



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 352.755 - RS (2016/0087027-3)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : ALBERTO FERNANDES DA SILVA
ADVOGADO : TIAGO LIMA GAVIÃO E OUTRO(S)
CORRÉU : DOUGLAS SCHMITZ DA SILVA
CORRÉU : DEIVES SCHMITZ DA SILVA
CORRÉU : DIEGO SCHMITZ DA SILVA
CORRÉU : NEILA PILAU DE ABREU

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA. ART. 273, § 1º-B, I, DO CÓDIGO PENAL. PRECEITO SECUNDÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE. EFEITO REPRISTINATÓRIO. OBSERVÂNCIA AOS PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Embora a Corte estadual tenha, a par do acervo fático-probatório carreado aos autos, formado sua convicção pela procedência da pretensão punitiva estatal, diante da aptidão da denúncia e de provas acerca da autoria e da materialidade do crime previsto no art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal, perpetrado por diversas vezes, em continuidade delitiva, o Superior Tribunal de Justiça declarou, na Arguição de Inconstitucionalidade no HC n. 239.363/PR, a inconstitucionalidade do preceito secundário do referido dispositivo, por ofensa ao princípio da proporcionalidade, devendo 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. Precedentes.

2. Mostra-se viável, assim, a pretendida sustação dos efeitos executivos provisórios da pena imposta no acórdão condenatório até que o recurso especial interposto nesta Corte Superior seja julgado, dada a grande possibilidade de êxito no pleito da defesa do paciente para que o Tribunal *a quo* proceda a nova dosimetria da pena do recorrente, com a aplicação do preceito secundário previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de maio de 2016

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 352.755 - RS (2016/0087027-3)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : ALBERTO FERNANDES DA SILVA
ADVOGADO : TIAGO LIMA GAVIÃO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL agrava de decisão em que concedi medida liminar para, a fim de impedir a imediata prisão do paciente neste habeas corpus, suspender os efeitos do acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* até o julgamento final deste *writ*, embora tenha deixado claro que, na hipótese de, nesse íterim, ser julgado o Recurso Especial n. 1.256.992/SR interposto pela defesa, cessam os feitos da liminar concedida.

Alega, em suma, que a minha decisão "merece ser reconsiderada, eis que baseada em pressuposto equivocado, qual seja, o de que o pleito de execução imediata do decreto condenatório oriundo das instâncias ordinárias ainda pende de decisão definitiva do STJ" (fl. 118).

Destaca que "efetivamente, o julgamento da Apelação que no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul teve o nº 70032154205, foi unificado com o das Apelações Criminais nº 70032558462 e 70034838508" (fl. 118), mas que, "apesar do julgamento conjunto e unificado, foram mantidos três números diferentes para os processos relativos aos Embargos Infringentes, os quais, por tal motivo, resultaram três distintos feitos no Superior Tribunal de Justiça, a saber: i) Embargos Infringentes nº 70039013453: resultou no Resp nº 1.264.168, seguindo-se os EDcl no AgRg no REsp 1264168 e o AgRg no REsp 1264168, todos já apreciados – e rechaçados - pela Corte Cidadã (documentos em anexo); ii) Embargos Infringentes nº 70039036561: deu origem ao REsp nº 1.256.992, já foi apreciado pela Sexta Turma da Corte Superior de Justiça, na sessão de 19 de abril de 2016; iii) Embargos Infringentes nº 70039012448: deu azo ao presente HC n. 352.755, muito embora se refira a fatos já apreciados no Resp n. 1.256.992 e, antes disso, no Resp n. 1.264.168" (fls. 119-120).

Assim, diante do julgamento conjunto dos Embargos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Infringentes, que englobaram as as referidas Apelações, "com uma única decisão para todos os feitos (apesar da manutenção de número distintos), que, por força do princípio da unirrecorribilidade, o o objeto do inconformismo do réu já foi apreciado pela Corte Cidadã no primeiro recurso especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (Resp nº 1.264.168, ao qual se seguiram o EDcl no AgRg no REsp 1.264.168 e o AgRg no REsp 1.264.168)" (fl. 120).

Assinala, por fim, a "implausibilidade da tese esposada na impetração, no sentido de que "o preceito secundário do delito imputado ao paciente é desproporcional, razão pela qual deve ser aplicado o previsto para os crimes de tráfico de drogas, sejam regidos pela Lei 11.343/2006 ou pela Lei 6.368/76", haja vista ser o paciente réu "em inúmeros processos criminais oriundos de diversas Comarcas do Estado do Rio Grande do Sul (Novo Hamburgo, Caxias do Sul, Porto Alegre, Pelotas, Passo Fundo, Santa Cruz do Sul), pela prática reiterada de venda de produtos destinados a fins medicinais e terapêuticos sem registro na ANVISA (art. 273, § 1º- b, inciso I, na forma do art. 71, ambos do Código Penal)", "cuidando-se, na maioria dos casos, de produtos ortopédicos (tais como, v. g., espaçadores intervertebrais) utilizados em cirurgias, implantes e procedimentos afins" (fls. 120-121).

Destaca que o "STJ já teve ocasião de afastar semelhante pretensão formulada pela defesa do mesmo paciente do presente habeas corpus no RECURSO ESPECIAL Nº 1.298.678 – RS. Na ocasião, pontuou o Min. o Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: 'o meio adequado para discussão da quaestio seria, em tese, o recurso extraordinário encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, principalmente porque o recorrente almeja, de fato, a declaração de inconstitucionalidade do art. 273 do Código Penal em função da ausência de razoabilidade das suas sanções secundárias, pretensão inadequada na via estreita do recurso especial'" (fl. 121).

Requer, por tudo isso, a reconsideração da decisão agravada ou o encaminhamento deste agravo interno para julgamento pelo órgão colegiado, a fim de que seja reformada a decisão liminar, ordenando-se o imediato cumprimento do decreto condenatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 352.755 - RS (2016/0087027-3)

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA. ART. 273, § 1º-B, I, DO CÓDIGO PENAL. PRECEITO SECUNDÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE. EFEITO REPRISTINATÓRIO. OBSERVÂNCIA AOS PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Embora a Corte estadual tenha, a par do acervo fático-probatório carreado aos autos, formado sua convicção pela procedência da pretensão punitiva estatal, diante da aptidão da denúncia e de provas acerca da autoria e da materialidade do crime previsto no art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal, perpetrado por diversas vezes, em continuidade delitiva, o Superior Tribunal de Justiça declarou, na Arguição de Inconstitucionalidade no HC n. 239.363/PR, a inconstitucionalidade do preceito secundário do referido dispositivo, por ofensa ao princípio da proporcionalidade, devendo 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. Precedentes.

2. Mostra-se viável, assim, a pretendida sustação dos efeitos executivos provisórios da pena imposta no acórdão condenatório até que o recurso especial interposto nesta Corte Superior seja julgado, dada a grande possibilidade de êxito no pleito da defesa do paciente para que o Tribunal *a quo* proceda a nova dosimetria da pena do recorrente, com a aplicação do preceito secundário previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

3. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

Mantenho minha decisão, por seus próprios fundamentos.

O agravado, Alberto Fernandes da Silva, paciente neste habeas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corpus, estava **na iminência** de sofrer constrangimento ilegal, em razão de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul** que, ao não acolher os embargos infringentes opostos por sua defesa, manteve acórdão condenatório prolatado em seu desfavor, nos autos da Apelação Criminal n. 70032154205 (em julgamento conjunto com os processos n. 70032558462 e 70034838508).

Consta nos autos que o paciente, absolvido em primeira instância, foi condenado pelo Tribunal de origem, por acórdão de 6/12/2010, pela prática do crime previsto no art. 273, § 1º-B, I, (venda de produtos destinado a fins terapêuticos sem registro no órgão de vigilância sanitária competente), por doze vezes, na forma dos arts. 29 e 71, *caput*, todos do CP, à pena de 13 anos e 4 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 150 dias-multa.

Irresignada, a defesa opôs embargos infringentes na Corte local, os quais foram rejeitados, razão pela qual foi interposto o **recurso especial, tombado neste Superior Tribunal de Justiça sob o n. 1.256.992/RS, cujo julgamento ainda seria realizado.**

Neste habeas corpus, alega o impetrante, em suma, – **reforçando parte dos argumentos expostos no petítório de sua impugnação especial** – que o acórdão é nulo e está em desacordo com a jurisprudência desta Corte Superior, pois o preceito secundário do delito imputado ao paciente é desproporcional, haja vista a pena ser superior a de crimes gravíssimos como homicídio, tráfico de drogas e estupro, entre outros, conforme já reconhecido na Arguição de Inconstitucionalidade no HC n. 239.363/PR, caso em que, **em julgamento realizado posteriormente aos julgados referidos pela agravante**, se aplicou o preceito secundário previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, devendo, *in casu*, se "ter como parâmetro as penas previstas no art. 12 da Lei 6.378/76 [sic], vigente à época e mais favorável que a atual — *lex mitior*" (fl. 18).

Assim, "**lança mão do presente remédio heróico**, esperando seja concedida a ordem para que a ilegalidade [...] não se projete para as raias da execução da pena (fl. 3), "particularmente **em face da recentíssima mudança da orientação jurisprudencial do e. STF agasalhando a possibilidade da execução provisória da pena**" (fl. 19).

Pediu, por isso, "a fim de salvaguardar o direito de locomoção do paciente, ora posto em risco, **a concessão de medida liminar para o fim de sustar o trâmite da ação penal ou a eventual expedição de mandado de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisão para início de cumprimento de pena (porquanto o regime prisional estabelecido, no acórdão condenatório, é mais gravoso que o que, provavelmente, será fixado ao paciente em caso de concessão da presente ordem)"(fl. 19) até o julgamento deste *writ*, **ou, ao menos, seja-lhe "assegurado o início de cumprimento de pena em prisão domiciliar**. No mérito, requer seja afastado o preceito secundário do art. 273, 1º-B, I, do Código Penal e aplicada a pena do art. 12 da Lei n. 6.368/1976.

Em 15/4/2016, à vista do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, **deferir a liminar**, a fim de impedir a imediata prisão do paciente, **suspender os efeitos do acórdão proferido pelo Tribunal a quo até o julgamento final deste habeas corpus**, mas deixando claro que, na hipótese de, nesse ínterim, ser julgado o Recurso Especial n. 1.256.992/RS interposto por sua defesa, cessam os efeitos da liminar concedida.

E, de fato, entendo que, da análise dos autos, ao menos em um juízo de cognição sumária, há nos argumentos expendidos pelo impetrante os requisitos essenciais para o deferimento da medida preventiva de urgência.

A uma porque, em virtude do recente *decisum* prolatado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 126.292/SP – cuja compreensão poderia ser resumida na conclusão de que o recurso especial, tal como o recurso extraordinário, por ser desprovido de efeito suspensivo, não obstaria o início da execução provisória da pena, sem que isso importasse em inobservância ao princípio da não culpabilidade – pode, de fato, vir a ser instaurado o temido procedimento para execução provisória da pena imposta.

Tal circunstância, aliada ao fato de o paciente haver permanecido em liberdade durante todo o processo, caracteriza o *periculum in mora*, imprescindível para concessão do efeito que se propõe com o pedido liminar.

A duas porque no que tange ao *fumus boni iuris*, cuja aferição deve ser constatada sem que isso importe na necessidade de enfrentamento de eventuais controvérsias que circundem a(s) tese(s) jurídica(s) ventilada(s) no recurso especial, o pedido também parece proceder, pois, como relatado, a Corte gaúcha condenou o paciente pela prática do crime previsto no art. 273, 1º-B, I, do CP, por doze vezes, em continuidade delitiva, à pena de 13 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

O argumento central do impetrante neste habeas corpus – também levantado nas razões de seu recurso especial – é a de que o acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hostilizado teria julgado o caso em desconformidade com orientação jurisprudencial já sedimentada nesta e em outras Cortes, de que o preceito secundário do delito imputado ao paciente é desproporcional, razão pela qual deve ser aplicado o previsto para os crimes de tráfico de drogas, sejam regidos pela Lei 11.343/2006 ou pela Lei 6.368/76. Nessa esteira, a reprimenda abstratamente prevista para o delito paradigma indicado pelo impetrante para o caso em concreto – art. 12 da Lei n. 6.368/1976 – seria a de 3 a 15 anos de reclusão, mais o pagamento de 50 a 360 dias-multa.

Observe-se, no entanto, o que disse a Corte gaúcha, ao decidir, por maioria, de acordo com o voto do revisor, quanto à pena a ser estipulada para o paciente (fls. 40-41 – destaquei):

Avançando, outrossim, na análise do tipo, não há como negar a gravidade que condutas como as incriminadas podem assumir, de sorte que não há como, mesmo que possível fosse a investigação em torno do que norteou o legislador ao promover penas consideravelmente mais pesadas, tê-las, em abstrato, como desproporcionais. Em um e outro caso, até é possível.

Nessa medida, tenho que nem é possível, sem mais, desvinculado dos casos em que ditada, tomar precedentes jurisprudenciais. Urge atentar para as circunstâncias de fato que os ensejaram.

E, aí, o que se observa dos julgados dos Tribunais Regionais Federais trazidos à colação são hipóteses que envolviam medicamentos, anabolizantes ou citotec. Nessas situações, então sim, a analogia com substâncias entorpecentes até que se afeiçoa muito razoável.

Aqui, porém, cuida-se de produtos ortopédicos utilizados em milhares de cirurgias, implantes, assim, cujas consequências, pelo perigo abstrato de que se reveste o tipo penal incriminado, era enorme.

Então, provendo também o apelo ministerial, para condenar ALBERTO, o faço em maior extensão, assim definindo a pena-base em 10 anos de reclusão, tornando-a definitiva, para cada fato, nesse "quantum".

Tenho, porém, como presente a continuidade delitiva, para isso incluindo em uma mesma série todos os fatos relacionados neste autos e nos tratados nos dois outros em julgamento nesta mesma sessão, embora, reconheça, represente solução um tanto quanto forçada em relação ao que tratado na apelação 70032154205, cujos acontecimentos de que se cogita se deram em período já mais distanciado no tempo. Mas, forcejar justificado, na linha do sentimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

emanado do voto do Relator, de buscar sanção mais compatível com as circunstâncias gerais que cercaram os fatos.

Assim, por conta da continuidade delitiva, introduzo aumento da pena na fração de 1/3 (mais uma vez, também como olhos na busca da proporcionalidade possível e legal – o aumento, é claro, poderia, na análise fria da quantidade de fatos, ser muito maior), assim a tornando definitiva em 13 anos e 4 meses de reclusão, no regime inicial fechado.

Acompanho o eminente Relator quanto ao valor da pena pecuniária, de 150 dias-multa (é o valor que resulta do somatório das penas que o Relator aplicou em cada um dos três processos), arbitrada a unidade em o correspondente a meio salário mínimo.

De fato, tal como destacado pelo impetrante, o resultado do julgamento da arguição de inconstitucionalidade suscitada nos autos do **HC n. 239.363/PR**, proferido em 26/2/2015, parece-me guardar similitude com a situação fática aqui apresentada, pois, ainda que se trate de outro tipo de produto – ao invés de anabolizante, seria instrumento terapêutico sem o registro da ANVISA (espaçador intervertebral) –, a *ratio essendi* da decisão da Corte Especial – afastar uma condenação a pena elevadíssima, desproporcional – indicaria, ao menos *in thes*, a elevada chance de êxito no resultado do julgamento do apelo especial.

E, de fato, na data da interposição deste agravo regimental, o Recurso Especial n. 1.256.992/RS já havia sido levado a julgamento em 5/4/2016 e esta 6ª Turma, dando-lhe parcial provimento, manteve a condenação do paciente pelo art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal, mas, afastando o preceito secundário do referido dispositivo legal, determinou que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul procedesse a nova dosimetria da pena do recorrente, com a aplicação do preceito secundário previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Sob esse prisma, inexistindo ainda trânsito em julgado para o referido *decisum*, tenho que subsiste o interesse tanto na manutenção da tutela cautelar quanto no julgamento do próprio mérito deste habeas corpus.

À vista do exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0087027-3

AgRg no
HC 352.755 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01020600109569 1020600109569 1264168 70032154205 70032558462 70034838508
70041471657 863384

EM MESA

JULGADO: 05/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: TIAGO LIMA GAVIAO
ADVOGADO	: TIAGO LIMA GAVIÃO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: ALBERTO FERNANDES DA SILVA
CORRÉU	: DOUGLAS SCHMITZ DA SILVA
CORRÉU	: DEIVES SCHMITZ DA SILVA
CORRÉU	: DIEGO SCHMITZ DA SILVA
CORRÉU	: NEILA PILAU DE ABREU

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 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO	: ALBERTO FERNANDES DA SILVA
ADVOGADO	: TIAGO LIMA GAVIÃO E OUTRO(S)

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 do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.