



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.531.982 - SP (2015/0113061-4)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : DIOGO ROCHA DE SENA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA

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.
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.

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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 11 de outubro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.531.982 - SP (2015/0113061-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de agravo regimental interposto pelo **Ministério Público Federal** contra decisão que deu provimento ao recurso especial do agravado, para *determinar o envio dos autos ao Tribunal de origem para, ao analisar o caso concreto, fixe a sanção definitiva do recorrente 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 art. 273, § 1º-B, do Código Penal*(fl. 249).

O recurso especial do agravado foi provido (fls. 282/288). A ementa merece transcrição (fl. 282):

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. ART. 273, § 1º-B, I, DO CÓDIGO PENAL. 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.

Recurso especial provido.

Contra essa decisão foi interposto o presente agravo regimental, por meio do qual se extraem as seguintes proposições (fls. 294/302):

a) a aplicação do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal, *havia sido devidamente mantida pelo Tribunal de origem, não podendo prosperar a incidência do preceito secundário do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (tráfico ilícito de entorpecentes) com fundamento na inconstitucionalidade daquele, por violação ao princípio da proporcionalidade* (fl. 296);

b) as penas cominadas ao delito, *observadas as condutas trazidas à órbita penal pela Lei n. 9.677/1998, objetivam corresponder ao elevado risco à saúde pública proporcionado pela ação delitiva, mormente à vida das pessoas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que adquirem e consomem os produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais (fl. 298); e

c) verifica-se que o Supremo Tribunal Federal tem chancelado a compatibilidade do preceito secundário do art. 273, do Código Penal, com a Constituição Federal, salientando, ainda, que não cabe ao Poder Judiciário interferir nas opções feitas pelo Poder Legislativo, sob pena de violação à separação de poderes (art. 2º, da Constituição Federal) – fl. 301.

Requer o agravante, por fim, o não provimento do recurso especial interposto pelo agravado, *in verbis* (fls. 301 e 302):

[...] Diante do exposto, requer o Ministério Público Federal a reconsideração da r. decisão de 282/288 (e-STJ), para negar provimento ao recurso especial, mantendo-se a condenação do réu nas penas do art. 273, §1º-B, inciso I, do Código Penal, ou, na hipótese de assim não entender esse D. Relator, que seja o presente Agravo Interno submetido à apreciação da Colenda Turma, esperando-se que seja conhecido e provido, nos termos mencionados.

[...]

Dispensou-se a oitiva da parte contrária.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.531.982 - SP (2015/0113061-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): O agravo regimental não merece provimento.

Inicialmente, o agravado foi denunciado como incurso nos arts. 273, §1º-B, do Código Penal e arts. 33 c/c o 40, I, da Lei n. 11.343/2006. Após regular trâmite do feito, sobreveio a sentença condenando-o à pena de 10 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, como incurso no art. 273, §1º-B, I, do Código Penal.

Com efeito, o entendimento adotado pelo Tribunal de origem considerou, ao caso, a configuração do crime previsto no art. 273, 1º-B, I, do Código Penal, com a seguinte fundamentação, *in verbis* (fls. 189 e 190):

[...] A alegação de ser desproporcional a pena abstratamente imposta ao crime do art. 273 do Código Penal, sendo inconstitucional o preceito secundário dessa norma, não merece prevalecer. A elevada nocividade da conduta se infere da própria elementar do tipo, consistente na ¹ falta de registro no órgão de vigilância sanitária competente", fato que revela se tratar de medicamentos que não têm sua segurança reconhecida pela agência federal de controle sanitário, de forma que seus efeitos podem acarretar sério risco a saúde da população e à própria vida daqueles que o consumirem; daí a opção do legislador pelo especial rigor na repressão e no maior apenamento do delito, bem como sua classificação no rol de crimes hediondos. Não há nisso qualquer exagero por parte do legislador. Quem adquire substância entorpecente, o faz sabendo de sua natureza, de seus malefícios e de seu caráter ilícito, e mesmo assim já se considera o seu tráfico ilícito um crime hediondo. Assim, com mais forte razão merece intenso repúdio e severa repressão a conduta de importar ou comercializar medicamento irregular, porque quem o consome não necessariamente tem conhecimento dessa ilicitude e certamente pensa que o faz em benefício de sua saúde, normalmente deixando de se submeter ao tratamento adequado, arriscando-se inconscientemente tanto pelos efeitos nocivos da substância como pela falta de outra recomendada por seu médico e autorizada pela agência federal.

Por tal razão, não caberia ao julgador, como pressuposto do exercício de sua função jurisdicional, realizar o prévio juízo de proporcionalidade entre a pena abstratamente imposta no preceito secundário da norma com o bem jurídico valorado pelo legislador e alçado à condição de tipo na norma penal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

função esta típica do poder legislativo e opção política não sujeita ao controle judicial.

[...]

Da atenta leitura do voto condutor do acórdão regional, o Tribunal originário assentou a constitucionalidade do art. 273 do Código Penal, não reconhecendo a violação ao princípio da proporcionalidade, e manteve a pena cominada ao delito. Ademais, consignou que, no caso concreto, a conduta do agravado implicava grande potencial lesivo à saúde pública ou à economia popular, não se aplicando, ao caso, a conduta e a sanção referente ao delito de tráfico ilícito de drogas (fls. 183/195).

Sobre o tema, contravindo o acórdão regional, a Corte Especial deste Superior Tribunal – no julgamento do AI no HC n. 239.363/PR, de minha relatoria, DJe 10/4/2015 – arguiu e declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário do aludido dispositivo legal, qual seja, o art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal:

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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n. 239.363/PR, de minha relatoria, Corte Especial, DJe 10/4/2015 – grifo nosso)

Diante disso, em atenção à decisão supra, as Turmas que compõem a 3ª Seção deste Superior Tribunal passaram a determinar a aplicação do preceito secundário do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 aos casos em que o acusado é condenado pelo crime previsto no artigo 273, § 1º-B, do Código Penal (HC n. 301.952/DF, Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Quinta Turma, DJe 18/8/2015).

Ilustrativamente:

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 ARGÜIÇÃO 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 verbeta n. 83 da Súmula desta Corte.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.360.209/SC, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 22/6/2015)

Por conseguinte, mereceu provimento a insurgência recursal do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agravado com a determinação do retorno dos autos à origem para a fixação da sanção definitiva do agravado 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.

Dessa forma, não merece reforma o *decisum* agravado ao assim determinar (fl. 287):

[...] Ante o exposto, com fulcro no art. 34 do RISTJ e no disposto na Súmula 568/STJ, **dou provimento** ao recurso especial para – mantida a condenação do recorrente – determinar o envio dos autos ao Tribunal de origem para, ao analisar o caso concreto, fixe a sanção definitiva do recorrente 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 art. 273, § 1º-B, do Código Penal.

[...]

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

Em face do exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0113061-4

AgRg no
REsp 1.531.982 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00013463420094036116 00203547020134030000 13463420094036116 200961160013463
201302017870 201303000203547 203547020134030000

PAUTA: 11/10/2016

JULGADO: 11/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DIOGO ROCHA DE SENA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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 : DIOGO ROCHA DE SENA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

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 Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.