



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 778210 - SP (2022/0330202-0)

**RELATOR** : **MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT)**  
**IMPETRANTE** : GUILHERME FORTES BASSI E OUTROS  
**ADVOGADOS** : RUBENS SIEBNER MENDES DE ALMEIDA - SP425474  
GUILHERME FORTES BASSI - SP433258  
LUCAS MARQUES GONÇALVES LOPES - SP433917  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : SHERLINE RICHARD (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado contra acórdão assim ementado (fls. 18-19):

APELAÇÃO. FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTOS DESTINADOS A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS (art. 273, §1º-B, I, do CP). Preliminares. Denúncia que preenche os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal. Alegação de inépcia, ademais, superada com a prolação da sentença. Deficiência de fundamentação. Inocorrência. Sentença analisando as matérias suscitadas pela Defesa via memoriais. Rejeição. Mérito. Materialidade e autoria comprovadas. Inequivoca apreensão de produtos sem autorização da ANVISA, algo corroborado por coesos e seguros depoimentos dos policiais civis, além do laudo pericial. Condenação mantida. Apenamento. Revisão. Impossibilidade. Ré já beneficiada com a aplicação da sanção cominada ao crime previsto no artigo 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006. Tema 1.003 editado pela Suprema Corte em Repercussão Geral aplicável apenas diante de importação de medicamento sem registro. Repristinação de preceito secundário atrelado à redação originária do artigo 273 do Código Penal incabível. Pena-base no mínimo legal, inobstante circunstância judicial desfavorável representada pela considerável quantidade de medicamento apreendido. Agravante prevista no artigo 61, II, “j”, do CP. Estado de calamidade pública decorrente do quadro de pandemia de COVID-19. Impossibilidade de aplicação, também por despropositada analogia, da figura “privilegiada” do tráfico à hipótese pela completa ausência de amparo legal, sem se ignorar a situação fática a evidenciar dedicação habitual ao comércio espúrio. Regime prisional fechado único adequado ao crime de natureza hedionda e às circunstâncias negativas do mesmo modo inconciliáveis com retro menos severo. Apelo improvido.

Consta dos autos que a paciente foi condenada às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 273, §1º-B c/c o art. 61, II, j, do Código Penal.

Sustenta a defesa que embora a paciente tenha sido condenada por “manter em depósito para venda medicamentos sem registro no órgão de vigilância sanitária

'competente"' (Doc. 01) – hipótese do artigo 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal –, foi afastado o reconhecimento do efeito repristinatório da redação original em razão desta – supostamente – abarcar ‘única e tão somente’ a hipótese de “importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária” (fl. 9).

Afirma que a decisão que mantém presa a paciente é flagrantemente ilegal, pois no julgamento do RE 979.962/RS, que fixou o Tema 1.003, em Repercussão Geral, ficou afastada a possibilidade de aplicação análoga à pena do crime de tráfico de drogas.

Entende que deve ser afastada a agravante mantida na 2ª etapa da dosimetria, prevista no artigo 61, II, "j", do Código Penal, cuja aplicação sequer foi fundamentada.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem de *habeas corpus*, com o reconhecimento do efeito repristinatório do preceito secundário da redação original do art. 273, *caput*, do Código Penal, devendo ser redimensionada a pena da paciente, bem como afastada a agravante prevista no art. 61, II, "j", do Código Penal.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal se manifestou pela concessão da ordem.

Assim se manifestou o Juízo de 1º grau (fls. 44 e 50):

STHERLINE RICHARD, qualificada nos autos, foi denunciada e está sendo processada como incurso nas sanções do artigo 273, §1º-B, c/c artigo 61, inciso II, "j", do Código Penal sob a acusação de que, **durante período de calamidade pública**, no dia 07 de outubro de 2021, por volta das 11h14min, na Rua São Paulo, 181, Sé, nesta cidade e comarca de São Paulo - SP, **tinha em depósito e guardava, para vender ou entregar de qualquer forma ao consumo de terceiros, 09 (nove) caixas, contendo 336 (trezentos e trinta e três) comprimidos do medicamento CYTOTEC, sem registro no órgão de vigilância sanitária competente**, conforme auto de exibição e apreensão de fls.02 e laudo pericial (fls.230/237).

[...]

2º Fase da Dosimetria Penal. Na segunda fase da dosimetria, inexistem circunstâncias legais atenuantes. **Presente a agravante do artigo 61, inciso II, "j", do Código Penal, aumento a pena em 1/6**, fixando a pena-intermediária em 11 anos e 08 meses de reclusão e 11 dias-multa.

Por sua vez, assim constou do acórdão impugnado (fls. 25-27):

No tocante à individualização da medida repressiva, convém notar que, também ao reverso do sustentado pela Defesa, **a ré já foi beneficiada com a aplicação, por analogia, da sanção prevista no artigo 33, caput, da Lei nº. 11.343/06, com lastro em precedentes do Superior Tribunal de Justiça, ressalvado o entendimento deste Relator a respeito da constitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, decorrendo o rigor da norma de correta opção do legislador diante da gravidade da conduta**, considerado o bem jurídico tutelado pela norma penal, tal como, inclusive, assentou o Colendo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça no Incidente de Inconstitucionalidade nº. 9301787-57.2008.8.26.0000 (Relator Desembargador WALTER DE ALMEIDA GUILHERME), com lastro em jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL anterior ao julgamento do RE 979.962/RS.

“O Poder Judiciário não detém competência para interferir nas opções feitas pelo Poder Legislativo a respeito da apenação mais severa daqueles que praticam determinados crimes, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes” (STF, RE 829226 AgR/SP, Relator Ministro LUIZ FUX, DJe 06-3-2015).

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de não existir 'ofensa aos princípios constitucionais da proporcionalidade, ofensibilidade e razoabilidade. As

condutas elencadas no art. 273 do Código Penal são extremamente graves, necessária enérgica reprovação e repressão” (HC 119.600, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Carmen Lúcia)” (STF, ARE 848324 AgR/SP - SÃO PAULO, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, DJe 31-3-2015).

Em igual sentir, STF, RE 844152 AgR/SP - SÃO PAULO, Relator Ministro GILMAR MENDES, DJe 18-12-2014; RE870.410 AgR/SP, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, DJe 26-05-2015; RE 971187 AgR/SP, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, DJe 25-10-2016.

**Quanto ao Tema 1.003 em Repercussão Geral, elaborado quando do julgamento do RE 979.962/RS, cuida-se de hipótese atinente à importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária, daí porque descabida a reprimenda do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, em sua redação originária, tal como há pouco assentou o Superior Tribunal de Justiça diante de situação diversa daquela analisada pela Suprema Corte (STJ, AgRg no AREsp 1258215/SC, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, julgado 24-8-2021).**

[...]

Já na segunda fase da dosimetria, **em razão da agravante atrelada ao estado de calamidade pública (artigo 61, inciso II, “j”, do Código Penal), majorou-se a sanção de um sexto (1/6), chegando-se ao patamar definitivo de cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão, mais multa de quinhentas e oitenta e três (583) diárias, unidade no piso, à míngua de outras causas modificadoras.**

Novamente ao reverso do pretendido pela Defesa, **inegável que o crime se verificou em momento de calamidade pública atrelado ao quadro de pandemia de COVID-19, consoante Decreto Legislativo Federal nº. 06/2020, cuidando-se de circunstância de natureza objetiva, a par de a situação propiciar menor circulação de pessoas e baixa vigilância a facilitar o espúrio comércio.**

Julgado desta Colenda Câmara corrobora o racional posicionamento, in verbis: “Sem razão recorrente ao postular o afastamento da agravante prevista no artigo 61, inciso II, “j” do Código Penal, pois é inegável a maior reprovabilidade da conduta criminosa praticada durante a pandemia de Covid-19, pois isto demonstra que o réu ignorou o isolamento social necessário para não propagação da doença. É de se considerar ainda que a sociedade como um todo está mais vulnerável, sendo que aqueles que se aproveitam desta situação merecem maior reprovabilidade, já que se aproveitaram para cometer crimes, mesmo tendo consciência que muitas pessoas vêm enfrentando situações críticas financeiras” (Apelação nº. 1519958-92.2020.8.26.0228, Relator Desembargador MACHADO DE ANDRADE, julgado 01-03-2021).

A doutrina reforça equívoco de corrente jurisprudencial que, na prática, torna letra morta o dispositivo legal em pauta, pontuando JOSÉ FREDERICO MARQUES que “As circunstâncias apontadas demonstram ausência de solidariedade humana, certo sadismo de ordem moral que revelam personalidade perversa e indivíduo de má índole” (“Tratado de Direito Penal”, 2ª edição, volume II/264 e 265, 1965), tal como o caso do malfeitor que age em desprezo à situação de calamidade pública a afligir a população, aproveitando-se, ao contrário, do caótico quadro.

Ponderação de DAMÁSIO DE JESUS também deve ser lembrada para realçar o nexo de causalidade objetivo entre o crime doloso e o estado de calamidade pública, decorrente justamente da ausência de solidariedade humana demonstrada pelo agente ao agir durante a pandemia, indagando e esclarecendo o mestre de forma didática: “As circunstâncias do art. 61 são objetivas ou subjetivas? São objetivas as do inciso II, alíneas c, d (salvo o meio cruel), h, i e j” (“Direito Penal”, Parte Geral, página 608/609, Editora Saraiva, 32ª edição, grifei e destaquei).

Como se vê, a Corte de origem aplicou, por analogia, a sanção prevista no art. 33 da Lei de Drogas e afastou o reconhecimento do efeito repristinatório da redação original do art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, por entender que o cenário dos presentes autos não se amolda à hipótese do RE 979.962/RS, julgado pelo STF, o qual aplicou tal efeito repristinatório para um caso de importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária.

Outrossim, o Tribunal *a quo* reconheceu a agravante da calamidade pública em desfavor do paciente, por se tratar de circunstância objetiva, uma vez ter sido praticado o delito durante a pandemia do coronavírus.

De início, desde o julgamento da AI no HC n. 239.363/PR, esta Corte Superior vinha aplicando o preceito secundário do tráfico de drogas para a conduta prevista no art. 273, § 1º-B, do Código Penal, admitindo, inclusive, a incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Por outro lado, no julgamento do RE n. 979.962, com repercussão geral (Tema 1.003), o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o preceito secundário, especificamente do inciso I, § 1º-B, do art. 273 do Código Penal, determinando a repristinação do preceito secundário da norma (reclusão de 1 a 3 anos e multa).

Da análise dos autos, verifica-se que a paciente "tinha em depósito e guardava, para vender ou entregar de qualquer forma ao consumo de terceiros, 09 (nove) caixas, contendo 336 (trezentos e trinta e três) comprimidos do medicamento CYTOTEC, sem registro no órgão de vigilância sanitária competente" (fl. 44).

O tipo penal do art. 273, § 1º-B, do Código Penal se perfaz com a prática de quaisquer das condutas elencadas nos seus incisos, ressaltando-se que se trata de tipo penal misto alternativo, pois, assim como previsto no § 1º da mesma legislação, também está sujeito as penas do *caput* "quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado".

*In casu*, aplica-se o inciso I da supracitada legislação, isto é, o mesmo inciso considerado pelo STF no julgamento do RE n. 979.962, referente a produtos sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente.

Portanto, tendo em vista o caráter constitucional da questão, a obrigatoriedade do julgado e a satisfação da cláusula de reserva de plenário, faz-se necessário adequar a jurisprudência deste Tribunal e aplicar o preceito secundário da redação original do art. 273 do Código Penal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ART. 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 9.677/1998. INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO. PRECEDENTE. ALCANCE. TIPO MISTO ALTERNATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 979.962 (TEMA 1003). REPRISTINAÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO DA REDAÇÃO ORIGINAL DO TIPO.

1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça pronunciou a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, tendo em conta a violação do princípio da proporcionalidade pelo legislador na fixação em abstrato da pena (AI no HC n. 239.363/PR, de minha relatoria, Corte Especial, DJe de 10/4/2015).

**2. No julgamento do RE n. 979.962, com repercussão geral (Tema 1.003), o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o preceito secundário, especificamente do inciso I, § 1º-B, do art. 273 do Código Penal, determinando a repristinação do preceito secundário da norma, solução diversa da adotada por este Tribunal.**

3. O tipo penal do art. 273, § 1º-B, do Código Penal perfaz-se com a prática de quaisquer das condutas elencadas nos seus incisos e, quando praticadas num mesmo

contexto, configuram crime único.

Trata-se de tipo penal misto alternativo (ou de ação múltipla ou conteúdo variável). No caso, a interpretação dada pelo Tribunal local violou a técnica legislativa, cindindo o tipo penal. A gravidade das condutas descritas nos incisos não é exatamente a mesma. A técnica legislativa do tipo misto alternativo elenca condutas diversas, mas dentro de um mesmo contexto de reprovabilidade, com gravidade muito semelhante.

#### **4. Necessário adequar a jurisprudência deste Tribunal e aplicar o preceito secundário da redação original do art. 273 do Código Penal.**

5. Ordem concedida para determinar que o Quinto Grupo Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo rejulgue a Revisão Criminal n. 2286712-43.2021.8.26.0000, observando a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal.

Determinado, ainda, o recolhimento do mandado de prisão até o julgamento do feito pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

(HC n. 739.791/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022.)

Quanto à agravante reconhecida pelas instâncias ordinárias, é pacífico na jurisprudência desta Corte o entendimento de que "a incidência da agravante do art. 61, inciso II, alínea 'j', do Código Penal - prática do delito durante estado de calamidade pública gerado pela pandemia do coronavírus - exige nexos entre tal circunstância e a conduta do agente" (AgRg no HC n. 717.298/SP, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/2/2022, DJe 2/3/2022), o que não foi demonstrado nos autos, devendo tal agravante ser afastada.

Nesse sentido, a pena do paciente deve ser redimensionada, aplicando-se a redação original do art. 273 do Código Penal, cuja pena é de 1 a 3 anos de reclusão e multa.

Na primeira fase, fixo a pena-base no mínimo legal, isto é, em 1 ano de reclusão, mais 10 dias-multa, ante a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Afasto a majorante da calamidade pública na segunda fase, razão pela qual, à míngua de outras causas modificadoras, fixo a pena definitiva em 1 ano de reclusão, mais 10 dias-multa.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, adequado o regime inicial aberto, haja vista se tratar de paciente primária cuja pena aplicada foi inferior a 4 anos, nos moldes do art. 33, § 2º, c, do CP, também fazendo jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez ter preenchidos todos os requisitos legais do art. 44 do CP. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. RECURSO MINISTERIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. REGIME ABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

**1. A despeito da conhecida nocividade da cocaína, deve-se sopesar também a irrisória quantidade apreendida, de meros 60g (sessenta gramas), quantum que não pode ser considerado exacerbado sob qualquer perspectiva.**

**2. Assim, diante do quantum da reprimenda (1 ano e 8 meses de reclusão), da primariedade do réu e da pequena quantidade de entorpecente (60g de cocaína), o paciente faz jus ao regime inicial aberto, o qual se revela como o mais adequado à prevenção e à repressão do delito em tela, conforme o art. 33, § 3º,**

**do Código Penal.**

**3. Por fim, afastada a hediondez ou a gravidade abstrata do crime, como critério para obstar a substituição das penas, e preenchidos os pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade em medidas restritivas de direitos, como definidas na sentença condenatória.**

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 746.166/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022.)

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para aplicar à sentenciada o preceito secundário da redação original do art. 273 do Código Penal, estabelecendo a pena da paciente em 1 ano de reclusão, mais 10 dias-multa, em regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 01 de fevereiro de 2023.

Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT)

Relator