



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 438.746 - RJ (2018/0045336-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : PAULO GOMES RANGEL NETO E OUTROS
ADVOGADOS : MARCOS VIDIGAL DE FREITAS CRISSIUMA - RJ130730
PAULO GOMES RANGEL NETO - RJ181957
MELISSA LOPES CRUZ SILVA - RJ206437
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JORGE OTTO QUARESMA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIME PREVISTO NO ART. 273, § 1º-B, II E IV, DO CÓDIGO PENAL. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A MODALIDADE CULPOSA. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, DO CP. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL NO JULGAMENTO DA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO HC 239.363/PR. APLICAÇÃO DA PENA PREVISTA PARA O CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, COM A POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PACIENTE PRIMÁRIO, CONDENADO A PENA QUE NÃO EXCEDE 4 ANOS E ESPECIAL DESVALOR ATRIBUÍDO À QUANTIDADE E À QUALIDADE DOS MEDICAMENTOS. REGIME INICIAL SEMIABERTO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O *habeas corpus*, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária, não é meio processual adequado para analisar os pedidos de absolvição ou de desclassificação para a forma culposa, por demandar o exame aprofundado do conteúdo probatório. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no HC 239.363/PR (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 10/4/2015), considerou ser inconstitucional o preceito secundário do art. 273, § 1º-B, inciso V, do Código Penal.
4. Em consequência, firmou-se entendimento no sentido de aplicar, em substituição, o preceito secundário previsto para o crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, aos casos em que o acusado é condenado pelo crime previsto no art. 273, § 1º-B, do Código penal, tendo em vista que ambos são considerados hediondos, de perigo abstrato e visam a proteção da saúde pública. Precedentes.
5. É possível, ao menos em tese, a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 nas hipóteses de aplicação do preceito secundário do crime previsto nesse artigo. Precedentes.
6. Hipótese em que o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 273, § 1º-B, incisos II e IV, do Código Penal, fazendo jus à aplicação do preceito secundário do crime de tráfico de drogas, inclusive do redutor, na fração intermediária de 1/4, tendo em vista a quantidade e o tipo de medicamento falsificado – 15 caixas de Glivec 400mg, para tratamento de câncer, de alto custo –, a total ineficácia do produto falsificado para o fim a que se destinava - placebo - e ao fato de que os produtos chegaram a um hospital, como consumidor final, inclusive de uma pessoa em tratamento.
7. Redimensionada a pena, estabeleço o regime inicial semiaberto e nego a substituição da pena, pois embora o paciente seja primário e a condenação não exceda 4 anos de reclusão, há circunstâncias que revelam a maior reprovabilidade da conduta, em especial a quantidade e a qualidade do medicamento falsificado, sopesadas na terceira fase da dosimetria.
8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente e fixar o regime inicial semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi. Sustentaram oralmente: Dr. Marcos Vidigal de Freitas Crissiuma (P/PACTE) e Ministério Público Federal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 24 de maio de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 438.746 - RJ (2018/0045336-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : PAULO GOMES RANGEL NETO E OUTROS
ADVOGADOS : MARCOS VIDIGAL DE FREITAS CRISSIUMA - RJ130730
PAULO GOMES RANGEL NETO - RJ181957
MELISSA LOPES CRUZ SILVA - RJ206437
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JORGE OTTO QUARESMA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JORGE OTTO QUARESMA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n. 0202308-08.2009.8.19.0001).

Consta dos autos que o paciente e outros corréus foram condenados, em primeiro grau de jurisdição, pela prática do crime previsto no art. 273-B, § 1º, incisos II e IV, do Código Penal, sendo-lhe aplicada a pena de 10 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa (e-STJ fls. 1.513/1.540).

Irresignadas, as defesas interpuseram apelações, sendo provido apenas o recurso do corréu CARLOS FERNANDO, que foi absolvido, e improvidos os demais, inclusive o apelo do paciente (e-STJ fls. 1.839/1843 e 1.858/1.950).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/34), os impetrantes sustentam que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve a sua condenação, bem como a pena aplicada.

Aduzem que a Corte local absolveu o corréu CARLOS FERNANDO e manteve a condenação do paciente, o que violou o princípio da isonomia. No ponto, afirmam que o paciente nunca teve contato com os medicamentos falsificados, não atuava mais na área de medicamentos e apenas intermediou vendas, sendo impossível afirmar que ele tinha efetivo conhecimento da falsidade. Em contrapartida, apontam que o corréu CARLOS FERNANDO foi absolvido em situação mais gravosa que a do paciente, pois teve a posse dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

medicamentos falsos por curto período, enquanto que o paciente sequer teve acesso a eles.

De forma subsidiária, asseveram que o paciente não agiu com dolo, mas apenas com negligência ou imprudência, devendo a conduta ser desclassificada para a forma culposa, prevista no § 2º do art. 273 do Código Penal.

Em caráter sucessivo, ainda defendem a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, devendo ser aplicada punição prevista para o crime de tráfico de droga, por analogia, inclusive a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em sua fração máxima.

Em consequência da redução da pena, entendem que o paciente faz jus a regime prisional mais brando e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ao final, formulam pedido liminar para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento deste *writ*. No mérito, pedem a concessão da ordem para que o paciente seja absolvido ou, subsidiariamente, a desclassificação da conduta para a forma culposa ou a aplicação do preceito secundário previsto para o crime de tráfico de drogas, com incidência do específico redutor, além do abrandamento do regime prisional e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pleito liminar foi indeferido (e-STJ fls. 2.095/2.097).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 2.101/2.107, opinou pela parcial concessão da ordem, aplicando-se o preceito secundário do delito de tráfico de drogas ao crime previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.

Por meio da petição de e-STJ fls. 2.111/2.120, os impetrantes informam que o paciente foi preso e possui enfermidade – diabetes – , razão pela qual pedem a reconsideração da decisão que indeferiu o pedido liminar ou o célere julgamento do *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 438.746 - RJ (2018/0045336-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, em síntese, a absolvição do paciente ou, em caráter subsidiário, a desclassificação para a modalidade culposa, a aplicação do preceito secundário do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, inclusive do redutor previsto no § 4º do mesmo artigo e, em consequência, o abrandamento do regime e a substituição da pena.

No que tange aos pedidos de absolvição ou desclassificação para a modalidade culposa, as instâncias ordinárias, com base no acervo probatório, firmaram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

compreensão no sentido da efetiva prática do crime previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal pelo paciente.

Segue a motivação constante da sentença para condenar o paciente (e-STJ fls.1.522/1.524 - grifei):

Jorge Otto intermediou a aquisição mencionada no parágrafo anterior entre Dahir Femandes Filho e Miguel Ângelo, proprietário da distribuidora Nova Vitória.

Realizada a compra, Miguel Ângelo desconfiou que se tratava de medicamento falsificado e comunicou Jorge Otto sobre o fato.

Jorge Otto, por sua vez, entremeou a mercancia dos mesmos comprimidos entre Miguel Ângelo e Hilton Siqueira de Roith, o qual, representando a empresa Primus Importação e Exportação, os comprou de Miguel Ângelo e os revendeu para Cláudio Vieira da Silva, dono da empresa Multifarma, à época dos fatos.

Importante destacar que o depósito do valor correspondente à venda a que se refere o parágrafo anterior ocorreu diretamente na conta de Jorge Otto, conforme depoimento de Cláudio às fls. 160/162.

Cláudio repassou o medicamento para o Hospital da PUCRS, conforme cópia da nota fiscal de fls. 165.

Oportuno destacar que Jorge Otto preenchia notas fiscais da empresa Ciblay-Rio para vendas realizadas pela empresa Nova Vitória, de propriedade de Miguel Ângelo, auxiliando este na emissão de documentação da venda do medicamento inautêntico, conforme laudo de exame documentoscópico de fls.253/257.

A atitude de Jorge Otto demonstra seu interesse na venda do medicamento e sua associação espúria com Miguel Ângelo.

Ademais, narra o parquet às fls. 277, através do Laudo nº 330/08, os significativos valores de transferências bancárias ocorridas entre as empresas dos acusados, NOVA VITÓRIA e CIBLAY-RIO, extraídas da mídia acostada às fls. 222, que contém os arquivos extraídos do microcomputador apreendido na empresa NOVA VITÓRIA.

Também, na referida mídia, a relação de notas fiscais emitidas entre as mesmas empresas, comprovando a relação de Jorge Otto e Miguel Ângelo no ramo de distribuição de remédios, inclusive falsificados, através dos grandes valores apurados (fls. 277).

Consoante laudo de exame de material de fls. 374/387, onde é possível ler-se que "(...) o produto é falsificado, e, além disso, não apresenta a formulação adequada do produto podendo ser prejudicial à saúde dos pacientes aos quais tenha sido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

administrado. (...)”, tratam-se de medicamentos ilegítimos.

Os depoimentos colhidos judicialmente, máxime as declarações de Milay Rorato de Oliveira, Valdenir José Alberto, Hylton Vieira Coelho Júnior, Adilson Batista Bezerra, Juslei de Oliveira Alves e Cláudio Vieira da Silva corroboraram a prova material produzida durante a detalhada instrução processual, porque evidenciaram as condutas criminosas perpetradas pelos acusados.

Desse modo, através do robusto conjunto probatório, apurado no minucioso inquérito da Polícia Federal, bem como repisado sob o manto do contraditório e da ampla defesa, verifico a existência da MATERIALIDADE dos Rimes, não restando dúvidas, outrossim, quanto à AUTORIA.

Em sede de apelação, embora o Tribunal *a quo* tenha absolvido o corréu CARLOS FERNANDO, por entender que não ficou suficientemente provado que ele tinha ciência da falsidade, confirmou ser indubitoso que o paciente tinha plena ciência da falsificação, intermediando e participando ativamente da venda, conforme segue (e-STJ fls. 1.875/1.878 - grifei):

No que pertine aos demais acusados, Dahir e Jorge Otto, os consistentes depoimentos das testemunhas de acusação demonstram tanto a materialidade quanto à autoria delitivas.

Neste contexto, destaco as declarações do delegado federal Hylton Vieira, in verbis: “ que o medicamento Glivec acabou parando em empresas dos estados do Rio Grande do Sul e da Bahia; que no Rio Grande do Sul o medicamento teria sido enviado pela empresa Nova Vitória; e na Bahia enviado pela empresa Onconeo, salvo engano; que se recorda que a empresa na Rua Siqueira Campos tinha como um dos sócios o réu CARLOS FERNANDO; que o contato intermediação para a venda do medicamento foi feito por JORGE OTTO; que verificou-se, posteriormente que os medicamentos teriam partido da empresa de DHAIR.” (e-doc. 941)

A especialista em regulação sanitária Milay Rorato de Oliveira disse ter concluído pela falsificação da medicação adquirida pelo Hospital Universitário, haja vista que a embalagem continha tarja vermelha fora do padrão.

De igual modo, a farmacêutica da Divisão de Vigilância Sanitária do Rio Grande do Sul, Juslei de Oliveira Alves, em seu depoimento, declarou que a falsificação era visualmente perceptível.

A negativa de autoria por parte dos acusados resta isolada diante do farto conjunto probatório.

Do exposto, infere-se que a conduta perpetrada pelos denunciados Dahir e Jorge Otto se amolda perfeitamente àquela prevista no art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

273, § 1º-B, II, e IV, do CP, verbis:

[...]

Diante desse quadro probatório forte e exuberante, não há lugar para a pretendida absolvição por precariedade de provas, tal como requerida pelos primeiro e terceiro apelantes.

Do reconhecimento da modalidade culposa.

Incabível a tese defensiva de desclassificação para modalidade culposa do delito, tendo em vista que o crime imputado aos denunciados é de perigo abstrato, cujo fim efetivo da incriminação consiste em evitar que a população tenha acesso a produtos medicinais ou terapêuticos os quais, em razão da alteração na fórmula registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, possam vir a causar dano à saúde daquele que o adquire, por ter reduzido seu valor terapêutico ou sua atividade.

Infere-se do conjunto probatório que os acusados, Dahir e Jorge Otto, tinham plena ciência da falsificação do medicamento.
Depreende-se das provas colacionadas aos autos, que a adulteração do produto era de fácil constatação, diante das irregularidades da embalagem.

Logo, não se pode admitir que os apelantes acima indicados, que atuavam na mercancia de remédios há considerável tempo, não percebessem a falsificação.

Por oportuno, transcrevo quanto ao tema as, bem lançadas, palavras do Procurador de Justiça, in verbis:

“Em verdade, o que ficou evidenciado desde o início (...) é que todos aqueles que compram e revendem medicamentos, principalmente de alto valor no mercado, conhecem muito bem as características dos produtos com os quais trabalham.

A perícia da caixa do medicamento é reveladora e se soma ao fato de que os réus são todos bons conhecedores das características das embalagens dos medicamentos que revendem. É mesmo, diante do elevado preço destes medicamentos, inimaginável que não haja qualquer conferência do produto adquirido e revendido”.

Não se pode olvidar que o lote do medicamento Glivec adulterado possuía como origem a empresa de Dahir e as vendas eram intermediadas pelo acusado Jorge Otto.

Impõe ressaltar que ao ser descoberta a adulteração do medicamento pelo comprador, os réus desfaziam o negócio, mas tratavam de repassar o produto para outro cliente, assumindo, assim, a responsabilidade de gerar risco não tolerado a terceiros.

Desta forma, impossível o acolhimento da pretensão defensiva de desclassificação do crime para a modalidade culposa, prevista no art. 273, § 2º, do CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E, como cediço, o *habeas corpus*, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária, não é meio processual adequado para analisar tese absolutória ou de desclassificação da conduta, por demandar reexame fático-probatório. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. VENDA DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO. LITISPENDÊNCIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DOLOSO PARA O CULPOSO. MATÉRIAS FÁTICO-PROBATÓRIAS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PEDIDO DE NOVA PERÍCIA. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, DO CP (AI NO HC Nº 239.363/PR).

[...]

III - In casu, a verificação da litispendência entre as outras ações penais, o pedido de absolvição e pleito de desclassificação do delito doloso para o culposo exigiriam, necessariamente, o cotejo minucioso de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de habeas corpus. (Precedentes).

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar o retorno dos autos ao eg. Tribunal de origem para que faça uma nova dosimetria da pena, nos moldes do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade formulada no HC n. 239.363/PR. (HC 310.705/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 26/2/2016).

FALTA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO DO PACIENTE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO MANDAMUS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO QUE REFORMOU PARCIALMENTE A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A pretendida absolvição do paciente é questão que demanda aprofundada análise do conjunto probatório produzido em juízo, providência vedada na via estreita do remédio constitucional, em razão do seu rito célere e desprovido de dilação probatória.

2. No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo na angusta via do habeas corpus o exame aprofundado de prova no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais a instância de origem formou convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do paciente.

[...]

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo refaça a dosimetria da pena imposta ao paciente quanto ao delito previsto no artigo 273, § 1º-B, inciso I do Código Penal, aplicando o preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/2006, estendendo-se os efeitos desta decisão ao corréu João Vitor da Silva.

(HC 328.798/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 15/2/2016)

Dessa forma, não prosperam os pleitos absolutório e desclassificatório.

Quanto ao apenamento, o Tribunal *a quo* manteve a condenação do paciente pela prática do crime previsto no art. 273, § 1º-B, incisos II e IV, do Código Penal, com pena fixada em 10 anos de reclusão, patamar mínimo cominado ao delito em questão.

Entretanto, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no HC 239.363/PR (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 10/4/2015), considerou ser inconstitucional o preceito secundário do art. 273, § 1º-B, inciso V, do Código Penal, conforme a seguinte 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Em consequência, firmou-se entendimento no sentido de aplicar, em substituição, o preceito secundário previsto para o crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, tendo em vista que ambos são considerados hediondos, de perigo abstrato e visam a proteção da saúde pública.

E, não obstante a condenação esteja enquadrada nas condutas previstas nos incisos II e IV, os demais incisos do § 1º-B do art. 273 do Código Penal padecem da mesma desproporcionalidade entre a conduta e a pena, razão pela qual, em todas essas hipóteses, deve ser invocado o preceito secundário previsto para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Nesse sentido:

[...] ARTIGO 273, § 1º-B, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO PELA CORTE ESPECIAL DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO DA PENA ESTABELECIDA PARA O CRIME PREVISTO NO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Ao julgar a arguição de inconstitucionalidade formulada no HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n. 239.363/PR, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário da norma do artigo 273, § 1º-B, inciso V, do Código Penal.

2. Em atenção à referida decisão, as Turmas que compõem a 3ª Seção deste Sodalício passaram a determinar a aplicação do preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/2006 aos casos em que o acusado é condenado pelo crime previsto no artigo 273, § 1º-B, do Código Penal. Precedentes.

[...]

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo refaça a dosimetria da pena imposta ao paciente quanto ao delito previsto no artigo 273, § 1º-B, inciso I do Código Penal, aplicando o preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/2006, estendendo-se os efeitos desta decisão ao corréu João Vitor da Silva.

(HC 328.798/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 15/2/2016)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. VENDA DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO. LITISPENDÊNCIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DOLOSO PARA O CULPOSO. MATÉRIAS FÁTICO-PROBATÓRIAS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PEDIDO DE NOVA PERÍCIA. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, DO CP (AI NO HC Nº 239.363/PR).

[...]

VI - A jurisprudência desta Corte pacificou entendimento no sentido de que, em atendimento aos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, ao delito previsto no art. 273 do Código Penal deve ser aplicado o preceito secundário do art. 33 da Lei n. 11.343/06 (AI no HC n. 239.363/PR).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar o retorno dos autos ao eg. Tribunal de origem para que faça uma nova dosimetria da pena, nos moldes do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade formulada no HC n. 239.363/PR.

(HC 310.705/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 26/2/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ressalta-se, ademais, ser possível, ao menos em tese, a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 a tais hipóteses, conforme segue:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 273, §1º,-B, DO CÓDIGO PENAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO. APLICAÇÃO DA PENA SEGUNDO A NORMA DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. Ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Tribunal Superior, após ter sido rechaçada a constitucionalidade do preceito secundário insculpido no art. 273, §1º,-B, do Código Penal, passaram a determinar a aplicação da pena prevista no art. 33 da Lei 11.343/2006, inclusive com a possibilidade de se aplicar a minorante do § 4º do referido dispositivo.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 435.417/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, DJe 18/4/2018).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL RECURSO ESPECIAL. FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ARTIGO 273, § 1-B, DO CP. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DA MINORANTE NO GRAU MÁXIMO. FRAÇÃO DE 1/2 (METADE) PROPORCIONAL E FUNDAMENTADA. PRECEDENTES.

I - No âmbito do HC n. 239.363/PR, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça julgou inconstitucional o preceito secundário do art. 273, §1º-B, do Código Penal, determinando a aplicação da pena prevista no art. 33 da Lei 11.343/2006, com a possibilidade de se aplicar a minorante do § 4º do referido dispositivo, de modo que o acórdão recorrido destoa da jurisprudência desta Corte, conforme operado na presente hipótese.

[...]

Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.710.632/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 27/3/2018).

Portanto, constatando-se que o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 273, § 1º-B, incisos II e IV, do Código Penal, sendo-lhe aplicada a inconstitucional pena prevista em seu preceito secundário, resulta evidenciado constrangimento ilegal passível de reparo por esta Corte Superior.

Em consequência, passo ao redimensionamento da pena do paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mantida a pena-base no patamar mínimo legal, conforme parâmetro utilizado na origem e aplicado o preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/2006, fixo-a em 5 anos de reclusão e multa. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes e causas de aumento, aplico o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 no patamar de 1/4, motivo pelo qual torno a pena do paciente definitiva em 3 anos e 9 meses de reclusão e multa.

Destaco que o paciente faz jus à minorante, tendo em vista que é primário, não possui maus antecedentes e não há indicativos de que se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

A redução incidiu na fração intermediária de 1/4 em virtude da quantidade e do tipo de medicamento falsificado – 15 caixas de Glivec 400mg, para tratamento de câncer, de alto custo –, a total ineficácia do produto falsificado para o fim a que se destinava - placebo - e, por fim, ao fato de que os produtos chegaram a um hospital, como consumidor final, inclusive de uma pessoa em tratamento (e-STJ fls. 1.880/1.880).

Por fim, estabeleço o regime inicial semiaberto e nego a substituição da pena, pois embora o paciente seja primário e a condenação não exceda 4 anos de reclusão, há circunstâncias que revelam a maior reprovabilidade da conduta, em especial a quantidade e a qualidade do medicamento falsificado, sopesadas na terceira fase da dosimetria.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para reduzir a pena do paciente para 3 anos e 9 meses de reclusão e multa, em regime inicial semiaberto.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0045336-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 438.746 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00411078620118190000 02023080820098190001 20090012029290 2023080820098190001
411078620118190000

EM MESA

JULGADO: 24/05/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PAULO GOMES RANGEL NETO E OUTROS
ADVOGADOS : MARCOS VIDIGAL DE FREITAS CRISSIUMA - RJ130730
PAULO GOMES RANGEL NETO - RJ181957
MELISSA LOPES CRUZ SILVA - RJ206437
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JORGE OTTO QUARESMA
CORRÉU : MIGUEL ANGELO SANTOS JACOB
CORRÉU : CARLOS FERNANDO FERREIRA DE OLIVEIRA
CORRÉU : DAHIR FERNANDES FILHO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Incolumidade Pública - Falsificação / Corrupção /
Adulteração / Alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. MARCOS VIDIGAL DE FREITAS CRISSIUMA
(P/PACTE) E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi.