



ESTADO DA PARAÍBA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GABINETE DO DES. MÁRCIO MURILO DA CUNHA RAMOS

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0001594-49.2007.815.0151 - 1ª Vara da Comarca de Conceição

RELATOR: O Exmo. Des. Márcio Murilo da Cunha Ramos

APELANTE: Ricardo de Oliveira e outros.

ADVOGADO: Augusto Sérgio S. de Brito Pereira; Ailton Nunes Melo Filho (OAB/PB 13.942)

APELADO: A Justiça Pública

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTOS DESTINADOS A FINS TERAPÊUTICOS E MEDICINAIS. FORMA EQUIPARADA. VENDA, CONSERVAÇÃO E EXPOSIÇÃO DE SUBSTÂNCIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO NOS ÓRGÃOS DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL PELO STJ. RETORNO DOS AUTOS PARA REALIZAÇÃO DE NOVA DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DA PENA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. REDUTOR INERENTE AO TRÁFICO PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE. NÃO APLICAÇÃO AO CASO CONCRETO. RÉU DEDICADO A ATIVIDADES CRIMINOSAS.

1. Ao julgar o *habeas corpus* 239.363/PR, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273, §1º-B, do Código Penal, afirmando, posteriormente, ser devida a aplicação da pena prevista no artigo 33 da Lei 11.343/2006 (pena aplicada ao tráfico de drogas).

2. Em face da desproporcionalidade da pena cominada para o art. 273 do CP, faz-se necessário ajuste principiológico da norma, aplicando-se a analogia *in bonam partem* da reprimenda prevista na Lei 11.343/2006 que visa a proteger, entre outros, idêntico bem jurídico, qual seja, a saúde pública. Precedentes.

3. Não se configurando o registro de antecedentes em desfavor

do acusado e ausentes provas suficientes de que se dedique a atividades ilícitas e integre organização criminosa, é possível a incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

4. No caso dos autos, evidenciada a dedicação à atividade delitativa e participação efetiva em organização criminosa por parte do réu, impossível a incidência da minorante prevista no [art. 33, § 4º](#), da [Lei nº 11.343/06](#).

Vistos, relatados e discutidos estes autos acima identificados.

Acorda a Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, à **unanimidade, cumprindo determinação do STJ, em aplicar a pena de cinco anos de reclusão, no regime semiaberto, nos termos do voto do relator.**

RELATÓRIO

Em 17/09/2007, o Ministério Público do Estado da Paraíba ofereceu denúncia contra RICARDO DE OLIVEIRA, JOÃO ALVES DE PAULA FILHO, JOSÉ FERREIRA XAVIER, AIRON DA SILVA GOMES e MAURO SÉRGIO MEDEIROS, imputando-lhes a prática dos crimes previstos nos artigos 288, *caput* (associação criminosa), 283 (charlatanismo), 284, I, II e III (curandeirismo) e 158 (extorsão), todos do Código Penal. Posteriormente, após a juntada de laudo técnico emitido pela Agência Estadual de Vigilância Sanitária, o *parquet* estadual realizou o aditamento da denúncia, incluindo o crime do artigo 273, §1º-B (falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais), também do Código Penal (fls. 1089).

De acordo com a inicial acusatória (fls. 02/06), os réus, capitaneados pelo acusado RICARDO DE OLIVEIRA, mantinham uma espécie de centro esotérico na cidade de Conceição/PB e em mais nove cidades do Estado de Pernambuco, por meio dos quais disponibilizavam à população serviços denominados de *“cura pela fé”* e trabalhos espirituais a base de ervas, banhos e velas, cobrando vultosas quantias de pessoas menos abastadas e de pouco intelecto. Narra a denúncia que as vítimas procuravam os denominados centros esotéricos e, ali aportando, eram atendidas pelo Sr. Ricardo Oliveira, autointitulado de *“Professor Saturno”* e sua esposa, Sra. Lucicleide Alves Santos, autointitulada *“Madame Luanda”* que, por sua vez, *“persuadiam-nas, incutindo que toda a situação vivida naquele momento seria em razão de estarem infectadas por um trabalho de macumba e que urgentemente deveriam fazer um tratamento para se livrarem do mal, inclusive, garantindo mostrar o rosto daquele que realizou o malsinado ato de bruxaria”*.

Consta, ainda, que os agentes prescreviam, receitavam e ministravam substâncias medicinais (ervas, aromatizantes, óleos, pó e sabonetes) destinadas à cura do suposto mal. Para alicerçar o intuito financeiro, os agentes aduziam que se não fossem atendidos no tocante ao dinheiro solicitado para realização do suposto tratamento, as vítimas corriam sérios riscos de perderem a vida. Registre-se que o “centro esotérico” se valia dos meios de comunicações locais para angariar clientes,

de modo que os serviços eram divulgados livremente nas rádios e emissoras de TV, internet, além de realizarem atendimentos por telefone.

Os demais denunciados (**JOÃO ALVES DE PAULA FILHO, JOSÉ FERREIRA XAVIER, AIRON DA SILVA GOMES e MAURO SÉRGIO MEDEIROS**) eram responsáveis pelos trabalhos periféricos da organização, como agendamento de clientes, serviços de segurança, motorista e serviços bancários.

A denúncia recebida em 20/09/2007 (fls. 178).

A Sentença de primeiro grau, proferida pelo Juiz Antônio Eugênio Leite Ferreira Neto, às fls. 1736/1768, declarou extinta a punibilidade dos réus com relação aos crimes de charlatanismo e curandeirismo, haja vista o transcurso do prazo prescricional. No tocante aos demais crimes, o réu Ricardo de Oliveira foi condenado pela prática de formação de quadrilha, extorsão e falsificação, corrupção ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos e medicinais, enquanto que os demais acusados foram absolvidos apenas da prática do crime de extorsão, sendo condenados pelos demais crimes supramencionados.

Inconformados, os réus interpuseram apelação criminal, a qual foi relatada pelo Juiz Convocado Marcos William de Oliveira. Na ocasião do julgamento, a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça reformou parcialmente a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Conceição, mantendo a condenação do réu Ricardo de Oliveira pelo crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, §1º-B, CP), cuja pena foi fixada em 10 (dez) anos de reclusão, além de 200 (duzentos) dias-multa, no valor mínimo previsto em lei.

Após a rejeição de Embargos Declaratórios, o réu Ricardo de Oliveira interpôs Recurso Especial e Recurso Extraordinário. Concomitantemente, impetrou um *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça. O Ministro Nefi Cordeiro, ao apreciar o referido remédio constitucional, reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273, §1º-B, do Código Penal, determinando a realização de uma nova dosimetria da pena por este Tribunal de Justiça.

Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra da insigne Dra. Maria Lurdélia Diniz de Albuquerque Melo, requereu apenas o cumprimento da ordem emanada do Superior Tribunal de Justiça, nada aduzindo com relação à pena que deve ser aplicada no caso concreto (fls. 2165/2166).

A defesa do réu Ricardo de Oliveira, por sua vez, pugnou pela absolvição do réu, ao argumento de que a conduta imputada a ele não ocasionou lesão a nenhum bem jurídico relevante e, como o preceito secundário do tipo foi declarado inconstitucional, o Tribunal de Justiça não pode se imiscuir nas funções do legislativo para criar novos parâmetros de pena. Alternativamente, caso não seja esse o entendimento, afirma que deve ser aplicado, por analogia, a pena mínima do crime de tráfico de drogas, inclusive com o redutor do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006, com fixação de regime aberto e posterior substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. No tocante à dosimetria, aduz que, ao julgar o apelo interposto pelo réu, este Tribunal de Justiça aplicou a pena mínima prevista no artigo

273, §1º-B do CP, razão pela qual, caso entenda pela aplicação analógica da Lei 11.343/2006, deve também aplicar o patamar mínimo de pena, qual seja, cinco anos. Além disso, a redução prevista para o tráfico privilegiado deve ocorrer na sua fração máxima, fixando a pena em 3 anos e 4 meses de reclusão, devendo incidir, ainda, um redutor de 225 dias (tempo de prisão preventiva suportada pelo réu). Por fim, após a fixação da pena, requer o reconhecimento da prescrição retroativa, haja vista o transcurso de quase nove anos desde a data do recebimento da denúncia.

É o relatório.

VOTO: Exmo. Des. MÁRCIO MURILO DA CUNHA RAMOS (Relator)

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos para a sua admissão.

Conforme relatado, o presente feito retornou a este Tribunal de Justiça apenas para realizar uma nova dosimetria da pena, tendo em vista decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273, §1º-B, do Código Penal, cuja pena abstrata foi estabelecida entre o mínimo de 10 (dez) e o máximo de 15 (quinze) anos. Assim se manifestou o Ministro Nefi Cordeiro (fls. 2155/2158): *verbis*,

“[...] Com efeito, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no habeas corpus nº 239.363/PR, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário da norma prevista no art. 273, §1º-B, do Código Penal, pelos fundamentos sintetizados na 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.

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 falta de previsão de qual preceito secundário substitutivo a ser aplicado durante o julgamento da referida declaração de inconstitucionalidade, a consequência deve ser a determinação de retorno dos autos ao Tribunal local, para que seja realizada nova dosimetria, afastando apenas a sanção do art. 273, §1º-B, do CP. [...]” - g.n.

Portanto, não nos compete analisar novamente a autoria e materialidade do delito cometido pelo réu, nem tampouco acolher a tese de insignificância suscitada na manifestação da defesa. A atuação deste Tribunal no presente feito foi devidamente limitada pelo Superior Tribunal de Justiça e consiste unicamente na realização de uma nova dosimetria da pena, afastando o preceito secundário do tipo penal do artigo 273.

A defesa afirma que o Poder Judiciário não deve se imiscuir nas funções do Legislativo, de modo que, havendo a declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário com a indefinição de qual pena deve ser aplicada, não compete ao Judiciário preencher a lacuna, sob pena de atuar como legislador positivo, de modo que a única solução plausível seria a absolvição do acusado.

A tese não merece prosperar. De fato, o Judiciário não pode atuar como legislador positivo, no entanto, as lacunas vislumbradas no ordenamento jurídico devem ser supridas pelo poder jurisdicional, sob pena de retroagirmos ao império romano onde predominava a regra do *non liquet*, hoje superada pelo princípio da inafastabilidade de jurisdição, tão bem representado no novo Código de Processo Civil pelo princípio da primazia da decisão de mérito.

Nesse sentido, destaco o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: *verbis*,

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

O direito criminal pátrio, fulcrado no princípio da legalidade, proíbe o emprego da analogia para criar crimes ou agravar penas. No entanto, diante da lacuna que se vislumbra nos presentes autos, nada impede a integração da norma mediante o emprego da analogia *in bonam partem*.

Escudado por esses argumentos, e considerando que estamos diante de um crime cujo objeto jurídico é a proteção da saúde pública, nada impede a utilização da pena prevista para o crime de tráfico de drogas, que busca a proteção do mesmo objeto jurídico. Diante da similaridade entre os bens jurídicos tutelados, o emprego da analogia é plenamente possível, tendo em vista o inegável benefício para o

réu, já que a pena mínima decairá de dez para cinco anos.

Esse, aliás, vem sendo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos: *verbis*,

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. ARTIGO 273, § 1º-B, INCISO V DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO PELA CORTE ESPECIAL DESTES SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO DA PENA COMINADA PARA O CRIME PREVISTO NO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. NÃO OBSERVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Ao julgar a arguição de inconstitucionalidade formulada no HC n. 239.363/PR, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário da norma do artigo 273, § 1º-B, inciso V do Código Penal.

2. Em atenção à referida decisão, as Turmas que compõem a 3ª Seção deste Sodalício passaram a determinar a aplicação do preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/2006 aos casos em que o acusado é condenado pelo crime previsto no artigo 273, § 1º-B, do Código Penal. Precedentes.

3. Na espécie, o paciente restou condenado à pena de 10 (dez) anos e 3 (três) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, além do pagamento de 11 (onze) dias-multa, como incurso no artigo 273, § 1º-B, inciso V do Código Penal, impondo-se o refazimento da dosimetria da sanção que lhe foi imposta, visto que não considerado o preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/2006, que também constitui crime hediondo, de perigo abstrato, e que visa a tutelar a saúde pública.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios refaça a dosimetria da pena cominada ao paciente quanto ao delito previsto no artigo 273, § 1º-B, inciso V do Código Penal, aplicando o preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/2006.

(HC 342.492/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 03/05/2016)

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 126/STJ. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 1º, 53, 59, II, E 273, § 1º e 1º-B, I e VI, DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. MITIGAÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273 DO CP. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO ESPECIAL ADESIVO. OFENSA AO ART. 44 DO CP. OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. RECURSO ESPECIAL DO PARQUET A QUE SE NEGA PROVIMENTO E APELO ADESIVO A QUE SE DÁ PROVIMENTO, PARA SUBSTITUIR A PENA DA RECORRENTE, ALTERANDO-SE, DE OFÍCIO, O REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA O ABERTO. [...]. 2. A Lei 9.677/98, ao alterar a pena prevista para os delitos descritos no artigo 273 do Código Penal, 46 mostrou-se excessivamente desproporcional, cabendo, portanto, ao Judiciário promover o ajuste principiológico da norma. 3. 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. [...]. (STJ, Sexta Turma, REsp 915442/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, public. no DJe em 01/02/2011).

Na mesma linha, tem-se firmada a jurisprudência dos Tribunais pátrios:

(RECURSO CRIMINAL EM SENTIDO ESTRITO Nº 5015220-27.2012.404.7002/PR - RELATORA: SALISE MONTEIRO SANCHOTENE - Julgado em 16 de julho de 2013). PENAL E PROCESSUAL. VARA FEDERAL CRIMINAL ESPECIALIZADA. ART. 334 DO CP. ART. 273, § 1º-B, DO CP. IMPORTAÇÃO CLANDESTINA DE MEDICAMENTOS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CONTRABANDO. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO ANALÓGICA IN BONAM PARTEM DA LEI Nº 11.343/06. PROPORCIONALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. 2ª VARA FEDERAL CRIMINAL DE FOZ DO IGUAÇU. DELITOS CONSTANTES DOS ARTIGOS 334 E 184 DO CP. 3ª VARA FEDERAL CRIMINAL DE FOZ DO IGUAÇU. DEMAIS CRIMES. PREVENÇÃO. 1. O crime de contrabando envolve a importação ou exportação de mercadoria proibida ou ilusão, no todo ou em parte, do pagamento de direito ou imposto devido pela sua entrada, saída ou consumo. 2. Na hipótese dos autos, foram apreendidas 40 (quarenta) cartelas, com 04 (quatro) comprimidos cada, de Viagra, totalizando 160 comprimidos; 20 (vinte) cartelas, com 02 (dois) comprimidos cada, de Cialis, totalizando 40 (quarenta) comprimidos; e 40 (quarenta) cartelas, com 45 10 (dez) comprimidos cada, de Rheumazin Forte, totalizando 400 (quatrocentos) comprimidos, além de embalagens vazias, bulas e etiquetas para auxiliar a falsificação de fármacos, o que afasta a desclassificação para o crime de contrabando. 3. No tocante à importação de remédios em desacordo com os regulamentos da vigilância sanitária (ANVISA) a conduta constitui, em tese, o crime previsto no art. 273, 1º-B, incisos I e V, do CP. 4. *Em face da desproporcionalidade da pena cominada para o art. 273 do CP, faz-se necessário ajuste principiológico da norma, aplicando-se a analogia in bonam partem da reprimenda prevista na Lei 11.343/2006 que visa a proteger, entre outros, idêntico bem jurídico, qual seja, a saúde pública. Precedentes. [...]. (TRF-4, Relator: SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, Data de Julgamento: 09/07/2013, SÉTIMA TURMA)*

Outrossim, destaco que o STJ em diversos precedentes entende possível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, entendimento este, que a Câmara Criminal deste Tribunal encampa, quando não configurado o registro de antecedentes em desfavor do acusado e ausentes provas de que se dedique a atividades criminosas.

Sobre o assunto:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INAPLICABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CONDIÇÕES DA APREENSÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REFORMA DO ENTENDIMENTO ADOTADO NA ORIGEM QUE IMPLICARIA INVIÁVEL REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME INICIAL FECHADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL PREPONDERANTE DESLOCADA PARA A TERCEIRA FASE. REPRIMENDA FINAL INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO.

NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO PARA O REGIME INTERMEDIÁRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. I. Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de *habeas corpus* substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício. **II. A quantidade e a natureza da droga apreendida, aliadas a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei nº 11.343/06, caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade delitiva ou participação efetiva em organização criminosa, ora pode funcionar como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, seja aferida como parâmetro para definir o quantum da redução da pena. (precedentes).** III. In *casu*, as instâncias ordinárias entenderam que a quantidade e a natureza do material entorpecente apreendido com o paciente e a corré NATACHA. 71,6 g de maconha e 24,6 g de crack. Bem como as circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante dos apenados seriam prova bastante de sua dedicação à atividade criminosa e do seu envolvimento com o crime organizado. Essa justificativa, que sobeja para afastar, de todo, a incidência da causa de diminuição do tráfico privilegiado, consiste em um juízo de fato, que foi devidamente fundamentado, com remissão a elementos concretos presentes nos autos, não sendo possível, destarte, a sua reforma nesta instância extraordinária, máxime na via estreita, de cognição sumária, do *writ*. IV. A circunstância judicial preponderante, referente à quantidade e à natureza da droga, ainda que aplicada na terceira fase, poderá ser utilizada para justificar a imposição de um regime prisional mais gravoso, pois não haveria sentido admitir tal possibilidade somente quando valorada na fixação da pena-base. (precedentes). V. Na hipótese, levando-se em conta o *quantum* final da reprimenda aplicada ao paciente. Três anos e quatro meses de reclusão, bem como o fato de ser ele réu primário, com a pena-base fixada no mínimo legal, haveria justificativa para a fixação do regime imediatamente mais grave do que aquele, originariamente, previsto para o tempo de prisão imposto, qual seja, o semiaberto. Habeas *corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o paciente inicie o desconto da reprimenda aplicada pelo delito de tráfico de drogas no regime semiaberto. (STJ; HC 378.457; Proc. 2016/0297124-3; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; DJE 21/03/2017)

Nesse sentido:

“PENAL. ARTIGO 334 DO CP. DESCAMINHO. ATIPICIDADE. OCORRÊNCIA QUANTO A DETERMINADOS PRODUTOS. 273, § 1º, C/C § 1º-A E § 1º-B, INCISOS I E V, DO CP. INTRODUÇÃO IRREGULAR DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NA ANVISA. AUSÊNCIA DE FINALIDADE COMERCIAL. RECLASSIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006. RESPONSABILIDADE COMPROVADA. CONDENAÇÃO. PENA. CONCURSO FORMAL. REDUÇÃO. 1. Materialidade e autoria devidamente demonstradas nos autos. 2. Em relação a remédios, a lesividade das infrações cometidas não deve ser avaliada sob a ótica da expressividade econômica, mas sim no que tange à sua natureza. Tratando-se de produtos introduzidos no país sem permissão dos órgãos competentes, há efetiva ofensa à saúde e segurança pública, na medida em que expõe a coletividade a sérios riscos, circunstância que afasta a incidência do princípio da bagatela jurídica. 3. Tendo os fatos ocorridos após a entrada em vigor da Lei 11.343, faz-se necessária a desclassificação do delito constante no artigo 273, § 1º, c/c § 1º-A e § 1º-B, incisos I e V, do CP para o artigo 33, caput, da Lei

11.343/2006. 4. Quando mediante uma só ação o réu pratica duas condutas, aplica-se a regra do concurso formal de crimes (artigo 70 do CP) no percentual de 1/6 (um sexto) sobre a pena mais grave. **5. Não se configurando o registro de antecedentes em desfavor do acusado e ausentes provas suficientes de que se dedique a atividades ilícitas e íntegra organização criminosa, deve incidir a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.** 6. Possibilidade de substituição da privativa de liberdade 4 Cf. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal nº 201061060027363. Órgão julgador: Segunda Turma. Relator: Cotrim Guimarães. Data do julgamento: 14.12.2010. Data da publicação: 16.12.2010.

Assim, o art. 33, §4º, da Lei de Drogas exige concomitantemente quatro requisitos para seu reconhecimento, a saber: (I) primariedade; (II) bons antecedentes; (III) não se dedicar às atividades criminosas; (IV) não integrar organização criminosa.

No caso dos autos, entendo que o acusado não reúne os requisitos para a aplicação da causa de diminuição, uma vez que, de forma habitual, dedicava-se à atividade criminosa, pois mantinha uma espécie de centro esotérico na cidade de Conceição/PB e em mais nove cidades do Estado de Pernambuco, por meio dos quais disponibilizavam à população serviços denominados de “cura pela fé” e trabalhos espirituais a base de ervas, banhos e velas, cobrando vultosas quantias de pessoas menos abastadas e de pouco intelecto. Prescrevendo, receitando e ministrando substâncias medicinais (ervas, aromatizantes, óleos, pó e sabonetes) destinadas à cura do suposto mal, impossibilitando a aplicação do benefício legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

DISPOSITIVO

Sendo assim, **em cumprimento à decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no HC 349.895/PB (fls. 2155/2158), afasto a incidência do preceito secundário do artigo 273, §1º-B, do Código Penal, aplicando ao presente caso as penalidades previstas no artigo 33 da Lei 11.343/2006, conforme as razões acima expostas.**

Passemos à análise do critério trifásico de aplicação da reprimenda.

Ao realizar a dosimetria da pena, o juiz analisou as circunstâncias judiciais do artigo 59 e impôs ao réu a pena mínima do artigo 273 do Código Penal. Por não verificar incorreção na análise realizada por aquele Magistrado, utilizo, como razão de decidir, as mesmas fundamentações externadas naquela oportunidade, as quais passo a transcrever (fl. 1755): *verbis*,

“[...] Quanto culpabilidade, denoto que o réu agiu com dolo que ultrapassa os limites da norma penal, o que torna sua conduta deveras reprováveis, eis que o crime causou diversos transtornos de ordem social e psicológica às vítimas, de número incalculável, além do mais as volumosas quantias de dinheiro obtidas ilicitamente torna a conduta mais censurável, quando se leva em consideração as características culturais e pessoais das vítimas, pessoas simples, humildes, que de boa-fé se aproximavam do réu. Saliente-se, por fim, que o réu era o líder e mentor de toda a atividade criminosa.

Com efeito, elevadíssimo foi o grau de exposição da saúde a riscos concretos, conforme consignou o Parecer técnico emitido pela AGEVISA. Os antecedentes do denunciado são imaculados, conforme certidão. Com relação a conduta social e a personalidade, deixo de valorá-las por não existirem informações nos autos. Os motivos do crime são desprezíveis eis que a intenção era obter enorme quantidade de dinheiro de forma fácil e explorando a boa-fé e as carências de ordem material, afetiva, física e econômica das vítimas. As circunstâncias foram graves, eis que tratava-se de atividades deveras organizada e de atuação interestadual. Inclusive, a ação colocava em risco as vítimas, que muitas vezes procuraram o réu com problemas de saúde, mas não aplicava e indicava tratamentos que não encontram amparo científico. As consequências do crime foram consideráveis eis que o delito repercutia na paz social de forma considerável e, ainda, os vários empréstimos efetuados pelas vítimas para efetuar os pagamentos, endividamento grave. As vítimas em nada contribuíram para o delito. [...]”

Conforme mencionado, não obstante a incidência de valoração negativa de circunstâncias judiciais, o juízo primevo fixou a pena no patamar mínimo. Assim, para que seja mantida a coerência, fixo a pena-base em cinco anos de reclusão.

Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes, nem causas especiais de aumento ou diminuição de pena. Como dito, o réu não faz jus ao redutor do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006, pois se dedicava a atividade criminosa, razão pela qual deixo de conceder este benefício, **tornando definitiva a pena de cinco anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto (art. 33, §2º, “b”, do CP), mantendo incólume a pena de multa fixada na sentença, pois a aplicação da pena de multa prevista no preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/2006 importaria em elevação da pena pecuniária fixada pelo juízo primevo, o que não é possível em recurso exclusivo da defesa.**

Registre-se que a detração penal prevista no artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal, deve ser utilizada somente quando o tempo de prisão provisória importar alteração do regime inicial de cumprimento da pena, o que não ocorre no caso dos autos, pois, mesmo se diminuirmos da pena de 05 (cinco) anos os 225 (duzentos e vinte e cinco) dias que o réu permaneceu preso preventivamente, ainda assim a pena será superior a quatro anos, sendo mantido o regime semiaberto.

Considerando que a pena arbitrada supera o limite previsto no artigo 44 do Código Penal, não é cabível a substituição da pena por restritivas de direitos.

Por fim, não merece acolhimento a pretensão de se reconhecer a prescrição retroativa da pena. O Fato é que pena de cinco anos prescreve em doze anos (art. 109, III, CP). Entre a data do recebimento da denúncia (primeiro marco interruptivo) e a prolação da sentença condenatória (segundo marco interruptivo), transcorreu aproximadamente sete anos, razão pela qual não podemos cogitar a possibilidade da extinção da punibilidade do réu.

Expeça-se Mandado de Prisão.

É como o voto.

Presidiu o julgamento o Excelentíssimo Senhor Desembargador Arnóbio Alves Teodósio, Presidente da Câmara Criminal, dele participando os Excelentíssimos Senhores Desembargadores **Márcio Murilo da Cunha Ramos, relator, relator**, João Benedito da Silva, revisor, e Carlos Martins Beltrão Filho.

Presente à sessão o Excelentíssimo Senhor Amadeus Lopes Ferreira, Promotor de Justiça convocado.

Sala de Sessões da Câmara Criminal “Desembargador Manoel Taigy de Queiroz Mello Filho” do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 21 de março de 2017.

Des. Márcio Murilo da Cunha Ramos
Relator