HABEAS CORPUS Nº 503.109 - SP (2019/0099294-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	ANTONIO APARECIDO BELARMINO JUNIOR
ADVOGADO	:	ANTÔNIO APARECIDO BELARMINO JÚNIOR - SP337754
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	EUCLIDES NACHBAR

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS (ART. 273, § 1º E § 1º-B, I E IV, DO CP). FUNDAMENTAÇÃO UTILIZADA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA PARA OBSTAR A CONCESSÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA.
Writ indeferido liminarmente.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **Euclides Nachbar** contra ato coator proferido pela Décima Quarta Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, dando provimento ao recurso ministerial, redimensionou sua pena a 6 anos e 3 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 625 dias-multa, à razão mínima, pela prática da conduta descrita no art. 273, §§ 1º e 1º-B, I e IV, do Código Penal.

O impetrante alega, em síntese, que o ato coator incorreu em *bis in idem* na dosimetria da pena. Afirma haver flagrante ofensa à dosimetria da pena ao deixar de aplicar o redutor previsto em lei, pois estão presentes todos os requisitos para a concessão da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Argumenta que a negativa de aplicação do benefício carece de amparo legal e jurisprudencial, pois se utilizou de ilegal raciocínio dedutivo, absolutamente alheio à prova dos autos. Com a constatação de *bis in idem*, deverá ser realizada nova dosimetria da pena do paciente, dessa vez com a utilização do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Pede a concessão de liminar para que o cumprimento da pena se dê em regime aberto até o julgamento deste *habeas corpus*. No mérito, pede a aplicação do

redutor do § 4º do art. 33 da Lei n.11.343/2006 (fls. 3/22).

É o relatório.

De imediato, não vislumbro, de plano, ilegalidade apta à concessão da ordem neste *writ*.

Primeiramente, importante transcrever trecho da sentença que cuidou da dosimetria da pena (fls. 65/66):

> Na análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, verifico que a expressiva quantidade e variedade de medicamentos justifica a fixação da pena-base acima do patamar do mínimo legal. Contudo, considerando a circunstância atenuante da confissão judicial, analisada na segunda fase da dosimetria da pena, fixo a pena intermediária novamente no patamar mínimo. Lembro, ademais, que não há causas agravantes.
>
> Já na terceira fase da dosimetria, não há causas de aumento de pena. Por outro lado, considerando a primariedade do réu e a ausência de circunstância que permitam inferir sua integração em organização criminosa ou dedicação a atividades criminosas, de rigor a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.
>
> A Lei 11.343/06 não estabelece expressamente os critérios para a definição da fração aplicável para redução da pena. Assim, prevalece que o julgador deve se valer dos critérios descritos no artigo 59 do Código Penal e 42 da Lei n° 11.343/06, evitando-se eventual bis in idem. Cabe destacar:
>
> [...]
>
> Remetendo às circunstâncias judiciais, a grande quantidade e variedade dos medicamentos apreendidos evidencia a maior gravidade do delito e exige prudência na definição do quantum de diminuição aplicável a pena. Diante de tais critérios, de rigor a redução da metade da pena intermediária.
>
> Portanto, torno definitiva a pena de 02 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 250 dias-multa.
>
> Considerando a quantidade de medicamento apreendido e sua origem (confissão do réu quanto à compra no estrangeiro), fixo cada dia-multa acima do mínimo legal, em 1/20 do salário mínimo vigente.
>
> Com base na quantidade de pena aplicada e na primariedade do agente, nos termos do artigo 33, § 2º, do Código Penal, o regime inicial para cumprimento da pena corporal será o aberto.
>
> Observo que o réu exerce ocupação lícita e não teve mais notícias de envolvimento com outros crimes, razão pela qual entendo que o caso comporta substituição da pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a cargo do juízo da execução, pelo prazo idêntico ao da pena privativa de liberdade e prestação pecuniária, esta no valor de 05 salários mínimos.

O Tribunal local proveu o apelo ministerial aos seguintes fundamentos (fls. 75/76 – grifo nosso):

> Na primeira fase, deve-se levar em conta que algumas das pílulas apreendidas não continham o princípio ativo, sendo inócuas, o que levaria seus usuários a ficarem sem qualquer tratamento. De outra banda, um dos medicamentos apreendidos, Cytotec, cuja comercialização regular é proibida no Brasil, tem efeito abortivo e pode provocar sérias seqüelas a seus usuários.
>
> Por conta dessas circunstâncias, estabeleço a pena de partida em 1/2 acima do mínimo, tal como postulado pelo Ministério Público, obtendo 7 anos, 6 meses de reclusão, e 750 dias-multa.
>
> Na segunda fase, observo que não houve confissão, já que o réu procurou negar o dolo. No entanto, tendo sido a atenuante reconhecida pela sentença, sem que contra isso se insurgisse o Ministério Público, mantenho redução, por conta dela, de 1/6, chegando à pena de 6 anos e 3 meses de reclusão, e 625 dias-multa.
>
> **Na derradeira etapa, verifica-se que a enorme quantidade de medicamentos e o expressivo montante em dinheiro apreendidos indicam intensa dedicação do apelante às atividades criminosas, o que impõe o afastamento do redutor do artigo 33 § 4°. da Lei n°. 11.343/2006.**
>
> Consolida-se, portanto, a pena de 6 anos e 3 meses de reclusão e 625 dias-multa.
>
> A pena imposta não admite substituição, e o regime não pode ser mais brando do que o semiaberto.

Observa-se que o Tribunal local afastou a incidência da causa de diminuição da pena com base na quantidade de medicamentos apreendidos e no expressivo montante em dinheiro apreendido.

Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já assentou, não é suficiente a conclusão pelo pertencimento à organização criminosa ou dedicação às atividades criminosas com base exclusiva na quantidade de drogas.

Nesse sentido: AgRg no REsp n. 1.716.202/PR, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 12/6/2018.

Admite-se, no entanto, que a quantidade seja elemento de convicção acerca do pertencimento à organização criminosa ou da dedicação às atividades criminosas.

Essa diferenciação entre elemento de convicção e fundamento exclusivo foi esmiuçada pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 118.697/SP, Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 27/5/2014, hipótese em que não se configura o *bis in idem* quando há menção à quantidade de droga também na primeira fase da dosimetria.

Ora, *in casu*, na terceira fase, a quantidade de medicamento apreendido foi utilizada como elemento de prova, junto com o valor apreendido para inferir a dedicação do paciente ao comércio de medicamento, fundamento este que encontra lastro na

jurisprudência desta Corte Superior.

Ante o exposto, **indefiro liminarmente** o *writ*.

Publique-se.

Brasília, 08 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator