



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº [REDAZIDO] - SP [REDAZIDO]

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE : [REDAZIDO]
ADVOGADO : [REDAZIDO]
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : [REDAZIDO]
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

[REDAZIDO] alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que negou provimento à Apelação Criminal n. [REDAZIDO]

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 273, §§ 1º e 1º-B, III e V, do CP, **com a aplicação do preceito secundário descrito no art. 33, caput, da Lei de Drogas.**

A defesa pleiteia, por meio deste *writ*, seja reconhecida a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, com a consequente fixação do regime aberto.

A liminar foi indeferida e, diante da suficiente instrução dos autos, foi dispensada a solicitação de informações à autoridade apontada como coatora.

O Ministério Público Federal manifestou-se "pela concessão parcial da ordem apenas para que o regime inicial de cumprimento da pena seja abrandado para o semiaberto, tendo em vista o quantum sancionatório estabelecido" (fl. 90).

Decido.

Conforme salientado anteriormente, o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 273, §§ 1º e 1º-B, III e V, do CP, com a aplicação do preceito secundário descrito no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas.

O Tribunal de origem, ao negar provimento ao recurso de apelação, assim fundamentou a impossibilidade de incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis* (fls. 45-46):

Os pedidos subsidiários também não comportam acolhimento. Registre-se a indevida aplicação das penas previstas na Lei Especial no 11.343/06 para o presente caso, pois: 1. o artigo 273 do Código Penal é dispositivo vigente e tipifica condutas diversas daquelas previstas na Lei Especial; 2. não há manifestação dos Tribunais Superiores questionando a Constitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, não cabendo ao magistrado essa função; 3. ainda que a substância produzida e distribuída pelos Réus seja considerada "droga" em sentido lato, seu reconhecimento como substância controlada é diverso daquelas substâncias abarcadas pela Lei no 11.343/06; 4. não cabe ao magistrado questionar, por via difusa, a proporcionalidade do preceito secundário de tipo penal vigente, promovendo inovação legislativa, ainda que a pretexto de beneficiar o Réu; 5. as substâncias anabolizantes também possuem potencial para causar severos danos à saúde, podendo levar à morte. Fica mantida a aplicação da Lei Especial, contudo, porque ausente recurso do Ministério Público, ficando rejeitados os esdrúxulos pedidos de aplicação do redutor especial de penas, **pois ambos os Apelantes já foram beneficiados indevidamente. Ainda que assim não fosse, aquele redutor especial só teria sentido se fosse a hipótese legal de classificação do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, o que não é o caso.**

Sobre a matéria posta em discussão, faço lembrar que, em 24/3/2021, por ocasião da conclusão do julgamento do **RE n. 979.962/RS** (Rel. Ministro Roberto Barroso), **com repercussão geral reconhecida**, o Plenário do Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese (Tema 1.003):

É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.677/98 (reclusão, de 10 a 15 anos, e multa), à hipótese prevista no seu § 1º-B, I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, **fica repristinado o preceito secundário do art. 273,**

na redação originária (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa) (grifei).

Na ocasião, a Corte Suprema determinou o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para a aplicação da tese jurídica fixada no referido julgado.

Assim, uma vez que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que, em razão da inconstitucionalidade do preceito secundário previsto no art. 273 do CP, deve ser repristinado o preceito secundário do art. 273, na redação original (1 a 3 anos de reclusão, e multa), **não há mais falar em possibilidade de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.**

Entendo, no entanto, que deve ser determinado o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de que aplique, em favor do acusado, a tese jurídica fixada pelo STF nos autos do RE n. 979.962/RS e, por conseguinte, realize a nova dosimetria da pena do paciente, **com observância ao princípio da *ne reformatio in pejus*.**

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **denego a ordem.** No entanto, **concedo habeas corpus, de ofício,** para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de que aplique, em favor do paciente, a tese jurídica fixada pelo STF nos autos do RE n. 979.962/RS e, por conseguinte, realize a nova dosimetria da pena (Apelação Criminal n. [REDACTED]).

Ainda, determino ao Tribunal de origem que, ao reanalisar a dosimetria da pena, **reavalie** o regime inicial de seu cumprimento, à luz das peculiaridades do caso concreto.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 16 de maio de 2022.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator