V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

FELIX ARAUJO NETO

GILBERTO GIACOIA

GERMÁN ALBERTO ALLER MAISONNAVE

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM / Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Felix Araujo Neto, Germán Alberto Aller Maisonnave, Gilberto Giacoia – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-242-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

No contexto do V Encontro Internacional do CONPEDI, realizado em Montevideo, de 08 a 10 de setembro de 2016, na perspectiva de integração ampliada na linha da internacionalização, iniciada agora no âmbito latino americano, produz o Grupo de Trabalho de Direito Penal e Constituição II, como resultado, este livro reunindo, de suas atividades constantes da apresentação de artigos afinados pelo viés reflexivo, a partir da base constitucional, da intervenção penal em diferentes segmentos teóricos, voltados à defesa de uma sua cada vez maior legitimação pelos postulados garantistas, dimensionados no permanente conflito entre o jus puniedi versus jus libertatis.

Espaço privilegiado para o desenvolvimento da pesquisa e da investigação científica no âmbito dos programas de pós-graduação em Direito no Brasil, os já tradicionais encontros do CONPEDI ganham nova dimensão, reunindo pesquisadores, além fronteiras, emprestando vivo incremento ao intercâmbio de ideias e experiências e abrindo novas frentes de difusão da produção científica no âmbito internacional.

Assim, neste Grupo de Trabalho (Direito Penal e Constituição II), os pesquisadores se debruçam sobre várias temáticas, indo desde a defesa da ampliação dos mecanismos e instrumentos jurídicos de combate à corrupção, passando pela justiça penal de transição em que se analisam as articulações ao contexto de alguns países da América Latina frente aos conflitos internos, atuação da Corte Penal Internacional em relação à tipificação do delito de agressão, aspectos críticos da Lei Antiterrorismo, fundamentos políticos do Processo de Impeachment em uma visão funcionalista, revisitando a teoria da responsabilidade penal da pessoa jurídica sob nova luz teórica, debatendo a sociedade de risco e o controle social na vertente da dinâmica do ativismo judicial no Brasil, o conceito dogmático da culpabilidade para além de uma estrutura lógico-real (como instituto funcional), o caráter fragmentário da tutela penal ambiental, os fatores criminógenos nas atividades empresariais sob moderna mecânica de controle (compliance), além da problemática da pena e da medida de segurança sob comando dos limites constitucionais flexionados por recentes interpretações pretorianas pelo STF em detrimento do postulado da liberdade, trazendo como pano de fundo as cortinas da doutrina dos direitos humanos.

Textos todos produzidos por valorosos autores comprometidos como os valores acadêmicos, os ideais de justiça e a responsabilidade científica que se exige do estudioso do Direito, muito mais ainda nos dias de hoje.

Enfim, mais uma vez, esta publicação, junto a de outros artigos apresentados e debatidos nos Grupos de Trabalho deste V Encontro Internacional, coloca o CONPEDI em posição de destaque, pois à frente de expressiva conquista, protagonizando valioso contributo à pós-graduação, pesquisa e extensão na área do Direito e, assim, prosseguindo firme em seu belo destino institucional.

Prof. Dr. GILBERTO GIACOIA - Doutor em Direito, procurador de justiça do Ministério Público do Paraná e professor associado da Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof. Dr. GERMAN ALLER - Doutor em Direito, advogado e professor da Universidad de la República do Uruguai

Prof. Dr. FELIX ARAÚJO NETO - Doutor em Direito, advogado professor da Universidade Estadual da Paraíba E FACISA

LEGITIMIDADE E ADEQUAÇÃO DOS CRIMES DE PERIGO NA TIPIFICAÇÃO DAS FRAUDES FARMACÊUTICAS

LEGITIMIDAD Y ADECUACIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO EN LA PENALIZACIÓN DE FRAUDES FARMACÉUTICAS

Candida Joelma Leopoldino [1]
Carla Liliane Waldow Esquivel [2]

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo analisar os crimes de perigo, com ênfase nos crimes de perigo abstrato, avaliando sua legitimidade e adequação para a tipificação das denominadas fraudes farmacêuticas, o que será particularmente realizado por meio da pesquisa quantitativa e teórica (hipotético-dedutiva). Tais burlas atingem pessoas indeterminadas que adquirem produtos terapêuticos ou medicinais corrompidos, acreditando em sua capacidade para curar ou prevenir enfermidades ou aliviar seus sintomas mas que, na verdade, colocam em risco ou geram efetivo prejuízo à saúde coletiva, muitas vezes de difícil constatação.

Palavras-chave: Fraude farmacêutica, Crimes de perigo abstrato, Adequação, Legitimidade

Abstract/Resumen/Résumé

El presente trabajo tiene como objetivo analizar los crímenes de peligro, con énfasis en los crímenes de peligro abstracto, evaluando su legitimidad y adecuación para la tipificación de las denominadas fraudes farmacéuticas, lo que será particularmente realizado por medio de una investigación cuantitativa y teórica (hipotético-deductivo). Tales burlas alcanzan personas indeterminadas que adquieren productos terapéuticos o medicinales corrompidos, creyendo en su capacidad para curar o prevenir enfermedades o aliviar sus síntomas pero que, en verdad, ponen en riesgo o generan efectivo perjuicio a la salud colectiva, muchas veces de difícil constatación.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fraude farmacéutica, Crímenes de peligro abstracto, Adecuación, Legitimidad

[1] Advogada e professora do Curso de Direito do Instituto Federal do Paraná - Campus de Palmas. Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

[2] Advogada e professora do Curso de Direito da Unioeste - Campus de Marechal Candido Rondon. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a tipificação dos crimes contra a saúde pública, particularmente no âmbito das denominadas fraudes farmacêuticas. Tais burlas podem ser definidas como condutas que levam o consumidor ou paciente a erro por meio da embalagem, do rótulo, da bula, da publicidade ou da propaganda, provocando engano sobre às características fundamentais do produto (*v.g*. composição, origem, data de fabricação) e, principalmente, a respeito dos efeitos que devem produzir (prevenção ou cura de enfermidade, alívio de sintomas e fins de diagnóstico) e em consequência, causam não apenas prejuízos de ordem financeira, mas sobretudo dano ou risco de dano à saúde e à vida daqueles que a eles tem acesso.

Particular fraude farmacêutica pode ser identificada no artigo 273 do Código Penal, acrescentada por outras condutas que, embora não tenham como objeto material exclusivo os medicamentos, igualmente desencadeiam a falsa percepção a seu respeito, repercutindo imediatamente sobre o estado de saúde daquele que dele fará uso (*v.g.* arts. 275 do CP).

Importa esclarecer que, em que pese o legislador não utilize essa denominação, o emprego desta no presente trabalho tem o condão de chamar a atenção à gravidade do problema de tais condutas que colocam em sério perigo ou efetivamente atingem a integridade física ou até mesmo a vida de inúmeras pessoas que se valem de medicamentos adulterados, falsificados ou alterados no processo de produção ou distribuição destes.

Portanto, nas linhas a seguir, após suplantar algumas questões dogmáticas, pretende-se reconhecer a forma mais adequada de tipificação das fraudes em produtos terapêuticos ou medicinais.

A ANTECIPAÇÃO O RISCO COMO CRITÉRIO DE TIPIFICAÇÃO DAS FRAUDES FARMACÊUTICAS

Os progressos em torno da saúde, como são os medicamentos e os produtos de interesse para a saúde, enquadram-se perfeitamente na constatação de Beck (2011). De uma forma geral, seu desenvolvimento coincide com o desenvolvimento da própria sociedade e, portanto, dos riscos que passaram a integrar-lhe. Como os demais riscos da modernização, geram importantes reflexos sociais, políticos e econômicos. Circular e paradoxalmente, a implementação científico-tecnológica no âmbito farmacêutico apresenta benefícios e efeitos colaterais latentes; com o surgimento de novos produtos médicos podem surgir novas

enfermidades, coincidindo a elevação dos padrões de vida com os riscos à saúde. Assim, o risco como fator essencial para a própria manutenção da sociedade contemporânea coincide com o seu fator de desiquilíbrio (SILVA SÁNCHEZ, 1999; BOTTINI, 2013).

Os riscos estão naturalmente embutidos nos produtos de interesse para a saúde. Entretanto, no caso de produtos terapêuticos ou medicinais fraudados, em qualquer das suas formas, esses riscos são, à evidência, potencializados. A insegurança então diz respeito não apenas aos reflexos previstos e reais, mas também àqueles que são silenciosos e, na grande maioria das vezes, irreversíveis, podendo se dar a curto ou a longo prazo.

O Estado, então, é chamado a gerenciar os riscos, respondendo à demanda social por segurança. No contexto sanitário, e especialmente em relação aos produtos terapêuticos e medicinais, a segurança é o principal fundamento da sua regulamentação e vigilância. A busca por segurança avança, entretanto, para o campo do Direito Penal, que, por sua vez e em muitas oportunidades, acaba assumindo a gestão dos riscos e a sua redução com exclusividade. Como resposta a essa demanda, não raras vezes, surgem medidas apressadas, nitidamente simbólicas, respondendo aos reclamos populares ou até mesmo a pressões internacionais, conspurcando importantes valores jurídico-penais historicamente conquistados, como, entre outros, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, colocando em risco o próprio Direito Penal.

Tal situação, ou seja, uma maior demanda social por mais proteção e segurança frente aos novos e não tão novos riscos, característicos das sociedades pós-industriais, faz emergir a combatida expansão do Direito Penal com seus desdobramentos e em que tudo passa a ser penalmente relevante, tipificando-se novos crimes e prevendo punições mais severas (expansão qualitativa e quantitativa). Assim, o Direito Penal, como mecanismo estatal de controle, não foge à regência do risco, muitas vezes por falta de capacidade de gestão por parte das agências administrativas. É dizer, a intervenção punitiva não ocorre no âmbito da insuficiência de outros mecanismos de controle, mas da sua ineficácia. Por conseguinte, tal gestão por vezes se dá por meio de medidas preventivas, antecipando o momento considerado eticamente reprovável. É a complexificação do Direito Punitivo diante da complexificação da própria sociedade.[1]

José Francisco Dias da Costa Lyra (2012) faz idêntica análise nesse sentido. Segundo o autor em referência, a sociedade moderna, juntamente com os riscos que lhe são inerentes,

[1] Segundo Amaral (2007), a complexificação do Direito Penal é mais apta a reduzir a complexidade caracterizada pela evolução. O mesmo autor adverte, porém, que essa crescente demanda por segurança estatal por ação do Direito Penal sem dúvida gera o mencionado expansionismo penal perigoso.

trouxe importantes reflexos como a maior complexidade social, a institucionalização da insegurança, problemas relacionados ao controle social e descrédito de outras instâncias de proteção. Esse cenário (de insegurança generalizada) faz eclodir a demanda social por mais segurança diante desses (novos) riscos, reforçando o que ele denomina como consenso punitivo. Sendo assim, o Direito Penal se vê invadido pela política (quando não é por ela utilizado) e funcionalizado, com a missão de dispor de novas formas de prevenção e minimização dos riscos. Adverte o autor que, nesse proceder (demanda por segurança), surge uma política criminal guiada pela ideia de risco, de caráter eminentemente preventivo, e que não hesita em trocar seu sistema de garantias por um controle penal simbólico, gerando a falsa impressão de bem funcionar (de segurança). Ademais, esse quadro resulta na tão criticada expansão do direito e da política criminal, vulnerando, segundo o autor, a diretriz de proteção do bem jurídico, rumo a um sistema de proteção diante de situações de perigo. Ampliam-se, de forma demasiada, as possibilidades de intervenção do Direito Penal, em substituição a outras formas de controle social, encobrindo-se, dessa maneira, deficiências estruturais do sistema. Lyra destaca que a expansão do Direito Penal caracteriza-se pelo acolhimento de novos bens jurídicos, adiantando das barreiras entre o comportamento punível e não punível, centrando-se na periculosidade da conduta. Em suma, o Direito Penal estaria funcionalizado (pela política e pela economia) a fim de promover maior segurança social pela minimização e pelo controle dos riscos (MENDOZA BUERGO, 2001; PRITTWITZ, 2003; LYRA, 2012).

Esse adiantamento da proteção penal de novos e distintos bens jurídicos, lembrado pelos autores, críticos de um expansionismo penal perverso e simbólico-negativo, se daria especialmente pelo recurso frequente aos crimes de perigo e, sobretudo, de crimes de perigo abstrato, especialmente motivados pelo alto potencial lesivo de algumas atividades e produtos (SILVA SÁNCHEZ, 1999; SUÁREZ GONZÁLEZ, 2003; AMARAL, 2007; BOTTINI, 2013). Nesse sentido, o artigo 273 do CP seria, segundo a literatura jurídico-penal, exemplo perfeito de tipo de injusto de perigo abstrato, altamente preventivo e simbólico, construído à vista da periculosidade ínsita aos produtos de interesse para a saúde, potencializada pelas condutas descritas no modelo incriminador.

Não obstante se atribua ao Direito Penal moderno a utilização frequente da referida técnica, que inevitavelmente alcança condutas próprias do nosso tempo, os crimes de perigo e inclusive a tipificação de delitos contrários à saúde pública não são recentes, encontrando-se antecedentes nas primeiras legislações penais. Com isso não se nega, contudo, que os riscos à saúde coletiva são uma grande marca da sociedade contemporânea, às voltas com problemas ambientais e relacionados ao consumo.

Não obstante defenda-se a modernização do Direito Penal, inclusive com o reconhecimento de novos bens jurídicos, de natureza coletiva, para acompanhar a dinâmica própria da sociedade, esta apenas pode legitimar-se se estiver conectada aos princípios penais de garantia.

Outrossim, pode-se perquirir se, nesse processo de modernização do Direito Penal (com novos bens jurídicos e novas categorias de delitos), não se poderia igualmente modernizar as técnicas de tipificação, recorrendo-se aos crimes de perigo com seus distintos desdobramentos, como razoável forma de tratar delitos que se particularizam na sua forma de manifestação e nos quais a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta e o perigo e, de conseguinte, o dano, torna-se mais complexa diante dos efeitos silenciosos ou postergados que muitas vezes podem ocorrer.[2] Nesse sentido, Aller (2006), parafraseando Beck, destaca que hoje estamos diante de novos protótipos de delitos, não os sangrentos, não os tocáveis ou visíveis, mas os imperceptíveis e até incontroláveis.

Desse modo, antes mesmo de continuar a defesa (ou não) da tipificação dos crimes de perigo (abstrato) como lídima expressão do Direito Penal para descrever condutas que coloquem em risco bens jurídicos fundamentais, é preciso transitar sobre as definições essenciais nessa sede.

Primeiramente, os crimes de dano e de perigo distinguem-se em relação ao resultado desvalorado, pois tanto em um quanto em outro há um ataque a um bem jurídico tutelado pela norma, em maior ou menor intensidade, a depender da classificação do delito. Assim, os crimes de dano são aqueles em que a lei descreve uma conduta que identifica a efetiva destruição ou a depreciação de um objeto jurídico (destruição e depreciação necessárias para a consumação do delito), enquanto nos crimes de perigo tal consequência não é priorizada, relevando-se as ações potencialmente perigosas para gerar perigo ao sujeito, consumando-se com a possibilidade de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma.[3]

---

[2] Mokhiber (1995) aduz que, mesmo diante de crimes bem-definidos, a extensão da vitimização e os custos dela decorrentes serão impossíveis de serem medidos. Ele traz o exemplo de uma companhia química que despeja lixo tóxico num rio que fornece água potável para a população. A partir daí questiona se será possível medir os efeitos desse crime, se poderá ser estimado quantos cânceres serão provocados em vinte anos, se foram causados por beber água, fumar cigarros ou respirar ar poluído. Em idêntica percepção, Beck (2011, p. 77) aduz que é "[...] evidentemente impossível estipular uma relação direta causal entre produtores isolados de substâncias específicas e certas enfermidades frequentemente induzidas ou agravadas por outros fatores. Isto seria o equivalente de tentar acompanhar nos dedos da mão os cálculos matemáticos de que um computador é capaz."

[3] Para Pariona Arana (2007), os delitos de dano ou de lesão são aqueles nos quais o tipo compreende comportamentos que têm como consequência a afetação do direito dos interesses protegidos, enquanto os delitos de perigo correspondem a condutas que não conduzem a uma afetação imediata do bem jurídico protegido, senão que criam situações das quais pode vir a ocorrer a sua afetação, mas não necessariamente.

Dessa maneira, os crimes de perigo, diferentemente dos crimes de dano, podem ser definidos como aqueles em que o legislador considera suficiente a colocação em perigo do sujeito, sem que tenha havido um resultado real, embora absolutamente provável. Consumam-se, portanto, com a possibilidade de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma.

É importante destacar que perigo, para o Direito Penal, não quer significar eventos meramente naturais, como distinguiu De Giorgi (2008). Por sinal, eventos naturais ou fortuitos necessariamente não ingressam nessa seara. Interessa ao Direito Penal aquilo que o autor em referência define como risco, ou seja, a probabilidade de um evento danoso imputado a uma decisão ou à consequência de uma decisão que poderia tê-lo impedido. Com interpretação idêntica, Bottini (2013, p. 24) define o perigo (risco)[4] como "[...] a tomada de consciência do perigo futuro e às opções que o ser humano faz ou tem diante dele". Dessas premissas, deduz-se que o perigo se relaciona a uma séria probabilidade de dano futuro, não havendo que se falar em perigo caso inexista a possibilidade de consecução de alguma agressão a um bem jurídico tutelado.

No que se refere aos crimes de perigo, importa, preliminarmente, destacar a investigação de Silva (2003) a respeito do seu conceito (se se trata de um conceito ontológico ou normativo). De forma muito apropriada, após percorrer as concepções da doutrina, assevera que o direito extrai da vida situações de perigo e as leva para o mundo jurídico.[5] Há uma seleção de riscos a partir da realidade social, num determinado tempo e contexto histórico, existindo até mesmo uma certa dificuldade nessa escolha na medida em que, na atual conjuntura, os riscos são onipresentes. Alguns desses riscos, no entanto, não interessam ao direito e outros serão transportados para a legislação penal porque não há outra opção eficiente para a proteção de determinados valores fundamentais (SILVA, 2003; BOTTINI, 2013).

À semelhança com os crimes de dano, nos crimes de perigo tem-se como substrato irrenunciável a agressão a um bem jurídico fundamental, vislumbrada pela ação, em si mesma perigosa (*juris et de jure*), ou causadora do efetivo perigo (*juris tantum*) (SILVA, 2003;

---

[4] É preciso esclarecer que não se faz, pelo menos nessa parte do texto, distinção entre perigo e risco, embora alguns autores deixem claro que são coisas distintas. Nesse sentido, o perigo seria a capacidade intrínseca de um produto ou conduta provocar efeitos adversos e o risco a probabilidade de que, no caso concreto, esses efeitos efetivamente ocorram (CORCOY BIDASOLO, 2007).

[5] Silveira (2004, p. 192) explica que há uma perspectiva subjetiva e objetiva do perigo, distinguindo-se pela sua presença ou não na realidade. Assim, "Subjetivamente, o perigo nada mais é do que uma representação mental, um *ens imaginationis*, não presente no plano concreto. Não tem ele, enquanto fruto da mente, existência real, nada mais sendo do que expectativa subjetiva de um evento que não se deseja. Objetivamente, contudo, é tido como *ens reale*, presente, pois, no mundo quotidiano. O prognóstico de uma danosidade não depende da apreciação subjetiva valorativa. Existindo, já goza ele de autonomia suficiente para uma apreciação penal."

CEREZO MIR, 2002). No caso dos crimes contra a saúde pública e, particularmente, em sede de fraudes farmacêuticas, por meio das condutas de falsificar, adulterar e alterar produtos terapêuticos e medicinais ou divulgar informação enganosa ou abusiva a seu respeito, essa perspectiva é absolutamente certa. Desse modo, é desnecessário aguardar-se a comprovação do dano para que tais condutas restem sancionadas, sendo suficiente a colocação dos pacientes ou consumidores em situação de risco pela administração ou consumo de produtos de interesse para a saúde fraudados, expressando essa forma de tipificação absolutamente adequada aos fins a que se destina.

Os crimes de perigo dividem-se em crimes de perigo concreto e de perigo abstrato. São considerados delitos de perigo concreto aqueles em que o perigo é indicado no próprio tipo penal, constituindo elemento do tipo objetivo. Sendo assim, requer-se a comprovação factual *ex post* do perigo a que foi submetido o bem jurídico. Há, por assim dizer, uma maior intensidade ou, ainda, uma maior proximidade dessa modalidade de perigo do efetivo dano ao bem jurídico. Já nos crimes de perigo abstrato, o grau de perigo é menos elevado do que aquele exigido aos crimes de perigo concreto, incriminando-se determinadas condutas concebidas *ex ante* como perigosas, não sendo necessário comprovar o efetivo perigo/risco ao bem jurídico tutelado. Para Bottini (2013, p. 87), "Trata-se de prescrição normativa cuja completude se restringe à conduta, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato"[6].

Estariam incluídos no campo dos crimes de perigo abstrato os atos perigosos por acumulação concebidos por Kuhlen. Tais condutas, isoladamente, não comportam incriminação por não serem idôneas para ofender algum bem jurídico. O efetivo perigo ou dano apenas pode ser vislumbrado quando reiteradas condutas da mesma natureza forem implementadas. Nessa hipótese, não se pode atrelar o dano aos atos isolados a serem praticados por diversos agentes, razão pela qual a fórmula empregada deve ser a dos crimes de perigo abstrato (por acumulação). Ocorre, no entanto, que essa modalidade de perigo igualmente é alvo de críticas, sobretudo, por haver violação de princípios jurídico-penais fundamentais, tais como o princípio da lesividade (isoladamente considerada a conduta, há ínfima lesão), da proporcionalidade (com penas significativas a lesões insignificantes) e da culpabilidade (o autor da ação acabaria sendo responsável pelo perigo ou dano total, de todas as ações idênticas praticadas por outros sujeitos) (HEFENDEHL, 2002; SILVA, 2003; GRECO, 2004; GONÇALVES, 2010; GRECO, 2011; BOTTINI, 2013). Além disso, no que

[6] A respeito do assunto, conferir também Goerner (2002, p. 563-566) e Pariona Arana (2007, p. 123-124).

se refere às fraudes farmacêuticas singularmente consideradas, ocorre exatamente o contrário que o proposto em sede de delitos por acumulação, ou seja, com uma ou poucas ações existe o perigo de causar danos de grande monta à saúde coletiva, tornando-se inaplicável a figura da cumulação nessa seara.

Há ainda outra categoria de crimes de perigo lembrada por parte da doutrina. São os chamados crimes de perigo abstrato-concreto, situações em que seriam congregadas as características tanto dos crimes de perigo abstrato quanto de perigo concreto ou que determinados comportamentos não se enquadrariam perfeitamente neste ou naquele formato de tipificação. Tal categoria foi particularmente delineada por Schröder e Gallo, não satisfeitos com a pura configuração dos tipos de perigo abstrato. Sob esse argumento estariam alcançadas, portanto, condutas que necessariamente criam um perigo (não permitido) ao bem jurídico, mas cuja aferição (da tipicidade) será feita judicialmente (à vista do caso concreto), de modo que, verificada a inexistência do perigo, não haveria qualquer espécie de imputação. Existiria, dessa maneira, uma prova em contrário a respeito da periculosidade (ROXIN, 1997; GOERNER, 2002; SILVA, 2003; SILVEIRA, 2003; SCHÜNEMANN, 2005; BOTTINI, 2013)[7]. Na acepção de Cerezo Mir (2002), são delitos de aptidão para a produção do dano. Apresentam-se, para ele, como figuras delitivas em que se proíbe a realização de condutas em que a possibilidade de produzir certo resultado é implícita a ele, devendo o juiz, entretanto, levar em conta outros elementos, com base em parâmetros da experiência. Nesse contexto, ingressariam, segundo o autor em referência, os crimes relativos às fraudes em substâncias alimentícias ou a produtos terapêuticos e medicinais, contudo, a fórmula apresentada (perigo abstrato-concreto) não parece cabível. O que ocorre, *in casu*, é a simples transformação de crimes de perigo abstrato em perigo concreto e, ademais, a atribuição ao julgador avaliar, diante da situação fática, se, da conformação de determinados elementos, haveria crime ou não. Dessa maneira, por meio da configuração de crimes de perigo abstrato-concreto, a tão ensejada segurança cederia espaço à insegurança jurídica.

No que se refere aos crimes contra a saúde pública, indaga-se quais são os critérios para que o legislador opte por uma ou outra fórmula como fez com a tipificação dos artigos 272 e 273 do CP, configurando-se aquele em crime de perigo concreto e este, em perigo abstrato. São tipos de injusto cuja tutela recai sobre a saúde coletiva e absolutamente idênticos no tocante às condutas incriminadas (verbos nucleares), distinguindo-se fundamentalmente

[7] Bottini (2006, p. 90-91) elenca como exemplos desse tipo de perigo as condutas descritas no artigo 309 da Lei n. 9.503/1997, artigo 54 da Lei n. 9.605/1998, artigo 4º da Lei n. 7.492/1986 e artigo 4º, II, da Lei n. 8.137/1990.

quanto aos objetos materiais e às consequências jurídicas previstas. Assim há, no primeiro caso, fraude alimentar e, no segundo, fraude farmacêutica.

A distinção entre perigo concreto e abstrato depende de uma decisão do legislador, que deverá valorar o bem jurídico em jogo, a gravidade da conduta e, inclusive, a possibilidade da prova do perigo. E além das questões técnicas que envolvem ambas as categorias de injusto, deve-se aferir o contexto no qual os riscos e os perigos são criados e, principalmente, se as condutas são de tal gravidade que não possam ser relegadas à condição de meras infrações administrativas. Ao que tudo indica, a escolha por um ou outro modelo é feita (como inclusive é em relação à escolha entre dano e perigo) por critérios objetivos-subjetivos. E, de acordo com Quintero Olivares (2003), são decisões político-criminais inspiradas por razões de prevenção geral, é dizer, decisões em que o legislador decide criminalizar para precaução, sem esperar que ocorra o pior.

E no caso das fraudes em produtos terapêuticos ou medicinais, a opção legislativa foi a utilização da técnica de perigo abstrato. Tal perigo (abstrato) e, em consequência, a lesão, baseia-se numa presunção, justamente em razão da própria natureza de determinadas atividades e produtos, como as relacionadas aos bens de interesse para a saúde, produzidos em larga escala e que são portadores de riscos intrínsecos e efeitos colaterais subjacentes. Essa avaliação é feita pelo legislador a partir das informações que procedem do ambiente, principalmente dos novos contextos de risco, antecipando-se, com a tipificação dessa modalidade de delitos, aos danos possíveis e prováveis ao bem jurídico fundamental, evidentemente abalado com essa modalidade de comportamentos.[8]

É pertinente, neste momento, trazer à tona outra discussão. Nesse sentido, Bottini (2013) procede a importante distinção entre o princípio da prevenção e da precaução. Esclarece o autor que, no caso de prevenção, a periculosidade dos comportamentos ou das atividades é evidenciada por constatações científicas ou estatísticas, adotando-se medidas para controlar essa periculosidade. Já a precaução significa prudência, cautela antecipada, podendo-se adotar determinadas medidas e regulamentar certas atividades nos casos de ausência (científica) de informações sobre as consequências do risco. O referido princípio será aplicado apenas nos casos em que a inocuidade ou a periculosidade não estiver comprovada,

[8] De acordo com Silva (2003, p. 73), "Deve-se atender, na técnica de tipificação dos crimes de perigo abstrato, a uma necessidade decorrente da natureza das coisas, ou seja, as figuras delituosas assim tipificadas devem atender ao reclamo de tutela baseado na lesividade que a ação encerra, em razão da inerência do perigo que guarda em si." A respeito do assunto, conferir, também, Bottini (2006, p. 66-67).

diferentemente do que ocorre em sede de prevenção.[9,10] Diz o autor que o princípio da precaução poderá ser aplicado, à primeira vista, em qualquer atividade humana, haja vista que não existe certeza científica. Um campo de aplicação comum do princípio da precaução é, segundo Cerezo Mir (2002), justamente a saúde pública e, para Carvalho, Andrade e Ferreira (2011), o Direito Sanitário.

As normas de precaução, também configuradas pelos crimes de perigo abstrato, são, então, reforçadas pelo Direito Penal, destinando-se, igualmente, ao enfrentamento mais exitoso de problemas oriundos do novo contexto da sociedade de risco e para responder às demandas sociais por maior segurança. Nessa ânsia, o estatuto penal acaba coibindo condutas fundadas em uma periculosidade meramente indiciária,

> [...] cujos riscos não são evidentes, apenas suspeitos. A tutela não se antecipa, apenas ao resultado lesivo, mas, em determinados dispositivos, antecipa-se à própria constatação do risco, envolvendo a norma penal em um campo que, até então lhe era estranho: o campo da precaução. (BOTTINI, 2013, p. 85).

No entanto, no que se refere à sua aplicação, Bottini (2013), analisando as propostas de outros pensadores a respeito da precaução no Direito Penal, particularmente para ampliar a utilização de delitos de perigo abstrato, incluindo-se nesses a mera suspeita da possibilidade de produzir algum dano em razão das incertezas que pairam sobre diversos riscos, objeta que não podem prosperar porque violar-se-ia o princípio da dignidade humana, além de outros princípios garantistas que servem como lastro para o sistema jurídico penal. Cerezo Mir (2002), por sua vez, explicita que haveria uma desnaturalização do conceito de crime de perigo abstrato que se baseia no critério da previsibilidade. Conforme destacado, a conduta

[9] Bottini (2013, p. 53-60) traz como exemplo o caso da Talidomida, "[...] cujos efeitos danosos, apesar de evidentes estatisticamente, nunca foram explicados causalisticamente. A decisão das autoridades públicas (gestores de risco) para a proibição de sua comercialização fundamentou-se em informações quantitativas, estatísticas, e não em conhecimento científico claro dos nexos causais entre a ingestão do medicamento e os prejuízos causados. Tal decisão não se baseou no princípio da precaução, mas no princípio da prevenção, uma vez que estava claramente delimitada a periculosidade dos produtos sobre o qual incidiram as medidas de gerenciamento de riscos." O autor, entretanto, faz referência à precaução no caso da proibição de circulação de medicamentos ainda não testados. Esclarece, ainda, que a distinção é importante na medida em que as situações denotam maior ou menor gravidade. Conferir, a respeito, Romeo Casabona (2007, p. 22).

[10] Para Hammerschmidt (2006, p. 47-49), o princípio da precaução pode ser delineado como a possibilidade de as condutas causarem danos coletivos, apesar de inexistir certeza ou evidência científica, não podendo o risco ser mensurado. Já a prevenção pode ser definida como a conduta racional diante de um mal que a ciência pode objetivar e mensurar, que se move dentro do campo da certeza: "Sendo assim, pode-se mencionar que a prevenção atua no sentido de inibir o risco de dano potencial, ou seja, procura-se evitar que uma atividade sabidamente perigosa venha a produzir efeitos indesejáveis. O princípio da precaução, em contrapartida, atua para inibir o risco de perigo potencial, qual seja, o risco de que determinado comportamento ou atividade seja daquelas que podem ser perigosas abstratamente." Busato e Kässmayer (2008, p. 141) relacionam a prevenção e a precaução ao perigo concreto e abstrato, respectivamente.

deve ser efetivamente perigosa a bens jurídicos fundamentais, devendo-se avaliar, inclusive, a extensão dos riscos eventualmente produzidos a partir da mesma. E, dessa maneira, o simples indício, sem estar revestido de gravidade suficiente para constituir um injusto penal e sem estar corroborado na constatação científica ou estatística, não pode justificar a aplicação da norma penal. Ademais, admitir-se tal forma de criminalização abriria as portas do sistema penal ao arbítrio do gestor de riscos, gerando instabilidade na aplicação da norma por critérios seguros (conceito de periculosidade). Por essa razão, a precaução deve ficar no âmbito administrativo e civil da gestão do risco, permanecendo fora da intervenção penal condutas que não sejam minimamente perigosas aos bens jurídicos fundamentais.[11]

Dessarte, por mais que se defenda ser possível transportar-se a ideia de precaução para o âmbito do Direito Penal para um melhor enfrentamento dos delitos próprios da sociedade de risco, essa solução não parece a mais sensata, isso porque, diferentemente da prevenção, baseia-se em meros indícios de periculosidade. Ou seja, o legislador adianta-se e prevê a punição de comportamentos em que apenas exista uma possibilidade, ainda que remota, de causar danos futuros. Já as medidas preventivas fundamentam-se em elementos científicos ou estatísticos a respeito da periculosidade de produtos e serviços. No caso dos medicamentos, do ponto de vista quimioterápico, devem ser destinados à prevenção ou à cura de enfermidades ou devem, pelo menos, aliviar seus sintomas. Os cientistas, após inúmeras pesquisas e a realização de testes clínicos, constatam, juntamente com esses efeitos benéficos, os riscos na sua administração, razão pela qual se diz que não existem medicamentos sem efeitos colaterais. Aos perigos naturais do consumo de medicamentos acrescentam-se aqueles decorrentes de toda a cadeia produtiva (*v.g*. produção, armazenamento, distribuição, dispensação) e que podem se difundir globalmente. Assim, portanto, o risco encontra-se embutido no produto autêntico válido e no qual se encontram todas as substâncias exigidas para que produza determinado resultado. No caso de produtos fraudados, ou seja, falsificados, adulterados ou alterados, inevitavelmente há a interrupção desse processo, não se chegando a alcançar os resultados para os quais foram tais produtos disponibilizados ao consumo. Assim, os riscos são incrementados por meio de fraudes farmacêuticas. Desse modo, embora os riscos não possam ser imediatamente comprovados, não significa que não existam, até porque, conforme aduzido, estão imbricados nos produtos de interesse para a saúde, especialmente nos medicamentos, e intensificados pelas fraudes que recaem sobre esses produtos. As

[11] No mesmo sentido, Romeo Casabona (2007, p. 23). A respeito do assunto, conferir também Busato e Kässmayer (2008, p. 119 e ss). Em sentido contrário, sobre a admissibilidade do princípio da precaução no âmbito do Direito Penal, conferir Carvalho, Andrade e Ferreira (2011, p. 409).

condutas descritas no tipo são, por si só, perigosas (*juris et de juri*), independentemente da prova que se faça das lesões ou das mortes que decorram do consumo de produtos irregulares. Outrossim, no caso de inexistência de certeza científica absoluta, os medicamentos não poderão sequer entrar no mercado. Nesse caso, aplica-se o princípio da precaução na seara administrativa, por meio da regulamentação e da vigilância sanitária.

Ainda, no que se refere à técnica de tipificação de crimes de perigo, de acordo com o que foi consignado, ela sofre inúmeras críticas, que passam por questões que vão desde a sua prova à flexibilização de princípios do Direito Penal clássico.[12] Assim, questiona-se a respeito de seu emprego e legitimidade no plano do injusto material, posto que faltaria perigo ao bem jurídico penal, violando-se, dessa maneira, o princípio da lesividade, de hierarquia constitucional.

De igual modo, conforme mencionado, os crimes de perigo abstrato nada mais seriam que a autêntica expressão do Direito Penal moderno, mais precisamente, do denominado Direito Penal do risco, onde protagonizariam os crimes de natureza coletiva. Haveria, com essa forma de tipificação, o adiantamento da proteção e intervenção penal ao estágio de criação da simples possibilidade do dano e, ademais, a utilização das normas penais como expediente de reforço às regras administrativas. Com essa forma de proceder, o Direito Penal deixaria de ser um mecanismo de reação diante das lesões graves à liberdade dos cidadãos e se transformaria em um instrumento de prevenção e, mais precisamente, de política de segurança. Essa expansão securitária em que se inclui referida antecipação da intervenção penal para o momento anterior à lesão, além da grave violação do princípio da ofensividade, imbricado ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, também conspurcaria o princípio da proporcionalidade ─ por equiparar perigos a lesões ─ e da culpabilidade ─ punindo-se a mera realização de um ato, com base em presunções do risco (HERZOG, 1999; CALLEGARI; MOTTA, 2007; AMARAL, 2007; SILVA, 2011).

Apesar das críticas destacadas, é de se posicionar favoravelmente à técnica de tipificação dos crimes de perigo abstrato, sob vários argumentos. Nesse sentido, não se pode conceber que o Direito Penal se divorcie do progresso, simplesmente ignorando a existência de novos valores e de novas demandas. É preciso que caminhe *pari passu* com o desenvolvimento e a complexificação da sociedade de risco, sob pena de se tornar obsoleto.

[12] Princípios conspurcados, em tese, pela construção de tipos de perigo abstrato, que, de acordo com a doutrina, são, entre outros, os princípios da ofensividade, culpabilidade, proporcionalidade, presunção de inocência e até mesmo da igualdade (*vide* em SILVA, 2003; GRECO, 2004). Nesse sentido, Mendoza Buergo (2001); Hammerschmidt (2006); Quintero Olivares (2003).

No dizer de Schünemann (2005, p. 31), "[...] a expansão dos delitos de perigo abstrato significa, neste âmbito, uma necessária modernização do Direito Penal."

Já ficou assentada acima a opinião de que o Direito Penal deve adaptar-se às modificações constantes e velozes que se operam na sociedade (de risco). Não se pode adotar uma postura inflexível e de resistência à modernização do Direito Penal e nem a que sugere a vulneração das garantias penais fundamentais em prol dessa mesma modernização. A opção mais correta é, portanto, a que preconiza que o estatuto punitivo se adeque às novas realidades sociais, sempre à vista da principiologia em que se funda o Direito Penal, e, no caso da tipificação do fato, no conceito material de delito. Dessa forma, é possível a tipificação de perigo abstrato somente nas situações de fato intoleráveis de agressão a bens jurídicos fundamentais (GRACIA MARTÍN, 2011).

A crítica, no tocante à transformação do Direito Penal em um direito eminentemente preventivo com a utilização frequente dos crimes de perigo para garantir a segurança coletiva, não procede porque o estatuto punitivo desempenha, por si só a função de proteção de bens jurídicos mediante a prevenção (CARVALHO; CARVALHO, 2011).

Outrossim, a utilização da fórmula de tipificação de perigo abstrato ou, no dizer da doutrina, a prevenção ou antecipação da incidência da norma penal para momentos anteriores ao dano efetivo é, na atual conjuntura, absolutamente necessária porque existem comportamentos que geram perigos significativos para bens jurídicos fundamentais e para os quais concorrem os pressupostos materiais que justificam a intervenção punitiva. Exemplo disso diz respeito aos crimes contra a saúde pública. Do mesmo modo, Silva (2003, p. 94) salienta que os crimes de perigo abstrato por vezes representam a única forma para tutelar bens jurídicos de imprescindível importância,

> [...] seja em razão dos resultados catastróficos que um dano efetivo traria, seja pela irreversibilidade do bem ao estado anterior, seja pelo fato de não se poder mensurar o perigo imposto em certas circunstâncias, ou a inviabilidade de estabelecer o entrelaçamento entre múltiplas ações e um determinado resultado danoso.

Importa fazer alusão à oportuna interpretação de Gracia Martin (2011, p. 139-140) a respeito da necessidade dos tipos de injusto de perigo abstrato para a proteção de bens jurídicos no âmbito da sociedade moderna do risco. O autor adverte que:

> Todavia esses tipos de relação social foram sendo gradativamente substituídos na sociedade atual por outros tipos de relação, de cunho massificado e anônimo, em cujos âmbitos (por exemplo, nos processos de produção e distribuição de alimentos) se desenvolve e conflui uma gama de

> cursos causais de diversas origens, onde os perigos já não têm como destinatários um indivíduo ou um grupo reduzido destes, mas sim uma massa anônima de indivíduos que podem entrar eventualmente em contato com o perigo ignorando sua existência, com poucas chances de detectá-lo e, por isso mesmo, com quase nenhuma possibilidade de autoproteção. O fato de que em tais circunstâncias faz-se necessário antecipar a proteção penal para o momento no qual se exterioriza o perigo inerente à atividade é algo que deriva praticamente da natureza das coisas. Por outro lado, que estes perigos tenham como potenciais destinatários um conjunto de indivíduos é um fato que deve outorgar ao desvalor da ação abstratamente perigosa uma gravidade que não só compensa, mas que, a meu ver, supera o *déficit* de um resultado concreto, ajustando a intervenção penal aos princípios de proporcionalidade e de subsidiariedade e *ultima ratio*.

No que se refere à crítica de que esse tipo de delito (crime de perigo abstrato) viola o princípio da ofensividade ou da lesividade, pode-se dizer que, assim como os crimes de lesão, os crimes de perigo possuem um substrato material, legitimando a intervenção punitiva. Defende-se que, no caso, o conteúdo do injusto se fundamenta no desvalor da ação, que deve ser efetivamente perigosa aos bens jurídicos, apta a atingir um resultado possível ou provável e, por sua vez, intolerável, justificando dessa maneira a repressão penal. Assim, há uma referência, ainda que indireta, ao desvalor do resultado. Mantém-se, portanto, uma conexão, embora de menor entidade, com o princípio da lesividade (CEREZO MIR, 2002; HAMMERSCHMIDT, 2006).[13]

Mesmo no campo do Direito Penal na moderna sociedade de risco, a utilização de delitos de perigo abstrato deve ser reservada a âmbitos em que a intervenção administrativa se torna ineficiente e aos casos evidentemente necessários para proteção de bens jurídicos fundamentais contra a possibilidade real de dano. Ademais, deve se limitar "[...] àquelas condutas cuja realização resulte em um risco elevado de alcançar um resultado irreversível" (HAMMERSCHMIDT, 2006, p. 227-228)[14]. Nesse aspecto, a utilização da técnica de tipificação (perigo abstrato) está em consonância com o princípio da intervenção mínima e seus subprincípios da fragmentariedade e subsidiariedade, conectados com as ideias de dignidade penal e de necessidade da intervenção punitiva.

No tocante ao argumento de uma possível presunção da culpabilidade na esfera da intervenção antecipada por meio dessa técnica de tipificação, igualmente não procede, até

---

[13] Para Bottini (2013, p. 143) "[...] o fato de atribuir-se um maior desvalor da ação em certos casos não significa desprestigiar o desvalor do resultado, mas apenas pretende pôr em proeminência a causa (conduta) justamente para evitar certos efeitos (dano) em situações em que o implemento de dano traria prejuízos irreversíveis e, também, quando não haja meio de tipificar a conduta na forma danosa ou de perigo concreto sob pena de ineficácia da tutela."

[14] Conferir, a respeito da ofensa ao bem jurídico por crimes de perigo abstrato, Schünemann (2005, p. 31) e Quintero Olivares (2003, p. 242-243).

porque tanto a demonstração de perigo quanto a do dano deve ser aferida no âmbito da ilicitude e não posteriormente, ou seja, na avaliação da reprovabilidade da conduta. Significa dizer que, apenas após constatada a efetiva subsunção do fato perigoso ou danoso à norma, é que será avaliada a responsabilidade penal do agente. Não há que se falar, portanto, em violação do princípio da culpabilidade com essa forma de tipificação (SILVA, 2003).

Há, ainda, que se destacar, a respeito da tipificação do artigo 273 do CP, que especificamente trata da fraude farmacêutica, que a referida antecipação por meio da fórmula de perigo abstrato é não só legítima, como necessária. Comparando a droga ilícita que é colocada em circulação por meio do tráfico e a droga lícita corrompida (pela falsificação, adulteração ou alteração) é possível afirmar que, nesse caso, o crime é ainda mais grave, porque quem consome o produto terapêutico ou medicinal espera, sinceramente, que cause os efeitos para os quais tal produto foi, em tese, gerado, não consentindo em que produza efeitos prejudiciais à sua saúde. Acrescente-se a isso que o comércio de produtos falsificados e adulterados supera o tráfico de drogas ilícitas[15] e, assim como esse, movimenta cifras elevadíssimas por organizações criminosas especializadas, desencadeando uma série de outros delitos. O argumento de que a alteração pode ser até benéfica e, por isso, as condutas descritas no tipo de injusto não são, *per se*, perigosas, é insuficiente, até porque, nessa hipótese, não haveria qualquer justificativa em incriminar-se tal comportamento, pois apenas se criminaliza aquilo que representa uma agressão ao bem jurídico tutelado. Ademais, a alteração, nesse sentido, deve ser compreendida como a avaria ou deterioração do produto por causas naturais ou mecânicas, o que denota menoscabo e não acréscimo.

É possível concordar; porém, com a hipótese de que, em algumas oportunidades, os tipos de perigo abstrato se revelam ilegítimos, porque transformam em regra aquilo que deveria destinar-se a situações especiais, ou seja, estritos a um mínimo indispensável para a tutela de bens jurídicos essenciais, violando-se os princípios penais garantistas mencionados, como ocorre no âmbito das fraudes em produtos terapêuticos e medicinais, destacadamente no

[15] De acordo com a Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes, o abuso de medicação (com prescrição médica, não se computando, portanto, a automedicação, o que agrava a situação) supera o consumo de drogas ilícitas em todo o mundo e representa um sério problema de saúde pública. Conferir a respeito: International Narcotics Control Board. Repot 2013. (Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_drugs/INCB/2014/AR_2013_E.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2016.) Outro dado alarmante trazido pela AMCHAM é que o lucro com medicamentos fraudados, especialmente os falsificados, é 25 vezes maior do que o tráfico de drogas. Dados da mesma Associação dão conta de US$ 600 milhões contra US$ 360 milhões de lucro, o primeiro para o mercado ilícito de medicamentos e o segundo, de drogas (AMCHAM - American Chamber of Commerce for Brazil. Segurança em saúde: combate à falsificação de medicamentos e produtos para a saúde, p. 3. Disponível em: <http://www.amcham.com.br/%40%40search?b_start:int=20&SearchableText=comit%C3%AA%20de%20sa%C3%BA de>. Acesso em: 7 jan. 2016).

artigo 273, § 1º-A (no tocante aos saneantes e aos cosméticos). Nesse caso em particular, há a tipificação de condutas sem dignidade penal e a intervenção penal em sede de infrações administrativas sanitárias, prestando-se o Direito Penal à gestão dos riscos com exclusividade, conforme destacado anteriormente. Procedendo-se, dessa forma, houve a violação de princípios penais fundamentais já alinhavados, como, entre outros, o princípio da lesividade (o tipo de injusto não representa violação ao bem jurídico saúde pública) e da proporcionalidade (atribuindo indistintamente sanção penal elevada a crimes e a meras desobediências).

CONCLUSÃO

De todo o exposto, verifica-se que, no âmbito das fraudes farmacêuticas, não se deve aguardar pela concretização do risco e sua comprovação, até porque, conforme mencionado, podem não ser vislumbrados imediatamente ou estender-se no tempo. Nessa hipótese, o crime poderá ficar impune. Não se trata de uma mera suspeita ou antecipação infundada das consequências do comportamento previsto no tipo de injusto, mas da probabilidade factível da ocorrência da lesão no caso de vir a haver falsificação, adulteração ou alteração do produto terapêutico ou medicinal. Significa dizer que as ações consignadas são potencialmente lesivas (*ex ante*). Reitere-se que, se o medicamento original, com todas as características exigidas e as boas práticas farmacêuticas que se impõem, contém, intrinsecamente, o risco, então os medicamentos ou produtos de interesse para a saúde fraudados inevitavelmente trazem risco de dano intenso e irreversível.

Não há como não justificar a criminalização de fraudes em medicamentos exigindo-se a comprovação do efetivo perigo ou do dano em momento posterior, sob pena de ficarem sem punição condutas consideradas tão graves. Não se pode igualmente arvorar que a tutela administrativa, com sanções extrapenais, seja suficiente para os casos de grave violação do bem jurídico saúde pública, como são os casos das condutas de alterar, adulterar e falsificar produtos terapêuticos ou medicinais. A combinação das sanções no âmbito sanitário é medida adequada; e a intervenção penal se impõe inclusive por meio da tipificação de crimes de perigo abstrato.

Em suma, a técnica de tipificação ora analisada (crimes de perigo abstrato) destina-se, inegavelmente, a proteger bens jurídicos fundamentais, além de ser imprescindível para alcançar tal propósito, sendo possível afirmar que, se não existisse essa modalidade de crimes, algumas condutas restariam impunes. É, portanto, necessária essa forma de antecipação penal

para a proteção de saúde coletiva, exposta a flagrante perigo, especialmente por meio de comportamentos fraudulentos em face dos produtos terapêuticos e medicinais.

REFERÊNCIAS

ALLER, Gérman. *Co-responsabilidad social, Sociedad del Riesgo y Derecho penal del enemigo.* Montevideo: Carlos Álvares-Editor, 2006.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea*: dogmática, missão do Direito Penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

AMCHAM - American Chamber of Commerce for Brazil. Segurança em saúde: combate à falsificação de medicamentos e produtos para a saúde, p. 3. Disponível em: <http://www.amcham.com.br/%40%40search?b_start:int=20&SearchableText=comit%C3%AA%20de%20sa%C3%BAde>. Acesso em: 7 jan. 2016.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo da Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Princípio da precaução, Direito Penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 14, n. 61, p. 44-121, jul. /ago. 2006.

BUSATO, Paulo César; KÄSSMAYER, Karin. Intervençao mínima x precaução: conflito entre princípios no direito penal ambiental. In: BUSATO, Paulo César; KÄSSMAYER, Karin (Orgs.). *Direito e risco*: o direito do ambiente na sociedade de risco. Curitiba: UNIFAE, 2008.

CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff da. Estado e política criminal: a expansão do Direito Penal como forma simbólica de controle social. In: CALLEGARI, André Luís (Org.). *Política criminal, Estado e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Érika Mendes; ANDRADE, Andressa Paula de; FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. A recepção político-criminal da precaução e os rumos do Direito Penal contemporâneo. *Ciências Penais*, ano 8, n. 15, p. 395-418, jul./dez. 2011.

_____; CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito Penal de risco e responsabilidade pena das pessoas jurídicas: a propósito da orientação jurisprudencial do STJ. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org.). *Doutrinas essenciais*: Direito Penal econômico e da empresa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. 1 (Teoria Geral da Tutela Penal Transindividual).

CEREZO MIR, José. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2. Época, n. 10, p. 47-72, 2002.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Algunas cuestiones sobre el injusto típico em los delitos de peligro. *Revista de Derecho Penal Rubinzal-Culzoni,* n. 2, p. 81-118, 2007.

CUSTODERO, Olindo. Rilievi in ordine alla tutela penale dela salute pubblica. *Rivista Trimestrale di Diritto Penal Dell'economia*, Padova, v. 13, n. 1-2, p. 65-86, jan./jun. 2000.

GIORGI, Raffaele de. O risco na sociedade contemporânea. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 39-40, mar./jun. 2008.

GONÇALVES, Marcel Figueiredo. Sobre a fundamentação dos delitos cumulativos: alguns questionamentos. *Revista de Estudos Criminais*, n. 36, v. 10, p.109-142, 2010.

GRACIA MARTÍN, Luis. A modernização do direito penal como exigência da realização do postulado do estado de direito (social e democrático). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 19, n. 88, p. 95-142, jan./fev. 2011.

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004.

_____. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HAMMERSCHMIDT, Denise. *Transgênicos e Direito Penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

HEFENDEHL, Roland. ¿Deve ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 4, p. 01-13, jul. 2002.

HERZOG, Félix. Algunos riesgos del derecho penal del riesgo. *Revista Penal*, n. 4, p. 54-57, 1999.

INTERNATIONAL Narcotics Control Board. Repot 2013. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_drugs/INCB/2014/AR_2013_E.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2016.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. O que protege o Direito Penal? Bens jurídicos ou vigência da norma? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 20, n. 97, jul./ago. 2012.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedade del riesgo.* Madrid: Civitas, 2001.

MOKHIBER, Russel. *Crimes corporativos:* o poder das grandes empresas e o abuso da confiança pública. São Paulo: Página Aberta, 1995.

PARIONA ARANA, Raúl. El derecho penal "moderno": sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 68, p. 122-123, set./out. 2007.

PRITTWITZ, Cornelius. Sociedade de riesgo y derecho penal. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo.* Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Los delitos de riesgo en la política crimina de nuestro tempo. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo.* Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

ROMEO CASABONA, Carlos María. Causalidad, determinismo e incertidumbre científica en el derecho penal. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Direito Penal contemporâneo:* estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal:* parte general: tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoria del delito.Traducción y notas: Luzón Peña, Diego-Manuel; GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz y; VICENTE REMESAL, Javier de. Madrid: Civitas, 1997.

SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito Penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um estado de direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 13, n. 53, p. 9-37, mar./abr. 2005.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha. *Dos crimes de perigo abstrato.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Davi Castro. Bem jurídico penal: algumas compreensões, breves reflexões. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org.). *Doutrinas essenciais:* Direito Penal Econômico e da Empresa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. 1 (Teoria Geral da Tutela Penal Transindividual).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal:* aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual:* interesses difusos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Novas considerações quanto à proteção penal da saúde pública. *Ciências Penais*, ano 1, p. 190-197, 2004.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. Direcho penal y riesgos tecnológicos. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *Crítica y justificación del derecho penal em el cambio de siglo.* Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.