

TEMA:

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO SECUNDÁRIO DE TIPO PENAL POR VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Supremo Tribunal Federal

Tema 1178: Constitucionalidade da multa mínima prevista no artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Tese: A multa mínima prevista no artigo 33 da Lei 11.343/06 é opção legislativa para a quantificação da pena, não cabendo ao Poder Judiciário alterá-la com fundamento nos princípios da proporcionalidade, isonomia e da individualização da pena.

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ARTIGO 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. **PENA DE MULTA. ALEGADA CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO SUBSTITUIR O PODER LEGISLATIVO NA QUANTIFICAÇÃO DA PENA.** PRECEDENTES. MULTIPLICIDADE DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL DOTADA DE REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

Trecho do voto condutor: [Em relação à Repercussão Geral, assevera o Recorrente que:] “De fato, a desproporção entre o valor mínimo de 500 dias multa e a renda nacional média é patente, demonstrando-se que a questão colocada não diz respeito a particularidade desta demanda, mas a **matéria de grande relevância social, dado o fato de que a grande maioria dos indivíduos processados e condenados por tráfico de entorpecentes pertence às camadas sociais menos abastadas**”. Com efeito, a matéria aqui suscitada possui densidade constitucional suficiente para o reconhecimento da existência de repercussão geral, competindo a esta Suprema Corte definir a possibilidade de o Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de preceito secundário de tipo penal, por eventual contrariedade aos princípios constitucionais da isonomia, da proporcionalidade e da individualização da pena. (...) **No mérito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o Poder Judiciário não detém competência para interferir nas opções feitas pelo Poder Legislativo** a respeito da punição mais severa daqueles que praticam condutas elencadas em norma penal incriminadora.

(STF – RE 1.347.158 RG – Relator Min. Presidente LUIZ FUX – Tribunal Pleno – j. 21.10.2021) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6364**).

Tema 1003: Discussão relativa à constitucionalidade do art. 273 do Código Penal, para aqueles que importam medicamento sem registro sanitário.

Tese: É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.677/98 (reclusão, 10 a 15 anos, e multa), à hipótese prevista no seu **§ 1º-B, I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica ripristinado o preceito secundário do art. 273, na redação originária (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa).**

Ementa: Direito constitucional e penal. Recurso extraordinário. **Importação de medicamentos sem registro sanitário (CP, art. 273, 273, § 1º-B, I, do Código Penal). Inconstitucionalidade da pena abstratamente prevista.** 1. O art. 273, § 1º-B, do CP, incluído após o “escândalo das pílulas de farinha”, prevê pena de dez a quinze anos de reclusão para quem importar medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária competente. **2. Como decorrência da vedação de penas cruéis e dos princípios da dignidade humana, da igualdade, da individualização da pena e da proporcionalidade, a severidade da sanção deve ser proporcional à gravidade do delito.** 3. O estabelecimento dos marcos penais adequados a cada delito é tarefa que envolve complexas análises técnicas e político-criminais que, **como regra, competem ao Poder Legislativo. Porém, em casos de gritante desproporcionalidade, e somente nestes casos, justifica-se a intervenção do Poder Judiciário, para garantir uma sistematicidade mínima do direito penal**, de modo que não existam (i) penas exageradamente graves para infrações menos relevantes, quando comparadas com outras claramente mais reprováveis, ou (ii) a previsão da aplicação da mesma pena para infrações com graus de lesividade evidentemente diversos. 4. A desproporcionalidade da pena prevista para o delito do art. 273, § 1º-B, do CP, salta aos olhos. A norma pune o comércio de medicamentos sem registro administrativo do mesmo modo que a falsificação desses remédios (CP, art. 273, *caput*), e mais severamente do que o tráfico de drogas (Lei nº 11.343/2006, art. 33), o estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), a extorsão mediante sequestro (CP, art. 159) e a tortura seguida de morte (Lei nº 9.455/1997, art. 1º, § 3º). 5. Mesmo a punição do delito previsto no art. 273, § 1º-B, do CP com as penas cominadas para o tráfico de drogas, conforme propugnado por alguns Tribunais e juízes, mostra-se inadequada, porque a equiparação mantém, embora em menor intensidade, a desproporcionalidade. 6. Para a punição da conduta do art. 273, § 1º-B, do CP, sequer seria necessária, a meu ver, a aplicação analógica de qualquer norma, já que, com o reconhecimento da sua inconstitucionalidade, haveria incidência imediata do tipo penal do contrabando às situações por ele abrangidas. 7. A maioria do Plenário, contudo, entendeu que, como decorrência automática da declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, I, deve incidir o efeito ripristinatório sobre o preceito

secundário do art. 273, *caput*, na redação original do Código Penal, que previa pena de 1 a 3 anos de reclusão. 8. Recurso do Ministério Público Federal desprovido. Recurso de Paulo Roberto Pereira parcialmente provido. Tese de julgamento: É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal à hipótese prevista no seu § 1º-B, I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica reprimido o preceito secundário do art. 273, na sua redação originária.

Trecho do voto condutor: (...) 15. A vedação a penas desproporcionais pode ainda ser extraída da dignidade humana, fundamento da República brasileira (art. 1º, III). Ao reconhecer a pessoa humana como fim em si mesmo, que não pode ser instrumentalizado para outros objetivos, a Constituição veda que sejam utilizados meios excessivamente restritivos aos direitos fundamentais, ainda que a pretexto de promoção de outras finalidades. (...) 17. **Portanto, ao prever penas sem relação com a gravidade do crime cometido, o legislador viola a dignidade do infrator. Isso porque, nesse caso, a pena deixaria de possuir qualquer função retributiva proporcional à ofensa praticada, tratando o infrator única e exclusivamente como instrumento de prevenção geral de futuros crimes.** (...) 21. Finalmente, a proibição legislativa de penas exageradamente duras em relação à infração cometida também decorre do princípio da proporcionalidade. **Embora a Constituição brasileira não o preveja expressamente, o princípio da proporcionalidade decorre do Estado de Direito e representa um postulado implícito de resolução de conflitos envolvendo direitos fundamentais.** Direitos fundamentais estão sujeitos a limites iminentes e a restrições expressas. E podem, eventualmente, entrar em rota de colisão entre si ou com princípios constitucionais ou fins estatais relevantes. Tanto nos casos de restrição quanto nos de colisão, a solução das situações concretas deverá valer-se do princípio instrumental da razoabilidade ou proporcionalidade. 22. **A invocação do princípio da proporcionalidade como limitação ao legislador penal pode-se dizer óbvia, considerando-se a sua origem vinculada à solução de conflitos entre direitos fundamentais. Isso porque a sanção penal consiste na mais grave restrição da liberdade de locomoção, de modo que sua previsão e aplicação somente são admissíveis se proporcionais.** A reserva de lei penal configura-se, pois, como reserva legal penal proporcional. 23. **A submissão de tipos penais ao princípio da proporcionalidade, como critério limitador da atividade legislativa penal, tem sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em diversos precedentes. Assim, por exemplo, a Corte:** a) declarou, por violação à proporcionalidade, a não recepção constitucional da contravenção de posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (art. 25 do Decreto-Lei nº 3.688/1941); b) reconheceu a proporcionalidade – e a constitucionalidade – do delito de porte de arma de fogo (art. 14 da Lei nº 10.826/2003); c) reconheceu a inconstitucionalidade da criminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação. Encontram-se pendentes de julgamento, ainda, o RE 966.177 (Rel. Min. Luiz Fux), em que se alega a desproporcionalidade da previsão como contravenção penal dos jogos de azar (art. 50 do Decreto-Lei 3.688/1941), e o RE 901.623 (Rel. Min. Edson Fachin), no qual se alega a desproporcionalidade da previsão como contravenção penal do porte de arma branca (art. 19 do Decreto-Lei 3.688/1941). (...) 35. O legislador, assim, possui grande margem de discricionariedade na fixação das balizas legais da pena, **mas não lhe é permitido deixar de conservar uma sistematicidade mínima do sistema penal**, de modo que não existam penas exageradamente graves para infrações consideradas menos relevantes quando comparadas com outras claramente mais reprováveis. Da mesma forma, não pode o legislador aplicar a mesma pena para infrações com graus de lesividade evidentemente diversos. 41. **Constata-se que o tipo**

penal está localizado entre os “crimes contra a saúde pública”. Tais crimes, a rigor, são crimes de perigo abstrato contra a vida ou a incolumidade física individuais. O que se protege, ao fim e ao cabo, é a vida e a saúde de todas as pessoas, proibindo-se já antecipadamente condutas aptas a colocar em risco tais bens jurídicos. 42. É razoável que um crime de perigo abstrato preveja uma pena maior do que aquela estabelecida para um crime de lesão em relação ao mesmo bem jurídico? A resposta, em princípio, seria negativa: um crime de perigo abstrato contra a saúde pública não pode, sem uma justificativa convincente, ser punido mais gravemente do que o homicídio doloso (CP, art. 121), que tem pena mínima de seis anos de reclusão. 43. Não obstante, se a conduta tiver potencial de afetar a saúde de uma quantidade imensurável de pessoas, pode se mostrar justificada a punição mais grave do crime de perigo abstrato. (...) 68. **A fixação das balizas legais da pena é uma tarefa marcada pela larga discricionariedade legislativa. O Supremo Tribunal Federal somente é autorizado a intervir em casos excepcionais, quando houver gritante desproporcionalidade entre a gravidade da conduta e a severidade da pena.**

Trecho do voto da Min^a. CARMÉN LÚCIA: (...) 19. **Os princípios da proporcionalidade e da lesividade caracterizam-se ao mesmo tempo como a) comando direcionado ao legislador a ser considerado na tipificação penal e b) orientação ao magistrado na aplicação da lei penal.** A aplicação do princípio da proporcionalidade no direito penal enseja a análise tanto sob a perspectiva da vedação do excesso, que se refere ao controle da razoabilidade e adequação das medidas de repressão estatal, quanto sob a perspectiva da vedação à proteção deficitária, que se refere à obrigação estatal de proteger os indivíduos de agressões oriundas de particulares e até de Estados estrangeiros. Os dois lados compõem a proteção aos direitos fundamentais em matéria penal. 20. **O controle de constitucionalidade das normas penais, sob a perspectiva da vedação do excesso, passa pela análise dos princípios da proporcionalidade e da ofensividade dos comportamentos tipificados pela norma.**

(STF – RE 979.962 – Relator Min. ROBERTO BARROSO – Tribunal Pleno – j. 24.03.2021) – (destaques nossos – Cadastro IBCCRIM 6365).

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ARTIGO 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 5º, XLVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OPÇÃO POLÍTICO-LEGISLATIVA PARA APENAR DETERMINADOS DELITOS COM MAIOR SEVERIDADE. INCOMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA INTERFERIR NAS ESCOLHAS FEITAS PELO PODER LEGISLATIVO. 1. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. 2. **O Poder Judiciário não detém competência para interferir nas opções feitas pelo Poder Legislativo a respeito da apenação mais severa daqueles que praticam determinados crimes, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.** 3. *In casu*, o acórdão extraordinariamente recorrido assentou: “PENAL. PROCESSO PENAL. ARTIGO 273, § 1º e § 1º-B, INCISOS V e VI DO CÓDIGO PENAL. TRANSNACIONALIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOLO DEMONSTRADO. RECONHECIDO CONCURSO FORMAL.” 4. **Aggravamento desprovido.**

(STF – RE 829.226 AgR – Relator Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. 10.02.2015) – (destaques nossos – Cadastro IBCCRIM 6366). **Ementa:** AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO

EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. **ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 33 DA LEI 11.343/06.** ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. **1. O preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/06 trata-se de opção legislativa no combate ao tráfico de drogas**, apenando com maior severidade aqueles infratores, não competindo ao Poder Judiciário interferir nessas escolhas. Jurisprudência. 2. Agravo Regimental a que se nega provimento.

(STF – RE 1.291.306 AgR – Relator Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. 26.10.2020) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6367**).

Ementa: DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 180, § 1º, CP. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.** DOLO DIRETO E EVENTUAL. MÉTODOS E CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PENAL. IMPROVIMENTO. 1. A questão de direito de que trata o recurso extraordinário diz respeito à alegada inconstitucionalidade do art. 180, § 1º, do Código Penal, relativamente ao seu preceito secundário (pena de reclusão de 3 a 8 anos), por suposta violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena. (...) 6. Inocorrência de violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena. **Cuida-se de opção político-legislativa na apenação com maior severidade aos sujeitos ativos das condutas elencadas na norma penal incriminadora e, conseqüentemente, falece competência ao Poder Judiciário interferir nas escolhas feitas pelo Poder Legislativo na edição da referida norma.** 7. Recurso extraordinário improvido.

(STF – RE 443.388 – Relatora Min.^a ELLEN GRACIE – Segunda Turma – j. 18.02.2009) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6368**).

Superior Tribunal de Justiça

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. **PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP.** CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA. **OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.** 1. A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. **2. É viável a fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa, examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.** 3. **Em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.** 4. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretense usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas - notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública. 5. A

ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso. **6. Arguição acolhida para declarar inconstitucional o preceito secundário da norma.**

(STJ – AI no HC 239.363/PR – Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR – Corte Especial – j. 26.02.2015) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6369**).

Nosso comentário: No ano de 2021, o Pleno do Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se debruçar sobre os Temas 1003 e 1178, cujas teses fixadas tangenciaram, como pano de fundo, a possibilidade de o Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de preceito secundário de tipo penal, por eventual contrariedade aos princípios constitucionais da isonomia, da proporcionalidade e da individualização da pena. Na primeira tese, com lastro na vedação de penas cruéis e nos princípios da dignidade humana, da igualdade, da individualização da pena e da proporcionalidade, a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, do Código Penal, à hipótese prevista pelo seu § 1º-B, inciso I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. No entanto, na segunda tese, a mesma Suprema Corte entendeu que a sanção de multa mínima prevista pelo preceito secundário do tipo penal previsto pelo art. 33, da Lei n.º 11.343/06, representa uma opção legislativa, de modo que não cabe ao Poder Judiciário alterá-la com fundamento nos princípios da proporcionalidade, isonomia e individualização da pena. Embora estes dois temas não representem a primeira oportunidade em que a Suprema Corte fora instada a se pronunciar sobre a eventual inconstitucionalidade de preceito secundário de tipo penal à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena – tampouco se discute neste breve comentário a proporcionalidade ou não das sanções em comento –, eles são relevantes para contrastar os casos que em que se entendeu justificada a intervenção na produção político-legislativa, ainda mais pelo fato de ambos os tipos penais serem de perigo abstrato e tutelarem o mesmo bem jurídico, a saúde pública. No próprio julgamento do RE 1.347.158 RG – paradigma do Tema 1178 –, em sede de embargos declaratórios, foi esclarecido que apenas nos casos de gritante desproporcionalidade, e somente nestes casos, justificar-se-ia a intervenção do Poder Judiciário, a fim de garantir uma sistematicidade mínima do direito penal. Com efeito, diante da posição majoritária firmando que a determinação do preceito secundário se trata, via de regra, de uma opção político-legislativa na apenação com maior severidade dos sujeitos ativos às condutas elencadas na norma penal incriminadora, a jurisprudência ainda carece de parâmetros mais sólidos para uma segura aferição dos denominados “*casos de gritante desproporcionalidade*”, nos quais se revelaria imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada.

Compilação e curadoria científica de:
Anderson Bezerra Lopes, Eliakin Pires Tatsuo
e **Gessika Christiny Drakoulakis**