



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 358.047 - SP (2016/0144289-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : JOAO FLORENCIO DE SALLES GOMES JUNIOR E OUTROS
ADVOGADO : JOÃO FLORENCIO DE SALLES GOMES JÚNIOR - SP164645
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CELSO SUTTER

EMENTA

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

1. A via eleita revela-se 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.

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL PELO MAGISTRADO SINGULAR. ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDENAÇÃO DO RÉU. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO DO MÉRITO DA AÇÃO PENAL EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO DE APELAÇÃO. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA.

1. O efeito devolutivo da apelação encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos previstos no âmbito do processo penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte detentora dos interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à clausula constitucional do devido processo legal. Doutrina.

2. Na espécie, embora o magistrado singular tenha absolvido os acusados diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º-B do artigo 273 do Código Penal, não há óbices a que o Tribunal, no julgamento do recurso de apelação, aprecie o mérito da ação penal, uma vez que, ao apelar da decisão de primeiro grau, o Ministério Público pleiteou a condenação dos réus com base nas provas mencionadas em suas razões recursais, que foram devidamente contestadas e rebatidas pela defesa em suas contrarrazões, não havendo que se falar, assim, em supressão do contraditório. Precedente.

MANUTENÇÃO EM DEPÓSITO DE SUBSTÂNCIAS
MEDICAMENTOSAS IMPRÓPRIAS AO CONSUMO.
DESNECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL PARA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. DELITO FORMAL. MÁCULA INEXISTENTE.

É dispensável a confecção de laudo pericial para a comprovação da materialidade do delito previsto no artigo 273, § 1º-B, incisos III e V, do Código Penal, tendo em vista tratar-se de delito formal, que se aperfeiçoa com a simples importação, venda, exposição à venda, depósito, distribuição ou entrega a consumo do produto sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização, ou de procedência ignorada. Precedentes.

ARTIGO 273, § 1º-B, INCISOS III E V, DO CÓDIGO PENAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO PELA CORTE ESPECIAL DESTES SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXISTÊNCIA DE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, JÁ TRANSITADA EM JULGADO, REPUTANDO PROPORCIONAL A PENA COMINADA AO PACIENTE. IMPOSSIBILIDADE DE NOVA ANÁLISE DO TEMA.

1. Conquanto este Superior Tribunal de Justiça, ao julgar a arguição de inconstitucionalidade formulada no HC n. 239.363/PR, tenha declarado a inconstitucionalidade do preceito secundário da norma do artigo 273, § 1º-B, inciso V do Código Penal, verifica-se que no julgamento do RE 662.090 AgRg/SP, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal reputou proporcional a pena cominada ao paciente, decisão que não pode ser alterada sob pena de ofensa à coisa julgada.

2. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 358.047 - SP (2016/0144289-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : JOAO FLORENCIO DE SALLES GOMES JUNIOR E OUTROS
ADVOGADO : JOÃO FLORÊNCIO DE SALLES GOMES JÚNIOR - SP164645
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CELSO SUTTER

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de CELSO SUTTER, apontando como autoridade coatora a 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0063335-06.2004.8.26.0114.

Noticiam os autos que o paciente, juntamente com outros corréus, foi denunciado pela suposta prática dos delitos descritos nos artigos 273, § 1º-B, incisos II e V do Código Penal, 66, combinado com os artigos 75 e 76, inciso IV e V, todos da Lei 8.078/1990, 7º, inciso IX, combinado com o artigo 12, inciso III, ambos da Lei 8.137/1990.

Sobreveio sentença na qual o paciente foi absolvido dos delitos previstos no artigo 273-B do Estatuto Repressivo e 7º, inciso IX da Lei 8.137/1990, tendo a sua punibilidade sido extinta quanto ao ilícito do artigo 66 da Lei 8.078/1990.

Inconformado, o Ministério Público apelou, tendo o recurso sido parcialmente provido para condenar o paciente à pena de 10 (dez) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, como incurso no artigo 273, § 1º-B, do Código Penal.

Sustentam os impetrantes que a condenação do paciente em segundo grau de jurisdição seria nula, pois a Corte Estadual deveria ter desconstituído a decisão que reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 273, § 1º-B, do Código Penal, a fim de que as provas dos autos fossem analisadas em primeiro grau de jurisdição.

Alegam que o magistrado não teria analisado o contexto probatório, limitando-se a apreciar as preliminares suscitadas pela defesa e a declarar a inconstitucionalidade do artigo 273, § 1º B, da Lei Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aduzem que não seria cabível, no caso, a aplicação da teoria da causa madura.

Asseveram que tal apreciação teria suprimido da defesa a oportunidade de contraditar a análise das provas realizada pela Corte Estadual, já que eventual recurso à instância extraordinária só poderia se referir à questões de direito.

Argumentam o processo seria nulo desde a decisão que indeferiu a realização de laudo pericial, que seria imprescindível para a comprovação da materialidade delitiva, nos termos do artigo 158 do Código de Processo Penal.

Entendem que a pena prevista para o delito descrito no artigo 273 do Estatuto Repressivo seria desproporcional, devendo, portanto, ser declarada inconstitucional.

Afirmam que o preceito secundário em questão seria mais severo que o cominado a outros crimes cujo bem da vida protegido seria mais relevante, como o homicídio, no qual se tutela a vida.

Defendem que, com a declaração de inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, o paciente deveria ser absolvido, já que o estabelecimento de pena referente a outro delito violaria o princípio da legalidade.

Requerem a concessão da ordem para que seja anulada a decisão que indeferiu a realização do laudo pericial e dos atos a ela posteriores, determinando-se a produção do exame técnico, bem como para que seja anulado o acórdão impugnado, remetendo-se os autos ao magistrado singular para que profira sentença no feito, reconhecendo-se, ainda, a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 § 1º B, do Código Penal, absolvendo-se o paciente ou aplicando-se-lhe a pena mínima prevista na antiga redação do artigo 273 do Código Penal, ou no artigo 7º, inciso IX da Lei 8.137/1990 ou no artigo 12 da Lei 6.368/2006, ou no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 ou apenas no seu *caput*.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 2377/2378.

Prestadas as informações (e-STJ fls. 2388/2390), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 2615/2625, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 358.047 - SP (2016/0144289-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus*, pretende-se, em síntese, a anulação da decisão que indeferiu a realização do laudo pericial e dos atos a ela posteriores, determinando-se a produção do exame técnico, bem como do acórdão impugnado, remetendo-se os autos ao magistrado singular para que profira sentença no feito, reconhecendo-se, ainda, a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 § 1º B, do Código Penal, absolvendo-se o paciente ou aplicando-se-lhe a pena mínima prevista na antiga redação do artigo 273 do Código Penal, ou no artigo 7º, inciso IX da Lei 8.137/1990 ou no artigo 12 da Lei 6.368/2006, ou no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 ou apenas no seu *caput*.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

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

Segundo consta da denúncia, o paciente e outros corréus, previamente ajustados, com identidade de propósitos para o mesmo fim, venderam, expuseram à venda, tinham em depósito para vender, ou, de qualquer forma, distribuíram e entregaram para consumo produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, matérias primas e cosméticos sem as características de identidade de qualidade admitidas para a sua comercialização ou de procedência ignorada (e-STJ fl. 41).

Consoante representação criminal dirigida ao Ministério Público pela Procuradoria do Município de Campinas, a Vigilância Sanitária recebeu notícias anônimas envolvendo a Farmácia São Luiz, de propriedade do paciente e por ele administrada, o que ensejou a realização de fiscalização em uma das unidades da empresa sediada na Unicamp, quando foram encontrados diversos medicamentos com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

data de validade vencida, outros sem validade identificada e sem a especificação do fabricante, estocados, inclusive, no box do banheiro dos funcionários (e-STJ fls. 42/44).

Diante das anteriores notícias de irregularidades, o Município ajuizou ação de busca e apreensão nos endereços da aludida pessoa jurídica, sendo que no local em que funcionaria um escritório de contabilidade constataram grande quantidade de matérias primas e medicamentos sem prazo de validade, sem data de fabricação, de procedência ignorada, concluindo-se tratar, na verdade, de uma espécie de almoxarifado de produtos ilegalmente manipulados pela Farmácia São Luiz (e-STJ fls. 44/45).

Nos demais estabelecimentos que se utilizam do nome de fantasia Farmácia São Luiz, foram encontrados produtos e medicamentos que apresentam um alto grau de nocividade e periculosidade à saúde e segurança dos consumidores, uma vez que foram manipulados em escala industrial, sem obedecer aos padrões técnicos de qualidade e segurança exigidos, pois não continham data de validade, parte deles estava com a validade vencida, e outros com as datas de validade e fabricação remarcadas, com indícios de aprazamento *a posteriori* (e-STJ fls. 52/53).

Ao fim, o órgão ministerial imputou ao paciente a prática dos delitos descritos nos artigos 273, § 1º-B, incisos II e V do Código Penal, 66, combinado com os artigos 75 e 76, inciso IV e V, todos da Lei 8.078/1990, 7º, inciso IX, combinado com o artigo 12, inciso III, ambos da Lei 8.137/1990.

Sobreveio sentença na qual o magistrado singular consignou que os crimes do artigo 7º, inciso IX, e 12, inciso III, ambos da Lei 8.137/1990 deviam ser afastados, pois absorvidos pelo ilícito contra a saúde pública tipificado no Estatuto Repressivo, extinguindo a punibilidade do réu pela prescrição no tocante às infrações penais dos artigos 75 e 76 do Código de Defesa do Consumidor.

No tocante à violação ao artigo 273, § 1º-B, incisos III e V, do Código Penal, asseverou que a denúncia descreveu as condutas dos acusados, suas funções em relação às farmácias e como procederam, estando baseada em relatórios da Vigilância Sanitária que esteve nos 3 (três) estabelecimentos indicados na inicial, sendo que os produtos supostamente adulterados, impróprios e com data de validade vencida vieram especificados e indicados na fase inquisitiva em farta documentação do referido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

órgão de fiscalização (e-STJ fl. 70).

Explicou que não seria necessária perícia para comprovar a materialidade do aludido ilícito, que é de perigo abstrato, reputando dispensável, outrossim, exame nas etiquetas e embalagens apreendidas (e-STJ fl. 70).

Acolheu, por fim, a arguição de inconstitucionalidade da norma penal em questão, por violar flagrantemente o princípio da proporcionalidade, não se podendo conceber que a falsificação de um produto cosmético seja apenas no mínimo com 10 (dez) anos de reclusão, sendo hediondo o crime, e o homicídio simples, muito mais grave e danoso, seja punido com 6 (seis) anos de reclusão, absolvendo, assim, o réu (e-STJ fls. 71/74).

Ao julgar o recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, a autoridade impetrada afastou a inconstitucionalidade do artigo 273, § 1º-B, incisos III e V, do Código Penal, esclarecendo que, para a sua configuração, não se exige a introdução, no medicamento, de substância nociva à saúde, bastando que ela esteja inadequada ou mesmo inócua ao fim proposto, o que pode ocorrer com o armazenamento irregular dos medicamentos ou suas matérias primas (e-STJ fls. 97/99).

E, após analisar a prova colhida no curso da instrução processual, registrou que na imputação feita contra os acusados não há menção quanto a irregularidades nos produtos já expostos à venda ou na comercialização propriamente dita, consistindo, especificamente, na manutenção em depósito de substâncias medicamentosas impróprias ao consumo, fato que só pode ser atribuído ao paciente, proprietário e administrador da farmácia (e-STJ fl. 114).

Salientou que todos os medicamentos apreendidos estavam estocados no interior da farmácia ou no escritório do paciente, concluindo que os elementos de convicção são incontestes de que foi o único autor do delito, condenando-o, assim, à pena de 10 (dez) anos de reclusão, no regime inicial fechado, mais pagamento de 10 (dez) dias-multa, como incurso no artigo 273, § 1º-B, incisos III e V, do Código Penal.

Feitos tais esclarecimentos, não se constata qualquer nulidade no fato de a Corte Estadual haver reformado a sentença absolutória, proferindo édito repressivo contra o paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Isso porque embora o magistrado singular tenha absolvido os réus ante a inconstitucionalidade do artigo 273, § 1º-B, do Código Penal, julgou o mérito da ação penal, devolvendo, assim, toda a matéria controvertida ao tribunal *ad quem*.

Como é cediço, o efeito devolutivo da apelação encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos previstos no âmbito do processo penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte detentora dos interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à clausula constitucional do devido processo legal.

A respeito do tema, eis a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

"O princípio da dialeticidade - que impregna todo o iter procedimental - tem aspectos próprios no que diz com os recursos: o recorrente deverá declinar os motivos pelos quais pede o reexame da decisão, porque somente assim a parte contrária poderá apresentar suas contra-razões, formando-se o imprescindível contraditório em matéria recursal." (Recursos no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 36.)

Mais adiante, quando dissertam especificamente sobre o efeito devolutivo do recurso de apelação criminal, os aludidos doutrinadores disciplinam:

"A apelação, como todo recurso, devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada e da que pode ser conhecida de ofício. O âmbito dessa devolução depende, essencialmente, da extensão da impugnação formulada pelo recorrente, podendo a apelação, conforme salientado, ser plena ou parcial. Pode, também, configurar-se, pela soma de apelações parciais da acusação e da defesa, outra hipótese de devolução plena. Frise-se, contudo, que a restrição existente na apelação parcial é relativa à extensão do conhecimento e não à sua profundidade, podendo o tribunal examinar, nos limites da impugnação, aspectos não suscitados pelas partes ou tópicos não apreciados pelo juiz inferior; pode, ainda, produzir prova ou admitir prova nova, desde que observado o contraditório." (Op. cit., p. 121.)

Por conseguinte, tendo o Ministério Público se insurgido contra a decisão absolutória e pleiteado a condenação dos increpados com base nas provas mencionadas em suas razões recursais (e-STJ fls. 1689/1717), que foram devidamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contestadas e rebatidas pela defesa em suas contrarrazões (e-STJ fls. 1772/1771), não há que se falar em supressão do contraditório, o que afasta a eiva articulada na impetração.

Em caso semelhante, assim já decidiu esta colenda Quinta Turma:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MANIFESTAÇÃO FUNDAMENTADA DO ACÓRDÃO RECORRIDO SOBRE TODOS OS PONTOS SUSCITADOS NO AGRAVO REGIMENTAL. TEORIA DA CAUSA MADURA, ART. 515, § 3º DO CPC. ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM PROVA COLHIDA NO INQUÉRITO. NÃO OCORRÊNCIA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS REJEITADOS.

(...)

2. A "interpretação do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, deve ser feita de forma sistemática, tomando em consideração o artigo 330, I, do mesmo Diploma. Com efeito, o Tribunal, caso propiciado o contraditório e a ampla defesa com regular e completa instrução do processo, deve julgar o mérito da causa mesmo que para tanto seja necessária apreciação do acervo probatório" (REsp 1.018.635/ES, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta turma, DJe 01/02/2012).

(...)

6. Embargos declaratórios rejeitados.

(EDcl no AgRg no AREsp 42.537/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 23/09/2013)

Melhor sorte não socorre os impetrantes no tocante à aventada indispensabilidade de perícia para a comprovação da materialidade do delito previsto no § 1º-B do artigo 273 do Estatuto Repressivo.

Isso porque pacificou-se neste Sodalício o entendimento de que é dispensável a confecção de laudo pericial para a comprovação da materialidade do delito previsto no art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, tendo em vista tratar-se de delito formal, que se aperfeiçoa com a simples importação, venda, exposição à venda, depósito, distribuição ou entrega a consumo do produto sem registro no órgão de vigilância sanitária competente.

Nesse norte:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 273, § 1º-B, DO CP. VENDA DE MEDICAMENTO SEM REGISTRO DA AUTORIDADE COMPETENTE E POR PESSOA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO HABILITADA. COMPROVAÇÃO DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE. EXAME PERICIAL. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O entendimento do aresto recorrido coaduna-se com a jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de ser desnecessária a realização de exame pericial para comprovar a prática do crime previsto no art. 273, § 1º-B, do CP, uma vez que se trata de delito formal, que se satisfaz com a venda, exposição à venda, depósito, distribuição ou entrega a consumo de produto sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente, sendo exatamente esse o caso dos autos.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 198.307/PR, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 27/02/2013)

HABEAS CORPUS. PACIENTE PRONUNCIADO PELO CRIME DO ART. 273, § 1o. B, I E V DO CPB (DEPÓSITO E VENDA DE MEDICAMENTO SEM REGISTRO E DE PROCEDÊNCIA IGNORADA), CONEXO AO DELITO DO ART. 124, CAPUT DO CPB (ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE). ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE EXAME PERICIAL NO MEDICAMENTO INDICATIVO DA POTENCIALIDADE LESIVA DO PRODUTO. DESNECESSIDADE PARA A CONFIGURAÇÃO DO CRIME PELO QUAL O PACIENTE FOI PRONUNCIADO. CRIME FORMAL. (...) PARECER MINISTERIAL PELA DENEGACÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. O paciente foi pronunciado pela prática do delito de depósito e venda de medicamento sem registro e de procedência ignorada. Assim, despiciendo qualquer exame pericial para comprovar a sua potencialidade lesiva, uma vez que se trata de delito formal, que se satisfaz com a venda, exposição à venda, depósito, distribuição ou entrega a consumo de produto sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente, incidindo ainda, no inciso V, caso o produto seja de procedência ignorada.

(...)

4. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial.

(HC 100.502/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJe 29/03/2010)

Finalmente, no que diz respeito à desproporcionalidade da reprimenda cominada ao paciente, sabe-se que, 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, tendo o acórdão restado assim ementado:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 pretenso 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)

Diante de tal decisão, a 5ª e a 6ª Turma passaram a determinar a aplicação do preceito secundário contido no 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.

Confira-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. (...) 3. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 273, § 1º-B, DO CP. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA. DECISÃO DA CORTE ESPECIAL. AI NO HC 239.363/PR. APLICAÇÃO DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRECEITO SECUNDÁRIO DO CRIME DE TRÁFICO. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA REVOGAR A PRISÃO CAUTELAR, CONFIRMANDO A LIMINAR, E RECONHECER A INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273 DO CP.

(...)

3. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus n. 239.363/PR, julgado em 26/2/2015, considerou ser inconstitucional o preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal. A fim de conferir à norma interpretação conforme a Constituição Federal, promoveu-se seu ajuste principiológico, substituindo seu preceito secundário pela pena prevista no art. 33 da Lei de Drogas.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, confirmando a liminar, para que o paciente permaneça em liberdade, mediante termo de compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, resguardado ao Magistrado singular a possibilidade de decretação de medidas cautelares diversas da prisão. Concedo, também, a ordem de ofício, para afastar o preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, para fazer incidir a pena pelo crime de tráfico, "com possibilidade até de incidência do respectivo § 4º", conforme decidido na Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus n. 239.363/PR.

(HC 274.098/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 15/05/2017)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. ART. 273, § 1º-B, I, DO CP. PRODUTOS DESTINADOS PARA FINS MEDICINAIS E TERAPÊUTICO SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA COMPETENTE. PRECEITO SECUNDÁRIO. ANALOGIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA DOSIMETRIA. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA FIXAÇÃO DEFINITIVA DA SANÇÃO PENAL.

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 afirma 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Retorno dos autos à origem para a fixação da sanção definitiva do réu e demais consectários legais, consoante a aplicação do preceito secundário do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em razão da condenação pelo crime previsto no artigo art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal.

5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1531982/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 28/10/2016)

Contudo, conquanto este Superior Tribunal de Justiça tenha reputado inconstitucional o preceito secundário do § 1º-B do artigo 273 do Código Penal, verifica-se que no julgamento do RE 662.090 AgRg/SP, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal reputou proporcional a pena cominada ao paciente (e-STJ fl. 2504), decisão que não pode ser alterada sob pena de ofensa à coisa julgada.

Não se deparando, portanto, com flagrante ilegalidade no ato apontado como coator, **não se conhece** do *habeas corpus* substitutivo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0144289-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 358.047 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00633350620048260114 633350620048260114 990081298139

EM MESA

JULGADO: 27/11/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

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	: JOAO FLORENCIO DE SALLES GOMES JUNIOR E OUTROS
ADVOGADO	: JOÃO FLORÊNCIO DE SALLES GOMES JÚNIOR - SP164645
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CELSO SUTTER
CORRÉU	: MARIANA BASSI SUTTER
CORRÉU	: LUCILENE JAVARONI
CORRÉU	: PATRÍCIA BORGES DE MEDEIROS SIMÕES
CORRÉU	: CLEMILDA FÁTIMA GONÇALVES

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

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."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.