ideia de sistema se apoia e sem a qual não pode existir, – da ideia de justiça como igualdade, proporcionalidade no tratamento entre situações evidentemente desiguais. A esses postulados se submetem tanto o juiz quanto o legislador.

Fixada essa premissa, é preciso arrematar a questão analisando quais seriam as reais

consequências jurídicas dessa declaração no caso concreto, no que tange à repressão da conduta analisada.

## **7. A inconstitucionalidade da norma e a adequada subsunção do fato.**

Primeiramente, cumpre anotar, como se deixou antever, que a conduta nos parece passível de tutela pelo Direito Penal, já que dela se pode presumir um perigo abstrato à saúde pública. Não é o caso de chegar-se a imputá-la materialmente atípica pela insignificância ou adequação social, pois contém o perigo abstrato, hipotético, de causar dano à saúde pública.

Portanto, não há dúvida de que o legislador, ao criminalizar a conduta, agiu dentro dos limites de sua função discricionária de estabelecer, fragmentariamente, dentre os interesses tuteláveis pelo direito, os mais graves, pinçando-os para a tutela penal.

A inconstitucionalidade da norma, contudo – considerado para esse fim incindível o conjunto da conduta proibida e da sanção, os preceitos primário e secundário –, não resulta em impunidade desse ilícito.

O próprio ordenamento jurídico penal prevê para o caso sanção compatível à gravidade em termos da gradação proporcional.

Na verdade, a norma do artigo 273, § 1º-B, I, é especial em relação a outra norma, a do artigo 334-A, § 1º, II, IV ou V, do Código Penal,<sup>30</sup> que dispõe:

Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida: (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26/06/2014)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26/06/2014)

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

<sup>29</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 5. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 18-20.

<sup>30</sup> Para fatos ocorridos antes da publicação Lei nº 13.008, de 26/06/2014, seria igualmente possível o enquadramento no artigo 334, cuja redação foi modificada por aquela lei.

(Incluído pela Lei nº 13.008, de 26/06/2014)

(...)

II - importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente; (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26/06/2014)

(...)

IV - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira; (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26/06/2014)

V - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira. (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26/06/2014)

§ 2º - Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. (Incluído pela Lei nº 4.729, de 14/07/1965)

(...)

Ao excluir-se a aplicação do artigo 273, § 1º e § 1º-B, I, por inconstitucionalidade, a conduta não cai no vazio da impunidade, pois há tipo penal incriminador vigente para a hipótese: a ação aqui comprovada permanece típica, pois se subsume ao artigo 334-A e seus incisos do Código Penal, que consiste em importar mercadoria proibida de qualquer tipo, comercializá-la, ou expô-la à venda.

Aqui faço um aparte para abordar uma outra vertente que tem surgido na jurisprudência, a analogia com o tráfico de drogas, tese à qual filou-se o voto acima transcrito, basicamente, por não ser vedada a analogia que, em última análise, viesse em benefício do réu. Segundo aqueles que defendem essa tese, seria uma analogia *in bonam partem* indireta, eis que o resultado da decisão que

a aplica é benéfico, ainda que na raiz não o seja. Explicarei em seguida.

Como defendeu o E. Desembargador Federal Márcio Moraes no voto acima citado:

Deveras, o entendimento segundo o qual a aplicação da analogia *in bonam parte* encontra óbice no princípio da estrita reserva legal é, a nosso sentir, incoerente. Porquanto a estrita legalidade é garantia constitucional outorgada ao acusado, salvaguardando-o da atuação do Estado, carecendo de sentido invocá-la para inibir interpretações que lhe sejam favoráveis.<sup>31</sup>

Com efeito, em que pese parecer solução razoável no sentido de se cominar uma sanção dentro de um rigor mais próximo do proporcional, não acintosamente desmedido e ainda adequado até do ponto de vista do bem jurídico tutelado por ambos os preceitos – a saúde pública –, implicaria, na verdade, tecnicamente, em analogia *in malam partem*, vedada – e, nesse passo, acabaria resvalando para o exercício indevido da atividade legislativa pelo Judiciário.

Isso porque retirada a norma do sistema por inconstitucionalidade, de duas uma: ou a conduta não restaria tipificada, ou restaria tipificada em outra norma que a abarcasse. Declarar inconstitucional a norma e subsumir a conduta ao tráfico de drogas, significaria ou a incriminação de um comportamento *atípico por equiparação* e, nesse sentido, uma analogia *in malam partem*, ou, em se



31 TRF 3ª REGIÃO, Arg Inc 0000793-60.2009.4.03.6124/SP, Órgão Especial, Relator originário Desembargador Federal Márcio Moraes, Relatora para o Acórdão Desembargadora Federal Diva Malerbi, j. 14/08/2013, e-DJF3 23/08/2013.

adotando a tese de incriminação pelo 334-A, uma *analogia* também *in malam partem* pela regra da especialidade em relação ao bem jurídico tutelado (saúde pública), pois a norma do artigo 334-A é mais benéfica.

Isso porque a norma inconstitucional é aquela que não encontra fundamento de validade no ordenamento jurídico, por incompatibilidade hierárquica. A ação descrita e apenada *em norma inválida*, cuja inconstitucionalidade se reconhece, *seria, por consequência, lícita*. Portanto, seria vedada a analogia para incriminá-la, em virtude de outro princípio, o da reserva legal: *nullum crimen, nula poena sine praevia lege*.

Daí que equiparar essa conduta ao tráfico de drogas, norma especial, dirigida a incriminar o comércio das substâncias tidas por entorpecentes por portaria do Ministério da Saúde, é realizar a analogia incriminadora, vedada.

Feito esse parêntesis, e voltando ao já exposto, entendo que a conduta se subsume perfeitamente ao crime do artigo 334-A, de contornos mais genéricos para as importações proibidas (contrabando) ou desacompanhadas da documentação de regularidade fiscal (des-caminho) e ao comércio respectivo.

O fato de o contrabando não tutelar especificamente a saúde pública não é relevante, pois a circunstância pode ser aquilatada na pena base. Lembro, a reforçar essa tese, que o STF equiparou a contrabando a importação de cloreto de etila (vulgo lança-perfume),<sup>32</sup> substância estupefaciente que foi por algum tempo retirada do respectivo rol oriundo de portaria do Ministério da Saúde. Trata-se de questão sanitária, por óbvio, e o cloreto de etila voltou a ser considerado substância entorpecente após a *abolitio criminis* reconhecida pelo STF na citada decisão. Mas a Corte autorizou fosse a conduta enquadrada no contrabando por falta da previsão legal

específica na data dos fatos.

Desta maneira, retirada a previsão do artigo 273, § 1º-B, I, norma especial em relação a importação e comércio dos medicamentos aqui tratados no território nacional, a conduta continua incriminada pelo ordenamento jurídico, subsumindo-se perfeitamente à descrição típica feita pelo artigo 334-A do Código Penal.

Feito o enquadramento no artigo 334-A do CP, em meu entender, nada impede que se gradue a pena base levando em consideração a gravidade especial dessa forma de contrabando, na análise das circunstâncias judiciais do artigo 59. Nessa fase, poder-se-ia analisar com mais especificidade o desvalor particular da conduta, ou as consequências potenciais daquele crime, tendo em mente o bem jurídico protegido: *a higidez e segurança do sistema sanitário*.

Em assim se procedendo, não se correria o risco de pena desproporcional para menos, isto é, muito branda para o delito contra o bem jurídico saúde pública, sem incorreremos na aplicação de sanção obviamente desproporcional pelo excesso do gravame.

## 8. Conclusão.

Em resumo, o excesso praticado pelo legislador na hipótese é tão evidente que legítima a incursão do Poder Judiciário em um juízo de constitucionalidade do tipo penal, em virtude da sanção aplicável, de modo a declará-lo incompatível com a Constituição Federal.

Dito isso, ainda que o tipo seja inválido em virtude de inconstitucionalidade, a conduta permanece tipificada no Código Penal em virtude do princípio *lex specialis non derogat generalis*: plenamente vigente, o artigo 334-A do Código Penal abarca a questão e consiste em instrumento adequado para a punição deste crime com o devido rigor, especialmente se considerados eventuais aspectos

32 STF, HC 68904/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, j. 17/12/1991, DJ 03/04/1992.

relativos à saúde pública na primeira fase da dosimetria da pena, adequando-se a norma do artigo 334-A à relevância do bem jurídico protegido especialmente, a saúde pública.

A analogia com o tráfico de drogas não seria a melhor solução por consistir, tecnicamente, em analogia *in malam partem*, já que a declaração de inconstitucionalidade retira a norma especial do sistema. A conduta não se enquadra no crime do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 e, portanto, se trata de analogia. A analogia é em desfavor do agente, pois se a ação deixa de ser punível, ou se for punível validamente por norma mais benéfica, como se sustenta, enquadrá-la no tráfico seria analogia *in malam partem*.

Considero, contudo, como já concluímos, que a comportamento permanece punível, com descrição típica adequada, porém, unicamente pela subsunção ao artigo 334-A do Código Penal, o que dispensaria qualquer analogia.

O Direito existe como sistema e não como um aglomerado de normas desconexas. A segurança jurídica se apoia na sua ideia de unidade e ordenação, cujo amálgama é o princípio da igualdade, da justiça como equidade, que pressupõe tratamento desigual a situações díspares e tratamento proporcional na medida dessas desigualdades.

## Bibliografia.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRITO, Carlos Ayres. O humanismo como categoria constitucional. *Apud* PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da atividade administrativa*. São Paulo: Elsevier, 2009.

BUSCEMI, Nina *et al.* Efficacy and safety of exogenous melatonina for secondary sleep disorders and sleep disorders accompanying sleep restriction: meta-analysis. *BMJ*, v. 332, fev. 2006. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1370968/>>. Acesso em: 06 maio 2014.

CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 5. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, reimpressão 1999.

DALL'OLIO, Giancarlo *et al.* Agranulocitose induzida por dipirona. *Revista Brasileira de Medicina*, Grupo editorial Moreira Jr., v. 60, n. 9, set. 2003. Disponível em: <[http://www.moreirajr.com.br/revistas.asp?fase=r003&id\\_materia=2396](http://www.moreirajr.com.br/revistas.asp?fase=r003&id_materia=2396)>. Acesso em: 06 maio 2014.

GEPEC – Gerência de Medicamentos Novos, Pesquisa e Ensaio Clínicos. *Como a ANVISA vê o uso off label de medicamentos*. Brasília, 23 maio 2005. Disponível em: <[http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro\\_offlabel.htm](http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro_offlabel.htm)>. Acesso em: 06 maio 2014.

\_\_\_\_\_. *Como a ANVISA avalia o registro de medicamentos novos no Brasil*. Brasília, 20 jan. 2005. Disponível em: <[http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro\\_novos.htm](http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro_novos.htm)>. Acesso em: 06 maio 2014.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, ano I, v. I, n. 5, ago. 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf)>. Acesso em: 06 maio 2014.

PASTORE, Karina. O paraíso dos remédios falsificados. *Revista Veja*, 08 jul. 1998. Disponível em: <[http://veja.abril.com.br/080798/p\\_040.html](http://veja.abril.com.br/080798/p_040.html)>. Acesso em: 06 maio 2014.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da atividade administrativa*. São Paulo: Elsevier, 2009.

PREVIDELLI, Amanda. 5 medicamentos proibidos lá fora e comercializados no Brasil. *Revista Exame.com*, 18 fev. 2013. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/5-remedios-proibidos-la-fora-e-comercializados-no-brasil?p=4>>. Acesso em: 06 maio 2014.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRF 3ª REGIÃO, Arg Inc 0000793-60.2009.4.03.6124/SP, Órgão Especial, Relator originário Desembargador Federal Márcio Moraes, Relatora para o Acórdão Desembargadora Federal Diva Malerbi, j. 14/08/2013, e-DJF3 23/08/2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.