



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.520 - SP (2015/0144254-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : OMAR MUHANAK DIB
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS SEZAR GARCIA
ADVOGADO : OMAR MUHANAK DIB

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/06, ART. 16, *CAPUT*, VÁRIAS VEZES, DA LEI Nº 10.826/2003 E ART. 273, § 1º-B, III E VI, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. CONDENAÇÃO POR DOIS CRIMES PELO MESMO FATO. TEMA NÃO SUSCITADO/ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. INVIABILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 273, § 1º, III E VI, DO CP. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, DO CP (AI NO HC Nº 239.363/PR). NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
2. Não é possível a esta Corte debruçar-se sobre tema não enfrentado pela Corte local, sob o risco de supressão de instância. Na espécie, a matéria relativa ao suposto constrangimento ilegal - paciente teria sido condenado por dois crimes (art. 273 do CP e art. 33 da Lei nº 11.343/06) pelo mesmo fato - não foi sequer suscitada perante o Tribunal a *quo*.
3. A Corte Especial, por meio do julgamento da AI no HC n. 239.363/PR, por maioria, acolheu a arguição para declarar inconstitucional o preceito secundário do artigo 273, § 1.-B do Código Penal.
4. *In casu*, tendo em vista que o paciente foi condenado à pena de 10 (dez) anos de reclusão pela prática do crime tipificado no art. 273, § 1.-B, III e VI, do CP, de rigor que a Corte local proceda a novo julgamento do recurso de apelação, diante da declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário do mencionado artigo.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que o Tribunal de origem proceda a novo julgamento da Apelação nº 0021719-39.2010.8.26.0050, a fim de que seja refeita a dosimetria da pena, apenas, no tocante ao crime previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal, eis que o preceito secundário do referido dispositivo foi declarado inconstitucional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 19 de novembro de 2015(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.520 - SP (2015/0144254-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : OMAR MUHANAK DIB
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS SEZAR GARCIA
ADVOGADO : OMAR MUHANAK DIB

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCOS SEZAR GARCIA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0021719-39.2010.8.26.0050).

Segundo a inicial, o paciente foi condenado em primeiro grau de jurisdição (processo n.º 050.10.021719-2 da Quinta Vara Criminal do Fórum Central de São Paulo/SP) a 10 anos de reclusão por prática de tráfico de entorpecentes (art. 33, *caput* e §1º, inciso III da Lei n.º 11.343/2006), a 10 anos de reclusão por associação para o tráfico (art. 35 da Lei n.º 11.343/2006) e, aplicado o aumento do art. 40, V da mesma lei, a pena dos dois delitos ficou estipulada em 23 anos e 4 meses de reclusão

Foi ainda o paciente condenado pelo art. 16, *caput*, várias vezes, da Lei n.º 10.826/2003 a 3 anos de reclusão e a mais 15 anos de reclusão pelo delito do art. 273, §1º-B, incisos III e VI do Código Penal, totalizando uma reprimenda final de 41 anos e 4 meses de reclusão.

Manejada apelação, foi provida em parte para reduzir a pena do tráfico para 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, a do crime de associação para 3 anos e 6 meses de reclusão. Para 10 anos de reclusão a pena do delito do art. 273, §1º-B, III e VI do Código Penal, mantida no mais a sentença.

Eis a ementa do julgado (fl. 47):

APELAÇÃO - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - ASSOCIAÇÃO PARA FINS DE TRÁFICO ENTRE ESTADOS DA FEDERAÇÃO - POSSE ILEGAL DE MUNIÇÕES DE USO RESTRITO - ART. 273, §1º-B, III E VI, DO CÓD. PENAL - ILEGALIDADE DAS PROVAS NÃO CARACTERIZADA - COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA NATUREZA DAS PRÁTICAS ILÍCITAS DESENVOLVIDAS PELOS ACUSADOS E NÃO PELA PREVENÇÃO - INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA - MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA - MÉRITO - AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS MAJORAÇÃO DAS PENAS-BASE QUE NÃO SE APRESENTA COMO ADEQUADA - MAJORAÇÃO PELA REINCIDÊNCIA QUE NÃO OBSERVOU O DISPOSTO NO ART 68, CAPUT DO CÓD. PENAL - REDUÇÃO - RECURSOS DEFENSIVOS PARCIALMENTE PROVIDOS E RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fl. 71):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO INDEVIDO CARÁTER INFRINGENTE - EMBARGOS REJEITADOS.

Dá a presente impetração, alegando que o preceito secundário (pena) do tipo penal inserto no art. 273, §1º-B do Código Penal é inconstitucional (10 a 15 anos reclusão), porque é desproporcional, já que mais severo do que reprimenda que é imposta abstratamente para o delito de tráfico de drogas, para o homicídio, a tortura, o sequestro ou estupro.

De outra lado, diz também que não há provas para condenação do paciente por este crime.

E aduz (fl. 06):

Foi o paciente acusado de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de medicamento, sendo que, não existiu no conteúdo do processo qualquer comprovação da utilização e depósito de produtos farmacêuticos para venda ao consumidor em geral, o crime, não pode ultrapassar a conduta do acusado, notório que incide responsabilidade sobre o paciente de fatos que não foram comprovados e sequer praticados por este.

A individualização da conduta também é afetada, vez que é nítido que, no presente caso, o paciente sofre repressão pela possibilidade de ocorrência de falsificação de medicamentos por falta de ofensividade ao bem jurídico tutelado, (a Saúde Pública), fato inexistente no processo de origem, ou seja, não existe tipo penal no caso em tela.

Efetivamente, medicamentos, não são adulterados, possuem suas características de identidade e qualidade, não são produtos de contrabando, foram adquiridos de estabelecimento com licença da autoridade sanitária e para venda, possuem nota fiscal que foram juntados no processo na fase recursal.

Assere a impetração que há dupla punição pelos mesmos fatos, da mesma época e nas mesmas condições de tempo e de lugar descritas nos éditos condenatórios (sentença e acórdão), não podendo persistir a condenação do paciente por tráfico e pelo delito do art. 273 do Código Penal, em virtude de ter em depósito substância entorpecente e medicamentos.

Formula o seguinte pedido (fl. 18):

Apontada a ofensa à liberdade de locomoção do paciente, encontra-se presente, *in casu*, o *fumus boni iuris*.

No mesmo sentido, verifica-se a ocorrência do *periculum in mora*, pois a liberdade do paciente, somente ao final importará em inaceitável e temerária manutenção de violação ao seu *status libertatis*.

Efetivamente na modalidade delitiva de ambos os crimes de perigo abstrato "bis in idem", na época nas mesmas condições de tempo e lugar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

descritas no acórdão, supostamente, o paciente, tinha em depósito substancia entorpecente e guardava medicamentos, patente a manifesta ilegalidade, visto que, está caracterizada uma dupla punição pela prática do art. 273 do Código Penal e pela prática do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, pelos mesmos fatos, o PACIENTE, não pode ser punido com penas autônomas.

Presentes, portanto, os requisitos autorizadores da medida liminar.

Requer-se, por derradeiro, quando do julgamento do presente writ pela Douta Turma Julgadora, pelos idênticos motivos expostos na presente impetração, declarar a inconstitucionalidade do preceito do art. 273, PARÁGRAFO 1º B, incisos III e VI do Código Penal, cuja reprimenda é de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão e multa, mostra-se desmesurada e desproporcional, e por analógica, não se aplicou o parâmetro da causa de especial de diminuição da pena inscrita no parágrafo 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, na modalidade delitiva de ambos os crimes de perigo abstrato "bis in idem", na época em que cometido o tráfico de entorpecentes, como é cediço, é patente a manifesta ilegalidade, visto que, está caracterizada uma dupla punição pela prática do art. 273 do Código Penal e pela prática do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, pelos mesmos fatos, o PACIENTE, não pode ser punido com penas autônomas e distintas da dosimetria da pena, é de rigor absolvição do art. 273 do código penal, manifesta ilegalidade, o que se fará singela homenagem ao DIREITO e especialmente ao R. Superior Tribunal de JUSTIÇA!

Estes autos vieram distribuídos por prevenção ao RHC nº 29.831/SP ao qual foi negado seguimento por ser reiteração do RHC nº 29.516/SP. Neste buscava-se a liberdade provisória e trancamento do crime do art. 273 do Código Penal, pretensões que ficaram prejudicadas com a prolação de sentença.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 132-135.

As informações foram juntadas às fls. 138-141 e 171-276.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 282-286, da lavra da Subprocuradora-Geral da República Célia Regina Souza Delgado, opinando pelo não conhecimento do writ.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.520 - SP (2015/0144254-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/06, ART. 16, *CAPUT*, VÁRIAS VEZES, DA LEI Nº 10.826/2003 E ART. 273, § 1º-B, III E VI, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. CONDENAÇÃO POR DOIS CRIMES PELO MESMO FATO. TEMA NÃO SUSCITADO/ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. INVIABILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 273, § 1.º, III E VI, DO CP. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, DO CP (AI NO HC Nº 239.363/PR). NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
2. Não é possível a esta Corte debruçar-se sobre tema não enfrentado pela Corte local, sob o risco de supressão de instância. Na espécie, a matéria relativa ao suposto constrangimento ilegal - paciente teria sido condenado por dois crimes (art. 273 do CP e art. 33 da Lei nº 11.343/06) pelo mesmo fato - não foi sequer suscitada perante o Tribunal a *quo*.
3. A Corte Especial, por meio do julgamento da AI no HC n. 239.363/PR, por maioria, acolheu a arguição para declarar inconstitucional o preceito secundário do artigo 273, § 1.-B do Código Penal.
4. *In casu*, tendo em vista que o paciente foi condenado à pena de 10 (dez) anos de reclusão pela prática do crime tipificado no art. 273, § 1.-B, III e VI, do CP, de rigor que a Corte local proceda a novo julgamento do recurso de apelação, diante da declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário do mencionado artigo.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que o Tribunal de origem proceda a novo julgamento da Apelação nº 0021719-39.2010.8.26.0050, a fim de que seja refeita a dosimetria da pena, apenas, no tocante ao crime previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal, eis que o preceito secundário do referido dispositivo foi declarado inconstitucional.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Não é possível a esta Corte debruçar-se sobre tema não enfrentado pelo Tribunal de origem, sob o risco de supressão de instância. Na espécie, a matéria relativa ao suposto constrangimento ilegal - paciente teria sido condenado por dois crimes (art. 273 do CP e art. 33 da Lei nº 11.343/06) pelo mesmo fato - não foi sequer suscitada perante o Tribunal a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quo.

Portanto, não se mostra plausível o surgimento da temática somente perante esta Corte Superior em sede de *writ*, remédio heroico que prima pelos estreitos lindes.

Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PARTICIPAÇÃO DE MENOR. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA, NULIDADE DAS PROVAS E CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELA CORTE DE ORIGEM NO ACÓRDÃO COMBATIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. GRAVIDADE. POTENCIALIDADE LESIVA DAS INFRAÇÕES. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O STF passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. **Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, dada a sua incompetência para tanto e sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância, da aventada nulidade das provas produzidas, do alegado excesso de prazo para a custódia cautelar, bem como da desnecessidade da constrição em razão da classificação equivocada da conduta imputada ao paciente - uma vez que este seria mero usuário de drogas -, tendo em vista que tais questões não foram analisadas pelo Tribunal impetrado no aresto combatido.**

3. Não há coação na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que a medida se mostra necessária para a preservação da ordem pública, dada a gravidade das condutas incriminadas e o risco efetivo de perpetuação das atividades de traficância.

4. A variedade, a quantidade de porções e a natureza altamente lesiva de um dos estupefacientes capturados, somadas à forma de acondicionamento do referido material tóxico, bem como às circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante - na companhia de um menor e em local conhecido como ponto de veda de entorpecentes -, são fatores que indicam a periculosidade efetiva do envolvido e a potencialidade lesiva do crime perpetrado, autorizando a preventiva.

5. Condições pessoais favoráveis não teriam o condão de ensejar a revogação da prisão antecipada, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade do enclausuramento. 6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 318.623/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 28/05/2015)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. MATÉRIA (NULIDADE DO JÚRI) NÃO DECIDIDA NO ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. AFASTAMENTO DE QUALIFICADORAS E REDUÇÃO MAIOR PELA TENTATIVA. TEMAS DE ÍNDOLE FÁTICO-PROBATÓRIA. VIA IMPRÓPRIA. CONFISSÃO NÃO LEVADA EM CONTA PARA A CONDENAÇÃO. NÃO APLICAÇÃO DA ATENUANTE. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

1 - Se a nulidade do júri não foi suscitada e, por isso mesmo, não decidida no acórdão (apelação) atacado, não merece conhecimento nesta impetração, manejada como sucedâneo recursal inominado, sob pena de supressão de instância.

2 - Reconhecidas qualificadoras do homicídio e aplicado montante de diminuição na tentativa pelo mínimo, com arrimo nas provas colhidas na instrução e em plenário, não há como elidir as conclusões do julgado combatido sem revolvimento fático, exercício que não se coaduna com o veio restrito e mandamental da via eleita.

3 - Não tendo sido a confissão levada em conta para a condenação, correta é a sua não aplicação como atenuante na dosimetria.

4 - Impetração não conhecida.

(HC 312.282/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015)

Passo, então, a apreciar o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 273, § 1º-B, III e VI, do Código Penal.

Com efeito, a Lei 9.677/98, ao alterar a pena prevista para os delitos descritos no artigo 273 do Código Penal, mostrou-se excessivamente desproporcional, cabendo, portanto, ao Judiciário promover o ajuste principiológico da norma. Ao ensejo, confirmam-se os ensinamentos de eminentes doutrinadores sobre o tema:

É de todos conhecida a inflação legislativa que o Direito Penal tem experimentado desde o início da década de 1990, não só com um significativo recrudescimento das sanções penais, mas também com a mitigação de garantias processuais. Foi nesse contexto que se aprovou a chamada Lei dos Remédios (Lei nº 9.677, de 2.7.98), que, além de ampliar os tipos penais, aumentou sobremaneira as penas dos crimes previstos no Capítulo III do Título VIII do CP. Em alguns casos, o aumento da pena foi tão absurdo a ponto mesmo de tornar-se inconstitucional, por violação da garantia do devido processo legal (CR, art. 5º, LIV) em seu aspecto substantivo (*substantive due process of law*), que pressupõe o correto processo de elaboração legislativa e de que as leis sejam proporcionais e razoáveis (são os denominados princípios da razoabilidade e da proporcionalidade). (...). É o caso deste art. 273, cuja antiga pena de dois a seis anos de reclusão passou para a inimaginável pena de dez a quinze anos de reclusão. (Delmanto, Celso; Delmanto, Roberto; Delmanto Junior, Roberto; Delmanto, Fabio M. de Almeida, *Código Penal Comentado*. 7 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 692/693).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O grande ponto da modificação trazida pela Lei 9.677/98 foi a elevação abrupta e excessiva da pena de um crime de perigo abstrato, que passou a ser superior à de graves crimes de dano, como é o caso do homicídio simples". "Se exagero houve, foi na fixação da pena elevada, que varia de dez a quinze anos. Nesse ponto, sem dúvida, pode-se sustentar a falta de proporcionalidade entre a pena cominada e o possível resultado gerado pelo delito. (Nucci, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 968/970).

Torna-se mais grave ainda a grandeza das sanções cominadas diante das alterações introduzidas nos tipos penais, seja no *caput* do art. 273, que corresponderia ao *caput* do art. 272 da redação anterior do Código Penal acima analisado, seja nos parágrafos criados, 1º-A e 1º-B, que parcialmente reproduzem os termos do antigo art. 273. Acrescentou-se, ainda, a estes parágrafos, incisos descritivos de condutas que se limitam a constituir mera desobediência a normas administrativas. (...). A afronta aos princípios da proporcionalidade e da ofensividade brotam *ictu oculi*, seja no que tange à ausência de relevância penal das novas condutas descritas, seja na desproporção das penas infligidas em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da conduta incriminada. (...). Em suma, a gravidade do fato para a saúde pública, a análise de suas consequências, se calamitosas ou não à saúde, devem ser sopesadas na esfera administrativa. São, entretanto, as mesmas condutas e consequências despoticamente desprezadas pelo legislador penal, que sanciona, com penas mais graves do que a do homicídio doloso, a venda de remédio, saneante ou cosmético sem registro, independentemente de ter havido qualquer efeito negativo ou perigo à saúde pública. Com efeito, segundo a nova lei, constitui crime hediondo vender medicamento cosmético ou saneante sem registro no órgão de vigilância sanitária, sendo indiferente saber se o produto comercializado sem registro é inócuo ou nocivo à saúde. Basta que não haja registro para configurar-se o crime punido com reclusão de 10 a 15 anos. Assim, pode o medicamento até mesmo ser benéfico ou o cosmético ser eficaz: nada importa, pois a ausência do registro é elemento suficiente, segundo os incisos do § 1º-B, para se consumar o crime hediondo. Tamanha aberração legislativa é verdadeiramente incontornável. Não há interpretação que possa ser feita para contornar a norma aos valores e princípios constitucionais. A interpretação congruente com a Constituição tem limites, pois deve-se neste esforço, para salvar a norma, analisar as possibilidades de ambos os textos, o constitucional e o a ser, de acordo com os telos de ambos. (Reale Jr., Miguel, *A inconstitucionalidade da lei dos remédios*. RT 763/415).

Dessarte, observa-se verdadeira e gritante desproporção entre a gravidade da conduta de vender remédio sem registro e a gravidade da pena cominada. Assim, mostrou-se imprescindível uma aplicação razoável à norma em apreço, ajustando-a aos princípios constitucionais.

Conforme salientado por Alberto Silva Franco, "a inconstitucionalidade assinalada pelos doutrinadores, principalmente derivada da inobservância aos princípios da razoabilidade e da ofensividade, em que condutas diversas alcançando interesses cuja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relevância foi linear e arbitrariamente concebida, com reprimenda penal exagerada (entre 10 e 15 anos de reclusão), poderá ser obviada com o recurso da interpretação conforme à Constituição invocado por Reale Jr., 'ao custo de ponderável esforço hermenêutico' (...). Socorrendo-se o intérprete desse princípio, que 'permite uma renúncia ao formalismo jurídico e às interpretações convencionais em nome da idéia de Justiça material e da segurança jurídica, elementos tão necessários para um Estado democrático de direito', na lição do mestre Celso Ribeiro Bastos (...)"'. (*Código Penal e sua interpretação*. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1311).

Nesse diapasão, a questão relativa à inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273, § 1º-B, do Código Penal, foi submetida à apreciação da Corte Especial, por meio da AI no HC nº 239.363/PR (julgado em 26/2/2015, DJe 10/4/2015), de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, por maioria, acolheu a arguição para declarar inconstitucional o preceito secundário da norma, nos termos da ementa transcrita:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

2. É viável a fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa, examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, *se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais*.

3. Em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.

4. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretense usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas - notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública.

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

6. Arguição acolhida para declarar inconstitucional o preceito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

secundário da norma.

Nessa linha de consideração, de rigor que o Tribunal de origem proceda a novo julgamento do recurso de apelação, no que diz respeito à dosimetria da pena relativa ao crime tipificado no art. 273, § 1º-B, III e VI, do Código Penal, diante da declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário do referido dispositivo.

Para tanto, impende esclarecer que no acórdão prolatado pela Corte Especial não se determinou o preceito secundário que deverá ser aplicado em substituição aquele disposto no art. 273 do CP, diante da mencionada declaração de inconstitucionalidade.

Todavia, notabiliza-se que a Quinta e a Sexta Turma deste Sodalício esposaram entendimento que revela a possibilidade de aplicação do preceito secundário, contido no artigo 33 da Lei nº 11.343/06, aos casos em que o réu é condenado pelo crime previsto no artigo 273, § 1º-B, do Código Penal

Confiram-se, a propósito, alguns julgados sobre o tema:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

ARTIGO 273, § 1º-B, INCISO V, DO CÓDIGO PENAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO PELA CORTE ESPECIAL DESTES 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 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.

3. Na espécie, o paciente restou condenado à pena de 10 (dez) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, como incurso no artigo 273, § 1º-B, incisos I, V e VI, do Código Penal, impondo-se o refazimento da dosimetria da sanção que lhe foi imposta a fim de que seja considerado o preceito secundário do artigo 33 da Lei de Drogas, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

também constitui crime hediondo, de perigo abstrato, e que visa a tutelar a saúde pública.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios a aplicação do preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/2006, nos autos da Revisão Criminal n. 2013.00.2.021845-5.

(HC 301.952/DF, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 18/08/2015)

RECURSO ESPECIAL. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. TIPICIDADE DA CONDUTA. ART. 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL. PRECEITO SECUNDÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE. EFEITO REPRISTINATÓRIO. OBSERVÂNCIA AOS PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A Lei n. 10.826/2003 permitiu, no prazo de 180 dias, que: a) os proprietários ou possuidores de arma de fogo ou munição de uso permitido, proibido ou restrito, não registradas, solicitassem o seu registro, desde que comprovada a origem lícita da posse; b) os proprietários ou possuidores de arma de fogo ou munição, registradas ou não, as entregassem à Polícia Federal.

2. Com a vigência da nova redação do art. 30 daquele diploma legal, apenas os possuidores de arma de fogo ou munição de uso permitido poderiam solicitar o registro de suas armas até o dia 31 de dezembro de 2008 (prazo que, posteriormente, foi prorrogado pela Lei n.

11.922/2009 até o dia 31 de dezembro de 2009). Assim, somente a posse de arma de fogo ou munição de uso permitido registrável será considerada atípica nesse período.

3. Verificado que, em 16/4/2010, o recorrido possuía e mantinha sob sua guarda, no interior da sua residência, uma arma de fogo e seis munições, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, dúvidas não há de que é típica a sua conduta.

4. Em diversas oportunidades, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, "Sob o pretexto de ofensa ao artigo 5º, caput, da Constituição Federal (princípios da igualdade e da proporcionalidade), não pode o Judiciário exercer juízo de valor sobre o quantum da sanção penal estipulada no preceito secundário, sob pena de usurpação da atividade legiferante e, por via de consequência, incorrer em violação ao princípio da separação dos poderes." (RE n. 358.315/MG, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJ 19/9/2003).

5. Uma vez declarada a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, V, do Código Penal - como feito pela Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 239.363/PR -, melhor atenderia ao princípio da legalidade estrita repristinar o anterior preceito secundário, na sua redação original (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa).

6. Declarada, na Arguição de Inconstitucionalidade no HC n. 239.363/PR, a inconstitucionalidade do preceito secundário do referido dispositivo (o mesmo para as seis condutas elencadas no art. 273, § 1º-B), por ofensa ao princípio da proporcionalidade, deve ser dada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

solução idêntica ao caso, em que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no inciso I do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, com o afastamento do preceito secundário do artigo em questão e a aplicação da pena prevista no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, tal como procedido pelas instâncias ordinárias.

7. Recurso especial parcialmente provido, apenas para reconhecer a tipicidade da conduta atribuída ao recorrido em relação à posse irregular de arma de fogo de uso permitido e, consequentemente, cassar o acórdão impugnado, tão somente no que tange à absolvição em relação ao crime previsto no art. 12 da Lei n. 10.826/2003, restabelecendo, em todos os seus termos, a sentença no ponto em que condenou o acusado pela prática do referido delito.

(REsp 1368868/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA PREVISTA PARA O CRIME DE TRÁFICO. ENTENDIMENTO FIRMADO NA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO HC N. 239.363/PR. DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE ESPECIAL. ACÓRDÃO QUE REVELA O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 83/STJ. 2. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O acórdão proferido pelas instâncias ordinárias está em consonância com recente julgado da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus n. 239.363/PR, que considerou ser inconstitucional o preceito secundário do art. 273, § 1º-B, inciso V, do Código Penal, autorizando, assim, a aplicação da pena prevista para o crime de tráfico. Incide, portanto, no caso dos autos, o verbete n. 83 da Súmula desta Corte.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1360209/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 22/06/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. PREVISÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA DO RECURSO ORDINÁRIO. NOVO ENTENDIMENTO DO STF E DO STJ. CRIME DE FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS (ART. 273, § 1º-B, I, DO CP). CONDENAÇÃO MANTIDA PELO TRIBUNAL A QUO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA APLICABILIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, DO CP, POR AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. CASO DE APLICAÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. CONDUITA SEMELHANTE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 273, § 1º-B, DO CP SUBMETIDA À CORTE ESPECIAL (AI NO HC N. 239.363/PR). ACOLHIMENTO. DECLARAÇÃO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO. RESOLUÇÃO DA PRESENTE CAUSA COM AQUELE RECONHECIMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE DEMONSTRADA.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição Federal e 30 da Lei n. 8.038/1990. Atual entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, que não têm mais admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. **Hipótese em que, condenado à pena total de 12 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 35 dias-multa, pela prática dos fatos típicos descritos nos arts. 273, § 1º-B, I, e 298, ambos do Código Penal, pretende o paciente o afastamento da aplicabilidade do preceito secundário do art. 273, § 1º, do Código Penal, por afronta aos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade.**

3. A questão foi objeto de decisão pela Corte Especial (AI no HC n. 239.363/PR), que, por maioria, acolheu a arguição para declarar inconstitucional o preceito secundário da norma.

4. Adotado esse entendimento, a consequência, nesta impetração, é a aplicação do preceito secundário do art. 33 da Lei de Drogas, visto que a conduta do ora paciente é semelhante àquela de quem pratica tráfico ilícito de entorpecentes, crime contra a saúde pública.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para determinar ao Tribunal de Justiça do Paraná a aplicação do preceito secundário do art. 33 da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), nos autos da Apelação Crime n. 799.759-5, em relação ao paciente, Carlos Eduardo Morais Firmiano, assegurando-lhe, ainda, o direito de permanecer em prisão albergue domiciliar (tomando por conta o tempo de prisão), enquanto aguarda o cumprimento deste *decisum* pelo Tribunal de origem.

(HC 259.627/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 29/05/2015).

Destaque-se que a escolha do preceito secundário da Lei de Drogas não se mostra despropositada. Com efeito, por ambos os delitos terem como bem jurídico tutelado a saúde pública e serem crimes de perigo abstrato, sendo o delito do artigo 273 do Código Penal considerado crime hediondo, tem-se por razoável a analogia realizada, de modo a não tornar a pena nem tão severa nem tão branda, mantendo-se, ainda, a hediondez do delito.

Ademais, cumpre registrar a inviabilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, mesmo com a utilização do preceito secundário do referido artigo no caso em apreço. Isso porque não há previsão legal de causa de diminuição de pena para os crimes previstos no art. 273, § 1º-B, do Código Penal, o que impossibilita o julgador de conceder ao réu benesse não delineada pelo legislador.

Nesse sentido, o recente julgado desta Corte:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL E PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PENA NÃO SUPERIOR A 8 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. MANUTENÇÃO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 AO CRIME PREVISTO NO ART. 273, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

1. Nos termos do art. 619 do CPP, são admitidos embargos de declaração quando houver ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no julgado e, por construção pretoriana integrativa, erro material.

2. Caso em que o julgado embargado, tendo reduzido a pena imposta, deixou de definir o regime inicial para seu cumprimento.

3. A jurisprudência do STF tem firmado o entendimento de que "a fixação do regime inicial de cumprimento da pena não resulta apenas de seu quantum, mas também das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, a que faz remissão o artigo 33, § 3º, do mesmo diploma legal." (HC 120576, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 29/04/2014, DJe 16-05-2014).

4. Hipótese em que, embora o quantum da pena tenha sido fixado em patamar não superior a 8 anos, as diversas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao sentenciado justificam a sua manutenção no regime fechado.

5. Impossível a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ao delito descrito no art. 273, § 1º, do Código Penal, visto que o citado dispositivo é uma causa especial de diminuição de pena, aplicável tão somente às hipóteses descritas no caput e no § 1º do art. 33 da Lei de Tóxico.

6. O reconhecimento da inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal e a aplicação do preceito secundário do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 não legitima a concessão da benesse prevista no art. 33, § 4º, da citada lei, uma vez que não há previsão legal de causa de diminuição de pena para o crime do art. 273 do CP ou delitos equiparados, sendo vedado ao julgador inovar no ordenamento jurídico para atribuir benefício não concedido pelo legislador.

7. Embargos de declaração acolhidos, em parte, apenas para suprir a omissão quanto ao regime inicial para cumprimento da pena, sem atribuir-lhes efeitos infringentes.

(EDcl no HC 292.541/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para que o Tribunal de origem proceda a novo julgamento da Apelação nº 0021719-39.2010.8.26.0050, a fim de que seja refeita a dosimetria da pena, apenas, no tocante ao crime previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal, eis que o preceito secundário do referido dispositivo foi declarado inconstitucional.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0144254-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 327.520 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00217193920108260050 050100217192 20130000512395 20130000634099
217193920108260050 50100217192

EM MESA

JULGADO: 19/11/2015

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : OMAR MUHANAK DIB
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS SEZAR GARCIA
ADVOGADO : OMAR MUHANAK DIB
CORRÉU : APARECIDO ANTÔNIO PINTO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). CRISTIANE CAETANO SIMÕES, pela parte PACIENTE: MARCOS SEZAR GARCIA

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.