

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL
FACE A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS
INDIVIDUAIS DO HOMEM**

Flávia Oliveira

Presidente Prudente/SP
2007

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL
FACE A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS
INDIVIDUAIS DO HOMEM**

Flávia Oliveira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Fabiana Junqueira Tamaoki Neves.

Presidente Prudente/SP
2007

**INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL
FACE A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS
INDIVIDUAIS DO HOMEM**

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Fabiana Junqueira Tamaoki Neves

Examinador

Examinador

Presidente Prudente, ____/____/_____.

Dedico este trabalho às duas pessoas mais importantes da minha vida, mais do que mães, heroínas, Clarice Aparecida Fredo e Florinda Fredo.

Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.

Eduardo J. Couture

AGRADECIMENTOS

Neste encerramento de mais uma etapa e início de uma carreira jurídica, não posso deixar de agradecer a algumas pessoas que se mostraram fundamentais para o alcance deste objetivo.

Primeiramente, agradeço a Deus por sempre orientar minhas escolhas e decisões, concedendo paciência e sabedoria nos momentos e na medida certa.

À minha querida e admirável mãe, pelo apoio não só material, mas principalmente moral. Por me inspirar e me encorajar a prosseguir e alcançar meus objetivos.

À minha avó, pelo cuidado e carinho dispensado, pelo zelo e preocupação com meu bem estar. Ao meu tio e primo pelo cuidado e carinho.

Aos grandes amigos da faculdade, pelos maravilhosos e inesquecíveis momentos compartilhados, tanto momentos de descontração em festas, churrascos, ou simplesmente em conversas corriqueiras, como em momentos de tensão em provas e trabalhos, em especial a Anelisy, Camila, Ísis, Maiara, Nayara, Talita e Leandro.

Aos amigos irmãos que suportaram minha ausência e algumas vezes até grande irritação, sempre me apoiando na conclusão desta tão importante etapa, em especial a Aline, Carla, Carol, Dani, e Robson.

Não poderia deixar de lembrar de um dos mestres e orientadores da minha carreira jurídica, Dr. Hélio Perdomo Júnior, além dos colegas de trabalho e principalmente amigos André, Luis Paulo e Rangel.

Por fim, como não poderia deixar de ser, agradeço a minha queridíssima e digníssima professora, orientadora e amiga Fabiana Junqueira Tamaoki Neves, pelo conhecimento transmitido, pela paciência, compreensão e amizade dispensada.

RESUMO

O presente trabalho demonstra a flagrante inconstitucionalidade do artigo 273 do Código Penal, principalmente no tocante a sua inserção no rol dos crimes qualificados como hediondos, face a violação dos direitos e garantias fundamentais, individuais do homem, constantes da Constituição Federal. Em um primeiro momento analisa-se a Lei dos Crimes Hediondos, sua definição, a conturbada origem e os fundamentos constitucionais que a embasaram. Em um segundo plano observa-se o delito descrito no artigo 273 do Código Penal, seu surgimento e evolução legislativa, culminando em sua inserção na Lei dos Crimes Hediondos. Após, analisa-se minuciosamente o próprio artigo 273 do Código Penal, descrevendo suas condutas, sujeitos, as formas como ele se apresenta, ação penal e o objeto jurídico tutelado. Em um outro momento a autora analisa os direitos fundamentais constantes da Constituição Federal, enfatizando os direitos fundamentais individuais, os quais verifica-se posteriormente, serem flagrantemente violados com a tipificação do artigo em estudo e com a inserção deste na Lei dos Crimes Hediondos, culminando com a inconstitucionalidade do tipo penal. O trabalho aborda ainda um tema atual e polêmico, qual seja, a progressão de regime com relação aos Crimes Hediondos, sua origem, evolução histórica, de acordo com as diversas leis editadas tratando do assunto e culminando com a permissão da progressão de regimes permitida pela Lei nº 11.464/07, desde que sejam respeitados os requisitos impostos.

Palavras-chave: Crime hediondo. Falsificação de medicamentos. Direitos fundamentais. Progressão de regimes.

ABSTRACT

The present work demonstrates the evident unconstitutionality of the article 273 of the Penal Code, principally regarding its insertion in the roll of qualified crimes, in relation to violation of the rights and basic, individual guarantees of the man, foreseen in the Federal Constitution. At a first time it analyses the Law of the Vile Crimes, its definition, the troubled origin and its constitutional bases. In a second time it observes the crime described in the article 273 of the Penal Code, its appearance and legislative evolution, culminating in its insertion in the Law of the Vile Crimes. After, analyses in details the article itself 273 of the Penal Code, describing its conducts, subjects, the ways it presents, penal action and the legal protected object. At another moment the author analyses the basic rights of the Federal Constitution, emphasizing the basic individual rights, which in a subsequently are evidently violated which the article in study's type and with its insertion in the Law of the Vile Crimes, culminating with the penal type unconstitutionality. The work still boards a current and controversial theme, like the regime progressive in Vile Crimes, its origin, historical evolution, in accordance with several published laws treating the subject and ending by permission regime progressive's allowed by the Law n ° 11.464/07, since the imposed clauses are respected.

key words: Vile crime. Falsification of medicines. Basic rights. Progression of regimes.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 09 |
| 2 CRIMES HEDIONDOS | 12 |
| 2.1 Definição | 12 |
| 2.2 Origem..... | 14 |
| 2.3 Embasamento Constitucional..... | 16 |
| 3 ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL COMO CRIME HEDIONDO | 19 |
| 3.1 Introdução | 19 |
| 3.2 Lei n° 9677/98 | 20 |
| 3.3 Lei n° 9695/98 | 22 |
| 4 FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS (ARTIGO 273, §1º, §1º – A E §1º - B) | 24 |
| 4.1 Definição | 24 |
| 4.2 Objetividade Jurídica | 26 |
| 4.3 Tipo Objetivo | 26 |
| 4.4 Tipo Subjetivo..... | 28 |
| 4.5 Sujeitos do Delito | 29 |
| 4.6 Consumação e Tentativa..... | 29 |
| 4.7 Formas Qualificadas | 30 |
| 4.8 Crime Culposo..... | 30 |
| 4.9 Pena e Ação Penal..... | 31 |
| 5 DIREITOS FUNDAMENTAIS | 32 |
| 5.1 Direitos Individuais | 34 |
| 5.1.1 Classificação dos direitos individuais | 34 |
| 5.1.1.1 <i>Do direito à vida</i> | 35 |
| 5.1.1.2 <i>Direito de igualdade</i> | 36 |
| 5.1.1.3 <i>Direito de liberdade</i> | 37 |
| 5.1.1.4 <i>Direito de segurança</i> | 38 |
| 5.1.1.5 <i>Direito de propriedade</i> | 38 |

| | |
|--|----|
| 6 INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 273 DO CP- FACE A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS CONSTANTES DA CF | 40 |
| 6.1 Artigo 273 “caput” e parágrafo 1º | 40 |
| 6.2 Artigo 273, parágrafo 1º A..... | 41 |
| 6.3 Artigo 273, parágrafo 1º B e Incisos..... | 43 |
| | |
| 7 ALTERAÇÃO NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS NO TOCANTE A PROGRESSÃO DE REGIMES | 49 |
| 7.1 Lei nº 8.072/90 em sua Forma Original..... | 49 |
| 7.2 Lei nº 9.455/97 (Lei de Tortura)..... | 50 |
| 7.3 Lei de Drogas nº 11.343/06..... | 51 |
| 7.4 Constitucionalidade e Inconstitucionalidade do §1º do Artigo 2º da Lei nº 8.072/90 | 51 |
| 7.5 Marco para a Alteração da Lei nº 8.072/90 Quanto a Progressão de Regime | 53 |
| 7.6 Lei nº 11.464/07 | 53 |
| | |
| 8 CONCLUSÃO | 55 |
| | |
| BIBLIOGRAFIA | 57 |

1 INTRODUÇÃO

O presente tema revela um equívoco do legislador que resultou em flagrante inconstitucionalidade, por ferir direitos fundamentais individuais do homem.

Por volta da década de noventa, uma enorme onda de criminalidade assombrou o país, alarmando a sociedade e resultando em uma pressão popular tão intensa sobre os legisladores que culminou com a edição de uma Lei que aparentasse uma resposta rápida e rígida aos criminosos.

Entretanto, a urgência era tamanha, que resultou em uma legislação severa, que agradou aos olhos da sociedade, mas revelou-se carente de técnicas e estudos que comprovassem sua eficácia.

Neste contexto histórico e devido a demasiada quantidade de delitos envolvendo a falsificação, adulteração, corrupção e alteração de medicamentos, retraindo sua eficácia, surgiram Leis que reprimiram rápida e severamente as condutas descritas, mas, por mais uma vez, carentes de técnica legislativa e de um mínimo de estudo científico.

A primeira lei editada sobre o aludido tema foi a Lei n° 9.677 de 02 de julho de 1998 que trouxe nova redação ao artigo 1° da Lei n° 8.072/90, incluindo o delito de “corrupção, adulteração, e falsificação de substância alimentícia ou medicinal”, expondo à venda, na forma qualificada.

Entretanto, a nova Lei revelou uma série de injustiças, além de um desequilíbrio no sistema Penal brasileiro ao se preocupar, especialmente em dar respostas rápidas a todo e qualquer problema surgido na sociedade e proclamado pela imprensa, sem se importar com as conseqüências e sem qualquer embasamento científico.

Para corrigir o aberrante equívoco e a falta de sintonia trazida pela Lei n° 9.677/98 foi editada posteriormente a Lei n° 9.695/98 que acrescentou apenas o delito descrito no artigo 273 e seus parágrafos à Lei dos Crimes Hediondos, excluída a modalidade culposa.

Tal delito tipificado no artigo 273 do Código Penal traz como bem jurídico a ser tutelado a saúde pública e incrimina as condutas de falsificar, adulterar, corromper, alterar produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, incluindo nesses produtos os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnósticos, bem como as condutas de importar, vender, expor a venda, ter em depósito (para finalidade de venda) ou de qualquer forma distribuir ou entregar a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

Analisando o delito em testilha de forma um pouco mais técnica verifica-se que há flagrante inconstitucionalidade material, pois viola de forma grave os direitos fundamentais individuais do homem, principalmente no que concerne aos direitos de liberdade e igualdade previstos e garantidos pela Constituição Federal.

Ao incriminar as condutas descritas supracitadas, o legislador foi um tanto omissos. Esqueceu, no calor do momento, de informar no referido artigo elementos constitutivos essenciais à configuração do delito: a destinação dos produtos a consumo e o fato de a substância tornar-se nociva à saúde pública.

Observa-se, que as condutas objeto de pesquisa, desvinculada dos elementos supracitados, na maioria gritante das vezes não produzem resultados que coloque em risco a saúde pública.

Neste ínterim, verifica-se que o direito à liberdade do homem sofre um grande constrangimento, face às penas severas cominadas ao delito, além das agravantes apostas pela Lei dos Crimes Hediondos, sem em contrapartida, sua conduta oferecer risco à saúde pública.

Além de ferir mortalmente o direito a liberdade, resguardado pela Carta Magna, as condutas incriminadas lesam visivelmente o direito de igualdade protegido pela Carta Magna, pois despendem tratamento gravoso e igualitário a condutas visivelmente distintas, com potencialidade lesiva, perceptivelmente desiguais.

Por derradeiro, um tema atual e polêmico, que afeta diretamente o aludido tema foi abordado minuciosamente. Trata-se da possibilidade de progressão de regime trazido pela Lei nº 11.464/07, a qual, após edição de inúmeras Leis

tratando do tema, permitiu aos reeducandos progredir de regime, desde que cumpram $2/5$ da pena, se for primário e $3/5$ se for reincidente.

O trabalho foi elaborado utilizado-se o método dedutivo, através de pesquisa em livros, artigos, artigos publicados na internet, monografias e legislações diversas.

2 CRIMES HEDIONDOS

2.1 Definição

A palavra hediondo, segundo nosso vernáculo, pode ser definida como algo depravado, vicioso, sórdido, imundo, repelente, repulsivo, horrendo, sinistro, pavoroso, medonho.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XLIII, trouxe pela primeira vez a expressão “Crimes Hediondos”, entretanto, incumbiu à legislação ordinária, o dever de defini-la.

O texto constitucional supra, deu origem à Lei 8.072/90 a qual utilizou-se de um sistema legal para definir quais seriam os crimes hediondos, deixando, contudo, de definir, de explicitar, o que seria essa modalidade de atuação criminosa.

Sendo assim, a partir de tal legislação infraconstitucional, passou-se a considerar hediondo, tão somente, os crimes enumerados de forma exaustiva no artigo 1º da Lei dos Crimes Hediondos.

Acerca de aludido tema, dispõe elucidativo julgado:

O legislador brasileiro pecou por indefinição a respeito da locução ‘crime hediondo’ contida na regra constitucional. Ao invés de fornecer uma noção, tanto quanto explícita, do que atenda ser a hediondez do crime, preferiu adotar um sistema bem mais simples, ou seja, o de etiquetar, com a expressão ‘hediondo’, tipos já descritos no Código Penal ou em leis penais especiais (TJRS – Rel. Moacir Danilo Rodrigues – RJTJRS 175/45).

Ocorre que, essa insuficiência de critérios para a definição do que seria considerado Crime Hediondo, dá oportunidade para que o legislador reúna, em um mesmo rol, crimes com objetos jurídicos distintos atribuindo a todos, o mesmo tratamento processual rígido.

Nesse sentido, ensina Monteiro (2002, p.16):

Assim, crime hediondo é simples e tão somente aquele que, independentemente das características de seu cometimento, da brutalidade do agente, ou do bem jurídico ofendido, estiver enumerado no artigo 1º da lei. Estamos assim diante de um grupo de crimes que, embora de objetos jurídicos distintos e de outros elementos de afinidade discutível, têm o mesmo tratamento processual pela simples razão de que a lei assim o quis. Os crimes Hediondos são em *numerus clausus*.

Entretanto, ao enumerar os crimes que seriam definidos como hediondos, o legislador não deixou margem para qualquer tipo de flexibilidade de interpretação pelo juiz, atendo-se ao princípio da reserva legal.

Portanto, podemos definir como crimes hediondos, os elencados no artigo 1º da Lei 8.072 de 25 de julho de 1990, quais sejam:

- a) homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado;
- b) latrocínio
- c) extorsão qualificada pela morte;
- d) extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada;
- e) estupro (artigo 213 e sua combinação com o artigo 223, *caput* e parágrafo único);
- f) atentado violento ao pudor (artigo 214 e sua combinação com o artigo 223, *caput* e parágrafo único); epidemia com resultado morte;
- g) falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais;
- h) genocídio.

Cumprе salientar, que além dos delitos tipificados como hediondos, a Constituição Federal equiparou aos crimes elencados no rol supra, os delitos de tortura, terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

2.2 Origem

Os anos que precederam a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 foram marcados por perseguições políticas, e atentados à ordem político-jurídica democrática, decorrentes da Ditadura Militar.

Ante a repugnante experiência, os parlamentares defenderam a idéia de inserir no texto da Carta Magna, dispositivos que assegurassem uma resposta punitiva mais severa contra qualquer pessoa que viesse a cometer atos de terrorismo, práticas de torturas fundamentadas em idéias políticas e ações armadas contra a ordem político-jurídica.

Tais dispositivos visavam a criação de um sistema jurídico mais rígido, que impedisse que tais anomalias políticas viessem a acontecer, e caso ocorressem, evitasse que tais usurpadores do poder escapassem incólumes de punição.

Diante das circunstâncias, o legislador inseriu no artigo 5° da Constituição de 1988, o inciso XLIII, dispondo:

Artigo 5° CF [...]

[...]

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

Neste mesmo momento histórico, uma onda intensa de violência pairava sobre a sociedade gerando um ambiente de insegurança e pânico. As quadrilhas criminosas passaram a operar com alto grau de organização. Os crimes de seqüestro com o objetivo de extorquir os familiares das vítimas tomaram proporções assombrosas, principalmente nos estados de São Paulo e Rio de Janeiro.

Os meios de comunicação tiveram um papel fundamental para a criação da Lei dos Crimes Hediondos ao divulgar de forma sensacionalista os acontecimentos, criando assim, uma opinião pública favorável a uma solução radical

e severa, manipulando criação de um sistema jurídico mais rígido para a punição de determinados delitos e utilizando-se do clima de temor instaurado para uso político.

O fato determinante, que culminou com a edição da Lei n° 8.072/90 foi o seqüestro do empresário Roberto Medina, irmão de Rubens Medina o qual era, na ocasião, Deputado Federal pelo Estado do Rio de Janeiro.

Desta forma, em 17 de maio de 1990, foi criado o Projeto de Lei n° 50/90, tendo como autor, o Senador Odacir Soares, que previa a alteração da redação dos artigos 75, 83, 107, 109, 148 e 159 do Código Penal, impondo penas mais severas para os crimes de seqüestro e extorsão mediante seqüestro, tornando-os imprescritíveis, insuscetíveis de fiança, graça ou anistia e permitia, inclusive, ultrapassar o limite legal de 30 (trinta) anos de pena.

De ordem processual, alterava o artigo 594 do Código de Processo Penal, prescrevendo que em nenhuma hipótese, os condenados por esses crimes poderiam apelar em liberdade.

Tal projeto foi aprovado no Senado em 20 de junho de 1990 e encaminhado à Câmara dos Deputados para aprovação.

Dentre os projetos que estavam tramitando acerca do referido tema, incluía-se um subscrito por Saulo Ramos, então Ministro da Justiça, o qual teve o inciso I do artigo 1°, que dispunha sobre os crimes que seriam considerados hediondos, inserido na Lei n° 8.072/90. Foi acrescentado a tal inciso, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

Após as alterações cabíveis, o substitutivo da Câmara dos Deputados, elaborado pelo Deputado Roberto Jefferson, foi votado em plenário e enviado à Presidência da República para veto. No dia 25 de julho de 1990 o substitutivo foi transformado na Lei dos Crimes Hediondos, promulgada com dois vetos (artigos 4° e 11°).

Após a promulgação da Lei n° 8.072/90, outras três leis foram sancionadas, expandindo a definição de crime hediondo.

A primeira delas foi a Lei n° 8.930/94 promulgada devido à pressão feita pelos meios de comunicação social e a uma campanha popular para o aumento

da repressão, ocasionada pelo crescente número de chacinas, e ao assassinato da atriz Daniela Perez.

Tal diploma legal incorporou à Lei dos Crimes Hediondos os delitos de homicídio simples e homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio e excluiu do rol o delito de envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte. Com relação ao delito de estupro, a nova lei retirou a palavra “caput” que se seguia ao artigo 213 do Código Penal.

A segunda foi a Lei n° 9.677/98 que atribuiu nova redação ao delito descrito no artigo 273 do Código Penal e rotulou os artigos nela mencionados como crime hediondo, entretanto, em seu corpo normativo, não ratificava tal inclusão.

Nesse sentido dispõe Franco (2000, p. 103):

A Lei 9.677 nasceu, no entanto, com a indicação falsa de seu conteúdo. A “bula” do novo produto normativo continha uma evidente dessincronia entre a ementa e o texto legal. A ementa rotulava os delitos mencionados na lei como crimes hediondos, mas nenhuma palavra do texto confirmava essa etiqueta.

Entretanto, visando corrigir a falha normativa, foi necessária a produção da Lei n° 9.695/98, a qual tipificou apenas o delito descrito no artigo 273 do Código Penal como sendo crime hediondo.

2.3 Embasamento Constitucional

O termo “crime hediondo” foi utilizado pela primeira vez na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5°, inciso XLIII, ao prescrever que:

Artigo 5° (...)

(...)

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

Tal texto foi publicado, com o intuito de limitar ou restringir direitos e garantias fundamentais elencados no mesmo artigo 5º, proibindo, aos sujeitos ativos de tais delitos, o reconhecimento de certas causas extintivas de punibilidade, como a anistia e a graça, e excluindo a garantia processual da liberdade, com o pagamento de fiança.

Conforme ensina Amêndola Neto (1997, p. 27):

O eixo fundamental dessa restrição centra-se na referência a uma nova classe tipológica de delito na qual se exclui a garantia processual da fiança e se proibiu o reconhecimento de determinadas causas extintas de punibilidade (anistia e graça).

Nada obstante, tais restrições foram estendidas a situações de semelhante gravidade, de relativa danosidade social, quais sejam, os delitos de tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Ademais, tal norma jurídica, dispõe que pelos delitos nela tipificados, serão responsabilizados “os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los se omitir”.

Quanto ao disposto aos mandantes e executores, a norma reforça a posição adotada no Código Penal, de responsabilizar uma pessoa que de qualquer forma participe ou se comprometa com o fato criminoso, seja como autora, co-autora ou como partícipe.

Entretanto, a norma inovou ao trazer para o texto constitucional, a “omissão”. Contudo, não basta deixar de fazer para caracterizar tal omissão. É necessário que, segundo dispõe Amêndola Neto (1997, p. 28): “esse poder fazer algo que não foi feito, para evitar a prática delituosa, só terá interesse, de conotação penal, quando o emitente devia e podia agir para evitar o resultado”.

Ocorre que, o texto constitucional mostra-se imperfeito por dizer menos do que deveria dizer, ou seja, confere culpabilidade por omissão para todos que não evitarem a prática delituosa, não importando se tinham ou não o dever de cuidado objetivo.

Para evitar injustiças, portanto, deve-se entender omissão como o dever de agir, determinado por lei ou por avocação da “responsabilidade de impedir o resultado de uma situação de ingerência, de obstar o advento do resultado típico” (Amêndola Neto, 1997, P. 28).

Apenas nas situações acima elencadas, pode-se vislumbrar uma conduta criminosa passiva de aplicação das restrições aos direitos e garantias fundamentais.

3 O ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL COMO CRIME HEDIONDO

3.1 Introdução

No segundo trimestre de 1998, outra “bomba” estourou nos noticiários de todo o país. Trata-se da quantidade de medicamentos falsificados encontrados nas prateleiras das farmácias, os quais denunciavam as quadrilhas bem organizadas que enriqueciam face à fraca e insuficiente fiscalização da vigilância sanitária, colocando a saúde pública em risco.

Era notícia diária, tanto na imprensa falada quanto escrita, a quantidade de medicamentos falsificados, cada dia aparecendo medicamentos novos sem nenhuma eficácia, como por exemplo, o anticoncepcional “Microvlar” feito de farinha, o antibiótico “Amoxil” e o remédio para câncer de próstata “Androcur”, vendido sem seu princípio ativo, levando a óbito uma série de idosos.

Assim como nos casos anteriores, face à intensa pressão da imprensa e da opinião pública, o Direito Penal foi chamado a apresentar uma solução rápida e mágica para o problema, como se o aumento da pena ou a hediondez para o delito resolvesse rapidamente o problema.

Nesse sentido Monteiro (2002, p. 71)

E, como nas situações anteriores, seqüestros (extorsão mediante seqüestro) e homicídios clamorosos, mais uma vez o Direito Penal foi chamado a dar uma resposta, como se, rotulando de hedionda esta ou aquela conduta, num passe de mágica, o problema estivesse resolvido.

Nesta senda, o legislador mais uma vez atendeu de forma rápida o clamor público, editando as Leis n° 9.677/98 e 9.695/98, inserindo assim o delito de Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais no rol dos crimes hediondos.

No entanto, deve-se tomar nota, que diversas medidas administrativas foram tomadas, no intuito de corrigir a falha na fiscalização, e desta forma erradicar o problema de uma vez. Dentre as medidas, foram editadas dezenas de portarias regulamentando as ações de vigilância na área dos medicamentos, foi substituído o Secretário Nacional da Vigilância Sanitária, e por fim, a mais importante das medidas, criada a “Agência Nacional e Vigilância Sanitária – ANVS”.

3.2 Lei n° 9.677 de 02 de julho de 1998

O advento da Lei n° 9.677/98, trouxe nova redação ao artigo 1° da Lei 8.072/90, incluindo o delito de “corrupção, adulteração, e falsificação de substância alimentícia ou medicinal”, expondo à venda, na forma qualificada. Tal delito era a combinação do artigo 272, § 1° com o artigo 285 do Código Penal.

Ao apresentar o projeto de lei, que culminou na alteração do tipo legal, o Deputado Benedito Domingos, aduziu como justificativa, que a Lei dos Crimes Hediondos, dentre os crimes contra a saúde pública, abrangeu apenas os delitos de envenenamento de água potável, de uso comum ou particular ou de substância alimentícia ou medicinal, se esquecendo de crimes de maior valor social, além da justificativa de que a pena aplicada a esses delitos era generosa demais.

Aprovada em plenário em 24 de junho de 1998, foi encaminhada ao Senado, sendo a mesma aprovada no dia 1° de julho de 1998, da maneira como veio da Câmara dos Deputados. Enviada à sanção presidencial no mesmo dia, transformou-se na Lei n° 9.677/98 do dia 02 de julho de 1998.

Tal diploma legal, em sua ementa, disciplinava quais delitos do Código Penal seriam rotulados como hediondos, entretanto, em seu corpo normativo não havia nada que confirmasse essa condição.

Nesse sentido preceitua Monteiro (2002, p. 72):

Como era previsível, a ementa que rotulava de hediondo os delitos mencionados no texto legal não possuía o condão de que, dentro da

dogmática jurídico-penal, assim fossem tipificados. É que o texto não confirmava tal condição. O que na realidade a Lei n. 9.677/98 fez foi alterar a rubrica, os tipos objetivos e sobretudo aumentar as penas dos arts. 272, 273, 274, 275, 276 e 277 do Código Penal.

Entretanto, surgiram diversas inovações na técnica legislativa, trazendo preceitos primários e sancionatórios, como os parágrafos 1º-A do artigo 272 e os parágrafos 1º - A e B do artigo 273, além de siglas inusitadas, tais como a sigla “NR” , que significa que o legislador trouxe um tipo penal com “Nova Redação” e as letras A e B à frente dos parágrafos.

Por outro lado, a nova Lei revelou uma série de injustiças, além de um desequilíbrio no sistema Penal brasileiro ao se preocupar, especialmente em dar respostas rápidas a todo e qualquer problema surgido na sociedade e proclamado pela imprensa, sem se importar com as conseqüências e sem qualquer embasamento científico.

Nesse sentido Franco (2000, p. 104):

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 sanção penal em função do conglomerado de tipos penais já estruturados, tudo isso constitui tarefa inafastável de um legislador no Estado Constitucional de Direito. Não é esse, contudo, o posicionamento do legislador brasileiro que se preocupa, fundamentalmente, em dar uma resposta penal a todo problema, verdadeiro ou falso, surgido na sociedade, sem ater-se às deletérias conseqüências de se atuar.

Um exemplo disso é a equiparação feita, por meio dessa norma, da potencialidade lesiva à saúde pública em delitos de falsificação de produtos medicinais com os de falsificação de cosméticos, ou de falsificação de substância alimentícia, aplicando a todos o mesmo tratamento punitivo.

Caracteriza-se, portanto, numa grave lesão ao princípio da isonomia, na medida em que dá tratamentos iguais a delitos com potencialidade lesiva desigual.

3.3 Lei n° 9.695 de 20 de agosto de 1998

A Lei n° 9.695/98 surgiu para corrigir o aberrante equívoco e a falta de sintonia trazida pela Lei n° 9.677/98.

O projeto de Lei n° 4.628/98 foi apresentado pelo Deputado mineiro Silvio Abreu com a seguinte ementa: “Acrescenta incisos ao artigo 1° da Lei n° 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos e altera os arts. 2°, 5° e 10 da Lei n° 6.437, de 20 de agosto de 1977, e dá outras providências”.

Esse projeto de lei possuía natureza administrativa e penal, pois a Lei n° 6.437/77 refere-se a legislação sanitária federal.

Nesse sentido Monteiro (2002, p. 73):

É um projeto ao mesmo tempo de natureza penal e administrativa, já que a Lei n° 6.437/77 “configura infrações à legislação sanitária federal, estabelece sanções respectivas, e dá outras providências”, mas seus dispositivos não têm natureza de lei penal.

Tal projeto foi, no mesmo dia, encaminhado ao Senado Federal, sendo aprovado com redação final no dia 13 de agosto de 1998, pelo relator Ronaldo Cunha, transformando-se na Lei n° 9.695 de 20 de agosto de 1998.

Através dessa lei, foram considerados hediondos apenas os delitos previstos nos artigos 272 e seus parágrafos e o artigo 273 e seus parágrafos do Código Penal. Entretanto, ao passar pelo Presidente, este com um mínimo de sensatez, vetou a inclusão do artigo 272 e seus parágrafos aduzindo que sua inclusão afrontaria a idéia de razoabilidade ou proporcionalidade positivado no artigo 5°, LIV, da Constituição Federal.

Nesse sentido Franco (2000, p. 103):

[...] É verdade que o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional incluía também nesse rol o artigo 272 com nova redação da Lei 9.677/98, mas o Sr. Presidente da República, numa atitude de sensatez, vetou essa inclusão sob fundamento de que se banalizaria o crime hediondo, na

hipótese de ocorrer, por exemplo, uma insignificante redução do valor nutritivo de substância ou produto alimentício.

Ainda nesse sentido Monteiro (2002, p. 74):

[...] A abertura textual do tipo penal sob análise pelo permitir sua aplicação com amplo grau de subjetividade ou discricção. Tal fato já seria suficiente *per se* para não se recomendar a sua inclusão no rol dos crimes considerados hediondos. É fácil ver, outrossim, que uma análise acurada das conseqüências indica que, em muitos casos, tal qualificação acabará por afrontar a idéia de razoabilidade ou de proporcionalidade positivada, entre nós, no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal (princípio do devido processo legal).

A nova norma, portanto, acrescentou apenas o delito descrito no artigo 273 e seus parágrafos (com redação nova dada pela Lei n° 9.677/98) à Lei dos Crimes Hediondos, excluída a modalidade culposa.

4 FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS (ARTIGO 273, §1º, §1º – A E §1º - B)

4.1 Definição

O artigo 273 constante no Código Penal teve sua redação alterada pela Lei nº 9.677/98.

Em sua redação primitiva, tratava de substância alimentícia ou medicinal, mais precisamente, tratava da alteração dessas substâncias, independentemente de as tornar nocivas à saúde.

Nesse sentido Monteiro (2002, p. 75):

Os tipos penais previstos nos arts. 272 e 273 com a redação primitiva do Código Penal foram substancialmente alterados pela Lei n. 9.677/98. É que na versão original ambos tratavam de substância alimentícia ou medicinal, mas o tipo do art. 272 previa a corrupção, adulteração ou falsificação tornando-as nocivas à saúde; o do artigo 273 cuidava apenas da alteração dessas mesmas substâncias, independentemente de as tornar nocivas à saúde ou não.

A Lei nº 9.677 de 02 de julho de 1998 alterou a redação do artigo 272 do Código Penal, o qual passou a tratar apenas de substâncias ou produtos alimentícios e do artigo 273 do mesmo diploma legal, acrescentando os parágrafos §1º-A e B deixando como redação final a seguinte disposição:

Artigo 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 incorrem quem importa, vende, expõe a 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 do seu valor terapêutico ou de sua atividade;

V – de procedência ignorada;

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

O mesmo artigo prevê uma modalidade culposa para o delito descrito no artigo 273 do Código Penal, vejamos.

Artigo 273: [...]

§1º:[...]

§1º - A [...]

§1º - B [...]

I – [...]

II– [...]

III– [...]

IV– [...]

V– [...]

VI– [...]

§ 2º: “Se o crime é culposos: Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa”.

A Lei nº 9.695 de 20 de agosto de 1998 incluiu no rol dos crimes considerados hediondos (artigo 1º da Lei 8.072/90) o crime previsto no artigo 273, *caput*, e §§ 1º, 1º - A e 1º - B supramencionados.

4.2 Objetividade Jurídica

No tipo penal em testilha, a objetividade jurídica que se tutela é a saúde pública, conforme dispõe o Capítulo III do Código Penal (“dos crimes contra a saúde pública”), no qual o artigo está inserido.

Como dispõe Mirabete (2005, p. 156):

Tutela-se, ainda, a saúde pública, tentando-se evitar a produção, comércio ou entrega de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais com nocividade positiva, pela inadequação do produto ao tratamento ou com reduzido valor medicinal.

Para a prática desse delito não há necessidade da comprovação do perigo concreto, como ocorre com o artigo 272 do Código Penal, não há necessidade de que o produto seja realmente nocivo à saúde, pois a simples prática de qualquer das condutas do tipo já o caracteriza.

4.3 Tipo Objetivo

O delito em tela apresenta várias condutas incriminadas, alternativas.

A primeira das condutas previstas no *caput* do artigo 273 do Código Penal é falsificar, que segundo o dicionário Aurélio (1999) significa “imitar ou alterar com fraude, reproduzir, imitando, contrafazer, dar aparência enganosa à, a fim de passar por bom, dar falsa interpretação, afastar do verdadeiro sentido, desvirtuar”. Para caracterizar tal delito, as condutas descritas devem ser feitas com produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais ou os equiparados por lei.

Segundo Mirabete (2005, p. 157):

O crime pode ser praticado com o emprego de substância diversa das que entram na composição normal do produto, embora externamente tenha esta aparência idêntica ou semelhante à genuína.

A segunda conduta descrita no tipo é corromper. De acordo com Monteiro (2002, p. 75): “Por corromper se entende estragar, infectar, desnaturar, tornar pobre”. Tal conduta caracteriza-se inclusive, por omissão.

A próxima conduta é adulterar, a qual entende-se por viciar, deturpar, deformar para pior os produtos analisados.

A última conduta examinada é a de alterar o produto, ou seja, a de mudar, modificar.

Segundo Mirabete (2005, p. 158):

Por fim, a última modalidade típica é a de alterar o produto, modificando sua qualidade, fazendo desaparecer suas características, seus atributos de pureza ou perfeição, suprimindo, total ou parcialmente, qualquer elemento da composição normal.

Ainda nesse sentido:

Pode o sujeito ativo, ainda, praticar o delito substituindo o elemento por outro, de qualidade inferior, alterando assim o produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. (RT 239/82, 625/315).

No parágrafo primeiro do artigo 273 do Código Penal, estão previstas ainda as condutas de *importar, vender, expor a venda, ter em depósito (para finalidade de venda) ou de qualquer forma distribuir ou entregar a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado*, produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais.

Ainda tratando-se do delito acima descrito, no parágrafo primeiro – B, introduzido com a Lei n° 9.677/98, foram acrescentadas algumas condutas conforme explica Mirabete (2005, p. 159):

(...) as ações de importação (aquisição e transferência do exterior para o país), venda, exposição à venda, distribuição (transferência a título oneroso, como a troca, ou gratuito, como a cessão, depósito etc.) ou entrega a consumo dos produtos em certas condições: a) sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária; (b) em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no item anterior; (c) sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; (d) com redução do seu valor terapêutico ou de sua atividade; (f) de procedência ignorada; (g) adquirida de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente. São crimes formais, que se consumam com a própria conduta, independentemente de qualquer resultado de dano ou de perigo, por ser este presumido por lei.

Tais condutas possuem como objeto material **produtos** destinados a fins terapêuticos ou medicinais.

Entende-se por produto, de acordo com Mirabete (2005, p. 157) “o resultado de qualquer atividade humana, substituindo a palavra substância. É necessário, segundo o *caput*, que o produto seja destinado a fins terapêuticos ou medicinais, meios adequados para aliviar, tratar e curar doentes”.

Pode-se incluir nesse rol, de acordo com o parágrafo primeiro – A do artigo 273 do Código Penal, todos os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnósticos.

4.4 Tipo Subjetivo

O elemento subjetivo do tipo é o dolo. De acordo com Franco (2001, p. 3466) dolo é “vontade livre e consciente de praticar qualquer das ações no texto incriminadas, sabendo o agente destinadas às substâncias (alimentícias ou medicinal) a consumo público”.

Não é necessário para a prática de tal conduta, nenhum fim especial, basta a simples consciência do perigo comum que está proporcionando à saúde pública.

Nos delitos previstos nos parágrafos primeiro e primeiro –B do artigo 273 do Código Penal, exige que o agente tenha a ciência de que o produto seja falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

4.5 Sujeitos do Delito

Pode-se considerar como sujeito ativo do delito, qualquer pessoa que pratica uma das condutas incriminadas, qualquer pessoa penalmente imputável, não é necessária a qualidade de comerciante, vendedor, farmacêutico, etc.

Com relação a empregados, ensina Franco (2001, p. 3464):

A responsabilidade do empregado só pode ser afirmada quando se demonstre a sua participação consciente, ativa ou militante nas ações típicas previstas pela lei. Presumir a sua participação pelo conhecimento dos fatos é solução intolerável.

Sujeito passivo é o Estado, a coletividade, a qual possui sua saúde posta em risco. Cuida-se da incolumidade pública a qual é posta em risco, presumidamente, com a prática da conduta incriminada, pela nocividade positiva ou negativa.

4.6 Consumação e Tentativa

Trata-se de crime de mera conduta, consumando-se com a simples prática da conduta incriminada, independente do resultado danoso, haja vista que o que se tutela é a saúde pública, presumidamente posta em perigo com a prática das condutas.

A tentativa é perfeitamente possível, pois se trata de crime plurisubsistente, ou seja, composto de vários atos que integram a conduta, fracionando-se o crime.

4.7 Formas Qualificadas

O delito será qualificado sempre que qualquer das condutas descritas no tipo penal resultar lesão corporal de natureza grave ou morte. Tal qualificadora está prevista no artigo 285 do Código Penal, que por sua vez, remete ao artigo 258 do mesmo diploma legal.

Neste caso, se a conduta resultar em lesão corporal grave, a pena privativa de liberdade será aumentada pela metade. Se resultar em morte, a pena será aplicada em dobro.

4.8 Crime Culposo

Comete o delito em pauta, na modalidade culposa, o agente que, agindo sem dolo, mas com imprudência, negligência ou imperícia, falsifica, corrompe, adultera, altera, importa, vende, dentre outros tipos constantes do artigo, as substâncias incriminadas.

Sobre o tema ensina Mirabete (2005, p. 159):

É dever do fabricante e do comerciante verificar as condições com que se apresentam os produtos referidos no artigo 273, além de obedecer as normas jurídicas específicas que regulam suas atividades.

Ainda nesse sentido trazemos os seguintes julgados:

A simples exposição à venda do produto com redução no seu valor nutritivo é o suficiente para configurar o delito previsto no art. 273, §2º, do CP, independentemente da prova da sua defraudação por parte do acusado (TJSP – AC – Rel. ^o Costa Manso – RT 225/125).

Ainda que o comerciante prove ter exposto a venda o produto tal como o recebeu do fornecedor, subsiste o crime do art. 273 do CP, na sua

modalidade culposa, pois a ele cabe o dever de examina-lo, antes de dá-lo ao consumo (TASP – AC – Rel. Mendes França – RT 350/407).

A pena nesses casos será de 01 (um) a 3 (três) anos de detenção e multa. Admite-se, inclusive, nesta hipótese, a proposta de suspensão condicional do processo.

4.9 Pena e Ação Penal

A pena cominada ao delito será de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão e multa.

Além da pena exacerbada, os delitos previstos nesse artigo sujeitam-se as medidas e restrições previstas na Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), tais como a vedação da anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória após cumprido dois quintos da pena, se o réu for primário e três quintos se o réu for reincidente.

No tocante ao tema, dispõe Monteiro (2002, p. 77):

Além de ser crime hediondo, e portanto, sujeito a todos os gravames processuais e outras restrições previstas na Lei n. 8.072/90, como vedação de anistia, graça e indulto, fiança, etc., a pena foi exasperada a tal ponto que houve uma inversão de valores.

A ação penal nesses casos será pública incondicionada.

5 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais do homem podem ser analisados como direitos de defesa dos cidadãos. Sua função consiste em proibir interferência dos poderes públicos na esfera jurídica individual, bem como evitar lesões por parte dos mesmos, com o fim de suprir omissões.

Segundo Silva (2003, p. 178):

*A expressão direitos fundamentais do homem, como também já deixamos delineado com base em Pérez Luño, não significa esfera privada contraposta a atividade pública, como simples limitação ao Estado ou autolimitação deste, mas *limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem.**

Tais direitos possuem várias expressões aptas a designá-los como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

Entretanto tais direitos passam a ser direitos constitucionais a medida em que são inseridos no corpo da Carta Magna, passando, neste exato momento, a ter aplicabilidade na limitação do poder político.

Nesse sentido Silva (2003, p. 180):

São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma Constituição ou mesmo constem de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte. São direitos que nascem e se fundamentam, portanto, no princípio da soberania popular.

Ainda nesse sentido Moraes (2006, p. 27):

São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma Constituição cuja eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados entre os fundamentais. Em regra, as normas que

consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata.

A Constituição Federal de 1988 apresentou uma classificação de direitos fundamentais, embasada no critério de conteúdo. São eles:

- a) direitos individuais: previstos no artigo 5^a da Constituição Federal, são os direitos que reconhecem o homem como indivíduo, reconhecendo sua independência e autonomia, garantindo sua iniciativa com relação ao Estado e todos os membros que o compõe. São compostos dos direitos a liberdade, igualdade, segurança, propriedade;
- b) Direitos à nacionalidade: previstos no artigo 12 da CF, são os direitos que garantem ao homem a definição de sua nacionalidade e as faculdades a ela inerentes.
- c) Direitos políticos: delineados nos artigos 14 a 17 da CF, denominados também direitos democráticos ou direitos de participação política, traduzem-se nos direitos de eleger ou ser eleito.
- d) Direitos sociais: dispostos nos artigos 6^o e 193 e seguintes da CF, garantem ao cidadão direitos a relações sociais e culturais tais como, saúde, educação, etc.
- e) Direitos coletivos: previstos no artigo 5^o da CF: garantias para o homem poder conviver em sociedade.

Silva (2003, p. 183) acrescenta uma nova classificação aos direitos fundamentais denominada Direitos solidários, previstos nos artigos 3^o e 225 da CF, conforme demonstraremos:

(...) uma nova classe que se forma é a dos direitos fundamentais ditos de terceira geração, direitos fundamentais do homem-solidário, ou direitos fundamentais do gênero humano (direito à paz, ao desenvolvimento, comunicação, meio ambiente, patrimônio comum da humanidade).

Importante ressaltar, que a classificação acima elencada trata-se de “*numerus apertus*”, não esgotando toda a matéria, vez que há diversos tipos de classificação.

5.1 Direitos Individuais

São concebidos como aqueles que dão autonomia aos particulares, garantindo sua independência e iniciativa diante de outros membros e do próprio Estado.

Também denominados direitos fundamentais do homem-indivíduo, estão previstos no artigo 5º da Carta Magna, e asseguram a inviolabilidade do direitos à igualdade, liberdade, propriedade, segurança e vida aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país.

Essa classificação de direitos pode ser subdividida em três grupos: os direitos individuais expressos (os explícitos no artigo 5º da CF), os direitos individuais implícitos (os indiretamente dispostos, e indicados em alguns desdobramentos da classificação principal) e os direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo país.

5.1.1 Classificação dos direitos individuais

Os direitos individuais estão objetivamente elencados no artigo 5º da CF e foram adotados utilizando-se o critério do objeto imediato do direito assegurado.

São classificados em: direito à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade. Assim sendo, comentaremos nos tópicos subseqüentes sobre eles.

5.1.1.1 Do direito à vida

A Constituição Federal garante a todo cidadão, o direito à vida, assegurado pelo Estado.

Nesse sentido Moraes (2006, p. 31):

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurar-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

A vida, assegurada pela Constituição, é composta de elementos materiais e imateriais, analisada sob um prisma mais complexo do que simplesmente biológico. Insta salientar, que a proteção à vida é geral e integral, inclusive na forma uterina.

Nesse direito à vida, inclui-se o direito de estar e permanecer vivo, de lutar pela própria vida, de ter seu processo vital interrompido apenas pela morte espontânea e inevitável.

Inclui-se ainda nesta prerrogativa, o direito à integridade físico-corporal, impedindo, desta forma, qualquer ato que resulte em lesão contra o corpo humano, vedando, inclusive, de forma específica e legal, a tortura.

No âmbito do direito analisado, observa-se que a vida não é composta apenas da parte física, mas também de valores imateriais como os morais.

Nesse sentido Silva (2003, p. 200):

A vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, outrossim, valores imateriais, como os morais. A Constituição empresta muita importância à moral como valor ético-social da pessoa e da família, que se impõe ao respeito dos meios de comunicação social (art.221, IV).

Por derradeiro, cumpre ressaltar que embora seja um direito supremo e acima de todos os outros, haja vista que seria uma incoerência a garantia de qualquer direito sem a garantia a vida humana, há uma situação em que é admitida a pena de morte.

No embate entre o direito individual à vida, e a sobrevivência da nacionalidade, sujeita-se o direito individual em detrimento do bem comum. É o que ocorre com a permissão da pena de morte no caso de guerra externa declarada, conforme dispõem os artigos 84, XIX e 5º, XLVII da Constituição Federal.

5.1.1.2 Direito de igualdade

A Constituição Federal de 1988 veda o tratamento desigual e arbitrário entre os cidadãos adotando a máxima que determina “tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na medida de sua desigualdade”. A igualdade é a base da democracia.

As isonomias elencadas são identificadas como igualdade perante a lei, igualdade entre homens e mulheres, vedando qualquer tipo de discriminação.

Assim como dispõe Silva (2003, p. 214):

(...) a igualdade *perante* a lei seria uma exigência feita a todos aqueles que aplicam as normas jurídicas gerais aos casos concretos, ao passo que a igualdade *na* lei seria uma exigência dirigida tanto àqueles que criam as normas jurídicas gerais como àqueles que as aplicam nos casos concretos.

Importante observar que mais do que os aplicadores do direito devem observar o princípio em tela os legisladores, pois os aplicadores já estão sujeitos ao princípio da legalidade e não podem fugir dos estritos termos da lei.

Se o legislador criasse normas calcadas na discriminação, de nada valeria o diploma constitucional, haveria sim normas inúteis e arbitrárias.

A igualdade entre homens e mulheres está contemplada em várias normas constitucionais como os artigos 3º, IV, e 7º, XXX da CF. Entretanto, para que não parem dúvidas acerca da sua importância e essencialidade, foi destacado, em um inciso específico da Constituição Federal (artigo 5º, I) que ambos são iguais perante a Lei, em direitos e obrigações. As únicas distinções plausíveis são as destacadas no próprio diploma legal e decorrentes de diferenças naturais, inerentes dos sexos.

5.1.1.3 Direito de liberdade

A liberdade protegida pelo direito deve ser entendida como o direito do homem de determinar-se, de escolher seu comportamento e modo de atuar, visando sempre sua felicidade.

Tal liberdade pode ser analisada sob diversos aspectos. Um dos aspectos observados é a liberdade da pessoa física que consiste no direito inerente a todas as pessoas de possuírem vontade própria e locomoverem-se como bem entender dentro do território nacional.

Outro aspecto traduz-se na liberdade de locomoção e circulação, por meio da qual é possível transitar em vias públicas de um ponto a outro do país.

Há ainda a liberdade de expressão e opinião, por meio da qual um indivíduo pode transmitir a outros suas opiniões, conhecimentos, crenças, de várias formas.

A liberdade de comunicação implica na manifestação, difusão e criação de pensamentos e informações.

A liberdade religiosa pressupõe liberdade espiritual, de manifestar suas crenças. Ela se subdivide em três formas de expressão: a liberdade de culto, de crença e de organização religiosa.

Por fim, há a liberdade de ação profissional que se traduz na liberdade de escolha de trabalho, ofício ou profissão, de acordo com suas capacidades e aptidões.

5.1.1.4 Direito de segurança

O direito de segurança consiste em garantias, dadas pela Constituição Federal, de que ninguém será preso, detido e penalizado arbitrariamente.

Todas as medidas tomadas em desfavor de alguém, devem atentar-se ao princípio da legalidade e ao devido processo legal.

Nesse sentido Silva (2003, p. 239):

É que a liberdade da pessoa física, para ter efetividade, precisa de garantias contra a prisão, a detenção e a penalização arbitrárias, mediante mecanismos constitucionais denominados, em conjunto, direito de segurança. Essas regras de segurança pessoal exigem que as medidas tomadas contra os indivíduos sejam conformes com o direito, isto é, anterior e regularmente estabelecidas, vale dizer, atendam ao princípio da legalidade, ao devido processo legal.

Esse direito está positivado no artigo 5º, incisos XLV a LXIX da CF, os quais trazem diversas proibições contra atos ilegais, que visem ferir o direito de liberdade e meios para a proteção contra os mesmos.

5.1.1.5 Direito de propriedade

O direito de propriedade está assegurado na Constituição Federal em seu artigo 5º XXII, com uma ressalva, ou seja, desde que atenda sua função social (artigo 5º, XXIII).

Assim como ensina Silva (2003, p.270), o direito de propriedade pode ser definido como: “um modo de imputação jurídica de uma coisa a um sujeito”.

O pré-requisito para a manutenção deste direito é a observância da função social da propriedade a qual se manifesta na própria estrutura do direito de propriedade, tratando-se de elemento de qualificação na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens.

Há de se observar que o bem jurídico tutelado não se compõe de uma única instituição, mas instituições diferentes, relacionadas com diversos tipos de bens e titulares, cada um com aspecto característico.

Dentre as diversas espécies de propriedade, há alguns tipos de propriedades consideradas especiais como, por exemplo, a propriedade autoral, a qual permite aos autores o direito de criar, utilizar, publicar e explorar suas obras literárias, artísticas, científicas e de comunicação.

Outra espécie a ser destacada é a propriedade de inventos, marcas e nomes de empresas, as quais referem-se a propriedade de bens incorpóreos.

Contudo, há diversas limitações ao uso e gozo deste direito. Uma delas limitam o caráter absoluto da propriedade, impedindo a prática de alguns atos inerentes deste direito, como por exemplo, as restrições. Outra limitação é a servidão, que limita o uso exclusivo da propriedade. A desapropriação, por sua vez, limita o caráter perpétuo da propriedade.

6 INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 273 DO CP- FACE A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS CONSTANTES DA CF

6.1 Artigo 273 “caput” e Parágrafo 1º

O artigo 273, “caput”, do Código Penal criminaliza as condutas de falsificar, corromper, adulterar ou alterar produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, com penas graves, de 10 a 15 anos de reclusão e multa.

Além da gravidade da pena, o delito está incluído dentre os crimes considerados hediondos, fato que trouxe uma roupagem mais severa ainda ao delito, haja vista que proíbe a concessão de fiança aos autores, além de vedar a anistia, graça e indulto.

Verifica-se que tal delito possui como bem jurídico a ser tutelado a saúde pública, a vida, direito fundamental protegido pela Constituição Federal.

Ocorre que, ao incriminar tais condutas, o legislador foi um tanto omissivo. Esqueceu, no calor do momento, de informar no referido artigo elementos constitutivos essenciais à configuração do delito: a destinação dos produtos a consumo e o fato de a substância tornar-se nociva à saúde pública.

Analisando as condutas incriminadas, desvinculada dos elementos supracitados, verifica-se que as mesmas não produzem resultados que coloque em risco a saúde pública.

Um exemplo disso é a conduta alterar, por exemplo, que, como já visto é o ato de modificar algo. A simples modificação de uma substância, não implica em dano à saúde de quem quer que seja, podendo, inclusive, a alteração, melhorar a substância em questão, aprimorando seu valor terapêutico.

Outra violação aos direitos fundamentais encontra-se demonstrada no parágrafo primeiro do mesmo artigo, pois estão elencadas condutas como importar,

vender, expor a venda, ter em depósito para vender, distribuir ou entregar a consumo os produtos, que talvez nem potencialidade lesiva tenha.

É patente neste caso, a violação de direitos fundamentais individuais, descritos na Carta Magna, tais como o direito de igualdade e liberdade.

As condutas incriminadas lesam visivelmente o direito de igualdade protegido pela Carta Magna, pois despendem tratamento gravoso e igualitário a condutas visivelmente distintas, com potencialidade lesiva, perceptivelmente desiguais.

Serão submetidos às penas deste artigo tanto os indivíduos que alteram uma substância, podendo melhorar seu valor terapêutico e medicinal, trazendo benefícios para o bem jurídico tutelado, quanto aos indivíduos que corrompem, infectam tais substâncias.

Há grave violação ademais, ao direito de liberdade dos indivíduos que cometem tais crimes. Além de uma pena extremamente gravosa, tal delito encontra-se incluído no rol dos crimes considerados hediondos, sujeitando-se a medidas rigorosas, que tolhem a liberdade do homem, como a proibição da fiança, da concessão da anistia, graça ou indulto, além de critérios severos para concessão da progressão de regime.

6.2 Artigo 273 Parágrafo 1º - A

Com a inclusão deste parágrafo ao artigo 273 do CP, foram equiparados a produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais os medicamentos, matérias-primas, insumos farmacêuticos, cosméticos saneantes e os de uso em diagnósticos.

De acordo com o Regulamento nº 6360/76 do Sistema de Vigilância Sanitária e o Decreto nº 79.094/77 (Regulamenta a Lei no 6.360, de 23 de setembro de 1976, que submete a sistema de vigilância sanitária os medicamentos, insumos farmacêuticos, drogas, correlatos, cosméticos, produtos de higiene, saneantes e outros), medicamentos são considerados como produtos farmacêuticos,

tecnicamente obtidos ou elaborados, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico.

“Matérias-primas” são definidas como substâncias ativas ou inativas que se empregam para a fabricação de medicamentos e demais produtos abrangidos por este Regulamento, mesmo que permaneçam inalteradas, experimentem modificações ou sejam eliminadas durante o processo de fabricação;(Redação dada pelo Decreto nº 3.961, de 10.10.2001).

“Insumos farmacêuticos” são drogas ou matérias-primas aditivas ou complementares de qualquer natureza, destinadas a emprego em medicamentos, quando for o caso, ou em seus recipientes.

“Cosméticos” são os de uso externo, destinados à proteção ou ao embelezamento das diferentes partes do corpo, tais como pós faciais, talcos, cremes de beleza, cremes para as mãos e similares, máscaras faciais, loções de beleza, soluções leitosas, cremosas e adstringentes, loções para as mãos, bases de maquiagem e óleos cosméticos, rouges, bluches, batons, lápis labiais, preparados anti-solares, bronzeadores e similitórios, rímeis, sombras, delineadores, tinturas capilares, agentes clareadores de cabelos, fixadores, laquê, brilhantinas e similares, tônicos capilares, depilatórios ou epilatórios, preparados para unhas e outros.

“Saneante Domissanitário” é a substância ou preparação destinada à higienização, desinfecção ou desinfestação domiciliar, em ambientes coletivos ou públicos, em lugares de uso comum e no tratamento da água, compreendendo:

- a) inseticida - destinado ao combate, à prevenção e ao controle dos insetos em habitações, recintos e lugares de uso público e suas cercanias;
- b) raticida - destinado ao combate a ratos, camundongos e outros roedores, em domicílios, embarcações, recintos e lugares de uso público, contendo substâncias ativas, isoladas ou em associação, que não ofereçam risco à vida ou à saúde do homem e dos animais úteis de sangue quente, quando aplicado em conformidade com as recomendações contidas em sua apresentação;

- c) desinfetantes - destinado a destruir, indiscriminada ou seletivamente, microorganismos, quando aplicado em objetos inanimados ou ambientes;
- d) detergentes - destinado a dissolver gorduras e à higiene de recipientes e vasilhas e à aplicação de uso doméstico.

Com relação aos produtos utilizados em diagnósticos Araujo Filho (2001) afirma em seu artigo que:

O caput deste mesmo artigo 273 já criminaliza a falsificação, a corrupção, a adulteração ou a alteração de produto destinado a fins medicinais (o gênero) o qual contém, em si, o medicamento (espécie) e que, por sua vez, é continente de produto para fins de diagnóstico (subespécie). Logo, a redundância legal contida neste parágrafo medicamentos e produtos de uso em diagnóstico além do reprisamento dele em relação ao caput produtos medicinais torna tudo excessivo, vazio, estéril, desarrazoado e denotador do descuido na elaboração legislativa.

Apenas a título de complementação, o dicionário Aurélio (1999) ensina que diagnóstico seria “conhecimento ou determinação duma doença pelo(s) sintoma(s), sinal ou sinais e/ou mediante exames diversos (radiológicos, laboratoriais, etc.)”, inferindo desta forma, que compõem o rol dos produtos incriminados no artigo 273 do CP, aqueles utilizados em exames diversos para a descoberta de doenças.

Neste parágrafo, estão incluídas substâncias, que o uso não gera perigo algum a saúde pública. Pode-se entender, portanto, aberrante o legislador criar comportamentos que geram conseqüências tão graves ao indivíduo, ao passo de tolher sua liberdade, se nem ofensa ao bem jurídico tutelado há.

6.3 Artigo 273 Parágrafo 1º - B e Incisos

O parágrafo 1º - B do artigo 273 do CP elenca diversos ilícitos administrativos, já punidos na esfera administrativa, mas que foram elevados ao posto de crimes punidos pelo Direito Penal e equiparados a demais crimes hediondos, com severas penas e rígidos tratamentos, conforme se observa.

O parágrafo 1º B dispõe que:

Artigo 273 (...)

§1º (...)

§1º A (...)

§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

O inciso I do dispositivo supra pune com as mesmas penas e medidas, o indivíduo que pratica uma das ações elencadas no item acima, sem registro da vigilância sanitária competente.

Tais condutas estão previstas de forma idêntica, na Lei nº 6.437/77 que dispõe sobre infrações à legislação sanitária federal, cominando a tais condutas penas de advertência, apreensão e inutilização, interdição, cancelamento do registro e/ou multa a serem aplicadas cumulativa ou alternativamente.

Em seu artigo 4º, a Lei nº 6.437/77 gradua ainda, as infrações, conforme circunstâncias agravantes ou atenuantes, levando-se em conta, a gravidade do fato e de acordo com suas conseqüências para a saúde pública.

Observa-se então, que a esfera administrativa, responsável pela regulamentação e fiscalização dos registros, atribui penas a estas condutas, levando em consideração quesitos técnicos e conseqüências para a saúde pública, respeitando a proporcionalidade e a ofensividade da conduta.

Em contrapartida, a norma penal, atribui penas exorbitantes, a condutas já punidas pelo órgão competente e responsável pela vigilância sanitária,

sem levar em conta, um mínimo de ofensividade das condutas à saúde pública, o bem jurídico tutelado.

Há neste caso, flagrante desrespeito aos princípios da proporcionalidade e ofensividade, e principalmente aos direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal, pois o diploma penal, atribui graves penas e medidas, a condutas já punidas ponderada e eficientemente na esfera administrativa com base em critérios técnicos, privando o indivíduo de sua liberdade, sem que sua conduta possa causar dano algum a saúde pública.

Nesse sentido Reale Júnior (1999, p. 426)

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

Nada obstante, de acordo com o artigo 12, §3º da Lei nº 6.360/76, o registro dos produtos no Ministério da Saúde, deve ser feito no prazo máximo de 90 dias da entrega do requerimento, o que nem sempre ocorre.

Assim sendo, Reale Júnior (1999, p.427):

Acresce salientar que, de acordo com o art. 12, §3º, da Lei 6.360/76, tem a Administração Pública o prazo máximo de 90 dias para conceder o registro a contar da entrega do requerimento. Sucede, todavia, que a Vigilância Sanitária desrespeita a determinação legal, demorando mais de dois anos (!), normalmente, para conceder o registro solicitado. Esta inércia conduz a elevado prejuízo para a saúde pública, pois na área da Farmacologia os avanços tecnológicos são constantes e a demora torna obsoleta a descoberta de novos medicamentos, em detrimento de benefícios à população, destinatária dos remédios.

Desta senda, há maior lesão ao bem jurídico tutelado, deixar de comercializar um produto novo, com reconhecido valor terapêutico e necessário para o tratamento de doenças por estar infringindo uma norma que deveria ser meramente administrativa, do que comercializa-lo sem o devido registro.

Estaria o direito a vida sendo suprimido face ao direito à liberdade de outro indivíduo estar em cheque.

Há neste caso, portanto, flagrante lesão aos direitos fundamentais do homem, face a não observância de elementos essenciais quando da elaboração repentina da norma penal.

O inciso II do artigo 273, §1º - B, do Código Penal pune as ações praticadas “em desacordo com a fórmula”. Neste inciso, como no anterior, o legislador fere os direitos fundamentais do homem, tais como o de liberdade, ao punir tais condutas, sem ao menos verificar a nocividade das mesmas, como já dito anteriormente.

Ademais, a Portaria nº 116/95 do Secretário da Vigilância Sanitária informa em seu artigo 1º que:

Art. 1º - Na ausência de monografia oficial de Matéria-Prima, Formas Farmacêuticas, Correlatos e Metodologias Gerais inscritos na Farmacopéia Brasileira, poderá ser adotada monografia oficial, última edição, de um dos seguintes compêndios internacionais:

- Farmacopéia Britânica
- Farmacopéia Européia
- Farmacopéia Nórdica
- Farmacopéia Japonesa
- Farmacopéia Americana e seu Formulário Nacional

Há uma clara antinomia com a edição desta portaria, haja vista que o artigo 273 do Código Penal pune com penas altas e limitações a liberdade do indivíduo praticar as ações previstas em “desacordo com a fórmula”, mas autoriza a modificação nas fórmulas com utilização de produtos mais convenientes para a solubilidade ou absorção do medicamento, quando admite a utilização de códigos farmacêuticos estrangeiros como referência no preparo de produtos oficiais.

O inciso III do artigo 273, §1º - B do CP pune o indivíduo que pratica as ações previstas no §1º do artigo 273 do CP com produtos “sem características de identidade e de qualidade admitidas para a sua comercialização”.

Tal conduta possui conceito muito amplo, podendo ser considerado “qualidade do produto” as indicações constantes do recipiente, da embalagem, da

rotulagem e inclusive, da mensagem publicitária, conforme artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor.

A qualidade indicada neste inciso, não se refere à qualidade do produto como um todo, mas às características de qualidade admitidas para a comercialização.

Tal abstração no conceito gera enorme insegurança do tipo penal, podendo caracterizar o delito, simples ausência de características, meramente acidentais. Insta salientar, que estas ausências acidentais podem tolher a liberdade de um indivíduo, condenando-o a penas mínimas de 10 anos de reclusão, além de limitações advindas da Lei dos Crimes Hediondos.

O inciso IV do artigo 273, §1º - B do CP dispõe que as condutas previstas serão punidas com o mesmo rigor do caput quando os produtos tiverem “redução do valor terapêutico”. Tal dispositivo pode ser entendido como o único que observa os princípios e não viola os direitos fundamentais do homem, haja vista que exige para sua tipificação a redução do seu valor terapêutico ou de sua atividade, o que pode lesionar o bem jurídico tutelado.

O inciso V do artigo 273, §1º - B do CP exige que os produtos tenham “procedência ignorada”. Observa-se nesse dispositivo também, flagrante desproporção entre a conduta praticada (que não obrigatoriamente causa lesão ao bem jurídico tutelado) e a pena e restrições impostas.

Ademais, como dispõe Reale Júnior (1999, p. 430): “Quem apenas fabrica produto registrado, não mencionando a sua procedência nada ignora e, portanto, nos termos da Lei, não comete delito. Porém, quem importa ou vende este produto incide nas penas de 10 a 15 anos de reclusão”.

A falta de indicação da procedência no rótulo não significa que o produto é imprestável ou causa lesão ao bem jurídico tutelado. Há violação ao direito de liberdade do indivíduo por mera irregularidade administrativa, passível de ser corrigida.

Por derradeiro, o inciso VI do artigo 273, §1º - B do CP pune as ações previstas no §1º desde que os produtos sejam adquiridos “de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente”.

Uma das flagrantes desproporções encontradas neste tipo penal encontra-se no fato de que instalar ou fazer funcionar um laboratório sem autorização ou licença da autoridade sanitária competente, é punido unicamente na esfera administrativa (artigo 10, I da Lei nº 6.437/77), com penas brandas, no entanto, comercializar os medicamentos lá produzidos é punido com penas gravíssimas.

Há neste caso, séria lesão ao direito constitucional de igualdade, pois condutas semelhantes, ou desiguais na medida de a primeira ser mais grave que a segunda, ser punida com penas absolutamente desproporcionais.

De outro modo, ensina Reale Júnior (1999, p. 30):

A Lei 6.360/76, em seus artigos 2º, 50 e 51, estatui que só poderão fabricar produtos medicinais e de higiene as empresas autorizadas pelo Ministério da Saúde e licenciadas pelo órgão sanitário da Unidade Federativa. Sendo assim, a Lei distingue entre autorização a ser concedida por órgão federal da licença a ser dada por órgão estadual. A licença estadual depende da concessão prévia da autorização federal do Ministério da Saúde (...)

(...) se a aquisição for feita de estabelecimento devidamente autorizado pelo Ministério da Saúde, órgão ao qual compete examinar as condições técnicas, científicas e operacionais – mas não for licenciado pelo órgão estadual - , haverá crime hediondo.

Por simples infração administrativa, pode tolher por anos, a liberdade de um indivíduo que sequer mal à saúde de alguém causou. A alguém que comercializava produtos com valor terapêutico íntegro, capaz de salvar a vida de uma pessoa (bem maior garantido pela Carta Magna) e pior, com anuência da autoridade máxima competente.

7 ALTERAÇÃO NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS NO TOCANTE A PROGRESSÃO DE REGIMES

7.1 Lei n° 8.072/90 em sua Forma Original

A lei dos crimes hediondos, tal como foi criada em 1990, em seu artigo 2º, I e II dispõe que os delitos definidos como hediondos, bem como os assemelhados, serão insuscetíveis de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória.

Em seu §1º estabelece que, a pena nos referidos crimes será cumprida em regime **integralmente** fechado.

Tal dispositivo era aplicável a todos os delitos em tela, de maneira igualitária, ante a ausência de legislação específica para discipliná-los.

Era patente a incoerência que pairava sobre este diploma legal, haja vista que ao tempo que vedava a progressão de regime em seu artigo 2º, §1º, ao dispor que a pena deveria ser cumprida em regime integralmente fechado, permitia em seu artigo 5º, o livramento condicional, desde que cumpridos os requisitos, nos termos do artigo 83, do Código Penal, ou seja, desde que o condenado cumpra mais de dois terços da pena e não seja reincidente específico em crimes dessa natureza.

Denota-se, portanto, que o legislador em uma mesma lei criava dispositivos opostos e desarmônicos. Entretanto, durante muitos anos, os dispositivos foram utilizados individualmente, como se não estivessem sistematizados em um mesmo corpo legal.

7.2 Lei n° 9.455/97 (Lei de Tortura)

Em 1997 foi criada a Lei n° 9.455, a qual definia especificamente os crimes de tortura. No entanto, diferentemente do que apresentava a Lei n° 8.072/90, proibia em seu artigo 1°, §6° apenas a anistia ou a graça e vedava a concessão de fiança, omitindo-se acerca do indulto. Tal omissão gerou o entendimento majoritário de que aos delitos de tortura, e apenas a estes, face ao princípio da especialidade, seria suscetível o indulto.

Há de se observar que a lei não vedou, ademais, a concessão de liberdade provisória nos termos do artigo 83, V do Código Penal.

Nada obstante, em seu §7°, garantiu ao condenado, exceto nos casos do §2°, **iniciar** o cumprimento de pena em regime fechado.

O delito que antes deveria ser cumprido em regime **integralmente** fechado, o qual era insuscetível de progressão de regime, passou a ter redação específica, passando a ser cumprido em regime **inicialmente** fechado.

Analisando a redação desse parágrafo, chegou-se a conclusão de que para os crimes de tortura, houve uma derrogação tácita do §1° do artigo 2° da Lei n° 8.072/90, permitindo-se, exclusivamente para esses delitos, a progressão de regime.

É certo que a progressão de regime supracitada, deveria ser feita nos termos do artigo 112 da LEP (Lei n° 7210/84), ou seja, desde que cumprido 1/6 da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento.

Outra incoerência deve ser observada, pois se contrapõe ao princípio da proporcionalidade, na medida em que em um mesmo dispositivo (artigo 2° da Lei n° 8072/90) há delitos de mesma gravidade, com tratamentos diferentes.

Insta salientar que o próprio Supremo Tribunal Federal sumulou o entendimento (Súmula n° 698) de que a progressão de regime permitida para os crimes de tortura são vedadas aos demais crimes hediondos.

7.3 Lei de Drogas n°11.343/06

Em 2006, foi promulgada a Nova Lei de Drogas (Lei n° 11.343/06), a qual dispõe em seu artigo 44, que os delitos de tráfico de drogas (artigos 34 a 37) serão inafiançáveis e insuscetíveis de graça, indulto, anistia e liberdade provisória. Veda ainda a conversão de suas penas em restritivas de direito e traz regras próprias para a concessão do livramento condicional, apenas o permitindo após o cumprimento de 2/3 da pena, vedando ainda, sua concessão para o condenado reincidente específico.

Apesar de trazer regras mais rigorosas e específicas, foi omissivo o legislador quanto a progressão de regime, gerando dúvidas quanto a sua possibilidade de sua concessão.

7.4 Constitucionalidade e Inconstitucionalidade do §1° do Artigo 2° da Lei n° 8.072/90

Muito se discutia, até então, sobre a constitucionalidade do §1° do artigo 2° da Lei n° 8072/90, embora houvesse predominância do Tribunal em declara-lo constitucional.

Os que defendiam a constitucionalidade deste parágrafo afirmavam que a Constituição Federal, em seu artigo 5° XLVI conferiu ao legislador total liberdade para criar leis gerais e abstratas sobre a individualização da pena, portanto, ao fazê-lo por meio da Lei dos Crimes Hediondos, não afrontou de forma alguma a Carta Magna.

Nesse sentido transcrevo o elucidativo julgado:

A Lei dos Crimes Hediondos – Lei 8.072/90 -, ao estabelecer no seu art. 2°, §1°, que os delitos nela arrolados devem ser punidos sob o rigor do regime fechado integral, embora dissonante do sistema preconizado no Código Penal – arts. 33/36 – da Lei de Execuções Penais, que preconizam a

execução da pena privativa de liberdade de forma progressiva, não afronta o texto constitucional, pois a Carta Magna conferiu ao legislador ordinário competência para dispor sobre a individualização da pena (art. 5º, XLVI), situando-se aquele diploma legal na linha filosófica do Estatuto Maior, que estabeleceu princípios rigorosos no trato dos crimes hediondos (art. 5º XLIII). O estupro, em qualquer de suas configurações, é crime hediondo, devendo o réu cumprir a pena integralmente no regime fechado (STJ – REsp. 92.640 – Rel. Vicente Leal – DOU 03.03.1997, p. 4.719).

Haviam os que se posicionavam a favor da inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, afirmando que tal dispositivo feriria mortalmente o princípio da individualização da pena expressamente exigido no artigo 5º XLVI da Constituição Federal, além de contrariar pactos e tratados internacionais ratificados pelo Brasil, tais como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Nessa esteira de entendimento:

O legislador ordinário, ao ditar, pelo art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90, que pena será cumprida integralmente em regime fechado violou a Carta Magna, posto que esta garante a individualização da pena, que consiste em especializar e particularizar a reação social ao comportamento vedado. Assim, o regime integral fechado significa generalização constitucionalmente proibida (TJRS – EI – Voto vencido: Egon Wilde – RJTJRS 169/62).

O MM. Juízo *a quo* determinou que a pena restritiva de liberdade fosse integralmente cumprida em regime fechado, com fundamento no art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90. Referido dispositivo foi revogado pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, artigo 7º que foi ratificado pelo Brasil, em 24.01.1992. Constitui tratamento cruel a um condenado submetê-lo, integralmente, durante o cumprimento da sanção, a regime mais gravoso, excluindo a possibilidade de, pelo mérito, demonstrar que faz jus à progressão prisional (TRF 3ª Reg. – 5ª T. – Ap. 98.03.12408-0 – Rel. André Nabarrete – j. 24.01.1997 – DJU 20.10.1998, p. 432).

Apesar das inúmeras discussões, era majoritária e absoluta, principalmente nos Tribunais, a constitucionalidade do artigo em pauta.

7.5 Marco para a Alteração da Lei n° 8.072/90 Quanto a Progressão de Regime

No dia 23 de fevereiro de 2006, no julgamento do Habeas Corpus n°82959, impetrado por um condenado por crime de atentado violento ao pudor (crime hediondo), o Supremo Tribunal Federal, por 6 votos a 5 (sendo vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim), declarou a inconstitucionalidade do §1° do artigo 2° da Lei n° 8072/90.

Embora a decisão do Supremo tenha sido proferida em controle difuso de constitucionalidade, sem força vinculante, alterou o entendimento predominante.

A partir deste julgamento, predominou o entendimento de que, analisando o caso concreto, a progressão de regime é válida, para os crimes hediondos e equiparados, nos termos do artigo 112 da Lei de Execuções Penais.

7.6 Lei n° 11.464/07

Por derradeiro, após o movimento ocasionado pelo julgamento do Habeas Corpus n°82959, foi promulgada, em 29 de março de 2007, a Lei n° 11.464/07, a qual alterou o artigo 2° da Lei n° 8.072/90, passando a vigorar a seguinte redação:

Art. 2º (...)

II- fiança.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei n° 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30

(trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (NR)

Conforme nova redação, as penas dos crimes hediondos ou equiparados deverão ser cumpridas em regime **inicialmente** fechado e será permitida a liberdade provisória e a progressão de regime, mas não mais nos termos da lei de Execuções Penais, e sim nos termos desta lei, ou seja, após o cumprimento de 2/5 da pena, se o réu for primário e 3/5 se for reincidente.

Com relação a aplicação da progressão de regimes, o entendimento que parece predominante é o de que a Lei n° 11.464/07 deve retroagir em sua parte benéfica, ou seja, permitir a progressão aos delitos praticados antes de sua publicação.

Entretanto, a nova forma de progressão mostra-se prejudicial em comparação ao regime estabelecido pela LEP, formando o entendimento de que caberá a progressão de regime adotada no artigo 112 da Lei n° 7.210/84 aos delitos praticados antes da nova lei.

Aos delitos praticados a partir do primeiro segundo do dia 29 de março de 2007, deve-se aplicar a progressão estabelecida na Lei n°11.464/07, inclusive para os crimes de tortura, previstos na Lei n° 9.455/97.

8- CONCLUSÃO

Após meticulosa pesquisa, denota-se que o assunto aponta uma falha legislativa que resulta em grande instabilidade social.

O tema proposto revela um corpo legislativo que procura acautelar o meio social diante de momentos de turbulência através de respostas rápidas, sem, contudo, verificar os possíveis resultados, sem um mínimo de estudo sobre o assunto.

Tal premissa pode ser analisada tanto por conta da edição da Lei dos Crimes Hediondos, em um momento em que os crimes praticados por organizações criminosas, mormente o crime de seqüestro tornava-se corriqueiro, quanto pela edição das Leis n° 9677/98 e n° 9695/98 que incluíram o delito descrito no artigo 273 do Código Penal na Lei dos Crimes Hediondos.

A Lei dos Crimes Hediondos foi editada para combater a grande onda de criminalidade que pairava sobre o país, e de maneira célere conferiu tratamento rigoroso à alguns delitos, enfatizando sobremaneira a permanência do acusado no cárcere, não se importando se tal conduta trazia algum resultado prático positivo para a sociedade, se ressocializava o réu ou não.

Neste mesmo contexto, durante uma onda de notícias sobre falsificação de medicamentos, resultando na ineficácia de seus princípios ativos, foram editadas leis, incriminando as condutas descritas no artigo 273 e parágrafos do diploma penal.

Novamente visando garantir uma resposta rápida à sociedade, criou leis carentes de elementos nocivos, sem técnica ou um mínimo de estudo, conferindo, ademais, ao tipo penal, os rigores da Lei dos Crimes Hediondos, importando em flagrante desrespeito aos direitos fundamentais individuais do homem, garantidos pela Constituição Federal.

Ao tipificar as condutas descritas no artigo 273 do Código Penal, deixou de informar no referido artigo elementos constitutivos essenciais à configuração do delito, tais como a destinação dos produtos a consumo e o fato de a

substância tornar-se nociva à saúde pública. A omissão desses elementos implica em condutas que não resultam lesão à saúde pública.

Há de se observar, ademais, que alguns tipos penais incriminados neste artigo não passam de mera infração administrativa, já punidos em legislação própria e de forma proporcional. A inclusão de tais condutas no artigo 273 apenas conferiu um ar de inconstitucionalidade ao artigo, haja vista que com as graves penas e o rígido tratamento previsto para a norma, os direitos de igualdade e de liberdade do homem são flagrantemente violados.

Por derradeiro observa-se a evolução legislativa ocorrida após anos de estudo e pesquisa, que resultou, gradativamente na permissão da progressão de regime, desde que cumpridos certos requisitos, no intuito de facilitar a ressocialização do preso.

Verifica-se que a progressão foi permitida após um longo processo, e com a edição de várias leis que tratavam do tema, por vezes tacitamente, permitindo a aplicação da Lei de Execuções Penais para suprir omissões permissivas.

Tal evolução culminou na Lei n° 11.464/07 que permitiu a progressão de regime para os crimes hediondos e a eles equiparados, desde que cumprido 2/5 da pena se o réu for primário e 3/5 se reincidente.

BIBLIOGRAFIA

AMÊNDOLA NETO, Vicente. **Crimes hediondos**: Lei n° 8.072/90, de 25 de julho de 1990. São Paulo: Editora de Direito, 1997.

ARAÚJO FILHO, Altamiro de. Um absurdo crime hediondo. **O Neófito**: Informativo Jurídico. 15 nov. 2001. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/penal54.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2007.

BRASIL. **Decreto n° 79.094, de 5 de janeiro de 1977**. Regulamenta a Lei no 6.360, de 23 de setembro de 1976, que submete a sistema de vigilância sanitária os medicamentos, insumos farmacêuticos, drogas, correlatos, cosméticos, produtos de higiene, saneantes e outros. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/legis/decretos/79094_77.htm>. Acesso em: 01 ago. 2007.

BRASIL. **Portaria n° 116, de 22 de novembro de 1995**. Atualiza a Portaria n° 52, de 17 de março de 1943, do Departamento Nacional de Saúde, que trata da admissibilidade de códigos farmacêuticos estrangeiros como referência no preparo de produtos oficinais Disponível em: <<http://e-legis.anvisa.gov.br/leisref/public/showAct.php>>. Acesso em: 01 ago. 2007.

_____. **Lei n° 11.464 de 28 de março de 2007**. Dá nova redação ao art. 2º da Lei n° 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm>. Acesso em: 03 ago. 2007.

_____. **Lei n° 6.437, de 20 de agosto de 1977**. Configura as infrações à legislação sanitária federal, estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.pragas.com.br/legislacao/bancodedados/lei6437.php>>. Acesso em: 03 ago. 2007.

_____. **Lei Ordinária n° 6.360 de 23 de setembro de 1976**. Dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, os cosméticos, saneantes e outros produtos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www7.anvisa.gov.br/legis/consolidada/lei_6360_76.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2007.

CARRAVILLA, André; OLIVETO, Paloma. **Governo avalia mudanças na Lei 07 de março de 2006**. Disponível em:

<<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=253491>>. Acesso em: 04 ago. 2007.

COSTA JR., Paulo José da. **Abipla/Sipla – Lei 6360**. Disponível em: <<http://www.abipla.org.br/legisl/abiplpa1.htm>>. Acesso em: dia mês ano.

FARIAS, J.E.L. Progressão de regime nos crimes hediondos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 999, 27 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8160>>. Acesso em: 07 ago. 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio eletrônico**. Século XXI. Versão 3.0. [S.l.]: Nova Fronteira, 1999. LCDROM

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRANCO, Alberto Silva et al. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial: parte especial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 2.

_____. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 2.

GALVÃO, Luis Carlos. Crimes hediondos em saneantes e cosméticos?. **ABIPLA**, out. 1998. Disponível em: <<http://www.abipla.org.br/abea9809.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei 11.464/07: liberdade provisória e progressão de regime nos crimes hediondos**. 03 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br/03abril.2007>>. Acesso em 29 de ago. 2007.

_____. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEAL, João José. **Crimes hediondos: aspectos político-jurídicos da lei n° 8.072/90**. São Paulo: Atlas, 1996.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARCÃO, R. Progressão de Regime em Crimes Hediondos e Assemelhados, na Visão do Supremo Tribunal Federal. **Boletim jurídico**, Uberaba/MG, ano 4, n. 166. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1078>>. Acesso em: 7 ago. 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 5. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

PASCOTTO, Ângelo Augusto Cardoso. **A pena restritiva de direitos e o sistema de progressão para os crimes hediondos**. 2006. 64 f. Monografia (Bacharelado em Direito)- Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente, 2006.

PEREIRA, Débora da Costa. **Estupro simples como crime hediondo**. 2006. 81 f. Monografia (Bacharelado em Direito)- Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente, 2006.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 3.

REALE JUNIOR, Miguel. A inconstitucionalidade da Lei dos Remédios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, n. 763, p. 420-431, maio 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

VEIGA, Marcio Gai. Lei de crimes hediondos: uma abordagem crítica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3637>>. Acesso em: 07 ago. 2007.