

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

ANTONIO EDUARDO RAMIRES SANTORO

THAYARA SILVA CASTELO BRANCO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C928

Criminologias e política criminal II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFPR

Coordenadores: Antonio Eduardo Ramires Santoro; Thayara Silva Castelo Branco – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-534-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Defesa jurídico-penal. 3. Infração.
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : São Luís, Maranhão).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

Apresentação

O Grupo de Trabalho “Criminologia e Política Criminal II” realizado no XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, na cidade de São Luís, na Universidade Ceuma, dentre os seus 14 trabalhos apresentados, discutiu as mais diversas problemáticas e densidades que permeiam o tema.

O primeiro trabalho, intitulado “O estado penal-psiquiátrico e a negação do ser humano (presumidamente) perigoso”, de autoria da professora Thayara Castelo Branco, tratou dos contornos do direito penal de “tratamento” com base no discurso médico-psiquiátrico, buscando analisar as consequências da reação (penal) ao sujeito “perigoso” e potencialmente criminoso, bem como a herança dessa periculosidade no Sistema de Justiça Criminal brasileiro. Dessa forma, problematizou o Estado penal-psiquiátrico que passou a conectar a noção de “doença” e de “perigo” como justificativa de negação e aniquilamento do ser humano.

O segundo trabalho, “São Luís, de Ilha do Amor à Ilha do Terror: a “conquista” do 21º lugar dentre as cidades mais violentas do mundo”, foi de autoria do professor Mauricio José Fraga Costa. O autor aponta que após a ONG Conselho Cidadão pela Seguridade Social Pública e Justiça Penal do México divulgar o ranking das 50 cidades mais violentas do mundo em 25 de janeiro de 2016, São Luís foi apontada como a 21ª. O trabalho pretendeu identificar as causas desta situação que teria iniciado com o incremento do tráfico de drogas e se consolidou com a constituição de facções criminosas em relações com outros grupos organizados de outras partes do país. O autor propôs que as políticas públicas não sejam apenas reativas ao crime, apontando que o programa de georreferenciamento, segundo dados de 2016, já aponta para uma melhoria da situação de violência.

O terceiro trabalho, de autoria de Joao Victor Duarte Moreira e Lucas Silva Machado, chamado “Da legitimidade do Superior Tribunal de Justiça para resolver a questão da política criminal referente ao art. 273 do Código Penal”, aborda o art. 273 que tipifica a conduta de “falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais” e sofreu alterações legislativa que aumentaram a pena e indicaram-no como crime hediondo. O trabalho discute a legitimidade do STJ que declarou a inconstitucionalidade apenas do preceito secundário do tipo, bem como, diante desta situação, qual seria a pena aplicável para este tipo penal.

O quarto trabalho das autoras Daiane Ayumi Kassada e Érika Mendes de Carvalho, tratou da “Responsabilidade das pessoas jurídicas em infrações ambientais em face do princípio do “ne bis in idem”: uma abordagem político-criminal”. As autoras discutiram a aplicação do princípio do “ne bis in idem” no âmbito dos crimes ambientais, uma vez que há previsão constitucional da responsabilidade das pessoas jurídicas no âmbito penal e administrativo. Naturalmente não se discute que uma pessoa (seja física ou jurídica) possa ser punida duas vezes na seara penal ou duas vezes na seara administrativa pelo mesmo fato, o que não se discute é o aspecto transversal, ou seja, se existe um impedimento, à luz do “ne bis in idem” de que uma pessoa sofra duas sanções, uma penal e outra administrativa, pelo mesmo fato.

O quinto trabalho, “Um júri em Alvorada/RS”, é de autoria de Dani Rudnicki e Anna Carolina Meira Ramos. Os autores vêm acompanhando julgamentos em plenário do júri em Alvorada no Rio Grande do Sul com o objetivo de analisar qualitativamente os discursos de acusação e de defesa, sua pertinência com o caso ou com modelos estereotipados. A escolha de Alvorada se deu em razão do alto índice de homicídios para uma cidade do seu porte. O trabalho aborda especificamente os discursos de um julgamento no tribunal do júri ocorrido no dia 18 de maio de 2017, em que se identificou a utilização de argumentos moralistas absolutamente alheios ao fato imputado ao réu, tanto por parte da acusação quanto da defesa.

O sexto trabalho, de Antoine Youssef Kamel e Tiemi Saito, chamado “Uma proposta à reflexão da crise do paradigma carcerário”, é um trabalho com pretensão de refletir sobre a crise do sistema carcerário a partir do pensamento de Thomas Kuhn exposto na obra “A estrutura das revoluções científicas”. Os autores apontam uma disfunção entre o discurso oficial e as reais finalidades da pena de prisão, reconhecem que não há atualmente uma alternativa à prisão e indicam a experiência da APAC como um redutor efetivo de reincidência.

O sétimo trabalho, cujo tema é “Lei Maria da Penha”: uma análise atual da implementação da Rede Integral de Atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar sob a perspectiva da legislação simbólica”, é de autoria de Leandra Chaves Tiago e Luciana Andréa França Silva. O texto aborda que a Rede Integral de Atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar foi um dos mecanismos previstos legalmente para proteção da mulher diante da violência de gênero, sendo sua implementação o objeto do estudo das autoras, que trabalham uma importante crítica sobre a possibilidade de que a Lei Maria da Penha seja uma legislação penal simbólica no sentido negativo, uma vez que à falta de políticas públicas os mecanismos previstos é que podem efetivamente garantir a integridade das mulheres vítimas de violência.

O oitavo trabalho, de Natália Lucero Frias Tavares e Antonio Eduardo Ramires Santoro, cujo título é “Legitimação pela deturpação: a subversão do discurso feminista como justificativa para o encarceramento”, reflete sobre o imenso aumento do número de encarceramento de mulheres no Brasil, o que faz necessário um questionamento sobre as transcendências da pena. Isso porque os filhos recém-nascidos e até doze anos terminam por sofrer indireta ou diretamente os efeitos da pena. Os autores realizaram uma pesquisa empírica com base em questionário aplicado na cidade do Rio de Janeiro para conhecer a opinião e percepção da população sobre o aprisionamento de mulheres grávidas e obtiveram respostas que terminam por subverter o discurso feminista para legitimar o encarceramento. Foram também analisados dois casos concretos para avaliação da seletividade do encarceramento feminino.

O nono trabalho, “Justiça restaurativa no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania: da teoria à prática”, de Maria Angélica dos Santos Leal e Daniel Silva Achutti, apresenta as reflexões e indagações iniciais das atividades empíricas desenvolvidas junto ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) de Práticas Restaurativas de Porto Alegre. Um problema apontado é a dificuldade da academia pesquisar sobre algo que não se pode participar, uma vez que o acesso público se faz apenas nos casos de sucesso, o que influencia metodologicamente a atividade do investigador. Uma outra reflexão é que apenas os casos que não são graves é que são encaminhados ao CEJUS. São importantes reflexões a partir de pesquisa empírica.

No décimo trabalho, de Juan Pablo Moraes Morillas, o qual chamou ““Nova prevenção”, “policiamento comunitário” e “policiamento orientado à resolução de problemas””: uma reflexão em meio à crise no sistema de justiça criminal”, o autor questiona o caráter preventivo da pena e o baixo índice de elucidação de crimes como pontos centrais da crise do atual sistema de justiça criminal no Brasil. O autor parte daquilo que ele chamou de nova criminologia para contestar a eficiência do modelo tradicional de justiça penal e aponta a “nova prevenção” como uma alternativa de atuação do Estado antes do crime. O autor cita os programas “Ronda do Quarteirão” em Fortaleza - CE, e o “Ronda no Bairro” em Manaus – AM, como exemplos, e afirma que não se trata de uma nova roupagem para o mesmo discurso repressivo de sempre, mas leituras de conflitos sociais fora do direito penal.

No décimo primeiro trabalho de André Martins Pereira e Marcus Alan de Melo Gomes, intitulado “A fabricação dos medos pela mídia e a violência do sistema penal”, os autores questionam a relação entre a mídia e o sistema penal. Partindo da compreensão de Zaffaroni, os autores apontam que os meios de comunicação são agências do sistema penal, que produzem uma realidade específica. Trabalha-se com a ideia de que há mídia hegemônica e não hegemônica, focando o estudo nas primeiras, para então enfrentar a adesão subjetiva de

trata Vera Malaguti Batista. Afirmam os autores que a demanda por punição, que leva ao encarceramento em massa, passa pela atividade dos meios de comunicação que provocam um desejo de encarceramento por conta da adesão subjetiva, que se mostra em tensão em relação à ineficiência deste encarceramento para o alcance dos supostos fins a que se destinam.

No décimo segundo trabalho, “A Criminologia da Libertação e o fenômeno da seleção policizante nas polícias brasileiras: uma epistemologia crítico-criminológica necessária”, a autora Vitória de Oliveira Monteiro pesquisou quais seriam as contribuições epistemológicas da Criminologia da Libertação para compreensão do fenômeno da seleção policizante, que implicam em práticas racistas e preconceituosas, que terminam por deteriorar a imagem e ética policial, o que é, como afirma a autora arrimada em Zaffaroni, próprio dos países latino-americanos. Para tanto a autora parte de uma abordagem da Criminologia da Libertação, à luz do pensamento de Lola Aniyar de Castro e Vera Andrade, como uma vertente criminológica latino americana que se pretende um processo emancipatório que alia a práxis e a teoria.

No décimo terceiro trabalho, “Realismo crítico, política criminal e dogmática: o papel ativo do discurso criminológico na inovação legislativa e doutrinária”, os autores Gabriel Antinolfi Divan e Eduardo Tedesco Castamann analisaram, diante de uma vertente crítica, o potencial crítico do discurso criminológico e sua influência prática. Partiram dos estudos de Gabriel Anitúa e aplicaram um realismo crítico de esquerda para terem uma influência prática maior, para implementar uma produção mais efetiva da criminologia, com o estabelecimento de um diálogo político que permitisse uma produção legislativa orientada politicamente.

No décimo quarto é último trabalho, de Francisco Antonio Nieri Mattosinho, intitulado “(Não) corra, que a polícia vem aí: análise das prisões em flagrante delito por tráfico de drogas submetidas às varas criminais de Ourinhos/SP a partir do REsp 1.574.681/RS”, o autor trabalhou para responder o problema sobre a legalidade da violação de domicílio por policiais coma apreensão de drogas sem mandado. Questiona-se a legalidade dessa apreensão no caso em que os policiais determinaram que o cidadão não corresse e, tendo ele não acatado a ordem, justificado o ingresso em domicílio e apreensão de drogas. O trabalho analisa o problema a partir da teoria do direito penal do inimigo de Günther Jakobs e analisa dados empíricos colhidos pelo autor nas audiências de custódia realizadas na Comarca de Ourinhos .

Professora Dra. Thayara Silva Castelo Branco – Uniceuma e UEMA

Professor Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro – UFRJ, UCP e IBMEC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**DA LEGITIMIDADE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA RESOLVER
A QUESTÃO DA POLÍTICA CRIMINAL REFERENTE AO ART. 273 DO CÓDIGO
PENAL**

**THE LEGITIMACY OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE TO RESOLVE THE
QUESTION OF THE CRIMINAL POLICY REGARDING ART. 273 OF THE
CRIMINAL CODE**

**Joao Victor Duarte Moreira
Lucas Silva Machado**

Resumo

Trata-se de estudo que visa a investigar em que medida o Superior Tribunal de Justiça tem legitimidade para declarar inconstitucional a pena do art. 273 do Código Penal Brasileiro. Embora se cuide de situação em que a pena se evidencia desproporcional, cuida-se de questão que desperta discussão a respeito da possibilidade de o Judiciário descriminalizar ou despenalizar condutas definidas como crime pelo Poder Legislativo.

Palavras-chave: Separação de poderes, Política criminal, Art. 273, cp, Limites da decisão judicial, Legitimidade do stj

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to investigate the extent to which the Superior Court of Justice has standing to declare unconstitutional the penalty of art. 273 of the Brazilian Penal Code. Although it takes care of a situation in which the penalty is disproportionate, it takes care of an issue that raises a discussion about the possibility of the Judiciary decriminalizing or decriminalizing conduct defined as a crime by the Legislative Branch.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Separation of powers, Criminal policy, Art. 273, cp, Limits of the judicial decision, Legitimacy of the stj

1. INTRODUÇÃO

O Código Penal brasileiro tipifica como crime, no art. 273, a conduta de “falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais”, fixando pena em patamares que variam entre o mínimo de 10 (dez) e o máximo de 15 (quinze) anos de reclusão.

No entanto, em face da desproporcionalidade da pena e por violação ao princípio da individualização das penas, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu pela inconstitucionalidade do preceito secundário previsto para o referido tipo penal, sem que o Congresso Nacional tenha ainda editado lei para fixar uma nova cominação abstrata ao referido tipo penal.

Dessa forma, hoje, não existem parâmetros seguros – na lei, tampouco na jurisprudência – para que se sedimentem os limites de pena para a incidência do referido tipo ao caso concreto. Diante do imbróglio, vislumbra-se uma situação ímpar no ordenamento pátrio: um crime cuja pena fora declarada inconstitucional.

Essa realidade suscita discussões que não se restringem ao plano teórico, não obstante neste âmbito possam ser questionados diversos problemas de notória relevância, como a possibilidade de o Judiciário intervir na (des)criminalização de condutas, o sentido de um crime cujo preceito secundário seja inaplicável, entre outros.

Trata-se de tema com repercussão bastante prática, como saber se será possível uma prisão em flagrante por um crime cuja pena, em abstrato, não pode ser aplicada; firmar entendimento a respeito de que medidas processuais devem ser utilizadas em face do acusado; a título de exemplo.

Vislumbra-se um quadro curioso, na medida em que não se pode falar em “despenalização” por conta da inaplicabilidade de pena privativa de liberdade, uma vez que não são afastadas as penas restritivas de direito, além da possibilidade de multa penal. Ademais, não há que se cogitar “descriminalização”, visto que, a par do estabelecimento de sanção penal, subsistem efeitos como reincidência e maus antecedentes. Portanto, conduta referente a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais é atualmente considerado crime no Brasil, conquanto o seja de forma *sui generis*.

Com base nessa problemática, esta investigação tem por objeto central analisar em que medida a supramencionada decisão do STJ é o instrumento idôneo para resolver a questão das penas do art. 273 do Código Penal.

Dessarte, faz-se necessário, primeiramente, apresentar o atual tratamento jurídico deste crime no Brasil, discorrendo acerca de suas peculiaridades e expondo como a legislação infraconstitucional que cuida do assunto reflete o disposto na Constituição Federal. A seguir, será analisado em que circunstâncias se deu o julgamento naquela corte e quais são as implicações ensejadas por tal decisão.

Por fim, adentra-se ao problema principal já mencionado, qual seja o de investigar a legitimidade do Superior Tribunal de Justiça para resolver a problemática. Tendo em vista que o tema é regulado por legislação específica e que a criminalização de condutas em nosso Estado fica, em regra, a cargo do Congresso Nacional, examina-se se o Poder Judiciário é quem deve deliberar a seu respeito.

O método predominante aplicado a este trabalho é o científico sistêmico, uma vez que o tema será desenvolvido tomando-se em conta os sistemas gerais do Direito Penal e do Direito Constitucional, em cotejo com seus microssistemas internos no que se faz possível interseção, que são os preceitos relacionados à cominação de penas em um Estado Democrático de Direito.

O estudo será realizado através de pesquisa documental e bibliográfica, de forma a realizar uma análise jurídica do assunto sob o filtro da política criminal estatal no que toca às possibilidades do Poder Judiciário e do Poder Legislativo.

Dar-se-á a pesquisa documental mediante a verificação da legislação pertinente, como a Constituição Federal, o Código Penal e legislação afim, além da jurisprudência pátria acerca do tema, tendo-se por preferência os casos julgados por tribunal superior que trate especificamente do art. 273 do diploma penal, esmiuçando suas particularidades.

Vislumbra-se a pesquisa bibliográfica de forma exploratória por meio de consulta a livros, artigos e produções acadêmicas em geral que possibilitem o aprofundamento no entendimento das questões tratadas. Assim, tal busca passará necessariamente pelo estudo dos seguintes temas: separação de Poderes; política criminal; poderes do juiz; limites e legitimidade da decisão judicial.

2. CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DO CRIME PREVISTO NO ART. 273 DO CÓDIGO PENAL

O Código Penal brasileiro atualmente em vigor foi instituído por meio da Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, a qual já contou ao longo de quase oitenta anos com

inúmeras reformulações, não apenas para a readequação de tipos penais já previstos, mas ainda para a inserção de novos delitos.

No Capítulo III do referido diploma, intitulado “Dos Crimes Contra a Saúde Pública”, desde a redação original, sempre houve a previsão do tipo penal do art. 273, o qual tem por objeto definir como crime a conduta de alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

Importa registrar que a redação original¹ do dispositivo incluía como delituosa a conduta de alterar – núcleo único do tipo penal – produtos de natureza alimentar, o que, conforme será visto, deixou de ser contemplado pela nova redação do art. 273 do Código Penal.

A partir da edição da Lei nº. 9.677, de 2 de julho de 1998, uma nova redação foi conferida ao art. 273 do Código Penal², de modo que a conduta ali tipificada como crime passou a ser não apenas a de “alterar”, mas ainda de “falsificar, corromper e adulterar” produtos de fins terapêuticos ou medicinais. Veja-se que novos núcleos foram inseridos no tipo penal, de modo que mais condutas são abrangidas como hipóteses de incidência da referida norma.

Além disso, o dispositivo passou ainda a contemplar como objeto material do delito “os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes

¹ Art. 273. Alterar substância alimentícia ou medicinal:

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

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

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

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

² Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

§ 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

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

I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;

II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;

III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização

IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;

V - de procedência ignorada;

VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

e os de uso em diagnóstico”, sendo mais um ponto inovador em relação ao que estava disposto na redação original.

No entanto a mudança mais significativa trazida pela Lei nº. 9.677/98 foi a nova pena cominada ao delito. Houve sensível alteração no preceito secundário do tipo penal, fazendo com que a sanção anteriormente prevista entre 1 (um) a 3 (três) anos de reclusão fosse consideravelmente majorada para possibilitar condenações entre 10 (dez) e 15 (quinze) anos de reclusão.

É importante notar, nesse contexto, que a majoração da pena foi elevada a ponto de o delito de falsificação e adulteração de produtos para fins terapêuticos ou medicinais estar entre aqueles que possuem as maiores reprimendas previstas pela legislação penal brasileira.

Veja-se, a título comparativo, que os crimes de homicídio – previsto no art. 121, *caput*, do Código Penal – e de tráfico de drogas – art. 33 da Lei nº. 11.343/06 – possuem, respectivamente, penas mínimas no patamar de 6 (seis) e 5 (cinco) anos de reclusão, enquanto que a menor pena prevista pelo art. 273 do Código Penal é de 10 (dez) anos.

Não se pretende defender que a conduta de falsificar ou de adulterar um medicamento indicado, por exemplo, para o tratamento de uma grave moléstia deve ser entendida pelo legislador como de baixo grau de reprovabilidade, mas que, em homenagem ao princípio da individualização das penas, disposto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988, deve-se graduá-la em conformidade com o sistema penal vigente, de modo a evitar punições excessivas e desproporcionais.

Os crimes de tráfico de drogas e de homicídio, supramencionados, eivam-se de reprovabilidade histórica e social que parece bem mais severa que a conduta incriminada no art. 273, embora a pena mínima deste seja significativamente superior às daqueles. Sobre o tema, Raúl Zaffaroni e José Pierangeli (2009, p. 87) sustentam que “a coerção penal deve reforçar a segurança jurídica, mas, quando ultrapassa o limite de tolerância na ingerência aos bens jurídicos do infrator, causa mais alarme social do que o próprio delito”³.

Para que tal intento seja atingido, deve o legislador, ao inserir um novo tipo penal no ordenamento jurídico, observar os parâmetros legais de pena já fixados em relação a outros delitos, tendo sempre como critério balizador crimes de igual gravidade ou que afetem bens que tenham a mesma relevância jurídica e social.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro V.1.** 8ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pág. 87

Há, no entanto, um marco histórico que sugere a razão pela qual o legislador pátrio fixou patamares tão elevados para o preceito secundário do tipo penal previsto no art. 273 do Código Penal. No dia 22 de junho de 1998, o Ministério da Saúde proibiu a venda do contraceptivo denominado “Microvlar”, produzido pelo laboratório Schering do Brasil, em razão de tal produto conter farinha, em vez das substâncias químicas destinadas a impedir a concepção feminina. O caso teve bastante repercussão social⁴ na época, pois milhares de mulheres utilizaram o medicamento de farinha, o qual não possuía, por óbvio, qualquer eficácia contraceptiva.

É importante observar, conforme visto acima, que a proibição do comércio do medicamento foi determinada pelo Ministério da Saúde no dia 22 de junho de 1998, mas foi a Lei nº. 9.677/98 que conferiu nova redação ao art. 273 do Código Penal, data já do dia 2 de julho de 1998. Dessa forma, em apenas 10 (dez) dias, o Congresso Nacional havia aprovado a completa reformulação do tipo penal.

A reverberação do caso e o açoitamento do legislador foram evidentes, tanto que, após o recrudescimento da legislação, com a fixação de penas em patamares absolutamente elevados, houve ainda a edição da Lei nº. 9.695 de 20 de agosto de 1998, a qual incluiu as condutas previstas pelo art. 273 do Código Penal no rol dos crimes hediondos (Lei nº. 8.072/90).

Assim, em menos de 2 (dois) meses de discussão legislativa, já se tinha no Brasil um tipo penal completamente novo, com elevada reprimenda e inserido no rol dos crimes hediondos, o que suscita ávidos debates acerca de questões jurídicas e de política criminal. Em face de legislações de tal ordem, Marcelo Neves (1994, p. 109) cunhou a expressão “legislação-alibi”, consistente em leis que são editadas com o objetivo maior de atender os anseios da sociedade, do que propriamente buscar efetividade normativa.

O risco de se editar uma lei desnecessária ou injusta torna-se elevado diante da pressão do legislador em fornecer resposta legislativa à sociedade. As discussões orbitam em relação a ter havido tempo hábil para que o legislador prudentemente verificasse o posicionamento mais ponderado diante do novo quadro fático surgido no país em que um laboratório colocou a venda produtos médicos ineficazes.

⁴ A esse respeito, conferir matéria jornalística a seguir: “ Arquivo G1: Caso da pílula de farinha”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL56741-5598,00.html>>. Acesso em 20 de agosto de 2017.

3. DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DO ART. 273 PROFERIDA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por muitos anos, o judiciário brasileiro teve de enfrentar o debate sobre a proporcionalidade do preceito secundário do tipo penal do art. 273 do Código Penal. Muitos foram os recursos criminais interpostos com o objetivo de discutir a questão, no sentido de que fosse reconhecida a inconstitucionalidade da pena fixada para o delito.

No ano de 2015, em julgamento colegiado em que foi observada a reserva de plenário, nos moldes do art. 97 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal. A questão foi decidida na Arguição de Inconstitucionalidade no HC nº. 239363 PR⁵, cujo trecho da ementa resta abaixo colacionado:

Depreende-se da decisão que a inconstitucionalidade foi declarada diante da desproporção existente entre a pena e o efetivo dano ou perigo de dano à saúde pública, que é o bem jurídico protegido pelo tipo penal. A partir de tal julgado, todavia, restou evidenciado o problema objeto deste estudo, pois o preceito primário – que corresponde aos núcleos e elementares do tipo penal – do delito previsto no art. 273 não foi de qualquer forma afetado pelo julgamento, enquanto que a sua pena foi declarada inconstitucional pelo STJ.

Assim, o que se tem hoje é uma figura anômala de um delito, cuja pena foi declarada inconstitucional. Nesse sentido, importa observar que o legislador permanece inerte no sentido de editar nova lei que tenha por objeto a fixação de nova reprimenda para o citado delito.

Diante da situação *sui generis* em nosso ordenamento, surgiram questionamentos a respeito de como proceder nos casos concretos em que o fato se adequa perfeitamente às condutas descritas no *caput* ou nos três parágrafos do art. 273 do Código Penal, bem como

⁵ Colaciona-se, porquanto imprescindível para o aprofundamento do tema analisado, o seguinte excerto da ementa: “4. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretense usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas - notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública. 5. A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso”.

qual pena será aplicada, tendo em vista que, nos termos do entendimento exarado no STJ, não se pode aplicar o preceito secundário do tipo.

A jurisprudência pátria apresenta diversas soluções para o imbróglio, cabendo destacar que as principais consistem em aplicar o preceito primário do tipo penal previsto no art. 273 do Código Penal combinado com as penas cominadas para delitos como tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei nº. 11.343/06, ou, até mesmo, contrabando, que está disposto no art. 334-A do Código Penal.

Nesses casos, ainda que pautados pela falta de critérios legais para definir qual a pena que será aplicada no caso concreto, parece haver violação ao princípio da reserva legal inscrito no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal, pois se está diante de uma pena sem a prévia cominação legal exigida.

O problema parte, então, para se verificar em que medida é possível, a partir de recursos hermenêuticos, fixar uma moldura interpretativa para que seja solucionada a questão, conferindo segurança jurídica até que o Congresso Nacional edite lei, fixando nova pena para o delito de adulteração e falsificação de produtos terapêuticos ou medicinais.

Não se trata de problema simplório, uma vez que se cuida de questões envolvendo direitos fundamentais e política criminal, que remete à separação de poderes e ao alcance das decisões judiciais. Tendo o legislador proibido tais condutas, não cabe ao Judiciário permiti-la. Entretanto, por outro lado, o magistrado tem o dever de atentar para a correta aplicação do direito, que não se restringe ao que está posto, uma vez que há princípios que não precisam estar expressos para serem aplicados, como ocorre com a proporcionalidade e a razoabilidade.

Nesse sentido, Gilmar Mendes (2009, p 487) afirma que uma deliberação acerca dos princípios “proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito)”.

O art. 273 deve ser analisado no contexto do Estado Democrático de Direito, levando em conta a proporcionalidade da intervenção penal em cotejo com os direitos fundamentais à saúde e à segurança. Seja examinado pela ótica da segurança, seja pela da saúde, ambas consagradas entre os direitos e garantias fundamentais, nos arts. 5º e 6º da Constituição Brasileira, respectivamente, a criminalização das condutas previstas no dispositivo ora analisado – inclusive como crime hediondo – manifesta a importância dada à preocupação de evitar tal comportamento.

Ao tratar dos fundamentos filosóficos hermenêutica jurídica, Falcão (1997, p.244) aduz que para desempenhar seu papel, a Hermenêutica deve ensinar a interpretação a bem conectar pensamento, objeto interpretado, objetivos da interpretação, contornos e contexto, observando-se as alternativas infundáveis de sentido possível.

O campo inesgotável do sentido é profícuo ao alcance de respostas hermeneuticamente adequadas para a concretização de direitos. O neoconstitucionalismo rompe a perspectiva positivista do direito como estrito conjunto de regras, apontando para soluções hermenêuticas construídas filosoficamente através dos valores e da faticidade. Lenio Luiz Streck (2006, p. 162), ao tratar da incindibilidade entre interpretar e aplicar com base na diferença ontológica entre texto e norma, menciona que o texto “só pode ser entendido a partir de sua aplicação. Entender sem aplicação não é um entender. A applicatio é a norma(tização) do texto constitucional. A Constituição será, assim, o resultado de sua interpretação”.

Trata-se, portanto, de exercício hermenêutico bastante delicado, uma vez que se cuida, de um lado, de conduta proibida pelo legislador, e, de outro, de intervenção por meio de decisão judicial para aprimorar o sentido da norma e deixá-la em consonância com o ordenamento jurídico.

O magistrado, portanto, exerce função de destaque na produção do direito, não se restringindo a ser tão somente um aplicador da lei ao caso concreto, mas, ao revés, exercendo papel fundamental nesse processo, pois, diante das diversas possibilidades de interpretação deve escolher racionalmente a posição que mais se adequa ao caso concreto para a efetivação da justiça.

Paulo Bonavides (2014, p. 461) assevera que o conceito de moldura fez que a interpretação passasse a ser um ato de vontade, “um exercício de faculdades racionais e intelectivas ao libre querer do intérprete”, modificando, assim, radicalmente a função do juiz no processo de aplicação da lei.

De todo modo, deve-se verificar se a intervenção estatal, sobretudo penal, configura-se como o meio proporcional, adequado e necessário no caso de quem falsifica, corrompe, adultera ou altera produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Tal exame deve considerar os preceitos constitucionais de individualização da pena e de reserva legal, sendo a partir deste que se depreende que cabe ao Poder Legislativo definir que condutas devem ser criminalmente consideradas na política estatal.

Investiga-se, pois, considerando atualmente a inexistência de nova lei que estabeleça preceito secundário constitucionalmente válido ao citado tipo penal, que medidas

hermenêuticas seriam cabíveis para que seja possível a aplicação do referido tipo penal, ou mesmo se ainda é aplicável e em que extensão.

Frise-se que a validade do preceito primário do art. 273 do Código Penal permanece integralmente resguardada. A declaração de inconstitucionalidade levada a efeito pelo STJ abrangeu tão somente o preceito secundário do citado tipo penal, criando a figura anômala de um crime sem uma sanção previamente estabelecida em lei.

Para tanto, busca-se a analisar os posicionamentos da jurisprudência pátria após a declaração da inconstitucionalidade realizada pelo STJ. Importa apontar, desde logo, que para uma idônea análise do tema, há que se considerar que se trata na espécie de norma de natureza penal, que, portanto, em atendimento ao princípio da reserva legal, não admite interpretação extensiva ou ampliativa em desfavor do acusado.

Assim, não cabe, na fixação da moldura ou quadro aqui buscada, violar direitos consagrados pela Constituição Federal ao acusado, de modo que qualquer interpretação extensiva ou ampliativa deve se pautar sempre no benefício proporcionado ao réu.

Veja-se que a situação em questão é absolutamente atípica, pois não se observa a existência no ordenamento jurídico brasileiro de outros tipos penais, cuja pena não pode ser aplicada em razão de ter sido declarada inconstitucional, como ocorre no caso em comento.

A solução deve ser buscada, como já dito, em razão de haver uma norma penal válida e, portanto, aplicável a qualquer caso concreto, devendo, portanto, ser observada. Não é possível que sejam prolatadas sentenças penais, por exemplo, condenando o sujeito pela prática de quaisquer das condutas previstas no art. 273 do Código Penal, sem, contudo, aplicar-lhe uma sanção em face da infringência da norma. No entanto, não pode o acusado igualmente ser apenado de forma mais grave em razão de a pena cominada originariamente ao delito ter sido declarada inconstitucional.

Deve-se observar ainda a natureza do delito tratado, pois, para aplicação do princípio da individualização das penas ainda na fase de edição da lei penal, o legislador deve observar, para firmar os marcos mínimo e máximo de gradação da pena, a gravidade do delito e o bem juridicamente protegido.

No caso em questão, o bem juridicamente protegido pelo delito previsto no art. 273 do Código Penal é a incolumidade pública consubstanciada na saúde pública, conforme aduz Rogério Greco (2011, p.146).

Assim, é importante que sejam estabelecidos alguns critérios para a fixação da moldura e a proposição da solução ora buscada: a) em atendimento a reserva legal, não se

pode agravar, de nenhum modo, a situação do acusado; b) deve-se buscar a aplicação de sanção correspondente a crimes de mesma natureza e gravidade.

4. DA LEGITIMIDADE DO STJ PARA RESOLVER A QUESTÃO

A jurisprudência pátria, em diversos julgados, tem analisado o tema, entendendo, majoritariamente, pela aplicação da pena de outros delitos aos casos em que há incidência do crime de corrupção e adulteração de produtos de fins terapêuticos ou medicinais. Colaciona-se os trechos das ementas de julgamento abaixo referidas:

Declarada a inconstitucionalidade do preceito secundário previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus n.º 239.363/PR, as Turmas que compõem a 3ª Seção deste Sodalício passaram a determinar a aplicação da pena prevista no crime de contrabando ou no crime de tráfico de drogas, do art. 33 da Lei de Drogas⁶.

Tratando-se de importação ilícita de pequena quantidade de medicamentos, ausente potencial violação ao bem jurídico tutelado pelo art. 273 do Código Penal, desclassifica-se a conduta para contrabando, crime contra a administração pública que tutela o controle das importações relativamente às mercadorias proibidas, dependentes de registro, análise ou autorização, anteriormente disciplinado pelo art. 334 do Código Penal, com pena de reclusão de 1 a 4 anos, e, atualmente, pelo art. 334-A do Código Penal, acrescido pela Lei 13.008/2014, com pena de reclusão de 2 a 5 anos⁷.

Devidamente demonstradas a materialidade e autoria delitivas, bem assim o dolo do acusado, deve ser mantida a condenação do réu, como incurso, em relação a todos os fármacos apreendidos, no tipo penal indicado na sentença (artigo 273, § 1º-B, incisos I e V, do Código Penal), com a incidência do preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/2006, no esteio do recente entendimento deste Regional⁸.

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 n.º 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 rejeitada⁹.

⁶ RvCr 3064 PR 2015/0134677-5, STJ Terceira Seção, Relator Min. Nefi Cordeiro, Brasília, julgamento: 22.02.2017. DJ 02/03/2017.

⁷ ACR 50047757620144047002 PR, TRF4 Oitava Turma, Relator: Des. Federal Victor Luiz Dos Santos Laus, Porto Alegre, julgamento: 05/08/2015. DJ 12/08/2015.

⁸ ACR 50004063920144047002 PR, TRF 4 Oitava Turma, Relator: Des. Federal João Pedro Gebran Neto, Porto Alegre, julgamento: 16/12/2015, DJ 12/01/2016.

⁹ 201051014901540, TRF 2 Pleno, Relator: Des. Federal Guilherme Couto, Rio de Janeiro, julgamento: 22.08.2011. DJ 08/09/2011.

Os julgados acima revelam a insegurança jurídica existente quanto ao tema, pois há posicionamentos jurisprudenciais que, diante da inconstitucionalidade da pena do art. 273 do Código Penal, sustentam a aplicação do preceito secundário: a) do crime de contrabando ou do crime de tráfico de drogas; b) do delito de contrabando; c) do crime de tráfico de drogas.

Há ainda, conforme o último julgado acima colacionado, o entendimento de que a fixação de pena é matéria reservada ao legislador, consistindo invasão judicial a fixação de pena de outro delito no caso concreto.

Não há, portanto, uma necessária uniformidade de interpretação da matéria, apesar de haver certa preponderância da corrente jurisprudencial que entende pela aplicação do preceito secundário do crime de Tráfico de Drogas. Diante da ausência de qualquer posicionamento firme sobre o tema, alguém que está acusado pelo delito tipificado no art. 273 do Código Penal não possui qualquer parâmetro concreto e seguro sobre o *quantum* de pena mínimo e máximo que pode ser aplicado para o caso. O problema ganha dimensões ainda mais relevantes quando, por exemplo, se observa que nem mesmo o reconhecimento da prescrição em abstrato (art. 109 do Código Penal) é possível diante da incerteza quanto à pena cominada ao caso concreto.

Assim, é absolutamente necessário que se fixe a moldura interpretativa para que seja conferida segurança jurídica ao tema até que sobrevenha nova pena fixada pelo legislador, senão veja-se.

Deve-se afastar, de logo, o entendimento de que, diante da reserva de lei para a fixação de penas em abstrato, não é possível a aplicação analógica da sanção correspondente a outro tipo penal. A razão para tanto se justifica no fato de que a conduta penalmente típica do art. 273 do Código Penal permanece válida e apta a produzir efeitos jurídicos. Portanto, havendo o crime, deve necessariamente haver uma sanção correspondente.

No entanto, na fixação de tal sanção por meio da analogia deve-se sempre buscar uma melhor condição para o acusado, não se admitindo, em matéria penal, a chamada analogia *in malam partem*.

A corrente jurisprudencial que sustenta a aplicação da sanção prevista no delito de Contrabando (art. 334-A do Código Penal) também não merece acolhimento, tendo em vista especialmente que o referido delito visa resguardar a administração e o controle da entrada e saída de produtos do país, enquanto que o delito previsto no art. 273 do Código Penal possui como bem juridicamente protegido a saúde pública. Há que se considerar ainda que o delito

de Contrabando não está inserido no rol dos crimes hediondos (Lei nº. 8.072/90), enquanto que o crime tipificado no art. 273 do Código Penal está expressamente no referido rol.

Considerando os critérios acima fixados para rejeita a aplicação da sanção prevista para o crime de contrabando, defende-se que seja aplicado, quando da incidência do delito previsto no art. 273 do Código Penal, o preceito secundário do crime de Tráfico de Drogas (art. 33 da Lei 11.343/06). Ambos são crimes inseridos no rol dos crimes hediondos, tendo por objeto a tutela do mesmo bem jurídico, qual seja a saúde pública. Finalmente, diz-se ainda que a aplicação analógica do preceito secundário do crime de Tráfico de Drogas é em *in bonam partem*, pois a pena cominada a tal delito é menor que a prevista para o delito tipificado no art. 273 do Código Penal.

A moldura interpretativa que se busca firmar para o caso em estudo é, pois, a acima exposta, devendo-se, diante da incidência do delito previsto pelo art. 273 do Código Penal, aplicar o preceito secundário do crime de tráfico de drogas.

De todo modo, constata-se neste trabalho que o parâmetro diferenciador não deve ficar a cargo do Poder Judiciário. Ora, trata-se de questão em que há norma positiva que atribui diferentes sanções para duas condutas distintas, malgrado não exista critérios inexoráveis de distinção em seu texto. A criação de um limite por meio de decisão judicial parece exacerbar o próprio raio de atuação da função jurisdicional do Estado.

Isso porque não é o caso de mera constatação de compatibilidade entre um dispositivo legal e a Constituição Federal, mas de tema atual e abrangente que deve ser decidido mediante o exercício do Poder Legislativo, sob pena de afrontar os ditames democráticos.

Não se pode negar que o Superior Tribunal de Justiça tem legitimidade para decidir a respeito do assunto, mas somente no que não avança sobre a esfera de atuação do Congresso Nacional. A Corte pode, por exemplo, até estabelecer alguns parâmetros mas jamais descriminalizar ou despenalizar um tipo penal.

O ativismo judicial em sede de política criminal torna-se temerário na medida em que a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXIX, estabelece, a contrario sensu, que será crime aquilo que lei anterior o definir como tal. Veja-se o exemplo do adultério, que, a despeito de durante considerável tempo permanecer socialmente como conduta a não ser criminalizada, somente houve abolitio criminis com a revogação do art. 240 do Código Penal pela Lei 11.106 de 2005. Não caberia ao Supremo Tribunal Federal decidir a respeito da criminalização desta conduta, o que não se quer dizer que não pudesse tratar sobre

o tema, decidindo sobre efeitos e alcances do texto segundo a ordem constitucional, desde que não adentrasse à questão da política criminal que é própria do Legislativo.

O que se depreende do dispositivo constitucional supracitado é que a definição do que é crime deve ser previsto exclusivamente em lei. Assim, não cabe ao STJ, inobstante o pretexto de verificar a constitucionalidade de um dispositivo legal, decidir se uma conduta deve ser considerada crime ou não, porquanto cabe ao Congresso Nacional fazê-lo, em observância à realidade democrática.

Ao tratar da possibilidade de ativismo judicial no âmbito do STF, Leonardo Martins (2014, p.123) aponta que o debate doutrinário a respeito do art. 102 da Lei Maior, que dispõe acerca da competência da Corte, é limitado ao aspecto teórico-jurídico, aduzindo que “o déficit da discussão diz respeito não ao ‘se’ da legitimidade, mas ao ‘como’ proceder no exame para ser de fato o guardião e não o senhor da Constituição”.

Nesse sentido, o controle de constitucionalidade exercido pelo STF é legítimo em matéria penal, desde que se abstenha de interferir em seara que deve ser decidida pelo Poder Legislativo. É o caso da criminalização do uso de drogas no Brasil, a que pode ser dada interpretação conforme a Constituição pela Corte ao tratar de pontos que não digam respeito à abolição criminis, porquanto se cuida de matéria a ser deliberada no Congresso Nacional.

Ao analisar outro caso em que não há no ordenamento pátrio critérios diferenciadores entre conceitos jurídicos, Leonardo Martins (2015, p.186) aduz que, inobstante a necessidade do controle de constitucionalidade, “o legislador ordinário, representante e mandatário de seus eleitores, é o responsável para estabelecer tais critérios ao cabo de um amplo e substancial debate com seus mandantes”.

No âmbito do controle de constitucionalidade em matéria penal, deve o Tribunal, portanto, na maior medida possível, inteirar-se dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador na concepção de determinada política criminal, pois do conhecimento dos dados que serviram de pressuposto da atividade legislativa é que é possível averiguar se o órgão legislativo utilizou-se de sua margem de ação de maneira justificada.

CONCLUSÕES

A verificação de compatibilidade de dispositivo legal que cuida de matéria penal com a Constituição Federal deve ser realizado na medida em que o interpreta em sua conformidade e analisa aspectos circunstanciais, mas sem adentrar à essência do fato típico,

ou seja, sem criminalizar ou descriminalizar uma conduta, uma vez que somente ao Poder Legislativo cabe fazê-lo.

O posicionamento do STJ em sentido diverso vai de encontro à separação de Poderes, uma vez que cabe à função legislativa estatal definir o que deve ser considerado crime.

Eventual declaração de inconstitucionalidade do dispositivo mencionado para descriminalizar condutas seria um ativismo judicial que ofenderia a exclusividade do Poder Legislativo para fazê-lo. Veja-se, portanto, que não está em questão a opinião favorável ou contrária ao tema debatido, mas a legitimidade de o STJ decidir o assunto.

É que o órgão legítimo para resolver a questão da descriminalização de uma conduta é o Congresso Nacional, uma vez que o é também para definir um fato como penalmente típico. Não é que o Supremo Tribunal Federal não possa exercer normalmente o controle de constitucionalidade a respeito do tema. Até mesmo porque é justamente sua a competência de verificar a compatibilidade de dispositivo legal com a Constituição. Entretanto, tal possibilidade não deve servir de pretexto para que a Corte invada deliberação a ser realizada exclusivamente no âmbito do Poder Legislativo.

Diante do reconhecimento da inconstitucionalidade do preceito secundário do crime tipificado no art. 273 do Código Penal, deve-se buscar aplicação analógica *in bonam partem* no sentido de que haja posicionamento jurisprudencial seguro sobre a incidência da pena cominada a outro delito.

Partindo da ideia de moldura da norma em Kelsen, fixa-se, para o caso concreto, que o preceito secundário do delito de tráfico de drogas é o que melhor atende aos requisitos fixados neste estudo, pois se trata de um crime hediondo e que igualmente tutela a saúde pública, cabendo destacar ainda que a pena para ele prevista é inferior àquela cominada para o art. 273 do Código Penal, possibilitando uma melhor condição ao acusado.

Rejeita-se ainda a corrente que entende pela impossibilidade de aplicação analógica de pena cominada para outro delito, tendo em vista que o preceito primário do art. 273 do Código Penal permanece válido, sem que sua constitucionalidade tenha sido questionada ou declarada, portanto, deve ser aplicado.

Destarte, a moldura interpretativa aqui obtida é no sentido de que seja aplicada a sanção prevista para o crime de tráfico de drogas (reclusão de cinco a quinze anos) quando da incidência em determinado caso concreto do delito de adulteração e corrupção de medicamentos ou produtos terapêuticos (art. 273 do Código Penal).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume IV**. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2011, pág. 146.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARTINS, Leonardo. Evolução da jurisprudência do STF brasileiro no campo dos direitos fundamentais entre julho/2011 e junho/2012: “Report” das principais decisões, sua recepção e seus impactos políticos. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: nº4. Pluralismo jurídico**. Víctor Bazán y Claudio Nash Rojas. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2014.

_____. Direitos fundamentais no Brasil entre julho/2012 e junho/2013: “report” sociopolítico e supremo-jurisprudencial. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: nº 5. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales**. Víctor Bazán y Christian Steiner. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (*ontologische differentz*) entre texto e norma. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa**

de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Anuário 2005. n. 2. p.137-180. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed.; São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** v.1. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.