



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 350.336 - DF (2016/0055495-5)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : CARLA MAGALI GEHLEN
ADVOGADO : CARLA MAGALI GEHLEN - DF044745
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : DANILIO OLIVEIRA SOUSA

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ART. 273, § 1º-B, DO CP. PRECEITO SECUNDÁRIO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E OFENSIVIDADE. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. FIXAÇÃO DA PENA DE TRÁFICO DE DROGAS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no *Habeas Corpus* n.º 239.363/PR, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário da norma prevista no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.

3. Ante a referida declaração de inconstitucionalidade, a consequência deve ser a determinação de retorno dos autos à instância *a quo*, a fim de que proceda a nova capitulação jurídica, atentando-se ao preceito secundário que melhor se adeque ao fato.

4. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para determinar ao juízo das execuções a aplicação do preceito secundário que melhor se adeque ao fato no que diz respeito ao art. 272, § 1º-B, I, do CP.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de outubro de 2016 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 350.336 - DF (2016/0055495-5)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

IMPETRANTE : CARLA MAGALI GEHLEN

ADVOGADO : CARLA MAGALI GEHLEN

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

PACIENTE : DANILIO OLIVEIRA SOUSA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de DANILIO OLIVEIRA SOUZA, em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 273, § 1º-B, I e IV, do Código Penal, a 10 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado (fl. 445):

APELAÇÃO CRIMINAL. COMERCIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTO SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO EM FACE DA EXISTÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE. INVIABILIDADE DE ALTERAÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO TIPO PENAL DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL PELO PODER JUDICIÁRIO ANTE A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

I-O fato de vender (em sítio eletrônico) e ter em depósito grande quantidade do medicamento, conhecido como CYTOTEC, cujo princípio ativo é a substância "misoprostol", a qual não possui registro válido no órgão de vigilância sanitária brasileiro, é conduta que se amolda ao tipo penal previsto no artigo. 273, § 1º, alínea "b", incisos I e IV do Código Penal.

II - Não há que se falar em absolvição por insuficiência de provas quando o conjunto probatório demonstra de forma inequívoca a autoria e a materialidade do fato delitivo. Os depoimentos dos policiais são provas idôneas e usufruem de presunção de veracidade e credibilidade próprias dos atos administrativos.

III – Cabe ao Poder Legislativo a fixação do preceito secundário do tipo penal, sendo incabível por parte do Poder Judiciário a sua alteração, ainda que para beneficiar o acusado, em virtude da aplicação do princípio da separação do poderes.

IV – Recurso conhecido e não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ajuizada revisão criminal, o pedido foi julgado improcedente, conforme a seguinte ementa (fl. 561):

PENAL E PROCESSUAL PENAL . REVISÃO CRIMINAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 273, DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO FEITO. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE .

1. A revisão criminal só é cabível nas hipóteses taxativas do artigo 621, do C PP, e visa reexaminar decisão condenatória transitada em julgado em que há vício de procedimento ou de julgamento.

2. A ação revisional não se presta ao reexame de fatos e provas já submetidos à apreciação do julgador originário e do órgão colegiado, mas apenas para sanar eventuais erros judiciários, um a vez que não pode ser utilizada como uma segunda apelação.

3. Não compete ao Poder Judiciário a fa s ta r o preceito secundário de norma penal, ainda que a fundamento de que o legislador deixou de observar a proporcionalidade entre a conduta proibida e a sanção imposta a quem a infringiu, sob pena de invadir a função estatal destinada ao Poder Legislativo.

4. Revisão Criminal improcedente.

Pede o impetrante a aplicação do preceito secundário do crime de tráfico ao delito pelo qual foi condenado, invocando julgado desta Corte que teria entendido que, tratando-se de crime hediondo, de perigo abstrato, que tem como bem jurídico tutelado a saúde pública, mostra- se razoável a aplicação do preceito secundário do delito de tráfico de drogas ao crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (fl. 5)

Aduz que O PACIENTE PREENCHE OS REQUISITOS DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.334/06, DEVENDO SUA PENA SER DE 1 ANO E OITO MESES, CONVERTIDA EM RESTRITIVA DE DIREITOS, NOS TERMOS DO ART. 44 DO CP, EXATAMENTE O QUE DETERMINA O VOTO DO RELATOR DO JULGADO PARADIGMA (fl. 5).

Afirma, ainda, que, ao aplicar ao caso o posicionamento firmado, nos termos do voto do Relator deverá ser aplicado inclusive a causa de diminuição de pena ao paciente que deverá ser reduzida e fixada nos termos do art. 33, § 4º da Lei 11334/06, fixando a pena definitiva em 1 ano e oito meses de reclusão, 165 dias multa, regime aberto, e convertida em duas penas restritivas de direitos, conforme art. 44 do CP (fl. 9).

Requer a concessão da medida LIMINAR para suspender a execução da carta de sentença em desfavor de DANÍLIO OLIVEIRA SOUSA, oficiando-se imediatamente para recolher o mandando de prisão expedido pelo Juízo da VEP do TJDF (fl. 9)

No mérito, pede seja concedida a ordem para aplicar o posicionamento do julgado paradigma no AI no HC n. 239.363/PR, (DJe 10/4/2015), ou seja, aplique a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao crime previsto no art. 273§ 1º B, conforme a pena do tráfico privilegiado, fixando-a em 1 ano e 8 meses de reclusão, 165 dias multa, em regime inicialmente aberto e convertidas em duas penas restritivas de direitos (fl. 9)

A liminar foi indeferida às fls. 603/605.

As informações foram prestadas às fls. 613/664.

O Ministério Público Federal se manifestou pela extinção do writ sem resolução de mérito, com concessão parcial da ordem, de ofício, para determinar que o Tribunal a quo refaça a dosimetria da pena imposta ao paciente quanto ao delito previsto no artigo 273, § 1º-B, I e IV, do Código Penal, aplicando, nessa nova moldura, o preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/2006 (fls.673/674).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 350.336 - DF (2016/0055495-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012, assim alinhando-se a precedente do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 273, § 1º-B, I e IV, do Código Penal, a 10 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Neste *writ*, busca o impetrante afastar a sanção prevista no art. 273, § 1º-B, do CP diante da sua desproporcionalidade.

Com efeito, no julgamento do AI no HC n. 239.363/PR, pela Corte Especial, Relator Ministro Sebastião Reis, em 26/2/2015, por maioria, foi acolhida a arguição de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, cujo acórdão, publicado em 10/4/2015, teve a seguinte ementa:

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

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Destarte, ante a referida declaração de inconstitucionalidade, a consequência deve ser a determinação de retorno dos autos à instância *a quo*, a fim de que proceda a nova capitulação jurídica, atentando-se ao preceito secundário que melhor se adegue ao fato.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. PREVISÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA DO RECURSO ORDINÁRIO. NOVO ENTENDIMENTO DO STF E DO STJ. ART. 273, § 1º-B, I, DO CP. APENSAMENTO DO HC N. 259.627/PR PARA JULGAMENTO CONJUNTO. RELAÇÃO DE NATUREZA COM ESTE WRIT. MAIOR AMPLITUDE DE DEBATE E DISCUSSÃO. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA PROCESSAR E JULGAR O FEITO. MATÉRIA NÃO SUSCITADA PELA DEFESA EM SEDE RECURSAL. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APREENSÃO DE MEDICAMENTO NÃO REGISTRADO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA COMPETENTE. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE INTERNACIONALIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 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. CONDUTA SEMELHANTE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 273, § 1º-B, DO CP SUBMETIDA À CORTE ESPECIAL (AI NO HC N. 239.363/PR).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACOLHIMENTO. DECLARAÇÃO DE 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. O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo apelante.

3. O acórdão que negou provimento ao apelo da defesa não tratou da alegada incompetência da Justiça estadual para processar e julgar a ação penal, até mesmo porque em momento algum do processo criminal em apreço a defesa a suscitou.

4. Tal questão deveria, por óbvio, ter sido arguida no momento oportuno e perante o juízo competente, no seio do indispensável contraditório, circunstância que evidencia a impossibilidade de análise da impetração por este Tribunal, sob pena de se configurar a indevida supressão de instância.

5. A competência para processar e julgar o crime do art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal, em princípio, é da Justiça estadual, sendo a Justiça Federal competente quando houver indícios da internacionalidade do delito demonstrada pelo contexto fático.

6. Hipótese em que, ausentes indícios da internacionalidade da conduta, pois não demonstrada a responsabilidade do paciente pelo ingresso dos medicamentos no território nacional, afastada está a competência da Justiça Federal para o exame do feito.

7. A pretensão do paciente (condenado à pena total de 12 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 35 dias-multa, pela prática dos fatos típicos descritos nos arts. 273, § 1º-B, I, e 298 do CP), nos autos do HC n.

259.627/PR, aqui apensado, é o afastamento da aplicabilidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, por afronta aos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade.

8. 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.

9. Adotado esse entendimento, a consequência, nesta impetração, é determinar ao Tribunal de Justiça do Paraná que proceda a novo julgamento da Apelação Crime n. 799.759-5, com a possibilidade, inclusive, de nova capitulação jurídica, se for o caso, assegurado o direito do paciente de permanecer em liberdade até o julgamento definitivo.

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para determinar ao Tribunal de Justiça do Paraná que proceda a novo julgamento da Apelação Crime n. 799.759-5, com a possibilidade, inclusive, de nova capitulação jurídica, se for o caso, assegurado o direito do paciente de permanecer em liberdade até o julgamento definitivo (HC 260.847/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/5/2015, DJe 29/5/2015).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para determinar ao juízo das execuções a aplicação do preceito secundário que melhor se adeque ao fato no que diz respeito ao art. 272, § 1º-B, I, do CP.

Prejudicado o pedido de reconsideração (fls. 678/679).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0055495-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 350.336 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00127608720158070000 127608720158070000 20110111709812 20150020126423
4822012

EM MESA

JULGADO: 06/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

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	: CARLA MAGALI GEHLEN
ADVOGADO	: CARLA MAGALI GEHLEN - DF044745
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE	: DANILIO OLIVEIRA SOUSA
CORRÉU	: GUSTAVO ALVES MARTINS NETO

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 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 do Sr. Ministro Relator.

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