

DOI: <https://doi.org/10.23925/ddem.v.3.n.6.58652>

Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DIREITO PENAL-MÉDICO: COMENTÁRIOS SOBRE O ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL

PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AND CRIMINAL-MEDICAL LAW: COMMENTS ON
ARTICLE 273 OF THE PENAL CODE

Roberta Eggert Poll ¹
Andersson Vieira ²

RESUMO

Este estudo investigou o crime previsto no artigo 273 do Código Penal sob um enfoque axiológico e principiológico. Adotou-se este objeto de pesquisa em virtude da questionável pena cominada ao delito em questão, que pareceu, num primeiro momento, bastante desproporcional se comparada a outros delitos previstos no sistema jurídico-penal brasileiro. Assim, o problema de pesquisa elencado ao estudo situa-se na verificação de se, considerando o princípio da proporcionalidade, a pena cominada no delito do artigo 273 pode ser considerada proporcional. Além disso, questionou-se a necessidade deste delito estar inserido no rol dos crimes hediondos. A hipótese ao problema é a de que o tipo penal é inconstitucional ou, no limite, seu preceito secundário, em virtude da desproporcionalidade. Ao término do estudo, conclui-se, efetivamente, pela afronta ao princípio da proporcionalidade. Para a realização do estudo, optou-se pela metodologia hipotético-dedutiva, e como técnica de pesquisa, utilizou-se a exploratório-bibliográfica, eis que o texto foi construído com base em leituras de livros e artigos científicos que versam sobre o tema abordado.

Palavras-chave: Direito Penal Médico; Artigo 273 do Código Penal; Princípio da Proporcionalidade; Crimes Hediondos.

ABSTRACT

This study investigated the crime of article 273 of the Penal Code from an axiological and principiological point of view. This research object was adopted due to the questionable penalty imposed on the offense in question, which seemed, at first, quite disproportionate when compared to other offenses provided for in the Brazilian legal and criminal system. Thus, the research problem linked to the study lies in the verification of whether, considering the principle of proportionality, the penalty imposed on the offense of article 273 can be considered proportional. In addition, the need for this offense to be included in the list of heinous crimes was questioned. The hypothesis to the problem is that the criminal type is unconstitutional or, at the limit, its

¹ Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Capes 6). Mestra em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Capes 5), recebendo Lâurea Acadêmica. Especialista em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Bacharela em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Professora de Direito Penal e Criminologia na Faculdade Dom Alberto. Ex-conciliadora nos Juizados Especiais no Estado do Rio de Janeiro. Advogada há mais de 10 anos. Desenvolve pesquisas na área de Novos Direitos, Direitos Fundamentais, Direitos Humanos, Inteligência Artificial, Criminologia, Dogmática Penal e Processo Penal. Membro de Grupos de Pesquisa. Autora de publicações e artigos em revistas especializadas. Palestrante e Congressista na área. roberta@vieiraepoll.adv.br. <https://orcid.org/0000-0002-0667-2962>.

² Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS (CAPES 5). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário da Serra Gaúcha/Caxias do Sul. Foi pesquisador do Grupo de Pesquisa e Extensão intitulado Globalização, Direitos Humanos e Criminalidade, do Centro Universitário da Serra Gaúcha/Caxias do Sul. Foi monitor nas Disciplinas de Direito Penal I, Direito Penal II, Direito Processual Penal I e Direito Processual Penal II no Curso de Direito do Centro Universitário da Serra Gaúcha/Caxias do Sul. Foi integrante do Diretório Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário da Serra Gaúcha. Autor de artigos científicos na área de Ciências Criminais. Organizador do Congresso de Ciências Criminais da Serra Gaúcha. Professor no Curso de Direito da Faculdade Anhanguera de Caxias do Sul/RS. Advogado Criminalista. andersson@vieiraepoll.adv.br. <https://orcid.org/0000-0002-5545-9666>.

secondary precept, due to disproportionality. At the end of the study, we effectively conclude that the principle of proportionality is being violated. To carry out the study, the hypothetical-deductive methodology was chosen, and the research technique used was exploratory-bibliographical, since the text was built based on readings of books and scientific articles that deal with the theme.

Keywords: Criminal law; Medical Criminal Law; Article 273; Principle of Proportionality; Heinous crimes.

INTRODUÇÃO

O legislativo brasileiro sempre foi um ambiente frutífero para criação de leis penais ambíguas, obscuras, mal redigidas e com penas desproporcionais à ofensa causada ao bem jurídico. Além desses problemas, nota-se, na criação de tipos penais, que principalmente depois da década de 1980 o legislador penal pouco se preocupa com questões referentes à criação de um novas normas criminalizadoras, tais como a necessidade de realização de estudos sobre impacto da norma penal, a melhor técnica de tutela empregada, proporcionalidade entre a conduta e a pena cominada no preceito secundário e outros tantos requisitos que deveriam ser observados antes de se criar uma lei que visa restringir a liberdade individual de alguém.

O diagnóstico apontado, ainda que de forma resumida, pode ser considerado resultado de diversas questões, tais como o baixo conhecimento em matéria de política criminal por parte legisladores, o populismo penal de alguns políticos, além da açodada criação de novas normas e alterações sensíveis no ordenamento jurídico-penal em virtude de apelos sociais por mais penas e mitigação de direitos fundamentais. De tempos em tempos fenômenos assim podem ser sentidos no cenário legislativo brasileiro, seja por mudanças de rumo e posicionamento geopolítico das Casas legislativas, seja por fatos criminosos ocorridos em sociedade e que impõem aos legisladores, ainda que isso não seja vinculante, a necessidade de uma resposta ao clamor social.

Esse fenômeno – fato criminoso e clamor social – pode ser sentido no Brasil há pouco mais de duas décadas, no ano de 1998, quando, em virtude de um escândalo envolvendo a venda de pílulas anticoncepcionais falsificadas e outros medicamentos, houve um forte apelo social para que o legislador criminalizasse de maneira severa estas condutas. Assim, atendendo aos apelos sociais e midiáticos da época, o legislador ordinário entendeu por elevar a pena aplicada às condutas de falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, descritas no artigo 273 do Código Penal. Com isso, por meio da Lei nº 9.677 de 1988, a pena cominada no preceito secundário do tipo penal foi elevada ao patamar mínimo de dez anos e máximo de quinze. Outro ponto que merece destaque, ainda inicialmente, é a inserção deste delito, também no ano de 1998, no rol dos delitos hediondos – Lei nº 8.072 de 1990.

O equivocado diagnóstico do legislador penal resultou na imposição de pena mínima de dez anos ao agente que, por exemplo, sem o conhecimento da existência da norma penal, importa um sabonete terapêutico ou um creme corporal que não possua autorização da Anvisa. Dessa forma, percebe-se que a elevada pena cominada ao tipo penal, além de não resolver problemas de ordem criminal, haja vista que é uma proibição pouco conhecida, também se apresenta, *prima facie*, desproporcional considerando a abstrata ofensa causada ao bem jurídico tutelado.

Nesse talante, a presente investigação objetiva estudar o crime do artigo 273 do Código Penal e a pena que lhe é cominada, apontando, como problema de pesquisa, o seguinte: pode se considerar proporcional a pena cominada no delito do artigo 273 do Código Penal e a sua inserção no rol dos crimes hediondos à luz do princípio da proporcionalidade no direito penal considerando o bem jurídico tutelado e as diversas formas de prática da conduta?

Como apontando, percebe-se que a pena cominada ao delito em questão se mostra, de pronto, desproporcional às condutas descritas na redação do tipo, motivo pelo qual a hipótese ao problema apresentado é a de que o dispositivo em estudo é inconstitucional, ou, no limite, seu preceito secundário, por violar o princípio da proporcionalidade. O fato de acarretar pena que parte de notáveis dez anos, além de ser considerado hediondo, o que impede ao agente a obtenção de uma série de benefícios na execução de eventual pena criminal, é motivo suficiente para, por meio de estudo científico, questionar a legitimidade deste ilícito-típico. Eis, pois, a justificativa do presente estudo, que visa contribuir no campo acadêmico com o debate sobre a necessária atenção que o legislador penal deve ter ao princípio da proporcionalidade no momento de elaboração da *novatio legis* incriminadora.

Em termos metodológicos, aponta-se que se utilizou da metodologia hipotético-dedutiva, haja vista que foi apresentada uma hipótese ao problema de pesquisa; como técnica de pesquisa, utilizou-se a bibliográfico-exploratória, pois a construção textual ocorreu com base em livros e artigos científicos que versam sobre o tema abordado. Quanto à estrutura, o artigo está dividido em três pontos: no primeiro, faz-se considerações sobre o princípio da proporcionalidade, trazendo o seu conceito e, explicitando seus subprincípios, a saber: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade *stricto sensu*, a fim de compreender por que inexistente proporção no preceito secundário do art. 273, do Código Penal.

No segundo, é realizada a abordagem da proporcionalidade em Direito Penal e a proibição de penas desproporcionais, sendo necessário verificar se a pena é o meio adequado para proteger certo bem jurídico (adequação) e, se a pena, além de adequada, é o meio necessário ou outros podem ser utilizados e seriam menos onerosos às liberdades individuais (necessidade). Por fim, no terceiro capítulo, analisa-se o artigo 273 sob o enfoque do princípio da proporcionalidade para, ao término, tecer considerações finais sobre o tema abordado.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Ao falar sobre um determinado princípio, faz-se necessário, antecipadamente, restringir a compreensão sobre o que efetivamente são princípios para o direito, haja vista que, em termos jurídicos, a palavra princípio, por si, pode apresentar significados diversos.³ No entanto, a despeito dos diversos entendimentos que se possam encontrar, adota-se, neste estudo, a compreensão de que princípios são normas fundamentais de um

³ Tal é o entendimento de Silva, para quem: A palavra princípio é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de começo, de início. Norma de princípio (ou disposição de princípio), por exemplo, significa norma que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou programa, como são as normas de princípio institutivo e as de princípio programático. Não é nesse sentido que se acha a palavra princípios da expressão princípios fundamentais do Título I da Constituição. Princípio aí exprime a noção de “mandamento nuclear de um sistema. (SILVA, 2017, p. 93.).

ordenamento jurídico, pois dão sustentação ao sistema vigente e às demais normas emanadas, por exemplo, de uma Constituição.⁴

Em âmbito constitucional, Silva refere haver duas espécies de princípios, que são: *princípios políticos-constitucionais* e *princípios jurídico-constitucionais* (SILVA, 2017, p. 94). Resumidamente, os primeiros princípios podem ser considerados, respectivamente, como *decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo* -, e estão, segundo o autor, previstos nos artigos 1º a 4º da Constituição Federal; por outro lado, os segundos princípios referidos são aqueles que “*informadores da ordem jurídica nacional*”, podendo ser exemplificados em seus desdobramentos, tais como o princípio da supremacia da constituição, princípio da legalidade, princípio da isonomia, dentre outros (SILVA, 2017, p. 95).

Princípios são, na expressão de Streck e Oliveira, muito mais do que simples elementos necessários à colmatção de lacunas em determinado ordenamento jurídico, à medida em que são considerados “normas jurídicas vinculantes, presentes em todo momento no contexto de uma comunidade política” (STRECK, 2012, p. 93). Segundo os autores, “os princípios possuem uma dimensão de peso”, motivo pelo qual se aplicam com maior incidência em determinados casos, podendo, todavia, ter menos incidência noutra situação (STRECK, 2012, p. 93).

Sobre o princípio da proporcionalidade, objeto deste tópico, verifica-se que seu surgimento ocorreu em dois sistemas diversos, a saber: no direito do *common law*, por meio da doutrina do *due process of law*; e no direito alemão, onde, no âmbito do direito administrativo, surgiu o princípio da proporcionalidade propriamente dito, de onde foi importado ao ordenamento jurídico brasileiro (CAPELETI; VIDAL, 2016, p. 78). Assim como na Alemanha, no Brasil, o princípio da proporcionalidade também foi incorporado por meio do direito administrativo, pois, com sua utilização, visa impor limites à atuação dos administradores, carregando consigo, portanto, uma necessária relação racional entre os meios e os fins dos atos administrativos.⁵ No âmbito legislativo, cuida-se, o princípio da proporcionalidade, de um ato de censura em

⁴ Segundo o entendimento de Bobbio: Os princípios gerais, a meu ver, são apenas normas fundamentais ou normas generalíssimas do sistema. O nome “princípios” induz a erro, de tal forma que é antiga questão entre juristas saber se os princípios gerais são normas. Para mim, não restam dúvidas: os princípios gerais são normas como todas as outras. (BOBBIO, 2014, p. 148.).

⁵ A respeito deste ponto, vale transcrever a explicação trazida por Mello: Este princípio enuncia a ideia – singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade correspondentes ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam. Sobremodo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindidas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar restrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público. Logo, o plus, o excesso acaso existente, não milita em benefício de ninguém. Representa, portanto, apenas um agravo inútil aos direitos de cada qual. Percebe-se, então, que as medidas desproporcionais ao resultado legitimamente alvejável são, desde logo, condutas ilógicas, incongruentes. Ressentindo-se deste efeito, além de demonstrarem menoscabo pela situação jurídica do administrado, traindo a persistência da velha concepção de uma relação soberano-súdito (ao invés de Estado-cidadão), exibem, ao mesmo tempo, sua inadequação ao escopo legal. Ora, já se viu que inadequação à finalidade da lei é inadequação à própria lei. Donde atos desproporcionais são ilegais e, por isso, fulmináveis pelo Poder Judiciário, que,

relação à adequação e necessidade de determinada lei, sendo imposto, ao legislador, a aferição da compatibilidade entre a lei e os fins previstos não somente por ela, como também pelo ordenamento constitucional (MENDES; BRANCO, 2013, p. 217).

No sistema jurídico brasileiro, segundo refere Mello, o respaldo ao princípio da proporcionalidade está situado no artigo 5º, inciso II, artigo 37 e artigo 84, inciso IV, todos da Constituição Federal (MELLO, 2016, p. 115). É da ordem axiológica-constitucional que emana, pois, a necessidade de atendimento, tanto pelos administradores como pelo legislador, do princípio da proporcionalidade, sendo-lhes vedado o excesso em virtude da necessidade de respeito aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal (MENDES; BRANCO, 2013, p. 111-112). Assim, o princípio é uma barreira de proteção ao cidadão, porque limita, pela proibição de excesso, a intervenção estatal que seja imoderada (NEUMANN, 2008, p. 207).

O princípio da proporcionalidade, no entanto, se divide em outros três subprincípios, a saber: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade *stricto sensu* (MELLO, 2016, p. 144). Segundo Mendes e Branco, esta divisão decorre, fundamentalmente, da doutrina da *proibição do excesso*, a qual, conforme os autores, resulta da incongruência e irrazoabilidade entre meios adotados e fins almejados (MENDES; BRANCO, 2013, p. 225-226). Para esta doutrina, na realização de determinada lei, por exemplo, faz-se necessário não apenas a apreciação da admissibilidade constitucional, como também a adequação e a necessidade, noutros termos, a compatibilidade do ato legislativo com o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios (MENDES; BRANCO, 2013, p. 225-226).

Sobre os subprincípios, pode-se dizer, inicialmente, que o subprincípio da adequação versa a respeito da identificação entre a medida interventiva adotada pelo legislador com o fim pretendido, isto é, a aptidão do meio com a finalidade (MENDES; BRANCO, 2013, p. 226). Isso porque, nos termos de Mendes e Branco, os meios escolhidos pelo legislador podem ser, em diversas formas, considerados inadequados; já o subprincípio da necessidade é, a seu tempo, a verificação de que nenhum outro meio pode ser utilizado naquele caso, ou seja, que não há nenhum meio menos gravoso ao indivíduo e que seja igualmente eficaz na obtenção dos objetivos do ato legislativo (MENDES; BRANCO, 2013, p. 227). Nesse caminho, a adequação influencia diretamente a análise da proporcionalidade, isso porque, ao se realizar o teste da necessidade, este deve ser positivo, pois apenas o que é adequado pode ser necessário. Porém, se o teste na necessidade for negativo, a adequação será indiferente, e, portanto, desproporcional o meio utilizado (MENDES; BRANCO, 2013, p. 227).

O terceiro subprincípio, da proporcionalidade em sentido estrito, está relacionado, essencialmente, com a chamada proteção insuficiente ou deficiente, que, junto com a proibição do excesso, forma o princípio da proporcionalidade em sentido lato (MENDES; BRANCO, 2013, p. 227-228). Nesse contexto, para Canotilho a proporcionalidade em sentido estrito se revela no momento em que há, ao administrador ou, *in casu*, ao legislador, a necessidade de adotar medidas protetivas, mas os meios adotados são insuficientes para garantir os direitos fundamentais, gerando, por omissão, uma negação a tais direitos (CANOTILHO, 2003, p. 273).

sendo provocado, deverá invalidá-los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado. (MELLO, 2016, p. 111-112.).

Os três subprincípios trabalhados, ou subcritérios, nos termos do que dispõe Scalcon, necessitam, ainda, de uma verificação sucessiva, pois, segundo a autora, “são independentes e devem ser aplicados de forma sucessiva e subsidiária, sempre respeitando a rígida sequência em que estão colocados” (SCALCON, 2018, p. 101). Nesse sentido, a autora refere que a necessidade de análise sucessiva dos subprincípios reside no pressuposto lógico de que, se na primeira análise a resposta for negativa, isto é, o meio não for apto, já será possível, de imediato, concluir que houve violação a algum direito fundamental em virtude dos postulados do princípio da proporcionalidade.⁶

É possível encerrar, portanto, referindo que o princípio da proporcionalidade *lato sensu* representa, nos termos de Neumann, “*um princípio da configuração da vida e da sociedade*”, pois não se pode aspirar a certos objetivos, legislativos, por exemplo, a todo custo, sendo necessário, assim, que os meios empregados sejam proporcionais com o fim almejado (NEUMANN, 2008, p. 209). Desse modo, entende-se que o princípio da proporcionalidade *lato sensu* é produto do próprio Estado de Direito, pois determina que toda intervenção estatal seja justa e não resulte em violações ou excessos às liberdades dos indivíduos (NEUMANN, 2008, p. 210).

2 PROPORCIONALIDADE E DIREITO PENAL. PROIBIÇÃO DE PENAS DESPROPORCIONAIS À OFENSA AO BEM JURÍDICO

Existiu um período na história no qual não havia direito penal, não se podendo falar, portanto, em delitos, muito menos em penas; imperava, segundo consta, a vingança privada, e cada um se defendia, vingava-se e atacava como podia (RIBEIRO, 1941, p. 93). A punição, era, pois, “uma vingança exercida pela vítima ou por seus parentes”, e o direito de punir, como dito, se resumia numa vingança particular (RIBEIRO, 1941, p. 93). Ainda que não muito bem explicado em qual ponto da história houve a mudança da vingança privada para o direito de punir do Estado-Soberano, entende-se que, com a evolução da humanidade e sua reunião em sociedade, o direito de punir passou do particular para o público, sendo certo, portanto, que a pena mudou ao longo da história.⁷

Conquanto diversas teorias políticas e filosóficas tenham tentado explicar o direito de punir, foi durante o Iluminismo, com a transcendental obra de Beccaria, que o direito penal encontrou sua mais profunda e vertente modificação, na medida em que, *v.g.*, em relação às penas, passou-se a entender que havia a

⁶ Como explica Scalcon: Em relação à adequação, deve-se indagar se o meio eleito conduz “à promoção gradual” do fim externo cujo alcance é almejado. Já o requisito da necessidade exige que a medida empregada seja, dentre as disponíveis e igualmente eficazes, a que menos gera “efeitos colaterais”, isto é, a que restringe em menor medida direitos fundamentais contrapostos. Finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito fecha o ciclo iniciado, questionando se a importância da realização do fim justifica o grau de restrição paralelamente causado a outros direitos fundamentais. Como se pode perceber, tem-se, ao último caso, um juízo de ponderação. (SCALCON, 2018, p. 101-102.).

⁷ Sobre as diversas teorias que tentaram explicar a sensível mudança da vingança privada para o direito de punir, afirma Garcia: Imposta e executada pelo Estado, por via do Direito Penal, a pena é providência de feitio necessariamente público. Colima-a o processo movido contra o delinquente, o qual, julgado e condenado, por sentença ou aresto que fundamentadamente examina a infração praticada, passa a cumprir a sanção que lhe coube consoante o preceituado na legislação penal, completada, nessa fase executória, por normas administrativas. (GARCIA, 1956, p. 406-407.).

necessidade de humanização da sanção criminal.⁸ A proporção das penas erige-se, então, na necessidade de sensibilidade das penas, *i.e.*, que as sanções infringidas sejam menos rigorosas e tão somente proporcionais aos delitos.⁹ É daí, portanto, que surge a correlação entre a proporcionalidade do *mal causado com a pena a ser aplicada*, um dos ideais basilares de um direito penal mais humanitário e menos intervencionista.¹⁰

Assim, considerando que, como em outros ramos do direito, o direito penal também é regido por princípios, pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade, tanto pelos termos acima apresentados, como pela sua sedimentação implícita na ordem jurídica brasileira, é, então, um dos princípios basilares da ordem jurídico-penal.¹¹ Por conta disso, impõe-se, também no âmbito do direito penal, a sua observação pelo

⁸ Conforme Teixeira: 1 – As observações esparsas dos antigos philosophos e jurisconsultos romanos não estabeleceram os elementos de uma *theoria* penal. Os escriptos de Platão e de Aristotles nada disseram sobre a natureza e fim da pena. Sem investigarem o fundamento e os limites do poder de punir, attribuíam-no à sociedade, como um poder evidente. Interpretavam summariamente os editos de Justiniano sobre matéria criminal. 2 – Somente no século 17.º, foi que o direito criminal tomou um character mais scientifico, e, só depois, nasceu a *philosophia* do direito penal e começou a se operar a reforma da legislação criminal. Provocado pelo erro dos juizes e arbitrariedades de que fôra victima Jean Calas, Beccaria publicou o seu “*Dei debetti e dele pene*”, obra que foi traduzida em todas as línguas da Europa. Inspirando esse livro os espíritos competentes da época, determinou, no século 19.º, a revolução do direito penal e do processo em materia repressiva; e, na segunda metade do mesmo seculo, harmonizando-se a legislação criminal com os principios de Justiça e de humanidade, foram publicados livros notaveis a respeito. (TEIXEIRA, 1928, p. 5-6.).

⁹ Na célebre obra de Beccaria: *Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos*, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado. (BECCARIA, 2013, p. 45.).

¹⁰ A respeito do conceito de pena – privativa de liberdade –: Imposta e executada pelo Estado, por via do Direito Penal, a pena é providência de feição necessariamente pública. Colima-a o processo movido contra o delinquente, o qual, julgado e condenado, por sentença ou aresto que fundamentadamente examina a infração praticada, passa a cumprir a sanção que lhe coube consoante o preceituado na legislação penal, completada, nessa fase executória, por normas administrativas. (GARCIA, 1956, p. 406-407.). Noronha, por sua vez, traz o seguinte entendimento: A pena é retribuição, é privação de bens jurídicos imposta ao criminoso, em face do ato praticado. É expiação. Antes de escrito nos códigos, está profundamente radicado na consciência de cada um que aquêle que praticou um mal deve também um mal sofrer. Não se trata da *lex talionis*, e para isso a humanidade já viveu e sofreu muito, porém, é imanente em todos nós o sentimento de ser retribuição do mal feito pelo delinquente. Não como afirmação de vindita, mas como demonstração de que o direito postergado protesta e reage, não apenas em função do indivíduo, mas também da sociedade. Com efeito, o Estado, como já se disse mais de uma vez, tem como finalidade a consecução do bem coletivo, que não pode ser alcançado sem a preservação do direito dos elementos integrantes da sociedade e, portanto, quando se acham em jôgo direitos relevantes e fundamentais para o indivíduo, como para êle próprio, Estado, e as outras sanções são insuficientes ou falhas, intervêm com o *jus puniendi*, com a pena, que é a sanção mais enérgica que existe, pois, como já se saltou, pode implicar até na supressão da vida do delinquente. Punindo, não olvida, entretanto, o Estado a dignidade da criatura humana, por mais desprezível que seja o criminoso. Conseqüentemente, a pena sobre ser proporcional ao mal que êle praticou, deve tê-lo sempre em consideração.” (NORONHA, 1959, p. 278.).

¹¹ Sobre os princípios de direito penal: O Direito Penal das sociedades contemporâneas é regido por princípios constitucionais sobre crimes, penas e medidas de segurança, nos níveis de criminalização primária e de criminalização secundária, indispensáveis para garantir o indivíduo em face do poder punitivo do Estado. A distinção entre regras e princípios como espécies da categoria normas jurídicas é a base da teoria dos direitos fundamentais e a chave para resolver problemas centrais da dogmática penal constitucional. Normas jurídicas compreendem regras e princípios jurídicos, componentes elementares do ordenamento jurídico, que determinam o que é devido no mundo real: as regras são normas de conduta realizadas ou não realizadas pelos seres humanos; os princípios são normas jurídicas de otimização (*optimierungsgebt*) das possibilidades de realização jurídica dos mandados, das proibições e das permissões na vida real. Os princípios constitucionais mais relevantes para o Direito Penal são o princípio da legalidade, o princípio da culpabilidade, o princípio da lesividade, o princípio da proporcionalidade, o princípio da humanidade e o princípio da responsabilidade penal pessoal. (SANTOS, 2006, p. 19.). Para Batista: Em nossa opinião, são cinco os princípios básicos do direito penal: 1º) princípio da legalidade (ou da reserva legal, ou da intervenção legalizada); 2º) princípio da intervenção mínima; 3º) princípio da lesividade; 4º) princípio da humanidade; 5º) princípio da culpabilidade. (BATISTA, 2015, p. 62.). Poderíamos chamar de princípios reguladores do controle penal, princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de “Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito”. Todos estes princípios são de garantias do cidadão perante o poder punitivo e estão amparados

legislador no momento de gestar novos tipos penais, mormente em relação à abstrata cominação de penas para as condutas que se pretende criminalizar.¹² Entendimento que se verifica, v.g., nos escritos de Noronha, ainda na década de 1950, para quem

a pena há de ser proporcionada ao crime e individualizada [...], pois, em princípio, a pena deve guardar proporção com o delito: não se punem igualmente o furto e o homicídio. O crime tem sua quantidade que deve, de modo geral, ditar a quantidade da sanção. (NORONHA, 1959, p. 279-280).

Esse ideal, de pena proporcional ao delito, encontra-se, ainda, em diversos documentos internacionais que versam sobre direitos humanos, a saber: na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cujo texto do artigo 8º declara que “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”; ainda o artigo V da Declaração Universal dos Direitos do Homem refere que “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”; e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no artigo 5, inciso 2, expõe que “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes”. De se notar, portanto, que a proporcionalidade também se vincula ao princípio da humanidade das penas, que possui, em sua matriz, a ideia de racionalidade da sanção criminal e de um sistema penal menos cruel e degradante.¹³

Por meio desse entendimento, pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade, no âmbito do direito penal, configura – ou deveria configurar – um dique de proteção aos excessos do legislador, à medida que, por estar implicitamente vinculado à ordem constitucional, “proíbe penas excessivas ou desproporcionais em face do desvalor de ação ou do desvalor de resultado do fato punível, lesivas da função de retribuição equivalente do crime” (SANTOS, 2006, p. 27). Ademais, como refere Santos, o princípio da proporcionalidade resulta,

pelo novo texto constitucional de 1988. As ideais de igualdade e de liberdade, apanágios do Iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses “princípios limitadores” passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão. Todos esses princípios, hoje insertos, explícita ou implicitamente, em nossa Constituição (art. 5º), têm a função de orientar o legislador ordinária para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista.” (BITENCOURT, 1996, p. 81.). Ainda, para Bottini: O controle penal para proteção de bens jurídicos relacionados com a dignidade humana está submetido a princípios como a legalidade – que determina previamente os espaços do exercício da liberdade – a subsidiariedade, a fragmentariedade, a lesividade, a utilidade e a necessidade da pena, e a proporcionalidade, dentre outros que tensionam o *ius puniendi* em um movimento pendular próprio de um Estado plural e Democrático de Direito. (BOTTINI, 2010, p. 270.).

¹² Para Neumann, o princípio da proporcionalidade se aplica todo o sistema penal, pois, segundo refere, este princípio da justiça da intervenção abrange toda a superfície do sistema jurídico-penal, por conseguinte não apenas o direito penal material, mas também o direito processual e a execução penal. (NEUMANN, 2008, p. 210).

¹³ Nesse sentido, Batista refere que: A racionalidade da pena implica tenha ela um sentido compatível com o humano e suas cambiantes aspirações. A pena não pode, pois, exaurir-se num rito de expiação e opróbrio, não pode ser uma coerção puramente negativa. Isso não significa, de modo algum, questionar o caráter retributivo, timbre real e inegável da pena. Contudo, a pena que se detém na simples retributividade, e, portanto, converte seu modo em seu fim, em nada se distingue da vingança. A pena de morte, estritamente negativa (além de ineficaz, do ponto de vista da prevenção geral), violenta essa racionalidade. São também inaceitáveis, porque desconsideram a auto-regulação como atributo da pessoa humana, penas que pretendem interferir fisicamente numa “metamorfose” do réu: castração ou esterilização, lobotomia etc. Um sistema igualitário na distribuição da pena (o que significa que, sob os mesmos pressupostos, duas pessoas deveriam receber penas semelhantes, correndo as diferenças tão-só à conta da individualização), negado pelo direito há duzentos anos, e negado – apesar do direito – pelo sistema penal ainda hoje, é outro imperativo da racionalidade. (BATISTA, 2015, p. 97.).

por meio de seus subprincípios – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – diversos questionamentos sobre os meios utilizados e os fins almejados pelo legislador penal, pois, em seu entendimento, é necessário verificar se a pena é o meio adequado para proteger certo bem jurídico (adequação); se a pena, além de adequada, é o meio necessário ou outros podem ser utilizados e seriam menos onerosos às liberdades individuais (necessidade); e, por fim, se a pena cominada no preceito secundário e concretamente aplicada ao indivíduo, é proporcional à lesão – abstrata ou concreta – ao bem jurídico tutelado pela norma penal.¹⁴

Disso resulta, ainda no entendimento do autor, que o princípio da proporcionalidade se desdobra em duas dimensões, a saber: em *proporcionalidade abstrata*, que visa limitar a criminalização primária, isto é, colocar ao legislador parâmetros racionais à criação de normas penais, de modo que fique restrito à tipificação de condutas que, de forma significativa, afetem o bem jurídico; por outro lado, tem-se a *proporcionalidade concreta*, que, nos termos do autor, é referente à aplicação e individualização da pena pelo Juiz, o qual deve tencionar os critérios de *custo/benefício* da pena a ser aplicada ao indivíduo.¹⁵

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade, no âmbito do direito penal brasileiro, atua de forma a limitar e restringir o legislador ordinário, impondo-lhe a necessidade de observação das diretrizes constitucionais e a exigência de que faça, no exercício da função legislativa, uma ponderação entre o bem que se pretende tutelar pela norma e o bem que se visa privar, *in casu*, a liberdade individual. Dito em outros termos, este princípio, ainda que previsto implicitamente em dispositivos da Constituição da República, veda, ao criador da legislação penal, que legisle de forma imoderada e irresponsável, criando tipos penais com cominação abstrata de pena desproporcional à conduta e ao resultado desvalorados.¹⁶

¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 27. Ainda que concorde com a utilização do princípio em estudo, vale conferir a crítica feita por Neumann ao princípio da proporcionalidade no direito penal e seus subprincípios – ou subcritérios. Segundo o autor, de forma resumida, o princípio em questão é um princípio fraco, porque sua aplicação reclama um se número de valorações que não são por ele mesmo determinadas. Sobre a crítica do autor, cf. NEUMANN. (2008, p. 205-232).

¹⁵ SANTOS (2006, p. 28). Conquanto faça ponderações sobre a proporcionalidade com base na teoria da prevenção geral positiva de Jakobs – posição não adotada pelo autor deste estudo –, as considerações de Bottini, sobre o ponto em questão, são extremamente pertinentes e valem a transcrição, inclusive, porque o autor coloca um terceiro nível de observação da proporcionalidade, a ver: A proporcionalidade atua em três momentos distintos. Em primeiro lugar, no plano da previsão abstrata. No momento da criação do tipo penal, cabe ao legislador avaliar a importância do bem jurídico protegido, o desvalor social do comportamento, a intensidade da lesão ou do perigo, e apontar a pena cabível, que guarde relação de proporcionalidade com o crime com as penas atribuídas a outros comportamentos previstos no ordenamento. A eficácia da prevenção positiva depende da compreensão social das ponderações de valores, comportamentos e penas, que conforme um sistema harmônico e lógico, que faça sentido para o cidadão comum. No segundo plano, a proporcionalidade tem vigência na aplicação concreta da pena, diante da constatação do injusto culpável e punível. Os parâmetros do método trifásico, com base no disposto do art. 59 do CP, revelam a preocupação do próprio legislador com a proporcionalidade nesta fase. Por fim, mostra-se importante o recurso à proporcionalidade na execução da pena. Em primeiro lugar, em relação ao ato praticado, de forma que mesmo a total falta de vontade ou capacidade de ressocialização não legitimará uma extensão de pena maior que a culpabilidade revelada na fixação da pena concreta. Em segundo lugar, em relação à capacidade de reinserção social, que – ainda que não justifique uma pena maior – pode abrandar ou diminuir a execução da sanção pela concessão de inúmeros benefícios, como a progressão de regime, o livramento condicional ou a remição.” (BOTTINI, 2010, p. 273-274).

¹⁶ Conforme Franco: No Estado Constitucional de Direito, sustentado por um princípio antropocêntrico, não tem sentido, nem cabimento, a cominação ou a aplicação de pena flagrantemente desproporcionada à gravidade do fato. Pena desse calibre representa ofensa à condição humana, atingindo-a, de modo contundente, na sua dignidade de pessoa. O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou

3 ANÁLISE DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Como apontado nas linhas iniciais, em 1998 o legislador penal brasileiro realizou alterações no artigo 273 do Código Penal, em virtude de fatos considerados criminosos envolvendo a ofensa ao bem jurídico saúde pública (AUGUSTO; GUIMARÃES, 2013, p. 105-106). As mudanças realizadas decorreram de situações envolvendo a venda de pílulas anticoncepcionais adulteradas e outros medicamentos, fatos que desencadearam um *clímax* social propício para que o legislador lançasse mão, como em outros casos, do direito penal para resolver os problemas e acalmar os ânimos midiáticos e coletivos.¹⁷ O resultado, desse modo, foi a criação da Lei nº 9.677, que entrou em vigor ainda no ano de 1998 e trouxe significativas mudanças ao Código Penal em relação aos delitos lesivos à saúde pública.¹⁸

Apesar de a legislação supracitada ter alterado substancialmente os artigos 272 a 277, importa, ao presente estudo, a análise sobre o artigo 273, que passou a cominar pena de dez a quinze anos de reclusão, além de ser incluído no rol dos delitos hediondos.¹⁹ A intenção, no entanto, e é preciso advertir, não é realizar um exame analítico do delito, dissecando-o de forma a expor todos seus elementos, e sim, perquirir sobre a proporcionalidade da pena cominada em relação ao bem jurídico tutelado e sua dignidade e necessidade de tutela penal.²⁰

Nesse contexto, destaque-se que o bem jurídico tutelado pelo tipo penal é a incolumidade pública, restrita, especificamente, à saúde pública (DELMANTO, 2002, p. 552). No mesmo sentido, Greco refere que o “bem jurídico protegido é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde

posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que nessa relação houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, uma inaceitável desproporção.” (FRANCO, 1998, p. 06).

¹⁷ A respeito da situação ocorrida à época da criação da Lei nº 9.677 de 1998, cf.: FRANCO (1998, p. 05-06) e SCALCON (2018, p. 215-216).

¹⁸ Apenas para fins de conhecimento, a finalidade da referida lei é a seguinte: Altera dispositivos do Capítulo III do Título VIII do Código Penal, incluindo na classificação dos delitos considerados hediondos crimes contra a saúde pública, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9677.htm#art273. Acesso em: 28-11-2022.

¹⁹ 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. Modalidade culposa § 2º Se o crime é culposamente cometido: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Emprego de processo proibido ou de substância não permitida. BRASIL, (1941): Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 28-11-2022.

²⁰ Para a estruturação do delito, cf. DELMANTO (p. 552-554, 2002); GRECO (p. 785-789, 2011).

pública” (GRECO, 2011, p. 787).²¹ No entanto, não é suficiente à análise em questão o mero apontamento sobre o bem indicado pelo legislador penal, haja vista que, mais importante do que isso, é demonstrar que o bem em questão é digno e carece tutela por meio da normal penal. Noutros termos, não basta que determinado valor seja reconhecido como bem jurídico, à medida em que, para a consecução dos fins do direito penal, é preciso que este mesmo bem seja digno de tutela e tenha necessidade de proteção jurídico-penal (DIAS, 1999, p. 78).

Nesse sentido, de acordo com Costa Andrade, a dignidade do bem jurídico pode ser definida como “a expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade”, e que, ademais, verifica-se em três diferentes planos: transistemático, axiológico-teleológico e jurídico-sistemático.²² Assim, entende-se que os bens jurídico-penais merecedores de tutela, em virtude da dignidade são, portanto, aqueles que se encontram ligados à ordem jurídico-constitucional, a qual é compreendida como uma base racional à intervenção do direito penal.²³

A necessidade, aqui também entendida como carência de tutela penal, na esteira do mesmo autor, é identificada como a expressão da subsidiariedade e da *ultima ratio* do direito penal, pois, conforme menciona, “o direito penal só deve intervir quando a protecção dos bens jurídicos não possa alcançar-se por meios menos gravosos para a liberdade” (ANDRADE, 1992, p. 186). Este critério é analisado em dois pontos, que se complementam, a saber:

em primeiro lugar, um juízo de necessidade (Erforderlichkeit), por ausência de alternativa idónea e eficaz de tutela não penal; em segundo lugar, um juízo de idoneidade (Geeignetheit) do direito penal para assegurar a tutela, e para o fazer à margem dos custos desmesurados no que toca ao sacrifício de outros bens jurídicos, máxime a liberdade” (ANDRADE, 1992, p. 186).

Assim, além de verificar a dignidade do bem, cabe, ao legislador penal, questionar se há necessidade de recorrer ao direito penal para fins de tutela, ou se não existe outra forma menos onerosa às liberdades individuais de proteção de determinado bem (SOUZA, 2004, p. 154).

Em última análise, observa-se que os critérios postos parecem imprescindíveis à legitimação da criminalização, isto é, da intervenção jurídico-penal no âmbito de um Estado Democrático e de Direito, haja vista que para a intervenção do direito penal é preciso, em conjunto com a existência de um determinado bem

²¹ Em sentido diametralmente oposto, cf.: GIULIANI (2016, p. 17-35).

²² A respeito dos planos indicados: No plano trasistemático, a dignidade penal assegura eficácia ao mandamento constitucional de que só os bens jurídicos de eminente dignidade de tutela (Schutzwürdigketi) devem gozar de protecção penal. Nesta medida e com este alcance, o conceito e o princípio da dignidade de tutela dão já guarida ao princípio constitucional de proporcionalidade. Em segundo lugar, e no plano axiológico-teleológico, o juízo de dignidade penal privilegia dois referentes materiais: a dignidade de tutela do bem jurídico e a potencial e gravosa danosidade social da conduta, enquanto lesão ou perigo para os bens jurídicos. Por último, e no plano jurídico-sistemático, a dignidade penal mediatiza e actualiza o postulado segundo o qual o ilícito penal se distancia e singulariza face às demais manifestações de ilícito conhecidas da experiência jurídica. E isto posta entre parêntesis a questão de saber se a distinção releva do qualitativo ou apenas do meramente quantitativo.” (ANDRADE, 1992, p. 184-185.)

²³ Nesse sentido: Alude-se na dignidade penal a considerações de justiça em que se busca decidir a favor de dados valores percebidos na realidade social (“fenômenos sociais”) como merecedores de pena, em que a “estrela polar” que deverá orientar o legislador na caracterização dos bens jurídicos dignos de tutela penal será a Constituição. Os bens jurídicos dignos ou merecedores de tutela penal são, portanto, os de indicação constitucional específica ou aqueles que se encontrem em harmonia com a noção de Estado de direito material. (SOUZA, 2004, p. 143-144).

jurídico, seja verificado se este mesmo bem é digno e carente de tutela penal.²⁴ Ou seja, conquanto o direito penal esteja vinculado, posição aqui adotada, à ideia de proteção de bens jurídicos dignos de tutela, tanto individuais quanto supraindividuais, esta tutela só se torna legítima quando, além da dignidade do bem, estiver presente a efetiva necessidade de proteção jurídico-penal.²⁵

Desse modo, retomando à análise do artigo 273, verifica-se que é incontestável a dignidade do bem jurídico tutelado pelo tipo penal – saúde pública –, bem como sua necessidade – carência – de tutela penal, sobretudo por sua disposição e reconhecimento na ordem jurídico-constitucional. Contudo, apesar dessa conclusão, percebe-se que há flagrante desproporção na pena cominada ao crime em estudo. Não há, e isso é inegável, justa posição entre o preceito primário e os preceitos secundário da normal penal, na medida em que as penas cominadas, inquestionavelmente, superam aquelas estipuladas, por exemplo, em delitos cuja lesão atinge o bem jurídico vida, como é o caso do crime de homicídio simples, cuja pena inicia em seis anos.

Se o legislador considerada que a vida merece reprimenda mínima de seis anos, qual a razão de ser para que esse mesmo legislador entenda que a incolumidade pública, isto é, um ente desprovido de personalidade jurídica, não determinado, receba proteção mínima de dez anos? E, mais, por qual razão o desvalor da conduta de falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais é maior do que a eliminação da vida de um ser humano?

A mais disso, destaque-se que o fato de se constituir em um delito de perigo abstrato, entende-se que sua pena deveria ser mais branda, haja vista a falta de perigo concreto ao bem jurídico (BOTTINI, 2010, p. 280).²⁶ Nessa esteira, há quem advogue, também, pela necessidade de efetiva ofensa ao bem jurídico, como é caso de Delmanto, para quem é preciso, à configuração material do tipo penal, a presença de ofensividade à saúde pública, sob de pena de inconstitucionalidade do crime (DELMANTO, 2002, p. 552). Além disso, frise-se que, não obstante às alterações trazidas pela Lei nº 9.677, o tipo penal em estudo foi incluído no rol dos crimes hediondos, por meio da Lei nº 9.695, também de 1998 (FRANCO, 1998, p. 05), Isso demonstra, tanto

²⁴ Para Costa Andrade, o triunfo da dignidade penal e da carência de tutela penal na política criminal – máxime numa perspectiva sistémico-transcendente e, por isso, tendencialmente crítica – parece inquestionado. Na síntese conjugada das suas injunções de sentido, a dignidade penal e a carência de tutela penal são hoje assumidas <<como arquétipo para o legislador, como fórmula concentrada do conjunto de princípios rectores em matéria de política criminal, jurídico-constitucionalmente sancionados>>. São, na verdade, elas que mediatizam e tornam operativos os princípios constitucionais que demarcam o horizonte da criminalização: imanência sistémico-social, proporcionalidade, carácter fragmentário e subsidiariedade. (ANDRADE, 1992, p. 187).

²⁵ Como bem menciona Sporleder de Souza: apesar de o legislador penal ter um considerável âmbito autônomo de discricionariedade, entendemos que os princípios da dignidade e da necessidade penal, aliados ao conceito bem jurídico, são categorias de natureza material que fazem parte da política criminal legislativo-dogmática e são de suma importância para qualquer discussão que pretenda legitimar a atividade punitiva do Estado no sentido da criminalização ou descriminalização de condutas e na proteção de bens jurídicos emergentes. (SOUZA, 2004, p. 162.). Neste ponto, vale destacar que, no Brasil, existe o trabalho de Ruivo, cuja intenção reside também em dar contornos à atividade legislativa-penal, por intermédio de uma concepção estruturada com base no dever de proporcionalidade e nos conceitos de merecimento, carência e dignidade penal. Segundo o autor, a dogmática penal tem enfrentado o problema da criminalização de condutas por meio de dois conceitos: a necessidade de pena e a dignidade penal do comportamento. A análise dos interesses criminalizadores considerando apenas dois critérios é insuficiente para a sua avaliação e orientação. É possível ganhar maior exatidão com três níveis penais sucessivos, correspondentes aos tradicionais níveis da dogmática do direito constitucional: (1) merecimento de tutela penal, (2) carência ou necessidade de tutela penal e (3) dignidade de tutela penal. (RUIVO, 2018, p. 600).

²⁶ Em sentido contrário, Greco entende tratar-se de crime de perigo comum e concreto (GRECO, 2011, p. 787).

quanto a questão referente à exacerbada pena cominada em abstrato, que o crime do artigo 273 é, tal como outros no direito penal brasileiro, mais um sintomático caso de falta de racionalidade e de critérios do legislador ordinário, pois sua inclusão no rol da Lei nº 8.072, além de inconstitucional, demonstra uma flagrante incoerência (SCALCON, 2018, p. 94). Nesse contexto, segundo menciona Scalcon, “apenas crimes muito severos, que atentem de forma intolerável contra bens jurídicos que concretizam valores da pessoa humana e sua dignidade, poderão ser assim qualificados” (SCALCON, 2018, p. 94-95). Veja-se que com relação a este ponto, nem mesmo o homicídio simples é considerado crime hediondo, não existindo mais uma vez proporcionalidade com a inserção do delito tipificado no art. 273 do CP no rol taxativo do art. 1º, da Lei nº 8.072/90.

Chega-se à síntese final de que se está diante de violação ao princípio da proporcionalidade, pois, conquanto a saúde pública seja, de fato, um bem jurídico digno e carente de tutela penal, contudo, a pena cominada às condutas descritas no artigo 273 é desproporcional à ofensa abstrata ao bem tutelado. Tão desproporcional que, por exemplo, a importação de um sabonete terapêutico ou cosmético, conduta prevista no parágrafo primeiro, pode resultar em pena que inicia em dez anos de reclusão (DELMANTO, 2002, p. 553). Assim, é perceptível que o produto entregue pelo legislador ordinário é um verdadeiro *nonsense* jurídico. É flagrante o desalinho ao princípio da proporcionalidade, chegando, inclusive, às raias do absurdo, motivo pelo qual a proibição penal em estudo não parece encontrar resguardo no sistema normativo constitucional, por violação ao princípio da proporcionalidade.²⁷

CONCLUSÃO

Encerrada a pesquisa, é possível, diante dos argumentos apresentados, traçar algumas considerações finais, apresentadas, de modo objetivo, nos seguintes termos:

No direito brasileiro, o princípio da proporcionalidade está implicitamente previsto em diversos dispositivos da Constituição da República, sendo, pois, da ordem axiológico-constitucional que emana sua necessidade de observação pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Em decorrência de seus subprincípios, da adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*, impõe-se, nessa ordem, a proibição do excesso e a proibição da proteção insuficiente. Em síntese, o princípio da proporcionalidade é, por certo, uma barreira intransponível de proteção individual do cidadão diante da intervenção estatal.

Na seara penal, com a obra de Beccaria, que, além de transcendental é fundamental à ciência do direito penal, passou-se a entender que não havia mais espaços para penas cruéis e desumanas, ou seja, desproporcionais à conduta delitativa praticada. É daí, pois, que surge no campo do direito penal a ideia de proporcionalidade, vinculada, fundamentalmente, ao princípio da humanidade. Desse modo, passou-se a compreender que, em atenção a este princípio, todo produto legislativo no campo penal, *i.e.*, normas penais

²⁷ Ainda, conforme o autor: Dimensionar corretamente o bem jurídico a ser tutelado, verificar se esse bem tem dignidade penal e se a conduta, que o agride, é merecedora de pena, proporcionar adequadamente a sacção penal em função do conglomerado de tipos penais já estruturados, tudo isso constitui tarefa inafastável de um legislador no Estado Constitucional de Direito. (FRANCO, 1998, p. 05).

incriminadoras, deveriam cominar penas proporcionais ao crime. Ou seja, vedou-se o tratamento cruel, desumano e desproporcional. Mas não só. Com o princípio da proporcionalidade foi imposto ao legislador um dique de proteção aos excessos legislativos, proibindo, assim, penas excessivas e desvinculadas da ideia de um direito penal mais humano e menos interventivo.

Contudo, no caso do crime previsto no artigo 273 do Código Penal, o produto entregue pelo legislador penal foi notadamente contrário aos ditames do princípio da proporcionalidade. Não se verificou, por exemplo, se a pena cominada era efetivamente adequada, ainda, se era necessária nos patamares em que estipulada. Assim, como dito no texto, ainda que a saúde pública, bem jurídico tutelado pelo delito seja, efetivamente, um bem digno e carente de tutela penal, há flagrante desproporção na pena cominada no preceito secundário da norma penal.

Por fim, considerando que, ao se questionar se há violação ao princípio da proporcionalidade em relação à pena cominada ao delito do artigo 273, a resposta é, inapelavelmente, positiva, cabe, portanto, ao magistrado, na análise do caso concreto, dar a melhor solução à situação, com atendimento aos critérios da proporcionalidade em sentido estrito. Outra solução, também possível de emprego, é a analogia *in bonam parte*, optando-se por aplicar, quando possível, tipificação penal diversa existente no ordenamento jurídico brasileiro, que possua pena menor e seja mais razoável ao caso analisado ou, ainda, um enquadramento na tentativa, a partir da norma de extensão prevista no art. 14, inciso II, do CP, a fim de se adequar a proteção ao bem jurídico tutelado com a gravidade da conduta considerando o sistema jurídico como um todo uniforme.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Manuel da Costa. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 2, n. 2, p. 173-205, abr.-jun., 1992.
- AUGUSTO, Guilherme Alves; GUIMARÃES, Luciana Aparecida. Medicamento falsificado e o crime hediondo. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais**, Guarulhos, ano 3, n. 1, p. 103-112, 2013.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Régis. Princípios fundamentais do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 4, n 15, p. 81-88, jul.-set., 1996.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 18, n. 85, p. 267-296, jul.-ago., 2010.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**: Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro. 03 out. 1941. Fonte disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 27-10-2019.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPELETI, Célia Regina; VIDAL, Pedro Walter Guimarães Tang. Direitos sociais e sua efetivação: uma análise a partir dos princípios da proporcionalidade e da proibição de retrocesso social. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UnIjuí**, Ijuí, ano 25, n. 45, p. 70-97, jan.-jun., 2016.

- D'AVILA, Fabio. Desafios do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico no direito penal contemporâneo. **Revista Científica do ISCTAC**, Cidade da Beira/Moçambique, ano 1, n. 01, set., p. 5-25, 2014.
- D'AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- D'AVILA, Fábio Roberto; DARCIE, Stephan Doering. Algumas reflexões sobre os crimes de perigo concreto. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 218, p. 8-9, jan., 2011.
- D'AVILA, Fábio Roberto; MACHADO, Tomás Grings. Primeiras linhas sobre o fundamento onto-antropológico do direito penal e sua ressonância em âmbito normativo. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano 10, n. 37, p. 83-98, abri/jun., 2010.
- DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FRANCO, Alberto Silva. Há produto novo na praça. **Boletim IBCCRIM**, n. 70, edição especial, p. 05-06, 1998.
- GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. Volume I – Tomo II. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956.
- GIULIANI, Emília Merlini. A inadequação do conceito de saúde pública enquanto bem jurídico: uma análise sobre os fundamentos materiais do crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de medicamentos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 24, n. 124, p. 17-35, out., 2016.
- GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 16, n. 71, p. 205-232, mar.-abr., 2008.
- NORONHA, Eduardo Magalhães. **Direito penal**. 1º Volume – introdução e parte geral. São Paulo: Edição Saraiva, 1959.
- RIBEIRO, Jorge Severiano. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil (comentado)**. Segundo Volume. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1941.
- RUIVO, Marcelo de Almeida. Legislação penal e ciências criminais: por uma teoria orientadora dos interesses político-criminais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 26, n. 147, p. 587-614, set., 2018.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.
- SCALCON, Raquel Lima. **Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2018.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- TEIXEIRA, Paulo Rodrigues. **Direito penal: circunstâncias agravantes e atenuantes; causa que dirimem a criminalidade e justificam os crimes**. São Paulo: Saraiva & Cia, 1928.

Recebido – 07/07/2022
Aprovado – 26/11/2022