



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.108 - PR (2015/0237298-3)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **JANETE TORRES DE OLIVEIRA**
AGRAVADO : **NELMA DE OLIVEIRA DA SILVA**
ADVOGADOS : **RENATO MARTINS LOPES**
 ROBERTO MARTINS LOPES

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA. PRECEITO SECUNDÁRIO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ENTENDIMENTO DA CORTE ESPECIAL.

1. A Corte Especial, no julgamento da AI no HC 239.363/PR, declarou inconstitucional o preceito secundário do artigo 273, § 1º-B, do CP, por ofensa ao princípio da proporcionalidade, determinando a aplicação do preceito secundário do tipo penal relativo ao tráfico de drogas ao delito tipificado no artigo 273 do Código Penal, sendo ambos crimes hediondos, de perigo abstrato, e voltados contra a saúde pública.

2. Agravo regimental improvido.

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, negou provimento ao agravo regimental, 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.

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

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.108 - PR (2015/0237298-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JANETE TORRES DE OLIVEIRA
AGRAVADO : NELMA DE OLIVEIRA DA SILVA
ADVOGADOS : RENATO MARTINS LOPES
ROBERTO MARTINS LOPES

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Trata-se de agravo regimental, interposto pelo Ministério Público Federal, em face de decisão da minha lavra que negou seguimento ao recurso especial, tendo sido ementada nos termos abaixo:

RECURSO ESPECIAL. ANÁLISE DE OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA. PRECEITO SECUNDÁRIO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ENTENDIMENTO DA CORTE ESPECIAL. SEGUIMENTO NEGADO.

Alega o *Parquet*, em suma, que "esse egrégio Superior Tribunal de Justiça por diversas vezes já se pronunciou de forma oposta, tendo entendido pela impossibilidade de afastamento da pena do art. 273, § 1º-B, com fundamento no mesmo princípio da proporcionalidade."

Aduz que, "nos termos da Portaria nº 344, de 12.05.98, da ANVISA os medicamentos apreendidos no caso dos autos (PRAMIL E CYTOTEC. Princípios ativos: Sildenafil e Misoprostol, respectivamente) não constam do rol de substâncias psicotrópicas tampouco entorpecentes, sendo classificadas como substâncias sujeitas a controle especial, pelo que torna-se ainda mais descabida a aplicação da pena do crime de tráfico na espécie."

Ressalta que "a quantidade de medicamentos apreendidos não pode ser utilizada como critério para fixação de pena de um tipo penal diverso do cabível, sob pena de violar o princípio da legalidade, extraído do art. 5º, II da CF/88, e usurpar a função que é própria do Poder Legislativo, infringindo, também, o art. 2º, da CF/88."

Ao final, sustenta que "há clara ofensa ao princípio da separação dos poderes, insculpido no art. 2º, da CF/88, pois somente o legislador pode definir crimes e suas respectivas penalidades, cabendo ao judiciário apenas dizer o direito aplicável ao caso."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.108 - PR (2015/0237298-3)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA. PRECEITO SECUNDÁRIO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ENTENDIMENTO DA CORTE ESPECIAL.

1. A Corte Especial, no julgamento da AI no HC 239.363/PR, declarou inconstitucional o preceito secundário do artigo 273, § 1º-B, do CP, por ofensa ao princípio da proporcionalidade, determinando a aplicação do preceito secundário do tipo penal relativo ao tráfico de drogas ao delito tipificado no artigo 273 do Código Penal, sendo ambos crimes hediondos, de perigo abstrato, e voltados contra a saúde pública.

2. Agravo regimental improvido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Conforme consignado na decisão ora agravada, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no *Habeas Corpus* 239.363/PR, acolheu a arguição suscitada pelo eminente Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator, para declarar inconstitucional o preceito secundário do artigo 273, § 1º-B, do Código Penal, por ofensa ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Tendo em vista que o delito tipificado no artigo 273 do Código Penal se assemelha ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, por serem ambos crimes hediondos, de perigo abstrato, e voltados contra a saúde pública, esta Corte Superior de Justiça determinou a aplicação do preceito secundário do tipo penal relativo ao tráfico de drogas.

A ementa do aresto foi sintetizada nos termos abaixo:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.

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

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

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

6. Arguição acolhida para declarar inconstitucional o preceito secundário da norma.

(AI no HC 239.363/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, CORTE ESPECIAL, julgado em 26/02/2015, DJe 10/04/2015)

No mesmo sentido, confirmam-se ainda recentes julgados desta Corte Superior de Justiça:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 reprimir 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 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, conseqüentemente, 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 PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E FALSIFICAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS MEDICINAIS. TESES NÃO DEBATIDAS NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RECONHECIMENTO NA ORIGEM. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. VALORAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*. DESPROPORCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º, DO CP. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELA CORTE ESPECIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

(...)

6. Em recente decisão, a Corte Especial concluiu o julgamento da arguição de incidente de inconstitucionalidade no HC n. 239363/PR e reconheceu a inconstitucionalidade do preceito secundário previsto no art. 273, § 1º-B, V, do Código Penal.

7. É razoável a aplicação do preceito secundário previsto no art. 33,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caput, da Lei n. 11.343/2006 ao crime do citado dispositivo do Estatuto Penal, pois trata-se, igualmente, de crime hediondo, de perigo abstrato e que visa tutelar a saúde pública.

8. O mesmo preceito secundário se aplica às hipóteses previstas no art. 273, § 1º, do Código Penal, restando evidente a desarmonia entre o delito e a pena, sendo necessário, portanto, realizar apenas o ajuste do preceito secundário, a fim de afastar a referida inconstitucionalidade.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para reconhecer o aludido *bis in idem*, na utilização da quantidade e da qualidade da droga na primeira e na terceira etapa da dosimetria, fixando a pena em 2 anos de reclusão e 200 dias-multa, pelo crime do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, e redimensionar a pena do crime previsto no art. 273, § 1º, do CP, nos termos do art. 481, parágrafo único, do CPC, para 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, restando a pena total estabelecida em 8 anos de reclusão e 800 dias-multa.

(HC 292.541/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/05/2015)

Em assim sendo, deve ser mantido o acórdão recorrido, que manteve a sentença que condenou as recorridas pela prática do crime previsto no artigo 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, utilizando-se do preceito secundário do crime de tráfico de drogas ao aplicar a pena, nos termos abaixo:

Dessa forma, estando patentes a materialidade, autoria e o dolo do acusado quanto à prática da conduta regulada pelo artigo 273, §1º-B, inciso I, do Estatuto Repressivo, e ausentes quaisquer causas que excluam a ilicitude ou a culpabilidade, deve ser mantida a condenação, a qual tomou de empréstimo o preceito secundário do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, em face da falta de proporcionalidade da pena cominada ao primeiro tipo penal, no esteio da recente orientação deste Regional.

Por fim, quanto à alegação de ofensa ao princípio da legalidade e da separação de poderes, trata-se de matéria a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, inciso III, da Carta Magna.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0237298-3

AgRg no
REsp 1.558.108 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50004968120134047002 50008882120134047002 50008969520134047002
50022080920134047002 PR-50004968120134047002 PR-50008882120134047002
PR-50008969520134047002 PR-50022080920134047002

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

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO : JANETE TORRES DE OLIVEIRA
RECORRIDO : NELMA DE OLIVEIRA DA SILVA
ADVOGADOS : ROBERTO MARTINS LOPES
RENATO MARTINS LOPES

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JANETE TORRES DE OLIVEIRA
AGRAVADO : NELMA DE OLIVEIRA DA SILVA
ADVOGADOS : ROBERTO MARTINS LOPES
RENATO MARTINS LOPES

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, negou provimento ao agravo regimental, 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.