

Apelação Criminal n. 0007579-47.2010.8.24.0020, de Criciúma.
Relatora: Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. IMPORTAR, VENDER, EXPOR À VENDA, TER EM DEPÓSITO PARA VENDER OU, DE QUALQUER FORMA, DISTRIBUIR OU ENTREGAR A CONSUMO PRODUTO FALSIFICADO, CORROMPIDO, ADULTERADO OU ALTERADO (ART. 273, §§1º E 1º-B, INCS. I, V E VI, DO CÓDIGO PENAL). PROCEDÊNCIA PARCIAL DA DENÚNCIA. RECURSOS DA DEFESA E DA ACUSAÇÃO.

APELO DE TARCÍSIO COMELLI. ALMEJADA DIMINUIÇÃO DA PENA DE MULTA. INVIABILIDADE. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. PLEITO DESCLASSIFICATÓRIO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 334 DO CÓDIGO PENAL. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. ABSOLVIÇÃO JÁ OPERADA NA SENTENÇA COM BASE NO ART. 386, INC. III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECLAMO NÃO CONHECIDO NOS PONTOS. MÉRITO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. MEDICAMENTOS FALSIFICADOS, CORROMPIDOS, ALTERADOS OU SEM REGISTROS, EXPOSTOS À VENDA, EM FARMÁCIA DE PROPRIEDADE DO APELANTE. SUSCITADO O RECONHECIMENTO DE ERRO DE TIPO. INOCORRÊNCIA. CRIME FORMAL E DE PERIGO ABSTRATO. RÉU QUE NÃO OFERTOU JUSTIFICATIVA MINIMAMENTE RAZOÁVEL A AMPARAR A SUA ALEGAÇÃO DE DESCONHECIMENTO DA IRREGULARIDADE NOS MEDICAMENTOS APRENDIDOS. ÔNUS QUE LHE INCUMBIA (ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA POR INEXISTÊNCIA DE EFETIVO À SAÚDE PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. ALTO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA E EXPRESSIVA LESÃO JURÍDICA. PEDIDO DESCLASSIFICATÓRIO PARA A FORMA CULPOSA DO DELITO, PREVISTA NO §2º DO ART. 273 DO CÓDIGO PENAL. IMPROCEDÊNCIA. DOLO DO AGENTE DEVIDAMENTE EVIDENCIADO. DOSIMETRIA. PLEITO PARA APLICAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA EM SEU



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

GRAU MÁXIMO. INVIABILIDADE. FRAÇÃO ADEQUADA E PROPORCIONAL, TENDO EM VISTA A QUANTIDADE DE COMPRIMIDOS FALSIFICADOS, CORROMPIDOS, ALTERADOS OU SEM REGISTROS APREENDIDOS. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO SENTENCIANTE. CÁLCULO DA PENA REALIZADO DE FORMA CORRETA EM TODAS AS SUAS ETAPAS. REPRIMENDA CONSERVADA. RECLAMO PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

APELO DA ACUSAÇÃO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA PENA CONFORME O PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, §§1º E 1º-B, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ACOLHIMENTO DO ARGUMENTO DE DESPROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO COMINADA NO ART. 273 DO CÓDIGO PENAL, CONFORME OPERADO NA SENTENÇA COMBATIDA. PRECEDENTES DA CORTE SUPERIOR E DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MANUTENÇÃO DA APLICAÇÃO DA ANALOGIA *IN BONAM PARTEM*. SANÇÃO APLICADA CONFORME O PRECEITO SECUNDÁRIO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDOS SUBSIDIÁRIOS. APLICAÇÃO DA ANALOGIA *IN BONAM PARTEM*. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL NO PONTO. REQUERIDA A *EMENDATIO LIBELI* PARA QUE O ACUSADO SEJA CONDENADO NAS PENAS DO ART. 180, §1º, DO CÓDIGO PENAL. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS NA CONDUTA PREVISTA NO ART. 273, §§1º E 1º-B, INCS. I, V E VI, DO CÓDIGO PENAL. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/06. IMPROCEDÊNCIA. ARGUMENTO DE QUE O ACUSADO DEDICA-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS NÃO COMPROVADO. BENESSE MANTIDA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0007579-47.2010.8.24.0020, da comarca de Criciúma 1ª Vara Criminal em que é Apte/Apdos Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apdo/Aptes Tarcisio Comelli.

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer parcialmente dos recursos e, na parte conhecida, negar-lhes provimento. De ofício, determina-se ao Juízo do primeiro grau que, após o esgotamento dos recursos cabíveis neste grau de jurisdição, adote as providências necessárias ao imediato cumprimento da pena. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Paulo Roberto Sartorato, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva

Funcionou como representante do Ministério Público, o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge.

Florianópolis, 8 de agosto de 2019.

**Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho
Relatora**



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

Denúncia: o Ministério Público ofereceu denúncia em face de Tarcísio Comelli, nos autos n. 0007579-47.2010.8.24.0020, dando-o como incurso nas sanções do art. 273, §1º e §1º-B, incs. I, V e VI, do Código Penal, e art. 33 c/c art. 66, ambos da Lei n. 11.343/06, em razão dos seguintes fatos:

"Conforme consta do auto de prisão em flagrante n. 020.10.007579-7, no dia 30 de março de 2010, por volta das 10:35 horas, fiscais da ANVISA se dirigiram até o estabelecimento Drogaria e Farmácia Nova Próspera, de propriedade de Tarcísio Comelli, localizado na Rua General Osvaldo Pinto da Veiga, n. 742, sala 1, Bairro Próspera, neste município.

Nesta oportunidade, referidos fiscais apreenderam, no interior do estabelecimento comercial do denunciado Tarcísio Comelli, os seguintes medicamentos falsificados: 9 (nove) caixas de medicamento contendo a inscrição de marca Cialis, contendo 4 (quatro) comprimidos (algumas caixas violadas); 9 (nove) caixas de medicamento contendo a inscrição de marca Viagra, contendo 4 (quatro) comprimidos (algumas caixas violadas, uma caixa azul, as demais são brancas); 5 (cinco) blísteres de medicamento contendo a inscrição de marca Cialis, contendo 2 (dois) comprimidos; 2 (dois) blísteres fracionados (cortados) de medicamento contendo a inscrição Lilly, contendo 1 (um) comprimido; 1 (um) blíster de medicamento contendo a inscrição de marca Viagra, contendo 4 (quatro) comprimidos e 2 (dois) blísteres fracionados (cortados) de medicamento contendo a inscrição de marca Viagra, contendo 1 (um) comprimido em um blíster e 2 (dois) comprimidos em outro blíster, tudo conforme Auto de Apresentação e Apreensão de fl. 15, os quais eram destinados à venda no referido estabelecimento.

Portanto, o denunciado Tarcísio Comelli, possuía em depósito para venda, no interior da Drogaria e Farmácia Nova Próspera de sua propriedade, medicamentos falsificados, corrompidos, adulterados ou alterados, sem registro no órgão de vigilância sanitária para serem comercializados, conforme se observa no Termo de Apreensão de fl. 15 e do relatório da Fiscalização de fls. 22-32.

Também, o denunciado, deliberadamente, mantinha os medicamentos descritos no Termo de Apreensão de fls. 13-15, todos sujeitos a controle especial e assim submetidos aos requisitos constantes na Portaria n. 344/98, acondicionados/ guardados em depósito nos seguintes locais: caixa da farmácia, gôndola de venda interna, embaixo do armário expositor e embaixo da mesa do proprietário, o que está em completo desacordo com o artigo 67, da Portaria n. 344/98, que assim determina: "As substâncias constantes das listas



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

deste Regulamento Técnico e de suas atualizações, bem como os medicamentos que as contenham, existentes nos estabelecimentos, deverão ser obrigatoriamente guardados sob chave ou dispositivo que ofereça segurança, em local exclusivo para este fim, sob a responsabilidade do farmacêutico ou químico responsável quando se tratar de indústria farmoquímica".

Desta maneira, o denunciado tinha em depósito medicamentos de controle especial sem autorização ou em desacordo com a Portaria n. 344/98".

Sentença: A juíza de Direito julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE a denúncia para condenar Tarcísio Comelli (fls. 558-573):

(i) em relação ao primeiro fato narrado na denúncia, condenar o acusado Tarcísio Comelli, já qualificado, pela prática do crime descrito no art. 33, caput, e § 4º, da Lei n.º 11.343/06, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, que deverá ser cumprida inicialmente no regime semiaberto e ao pagamento de 416 (quatrocentos e dezessis) dias-multa, no seu valor mínimo legal devidamente corrigido, bem como ao pagamento das custas processuais;

(ii) em relação ao segundo fato narrado da denúncia, absolver o acusado Tarcísio Comelli, já qualificado, com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Recurso de apelação do Ministério Público do Estado de Santa Catarina: a acusação pleiteou a condenação do acusado nas respectivas sanções do crime previsto no art. 273, §§1º e 1º-B, incs. I, V e VI, do Código Penal, ou seja, de 10 a 15 anos de reclusão e multa, tendo em vista estar sobejamente comprovadas a materialidade e a autoria delitiva. Argumentou, para tanto, que não seria caso de aplicar a analogia *in bonam partem*, como procedido pela Magistrada Sentenciante.

Alternativamente, na condição desta Corte entender pela desproporcionalidade do *quantum* da reprimenda prevista no art. 273, §§1º e 1º-B, incs. I, V e VI, do Código Penal, que seja aplicada a pena do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06), empregando a analogia *in bonam partem*.

Outrossim, se ainda assim não for acatado um dos referidos pleitos,



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

requereu seja procedida a *emendatio libeli*, prevista no art. 383 do Código de Processo Penal, para condenar o acusado nas sanções do art. 180, §1º, do Código Penal, eis que explícita ou, ao menos, implicitamente narrada na exordial acusatória a prática de tal crime.

Por fim, em relação à dosimetria da pena, pugnou pela exclusão da incidência da privilegiadora prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, mantendo-se as penas aplicadas apenas com base no *caput* de mencionado dispositivo, ou seja, em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa (fls. 584-593).

Contrarrazões do Tarcísio Comelli: a defesa impugnou as razões recursais, ao argumento de que a aplicação da desproporcionalidade operada na sentença é completamente viável, porque o emprego do preceito secundário do crime do art. 273 do Código Penal não seria proporcional à conduta praticada pelo apelado.

Insurgiu-se, outrossim, quanto ao pedido de reforma da sentença, no que tange à causa especial de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, porque o recorrido atende os requisitos exigidos na benesse. Postulou o conhecimento do recurso e o seu não provimento (fls. 598-616).

Recurso de apelação de Tarcísio Comelli: a defesa pugnou pela absolvição do apelante, uma vez que não praticou os crimes descritos na denúncia, tratando-se de fato atípico, em razão da figura do erro de tipo, prevista no art. 20, *caput*, do Código Penal. Argumentou que não há a figura do dolo, tendo em vista que o recorrente não tinha conhecimento de que os medicamentos expostos à venda eram falsificados.

Asseverou, outrossim, que não há perigo concreto no presente caso, diante da quantidade insignificante de medicamentos apreendidos, sendo



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

possível a aplicação dos princípios da insignificância, proporcionalidade, razoabilidade, fragmentariedade e subsidiariedade.

Em caso de entendimento diverso, requereu que seja desclassificada a conduta do apelante para a sua figura culposa, prevista no art. 273, §2º, do Código Penal.

Ainda, em caso de assim não entender esta Corte, pleiteou a desclassificação da infração para o crime de descaminho, previsto no art. 334 do Código Penal.

No tocante à dosimetria da pena, requereu que seja permitido a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 no seu grau máximo (2/3 dois terços), uma vez que a fundamentação utilizada para a aplicação de 1/6 (um sexto) não é devida, pois não levou em consideração as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Ao final, pediu a redução da pena de multa fixada, por esta não respeitar os critérios da proporcionalidade em relação à pena-base.

Requereu o conhecimento e o provimento do recurso para reformar a sentença (fls. 625-652).

Contrarrazões do Ministério Público do Estado de Santa Catarina: a acusação impugnou as razões recursais, alegando haver conjunto probatório suficiente para confirmar materialidade e autoria do crime descrito na denúncia, tais como a falta de nota fiscal de aquisição dos produtos e testemunhas que confirmam que o apelante mantinha em depósito medicamentos embaixo de sua mesa. Alegou que as teses levantadas pela defesa não merecem prosperar. Requereu o conhecimento e o desprovimento do recurso para reformar a sentença (fls. 653-661).



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça: o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Dr. Francisco Bissoli Filho opinou pelo parcial conhecimento de ambos os recursos e pelo provimento apenas do recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, para que sejam aplicadas as penas previstas no preceito secundário do art. 273, §1º, do Código Penal, e não as do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, em relação ao fato n. 1 descrito na denúncia. (fls. 415-428).

Este é o relatório.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos pela defesa de **Tarcísio Comelli** e pelo representante do **Ministério Público do Estado de Santa Catarina** contra a sentença que **i)** condenou o apelante Tarcísio Comelli ao cumprimento da pena privativa de liberdade fixada em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, cada qual no valor mínimo legal, a ser cumprida em regime semiaberto, por infração ao disposto no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, referente ao primeiro fato descrito na denúncia, o qual foi capitulado no art. 273, §§1º e 1º-B, incs. I, V e VI, do Código Penal e **ii)** absolveu o mesmo apelante da imputação da prática da segunda conduta descrita na denúncia, a qual foi tipificada no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

1 – Do juízo de admissibilidade

Os recursos preenchem parcialmente os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, motivo pelo qual devem ser conhecidos em parte.

Estão presentes as condições de admissibilidade das presentes apelações criminais, porquanto são cabíveis, as partes são legítimas e há interesse em recorrer, em face da sucumbência de ambos os apelantes.

No entanto, no que tange ao pleito alternativo da acusação, referente ao emprego da analogia *in bonam partem*, para que seja aplicada a pena do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06), ao invés do *quantum* da reprimenda prevista no art. 273, §§1º e 1º-B, incs. I, V e VI, do Código Penal, em relação ao fato n. 1 descrito na denúncia, o recurso não deve ser conhecido, tendo em vista que a decisão atacada já foi nesse exato sentido.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Destaca-se que o representante do Ministério Público, em suas razões recursais, consignou, equivocadamente, que em relação ao primeiro fato narrado na denúncia, ou seja, quanto ao crime de expor à venda medicamentos falsificados, corrompidos, adulterados e não registrados, o Juízo *a quo* teria absolvido o apelado/apelante Tarcísio, por considerar desproporcional a pena cominada no tipo penal (art. 273, §§1º e 1º-B, incs. I, V e VI, do Código Penal), o que teria feito com fulcro no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

No entanto, embora, de fato, o Juízo *a quo* tenha consignado que há ofensa ao princípio da proporcionalidade no preceito secundário do art. 273 do Código Penal, por prever uma pena mínima de 10 (dez) anos, a decisão não foi prolatada no sentido de absolver o apelado/apelante Tarcísio pela prática do crime de expor à venda medicamentos falsificados, corrompidos, adulterados ou não registrados, mas sim o Juízo Sentenciante, embora admitindo a configuração de referido crime, aplicou, por analogia *in bonam partem*, as penas cominadas no preceito secundário do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06.

Além disso, no tocante ao pleito da defesa, referente à desclassificação para o crime de descaminho de 13 (treze) comprimidos de Pramil, delito previsto no art. 334 do Código Penal, este também não deve ser conhecido, porque, como exposto acima, o apelante/apelado Tarcísio foi absolvido em relação ao fato n. 2 descrito na denúncia, capitulado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Isso posto, verifica-se, *in casu*, a manifesta ausência de interesse recursal nos pontos citados.

Nesse sentido, colhe-se desta Câmara Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

PESSOAS (ART. 157, § 2º, INCISOS I [NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N. 13.654/18] E II, DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO REFERENTE AO CRIME DE ROUBO. SUSTENTADA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INSUBSISTÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. NARRATIVA DA VÍTIMA QUE VEM ALIADA AOS RELATOS DOS POLICIAIS, AO RECONHECIMENTO DO ACUSADO E DEMAIS PROVAS CONSTANTES NOS AUTOS. ELEMENTOS CAPAZES DE ENSEJAR A PROLAÇÃO E MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. ADEMAIS, RES FURTIVA APREENDIDA NA POSSE DO ACUSADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA QUE SE IMPÕE. ACUSADO QUE NÃO JUSTIFICA DE FORMA PLAUSÍVEL A POSSE DOS OBJETOS SUBTRAÍDOS. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. NO MAIS, **PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO REFERENTE AO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14, CAPUT, DA LEI N. 10.826/03) QUE NÃO COMPORTA CONHECIMENTO. RÉU JÁ ABSOLVIDO NA PRIMEIRA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL NO PONTO. SENTENÇA MANTIDA INCÓLUME. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.** 1. Os crimes contra o patrimônio são, em sua maioria, cometidos na clandestinidade, longe dos olhos de possíveis testemunhas, razão pela qual a palavra da vítima, aliada às demais provas, tem especial relevo probatório e autoriza a prolação do decreto condenatório. 2. Em conformidade com o art. 156, primeira parte, do Código de Processo Penal, a apreensão da res furtiva importa na inversão do ônus da prova, motivo pelo qual, incumbe ao acusado justificar, de modo plausível, a licitude da posse e da origem dos produtos do crime. 3. **Não merece conhecimento, por ausência de interesse recursal, o pleito absolutório referente a crime do qual o réu/apelante já foi absolvido em primeiro grau.** (TJSC, Apelação Criminal n. 0034548-93.2012.8.24.0064, de São José, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 21-02-2019 – grifou-se).

A defesa do acusado pleiteou, ainda, a diminuição da pena de multa para o seu patamar mínimo, sob o argumento de que o apelante não possui condições econômicas para efetuar o pagamento.

A pena de multa refere-se a sanção cumulativa com a pena privativa de liberdade aplicável ao crime referido nos autos e corretamente aplicada no *decisum* à sanção corporal fixada, não merecendo qualquer reparo.

No entanto, o pedido não pode ser conhecido, uma vez que a matéria é afeta ao Juízo da Execução Penal.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

A propósito, a Lei de Execução Penal possui capítulo próprio para tratar do pagamento, cobrança e parcelamento da pena de multa (arts. 164 ao 170). Infere-se do art. 169, *caput* e § 1º:

Art. 169. Até o término do prazo a que se refere o artigo 164 desta Lei, poderá o condenado requerer ao Juiz o pagamento da multa em prestações mensais, iguais e sucessivas.

§ 1º O Juiz, antes de decidir, poderá determinar diligências para verificar a real situação econômica do condenado e, ouvido o Ministério Público, fixará o número de prestações.

Logo, é do Juízo da Execução Penal a competência para apreciar a tese de insuficiência financeira para o pagamento da reprimenda.

No mesmo viés, o julgado:

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06, E ART. 12 DA LEI N. 10.826/03). RECURSOS DA DEFESA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. APELO DEFENSIVO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INSUBSISTÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DECLARAÇÕES DAS TESTEMUNHAS POLICIAIS APRESENTADAS DE FORMA HARMÔNICA E COERENTE, ALIADAS ÀS DEMAIS PROVAS CONSTANTES NOS AUTOS. VERSÃO DA RÉ DESPROVIDA DE AMPARO. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE COMPROVA A PRÁTICA ILÍCITA DE TRÁFICO DE DROGAS, BEM COMO DE POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO. CONDENAÇÃO MANTIDA INCÓLUME. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PRETENDIDO O NÃO RECONHECIMENTO DA CULPABILIDADE E CONDUTA SOCIAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NÃO CONSIDERADAS SENTENCIALMENTE. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. TERCEIRA FASE. INAPLICABILIDADE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. NO MAIS, PRETENDIDA A ISENÇÃO DO VALOR DA PENA DE MULTA. ALEGADA FALTA DE CONDIÇÕES FINANCEIRAS PARA SATISFAZÊ-LA. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. [...] 4. Questões relativas à multa decorrente do tipo penal são afetas ao juízo da execução, que tem melhores elementos para aferir as condições financeiras da acusada. [...]. (TJSC, Apelação Criminal n. 0007504-90.2012.8.24.0067, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 01-03-2018).



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Assim, não se conhece da parte dos recursos acima exposta.

2 – Do mérito

2.1 - Do apelo de Tarcísio Comelli

Para a melhor compreensão do caso em análise, faz-se mister uma breve digressão acerca do ocorrido.

Segundo a denúncia, imputou-se ao apelante Tarcísio Comelli a prática (fato n. 1 descrito na denúncia) do delito previsto no art. 273, §§1º e 1º-B, incs. I, V e VI, do Código Penal, porque ele, no dia 30 de março de 2010, por volta das 10h35min, foi flagrado por fiscais da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, no interior do seu estabelecimento comercial, denominado Drogaria e Farmácia Nova Próspera, credenciada da rede Masterfarma, na cidade de Criciúma/SC, expondo à venda, no referido estabelecimento, os seguintes medicamentos falsificados: 9 (nove) caixas de medicamento contendo a inscrição de marca Cialis, contendo 4 (quatro) comprimidos (algumas caixas violadas); 9 (nove) caixas de medicamento contendo a inscrição de marca Viagra, contendo 4 (quatro) comprimidos (algumas caixas violadas, uma caixa azul, as demais são brancas); 5 (cinco) blísteres de medicamento contendo a inscrição de marca Cialis, contendo 2 (dois) comprimidos; 2 (dois) blísteres fracionados (cortados) de medicamento contendo a inscrição Lilly, contendo 1 (um) comprimido; 1 (um) blíster de medicamento contendo a inscrição de marca Viagra, contendo 4 (quatro) comprimidos e 2 (dois) blísteres fracionados (cortados) de medicamento contendo a inscrição de marca Viagra, contendo 1 (um) comprimido em um blíster e 2 (dois) comprimidos em outro blíster.

O apelante Tarcísio Comelli também foi denunciado pela prática do (fato n. 2 descrito na denúncia) crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

11.343/06, porque, na mesma ocasião dos fatos acima expostos, ele foi surpreendido armazenando, acondicionando ou guardando em depósito os medicamentos descritos nos termos de apreensão de fls. 13 a 15, todos sujeitos a controle especial e assim submetidos aos requisitos constantes na Portaria n. 344 de 12 de maio de 1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, em caixa da farmácia, em gôndola de venda interna, embaixo do armário expositor e embaixo da mesa do proprietário, o que está em completo desacordo com o art. 67 da Portaria n. 344/98, que assim determina: *"As substâncias constantes das listas deste Regulamento Técnico e de suas atualizações, bem como os medicamentos que as contenham, existentes nos estabelecimentos, deverão ser obrigatoriamente guardados sob chave ou dispositivo que ofereça segurança, em local exclusivo para este fim, sob a responsabilidade do farmacêutico ou químico responsável quando se tratar de indústria farmoquímica"*.

Em relação ao fato n. 2, como esclarecido no item anterior, o recorrente foi absolvido pelo Juízo a quo, com base no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal, por não constituir o fato (tal como elencado na denúncia) infração penal.

No entanto, inconformado com a condenação pelo fato n. 1, o apelante Tarcísio Comelli sustentou ser atípica a sua conduta, porquanto: a) ocorreu erro de tipo, conforme prevê o art. 20 do Código Penal, pelo que deve ser excluído o dolo da sua conduta; b) era pouca a quantidade de medicamentos falsificados e a sua finalidade não causa impacto no objeto material do tipo penal, podendo ser aplicado, também, o princípio da insignificância; c) caso não seja reconhecida a atipicidade da conduta do apelante, a defesa pleiteou a desclassificação do delito para a sua forma culposa, prevista no §2º do art. 273



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

do Código Penal.

Em que pese o esforço e a combatividade do nobre defensor constituído, anota-se, desde logo, que a condenação do acusado pelo fato n. 1 descrito na denúncia foi bem decretada.

No que tange à alegada ausência de dolo específico e perigo concreto na conduta do apelante, conclui-se que ela é insubsistente. Isso porque, examinando o tipo incriminador descrito nos §§1º e 1º-B, incs. I, V e VI, do art. 273 do Código Penal, inseridos pela Lei n. 9.677/98, verifica-se que este crime é formal e de perigo abstrato, ou seja, consuma-se independentemente da intenção do agente e da ocorrência de resultado naturalístico, senão vejamos:

Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§1º Nas mesmas penas incorre 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.

[...] §1º-B. Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no §1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

I – sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;

[...] V - de procedência ignorada;

VI – adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

De pronto, mister tecer algumas considerações acerca do delito em comento, cujo bem tutelado é a saúde pública, nos termos da doutrina especializada:

Trata-se de crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado: consuma-se com a prática de qualquer das condutas legalmente descritas, pouco importando se sobrevém ou não prejuízo a alguém. É também crime de perigo comum e abstrato, pois a lei presume, de forma absoluta, o risco criado a pessoas indeterminadas em razão do comportamento ilícito. (MASSON, Cleber. Código Penal Comentado. 5 ed. São Paulo: Método, 2017, p. 1017).



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Conforme leciona Guilherme de Souza Nucci:

[...]. Vinculando os produtos previstos nos incisos com as condutas de importar, vender expor à venda, ter em depósito para vender, distribuir e entregar a consumo, há um novo acréscimo quanto ao objeto do crime. Incluem-se, também, os seguintes produtos: a) sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente: é o produto que, embora não adulterado de qualquer forma, deixou de ser devidamente inscrito no órgão governamental de controle da saúde e da higiene pública. Menciona-se, nesta hipótese, que é preciso ser exigível tal registro, de modo que é norma penal em branco. (Código Penal Comentado. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1.024).

Sob este prisma, não tem como prosperar a tese de atipicidade da conduta. Neste sentido colhe-se também da lição de Luiz Régis Prado:

O delito em apreço se consuma com a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração do produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (*caput*); ou com a efetiva importação, venda, exposição à venda, depósito, distribuição ou entrega a consumo do produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado ou nas condições descritas no parágrafo 1.º-B. cuida-se de delito de perigo abstrato, não havendo necessidade de sua comprovação. Admite-se a tentativa. Vale frisar que nas modalidades de expor à venda e ter em depósito os delitos são permanentes (*in* Curso de Direito Penal Brasileiro. Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed., v. 3, p. 756-757).

O fato de ser permitida a distribuição de *Cialis* e *Viagra* no mercado nacional só corrobora a circunstância de que os medicamentos apreendidos na farmácia de propriedade do apelante deveriam estar registrados no órgão sanitário competente e, como será demonstrado pelas provas amealhadas, os medicamentos expostos à venda no referido estabelecimento foram adquiridos sem registro no órgão de vigilância sanitária competente, com procedência ignorada e por estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

A materialidade do crime de expor à venda medicamentos falsificados, corrompidos, adulterados ou não registrados está comprovada por meio do Auto de Prisão em Flagrante (fls. 2-3), Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 13-16), Laudo de Constatação Preliminar (fl. 20), Relatório de



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Fiscalização (fls. 22-32), Laudos Periciais (fls. 399-410), além da prova oral produzida sob o crivo do contraditório.

A defesa, no entanto, reinvidicou o Laudo de Constatação Preliminar (fls. 20-91) como prova de que os medicamentos apreendidos estariam de acordo com a Portaria n. 344/98 da Anvisa, ou seja, sem qualquer irregularidade aparente.

A Mencionada alegação não prospera.

A respeito do tema, bem salientou a Magistrada Sentenciante:

[...] Com efeito, extrai-se do relatório de fiscalização de fls. 22-32, que os produtos **Viagra e Cialis apreendidos foram classificados como falsos**: "conforme informativo dos fabricantes Lilly e Pfizer os lotes Cialis (A3029971, A619387, 0557 e 0556107) e Viagra (B314833021, 40483005A, 40483003B e 9619710/B) são produtos de falsificação conforme informativos em anexo fornecidos pelos fabricantes ou extraídos da página institucional da Anvisa" (fls. 28).

Não obstante, **o medicamento Viagra foi constatado como falsificado, conforme laudo pericial (definitivo)** de fls. 399-404: "Durante os exames, os peritos constataram divergências nos blísteres e comprimidos do medicamento questionado, quando comparados com o Viagra original, o que atesta a inautenticidade do produto examinado. Por tratar-se de produto inidôneo, não se pode estabelecer a origem do medicamento. [...] A especialidade farmacêutica Viagra está registrada para Laboratórios Pfizer Ltda – Brasil, conforme pesquisa efetuada no sítio de internet da ANVISA. Contudo, não cabe registro ao produto examinado, haja vista sua inautenticidade, conforme revelaram as análise químicas". Por outro lado, "As análises químicas resultaram positivas para o princípio ativo Sildenafil, o que condiz com as informações contidas nas embalagens do produto".

Quanto ao medicamento **Cialis** apreendido, extrai-se do laudo pericial de fls. 405-10 que: "**As análise químicas resultaram positivas para os princípios ativos Sildenafil e Tadalafila no lote nº A619387 e recortes de blísteres sem nº de lote, bem como apenas Sildenafil no lote nº A302971, o que não condiz com as informações do medicamento Cialis, que refere unicamente a Tadalafila em sua composição.** Assim, por trata-se de produto inidôneo, não se pode estabelecer a origem do medicamento". Ademais, que "de acordo com as informações da pesquisa efetuada no sítio de internet da ANVISA, o medicamento Cialis está registrado para o laboratório Lilly do Brasil.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Contudo, não cabe registro ao produto examinado, haja vista sua inautenticidade, conforme revelaram as análises químicas".

Por seu turno, extrai-se do relatório de fiscalização de fls. 22-32, que o medicamento Pramil, apreendido, não possui registro junto à Anvisa (fls. 29), não sendo possível sua regular importação e comercialização no Brasil. Tal fármaco é fabricado pela empresa paraguaia Novophar, conforme laudo pericial de fls. 316-20. (fls. 560-v/561-v).

A autoria, da mesma forma, é incontestável.

A grande questão se dá em relação à existência ou não de dolo por parte do apelante, que alegou não saber que o medicamento por ele comercializado era falsificado.

Em seu interrogatório judicial, o apelante Tarcísio Comelli, asseverou ser formado em Ciências Contábeis e ser o proprietário da farmácia em comento há mais de 20 anos. No entanto, afirmou que não cometeu o crime que lhe foi imputado na denúncia, conforme se extrai de suas declarações:

[...] afirmou que a acusação não é verdadeira, sob o argumento de que não sabia que os medicamentos eram falsificados. Destacou que a Vigilância Sanitária havia efetuado, há um mês, uma vistoria na farmácia e que não localizou irregularidades. Relatou que a Polícia Federal chegou na farmácia junto com a ANVISA, que lhe perguntaram se vendia Viagra e Cialis, sendo que o Interrogado mostrou os medicamentos na prateleira, ocasião em que os fiscais verificaram que os medicamentos eram falsos. Alegou que questionou os fiscais sobre o motivo que os teria convencido que os medicamentos fossem falsos, que estranhou o método dos fiscais, mas que permaneceu quieto. Afirmou que ganhava 42% em cima do medicamento, e que, na época, vendia os estimulantes a R\$ 36,00 cada comprimido. Confirmou que geralmente vendia fracionado, que cortava o blíster com a tesoura, pois a caixa vinha com cartelas com oito comprimidos, os quais eram vendidos separadamente. Advertiu que muitos medicamentos "Cialis e Viagra" foram deixados pela fiscalização na prateleira, inclusive cartelas picotadas (fracionadas). Destacou que não tinham orientação acerca da vedação de fracionar os blísteres, inclusive, que assistiu uma reportagem na televisão que falava sobre a venda de remédios fracionados e destacou: "fracionar, pra mim, é cortar" (sic). Frisou novamente que a Vigilância Sanitária esteve há um mês na Farmácia, viu e nada falou. Acrescentou que não sabe o critério que determinou quais medicamentos eram falsos ou verdadeiros, pois, para o interrogado, eram todos iguais, tanto que os



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

deixou expostos à venda na prateleira. Confirmou que continua credenciado na Rede Masterfarma, que se recorda que em Criciúma uma farmácia foi descredenciada porque também foi objeto desta operação. Informou que recebiam pacotinhos dos laboratórios para fazer a venda fracionada, que cortavam o medicamento e escreviam os dados no pacote (validade). Confirmou que é praxe, das Farmácias de bairro, fazer trocas de medicamentos de clientes. Negou ter vendido Pramil em sua Farmácia, mas confidenciou que havia um envelope de tal substância em sua gaveta, mas que não estava à venda, era para uso pessoal, pois toma um remédio diurético, para pressão, que prejudica sua função erétil. Frisou que tinha apenas um "envelopinho" com dez ou doze comprimidos de Pramil em sua gaveta, que geralmente tomava na hora em que saía da farmácia (23h), e que, inclusive, o medicamento estava em seu carro e o colocou na gaveta. Destacou, por fim, que tomava somente quando mantinha relação sexual (mídia audiovisual de fls. 534 – retirada da sentença e conferida).

As testemunhas de defesa ouvidas em Juízo, Volnei da Silva, Aldo da Silva, Jorge Luiz Demétrio e Pedro Aguiar da Silva, disseram ser clientes da farmácia de propriedade do acusado e terem conhecimento de que no local vendiam-se os medicamentos referidos na denúncia. No entanto, todos eles alegaram desconhecer que a procedência dos medicamentos não possuía registro do órgão de vigilância sanitária competente, conforme se depreende de seus depoimentos judiciais:

Volnei da Silva, ouvido na Comarca de Urussanga, declarou ser amigo do acusado, mas que a amizade não é próxima, sendo então compromissado. Afirmou que conhece o acusado há 05 (cinco) ou 06 (seis) anos, eis que é cliente da farmácia/estabelecimento comercial do acusado. Que compra todo o medicamento que tem necessidade na aludida farmácia. Afirmou já ter comprado medicamento de uso controlado do acusado, tendo este lhe exigido a receita, todavia, nunca tentou comprar sem receita. Nunca comprou Pramil, confirmou que comprou algumas vezes Viagra e Cialis naquela farmácia. Não soube responder se é permitido o fracionamento da cartela do medicamento, não soube responder. Afirmou que não saberia distinguir uma caixa de Viagra e/ou Cialis falsa de uma verdadeira. Arguido se alguma vez teria tido problemas com relação aos medicamentos adquiridos, negou. Perguntado se alguma vez o medicamento adquirido não tivesse feito o efeito necessário, balbuciou, após respondeu que todas às vezes em que comprou o remédio surtiu o efeito esperado. Afirmou ser instrutor de auto escola e não possuir conhecimento



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

farmacêutico. Confirmou que os remédios que comprou estavam sempre nas prateleiras. Negou ter presenciado a inspeção dos fiscais da ANVISA no dia 30/03/2010. Negou ter ouvido falar que o acusado comercializasse medicamento falsificado/adulterado e confirmou que os remédios estavam sempre lacrados (mídia audiovisual de fls. 482 - retirada da sentença e conferida).

[...] Aldo da Silva, arrolado pela Defesa, afirmou ser cliente da farmácia do acusado há aproximadamente dez a quinze anos, uma vez que reside no bairro Próspera, onde fica o estabelecimento. Confirmou que compra medicamento de uso controlado para sua esposa na referida farmácia, mas que nunca comprou sem a receita. Destacou que nunca teve que pegar os medicamentos em dias diversos, em virtude da falta da quantidade prescrita. Confirmou ter comprado Viagra uma vez no aludido estabelecimento. Perguntado acerca da quantidade, respondeu que comprava dois, no máximo, por vez e que a cartela não era picotada. Alegou que nunca ouviu falar no medicamento Pramil. Confirmou que quem lhe vendeu o Viagra foi o acusado (mídia audiovisual de fls. 534 - retirada da sentença e conferida).

[...] Jorge Luiz Demétrio, informou ser cliente da farmácia há uns dois ou três anos. Confirmou que comprou Fluoxetina para sua esposa, com receita, que ela vai todo mês ao médico e recebe a receita para a compra do medicamento suficiente para um mês. Já comprou em outras farmácias. Possui um filho que é farmacêutico e uma filha que faz medicina e sempre compra o medicamento certinho. Perguntado se já adquiriu Viagra ou Cialis na Farmácia do acusado, confirmou que já adquiriu o medicamento fracionado: "Eu comprei umas duas vezes porque a gente usa uma vez ou outra. Vamos ser bem realistas, não especificamente em casa, às vezes numa saída que a gente dá, então eu comprei fracionado uma ou duas vezes" (sic). Perguntado se o acusado havia lhe oferecido o medicamento de nome Pramil, respondeu que não, que comprou lá "dois três foi Viagra, Viagra não, Cialis". Mas que já parou de usar o medicamento porque a pressão aumentou e o problemas no coração. Perguntado se alguma vez teria lhe sido oferecido medicamento do Paraguai, respondeu que não (mídia audiovisual de fls. 534 - retirada da sentença e conferida).

[...] Pedro Aguiar da Silva confirmou ser cliente da farmácia do acusado, há mais de quinze anos, quase dezoito. Confirmou ter comprado medicamentos controlados com receita na referida farmácia. Relatou que, como precisa comprar remédios controlados, e estes são muito caros, costuma não pegar todas as caixas prescritas de uma só vez, sendo que a receita fica retida na farmácia. Confirmou ter comprado Cialis, sendo atendido na ocasião acusado. Ressaltou que na cartela que adquiriu vinham dois comprimidos. Confirmou que já comprou medicamento fracionado. Negou ter efetuado devolução/troca de medicamentos. Perguntado se já comprou remédio do Paraguai, respondeu que



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

não, que comprou o estimulante com receita médica pois já enfartou. Não conhece o medicamento de nome Pramil. Negou ter comprado medicamento controlado sem receita. (mídia audiovisual de fls. 534 - retirada da sentença e conferida).

Por sua vez, a fiscal sanitária municipal, Paula Zapelini, quando ouvida na fase judicial, confirmou ter participado da fiscalização na farmácia Nova Próspera, quando vários medicamentos falsificados e de procedência desconhecida foram apreendidos:

[...] relatou que efetuou a fiscalização na farmácia Nova Próspera em meados de março de 2010. Relatou que foram convocados pela ANVISA, que "o pessoal de Brasília" veio até a cidade com uma relação de farmácias, pré-determinada, sendo solicitado à Vigilância Sanitária que acompanhassem o processo com eles. Destacou que a Drogaria e Farmácia Nova Próspera foi um dos estabelecimentos descritos na listagem. Relatou que lá localizaram algumas irregularidades. Frisou que quem estava a frente da fiscalização não eram os servidores municipais, mas sim servidores estaduais e federais. Acrescentou que o Delegado Adilson, da ANVISA, solicitou que o proprietário viesse até a farmácia, onde encontraram alguns medicamentos falsificados: Cialis, Pramil e Viagra (nomes comerciais). Aduziu que o acusado não apresentou justificativas. Informou que o órgão municipal possui restrições e dificuldades para identificar os medicamentos falsificados. O Delegado da ANVISA (Adilson) entrou em contato direto com os laboratórios, por telefone, e constatou, pelo número do lote, que os medicamentos não pertenciam ao fabricante. Quanto à Mirela, farmacêutica responsável, esta afirmou desconhecer tais medicamentos. A depoente afirmou também ser farmacêutica, aduzindo que o farmacêutico possui uma responsabilidade grande, porém uma corresponsabilidade com os proprietários. Alegou que talvez Mirela não soubesse de fato que os produtos fossem falsificados porque nem sempre é o farmacêutico quem efetua as compras dos medicamentos, nem sempre é quem "dá entrada em nota". E mesmo vendo a embalagem é complicado identificar o medicamento falsificado. Destacou que não teve acesso aos laudos periciais. Quanto aos medicamentos Pramil, Viagra e Cialis, destacou que não são medicamentos de uso controlado, porém são medicamentos para disfunção erétil e podem causar efeitos colaterais, não sendo recomendados para todos os tipos de paciente. Aludiu que alguns blisters de medicamento falso foram encontrados embaixo da caixa registradora da loja outros estavam arrumadinhos em uma prateleira. Os medicamentos de uso controlado estavam acondicionados em uma caixa, fora do armário. Asseverou que todas as caixas de medicamento de Viagra eram falsas, que era uma das primeiras apreensões



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

de tal falsificação no Brasil, segundo o funcionário da ANVISA. Afirmou que fracionamento é uma prática tolerada, desde que de acordo com uma RDC. Todavia a ANVISA entende que o fracionamento não pode ser feito, mas o grande problema encontrado na farmácia foi a falsificação. Explicou que, com relação ao medicamento controlado, é vedada a venda parcial, o paciente precisa comprar a quantidade prescrita, pois não existe o "a ver", a receita se encerra na compra. Nos casos de medicamentos sem controle, não tem problema. Relatou que encontraram uma caixa de papelão, no chão, com medicamentos controlados, fora do armário, mas ninguém soube esclarecer a origem (audiovisual de fls. 451- retirada da sentença e conferida).

No mesmo norte, são as declarações do fiscal da Anvisa, Neemias Silva de Andrade, o qual esclareceu que a fiscalização na farmácia Nova Próspera ocorreu devido a Operação Tarja Preta II, a qual investigava fraude na aquisição de materiais hospitalares e de medicamentos:

[...] Ouvido na Comarca de Brasília (DF), teve seu depoimento transcrito às fls. 511: "é fiscal da ANVISA e participou da Operação Tarja Preta II; que se recordas das diligências efetivadas na Drogaria e Farmácia Nova Próspera de propriedade do acusado; que foram encontrados no local Cialis e Viagra falsificados e Pramil contrabandeado; que vários medicamentos de uso controlado estavam armazenados em local inadequado; que os medicamentos controlados que estavam armazenados em local inadequado não estão registrados no sistema da ANVISA; que o proprietário não apresentou justificativas para as irregularidades encontradas; que o depoente foi uma única vez à referida drogaria; que não se recorda se houve denúncia de irregularidades" (fl. 511).

Vieram aos autos, outrossim, as declarações escritas de Marcel Figueira, fiscal da ANVISA, ouvido na Comarca de Brasília/DF, cujo depoimento foi transcrito na fl. 520, dando conta de "que participou da Operação Tarja Preta II, realizada na Drogaria e Farmácia Nova Próspera, de propriedade de Tarcísio", afirmando que "diversas drogarias foram fiscalizadas naquela operação, quando foram encontrados medicamentos contrabandeados, falsos e, também, verificado o tráfico de drogas na modalidade medicamentos".

Já a funcionária da empresa do acusado e farmacêutica responsável pelo estabelecimento, Mirela Rodolfo Rabello, ouvida na fase



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

judicial, também certificou sua versão dos fatos:

[...] Afirmou que trabalhou na farmácia do acusado por quase três anos. Acerca das funções do responsável técnico pela farmácia, descreveu o controle da validade dos medicamentos, controle de estoque, organização da farmácia, inclusive o controle dos medicamentos de venda restrita. Relatou que os medicamentos encontrados não eram de seu conhecimento, pois o armário que lhe incumbia controlar estava "100%". Negou a existência de medicamentos controlados à vista do público. Afirmou que se o cliente chegasse com uma receita de três caixas e a farmácia tivesse somente duas, eram vendidas as três caixas, entregue as duas e a terceira era entregue no dia seguinte. Negou efetuar venda sem receita. Afirmou que trabalhava das 8h às 15h. Afirmou que desconhece a existência dos medicamentos apreendidos. Frisou que em seu armário estava "tudo certinho". Destacou que os medicamentos controlados ficavam em seu armário e que enviava a SNGPC para a ANVISA, conferia o armário e os dados sempre batiam com seu controle de estoque. Alegou que as compras eram efetuadas pelo proprietário (Tarcísio), que o pedido é efetuado por um sistema eletrônico, ao qual não tinha acesso. Frisou que quem fazia os pedidos era o Sr. Tarcísio, pois a esposa dele também não tinha acesso ao sistema de pedidos. Relatou que, após a inspeção, não continuou trabalhando na Farmácia, pois teve uma outra oportunidade de serviço. Asseverou que, após a apreensão, efetuou uma conferência em seu armário, junto com os fiscais da vigilância sanitária, a fim de averiguar a regularidade. Acredita que, cerca de dois meses depois, foi quando se desligou efetivamente da Farmácia. Acerca das consequências do consumo de medicamentos falsificados, respondeu que não teve acesso ao laudo. Comentou que foi a única apreensão de medicamentos que presenciou naquela Farmácia. Aludiu que os fiscais determinaram a autenticidade dos medicamentos no "olhômetro", raspavam o lacre ao lado da caixa para verificar a autenticidade dos medicamentos. Destacou que os medicamentos apreendidos foram somente os suspeitos. Acerca da venda de medicamentos fracionados, em que pese a legislação proibir tal conduta, afirmou que os medicamentos picotados, que os fiscais acharam autênticos, permaneceram na farmácia para venda (audiovisual de fl. 451- retirada da sentença e conferida).

De maneira também relevante foi o depoimento da testemunha Henio Grasso, um dos donos da rede Masterfarma, da qual o estabelecimento do apelante é credenciado:

[...] Henio Grasso afirmou que a farmácia do acusado é credenciada na Rede Masterfarma, da qual é diretor de marketing e sócio. Esclareceu que a rede é uma espécie de franquía e que farmácia do acusado foi uma das



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

primeiras credenciadas na Rede, a qual possui sede em Criciúma. Afirmou que a farmácia do acusado não foi descredenciada, que tiveram ciência do ocorrido através da mídia, que tiveram outras duas farmácias fiscalizadas, as quais foram submetidas a um processo administrativo, sendo somente uma descredenciada. Todavia, no caso do acusado, verificaram não haver má fé e, por este motivo, não o descredenciaram da rede. Acerca do fracionamento de medicamentos, após explanar acerca da legislação correlata, afirmou que é comum o fracionamento dos medicamentos. Negou terem recebido orientação da ANVISA de como identificar o medicamento falsificado. Frisou que, após as apreensões, procurou esclarecimentos junto ao distribuidor do medicamento. Afirmou ser farmacêutico e ter dificuldades em diferenciar um medicamento verdadeiro de um falso. Sobre a venda parcial dos medicamentos controlados prescritos, afirmou ser praxe, que o paciente pode comprar uma caixa e tem um prazo para vir buscar as demais, que as anotações são feitas no verso da notificação (receita azul) e a receita fica retida na farmácia. Acerca da troca de medicamentos não utilizados pelos pacientes, informou que na prática acontece, desde que a embalagem esteja devidamente lacrada. Mencionou o projeto da UNESC de recolhimento e doação de medicamentos. Perguntado se o Viagra e o Cialis eram vendidos, em 2010, em embalagem unitária, informou que, na época, o medicamento era vendido com uma quantidade maior por caixa. Informou ser diretor de marketing da Rede e um dos proprietários da marca Masterfarma. Informou que os credenciados tem a opção de comprar das principais distribuidoras "parceiras", com preços negociados pela Rede Masterfarma, mas que os credenciados possuem liberdade para comprar de outros fornecedores. Esclareceu que o Viagra é um produto fornecido pelas grandes distribuidoras. Sugeriu que os medicamentos apreendidos podem ter sido adquiridos em uma "troca", que os medicamentos Cialis e Viagra podem ter sido adquiridos de qualquer distribuidor (audiovisual de fl. 534 - retirada da sentença e conferida).

Em suma, a prova produzida nos autos é robusta para fundamentar um decreto condenatório em desfavor da recorrente e, portanto, não há falar em insuficiência de provas para a sua condenação.

É inexistente qualquer dúvida acerca da destinação comercial dos medicamentos falsificados apreendidos, os quais se encontravam dispostos pela farmácia, acondicionados e, alguns, fracionados. Este fato, inclusive, foi confirmado pelo próprio apelante e pelas testemunhas de defesa, clientes do estabelecimento.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

As testemunhas de acusação, da mesma forma, afirmaram que referidos comprimidos foram encontrados dispostos pela farmácia, alguns fracionados, restando nítida a destinação comercial. Frisa-se não haver nenhum indício de desejo espúrio em incriminar o apelante dos depoimentos das testemunhas de acusação.

Os medicamentos *Viagra* e *Cialis*, como asseverado anteriormente, não apresentavam o número de lote correspondente com o de suas fabricantes farmacêuticas (*Pfizer* e *Lilly*) e foram atestados como inidôneos pelos Laudos Periciais.

A defesa aventou a tese de erro de tipo, sob o argumento de que o apelante não sabia que os medicamentos eram falsos, inexistindo dolo em sua conduta.

No entanto, o dolo também restou evidente. A alegação de que o apelante desconhecia a procedência falsificada dos medicamentos resta dissociada de todo o conjunto probatório. O réu sequer ofertou justificativa minimamente razoável para amparar a sua alegação de desconhecimento da irregularidade dos medicamentos.

Não trouxe o apelante, como era de se esperar, nenhuma testemunha que pudesse reiterar sua versão, como lhe competia fazer, nos termos do art. 156, *caput*, do Código de Processo Penal, ou documentos hábeis a comprovar que adquiriu tais medicamentos de maneira idônea.

Reforçando o dolo com que agiu para a produção do resultado lesivo ao bem jurídico, o acusado, indagado expressamente durante a audiência de instrução e julgamento, não soube dizer de que forma adquiriu referidos medicamentos, apresentando respostas evasivas, apenas deu a entender que os adquiriu do mesmo laboratório que fornece os verdadeiros.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Caso a alegação do apelante fosse verídica, qual seja, de que ele teria comprado medicamentos falsificados sem sabê-los e do mesmo laboratório que oferece os verdadeiros, bastaria anexar aos autos as respectivas notas fiscais da entrada desses medicamentos, o que não o fez, evidenciando-se aqui o dolo de sua conduta ou, ao menos, de que ele tenha assumido o risco de produzi-la. E como sinalizado no *decisum* combatido:

[...] Além de ser apenas uma afirmação lançada ao vento em seu interrogatório, desacompanhada de qualquer detalhe acerca da maneira com que são feitas as compras em seu estabelecimento, nem mesmo quando foi perguntado por seu próprio defensor, **certo que o acusado poderia fazer prova da regularidade das compras dos medicamentos com facilidade, bastando apresentar-me as notas fiscais de entrada da mercadoria**. É de conhecimento público que as notas fiscais vindas das Distribuidoras contém o número dos lotes do medicamentos, justamente para fins de controle.

De outra banda, como o próprio réu afirmou (em uníssono com a prova testemunhal) as caixas dos medicamentos falsificados eram muito similares aos originais, isto é, também continham números de lote.

Note-se, ainda, que, ao depor em Juízo, a farmacêutica responsável foi categórica em afirmar que **as compras eram feitas pelo denunciado** e nem sua esposa tinha acesso a isso.

Assim, a prova da excludente, ônus que lhe competia, era fácil ao denunciado: bastava juntar as notas para que fosse possível acreditar que recebeu lotes falsos da distribuidora como se verdadeiros fossem. [...] (fl. 565-v – grifou-se).

Destarte, as informações contidas nos autos e a quantidade de remédios falsificados apreendidos, ou seja, 90 (noventa) comprimidos, conduzem à certeza de que os medicamentos que o apelante mantinha em depósito e expostos em sua farmácia destinavam-se à venda, sobretudo a sua própria confissão em Juízo, devendo ser afastado o pleito também no que diz respeito à sua forma culposa, prevista no art. 273, §2º, do Código Penal.

Da mesma forma, não se pode reconhecer a atipicidade dos fatos diante da aplicação dos princípios da insignificância, da subsidiariedade e da fragmentariedade do direito penal.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Considerando que a matéria foi acertadamente analisada pelo membro do Ministério Público de segundo Grau, o Procurador de Justiça Francisco Bissoli Filho, adota-se parte da manifestação de fls. 422-423 como razão de decidir, o que é permitido pelo Superior Tribunal de Justiça (EDcl no AgRg no AREsp 94.942/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 5.2.2013, v.u):

[...] É incabível reconhecer a atipicidade dos fatos diante da aplicação dos princípios da insignificância, da subsidiariedade e da fragmentariedade do direito penal. É que se deve ter em mente que o princípio da mínima intervenção penal se desdobra em dois subprincípios: o princípio da subsidiariedade, direcionado à atividade legislativa, e o princípio da insignificância, voltado à atividade judicial. Segundo o princípio da subsidiariedade, o legislador somente pode tipificar condutas, para que seja sancionado penalmente, se a consequência penal for extremamente necessária e não forem suficientes outras espécies de sancionamento. O princípio da insignificância, por sua vez, orienta o juiz a observar a relevância da agressão da conduta concretamente considerada, somente reconhecendo a existência de tipicidade material nos casos em que a agressão ao bem jurídico justificar o sancionamento penal.

No presente caso, contudo, é inaplicável tanto o princípio da subsidiariedade quanto o princípio da insignificância, pois é perfeitamente razoável a tipificação da conduta descrita no art. 273, §1º, do Código Penal, uma vez que o objetivo do legislador é tutelar a saúde das pessoas, prevenindo e sancionando condutas de expor à venda ou de ter em depósito para venda ou, de qualquer forma, distribuir ou entregar a consumo o produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

Também não se pode dizer que, concretamente, a conduta imputada ao apelante não tenha exposto a perigo bem jurídico relevante, pois basta o perigo abstrato pelo simples fato de ter em depósito. [...]

Portanto, não existem dúvidas de que a conduta do apelante/apelado Tarcísio Comelli subsume-se perfeitamente ao tipo penal previsto no art. 273, §1º, do Código Penal. [...] (fls. 423-424).

Nesse diapasão, também é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PACIENTES DENUNCIADOS POR IMPORTAÇÃO E VENDA DE PRODUTO FARMACÊUTICO ADULTERADO, SEM REGISTRO



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA COMPETENTE (ART. 273, §§ 1º.. E §1º.-B DO CPB). PEDIDO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TIPO PENAL. INCOMPATIBILIDADE DO INCIDENTE PREVISTO NO ART. 97 DA CF (RESERVA DE PLENÁRIO) COM O RITO CÉLERE DO WRIT. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE FLAGRANTE PREPARADO. INADMISSIBILIDADE, NA VIA ELEITA, DE INCURSÃO PROFUNDA NO CONJUNTO PROBATÓRIO. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE MOTIVADO. TIPO QUE PREVÊ DIVERSOS NÚCLEOS PARA A CONSUMAÇÃO DO DELITO (IMPORTAR, VENDER, EXPOR À VENDA, TER EM DEPÓSITO PARA VENDA, DISTRIBUIR OU ENTREGAR O PARA CONSUMO O PRODUTO ADULTERADO). NÃO INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ALTO GRAU DE REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO CRIMINOSO E EXPRESSIVIDADE DA LESÃO JURÍDICA CAUSADA À COMUNIDADE. ANALOGIA. NÃO CABE AO JULGADOR APLICAR UMA NORMA, POR SEMELHANÇA, EM SUBSTITUIÇÃO A OUTRA JÁ EXISTENTE. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA EXTENSÃO, ORDEM DENEGADA.

[...] **No caso em apreço, nada obstante a pequena quantidade do produto apreendida, mostra-se de todo inaplicável o princípio da insignificância, visto que evidenciado o alto grau de reprovabilidade do comportamento e a expressividade da lesão jurídica ocasionada, pois os pacientes, tal como narrado na peça acusatória, tinham em depósito, para venda a terceiros, produto farmacêutico sem o necessário registro no órgão de vigilância competente,** fabricado por empresa com sede da cidade de Assunção, Paraguai. [...] (HC 93.870/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 29/10/2009, DJe 23/11/2009)

Mantém-se, portanto, a condenação realizada na origem.

2.2 – Do apelo do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

A acusação pleiteou a) a condenação do apelado nas respectivas sanções do crime previsto no art. 273, §§1º e 1º-B, incs. I, V e VI, do Código Penal, ou seja, de 10 a 15 anos de reclusão e multa, argumentando que não seria caso de aplicar a analogia *in bonam partem*, como procedido pela Magistrada Sentenciante; b) se não for acatado o pleito, requereu seja procedida



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

a *emendatio libeli*, prevista no art. 383 do Código de Processo Penal, para condenar o acusado nas sanções do art. 180, §1º, do Código Penal, eis que explícita ou, ao menos, implicitamente narrada na exordial acusatória a prática de tal crime.

O recurso ministerial não comporta provimento.

A primeira insurgência do representante do Ministério Público do Estado de Santa Catarina resume-se em analisar se é possível a aplicação das penas previstas no preceito secundário do crime de tráfico de drogas ao crime de *falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos e medicinais*, notadamente quanto à conduta prevista no art. 273, § 1º-B do Código Penal.

Como analisado no item anterior, o quadro probatório foi convincente no sentido de que o acusado Tarcísio Comelli praticou o crime previsto no artigo 273, §§1º e 1º-B, incisos I, V e VI, do Código Penal, consistente em ter em depósito para vender produto falsificado, corrompido adulterado ou alterado, pois tinha medicamentos sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente e de procedência ignorada.

Registra-se que a Lei n. 9.677/98 (conhecida como *Lei dos Remédios*) trouxe profundas modificações ao art. 273 do Código Penal, impondo controle mais rigoroso à venda de medicamentos, visando maior proteção à saúde pública. Assim é que introduziu novos núcleos na tipificação do crime, abrangendo a falta de registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente, de procedência ignorada e adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente (art. 273, §§1º-B, incs. I, V e VI, respectivamente), como no caso em questão.

Ressalta-se que o tema é de tão significativa relevância que já foi



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

reconhecida, perante a Suprema Corte, a presença de repercussão geral:

Direito constitucional e penal. Recurso extraordinário. Importação de medicamentos sem registro sanitário. Exame de proporcionalidade da pena. Presença de repercussão geral. **1. A decisão recorrida declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, cuja pena cominada é 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão, para aqueles que importam medicamento sem registro na ANVISA (art. 273, §1º-B, do CP). 2. O Tribunal de origem afirmou que viola o princípio da proporcionalidade a cominação de pena elevada e idêntica para uma conduta completamente diversa daquela praticada por quem falsifica, corrompe, adultera ou altera produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput, do CP). Em razão disso, indicou que a conduta do §1º-B, I, do art. 273, do Código Penal, deve ser sancionada com base no preceito secundário do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. 3. Constituem questões constitucionais relevantes definir (i) se a cominação da pena em abstrato prevista para importação de medicamento sem registro, tipificada no art. 273, §1º-B, I, do Código Penal, viola os princípios da proporcionalidade e da ofensividade; e (ii) se é possível utilizar preceito secundário de outro tipo penal para fixação da pena pela importação de medicamento sem registro." (STF - RE 979.962/RS - Repercussão Geral - Rel. Min. Roberto Barroso j. 03/08/2018 - DJe 09/08/2018).**

Dessa maneira, entendo aplicável a pena prevista no preceito secundário do art. 33 da Lei n. 11.343/06, com possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena do respectivo §4º, mesmo porque é a decisão que se coaduna com a do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, a jurisprudência da Corte Superior:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIMES DE DESCAMINHO E DE FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. ARTIGOS 334, § 1º, "D", E 273, § 1º-B, I, V, DO CÓDIGO PENAL. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO PENAL. APLICAÇÃO DA PENA PREVISTA PARA O CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Tendo em vista a proibição de comportamento contraditório da parte (venire contra factum proprium), não se vislumbra a existência de flagrante ilegalidade ou abuso de poder na decisão atacada a ensejar a concessão da ordem. 2. *In*



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

casu, o paciente foi condenado à pena de 11 (onze) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes previstos nos artigos 273, § 1º-B, I, V e 334, § 1º, “d”, ambos do Código Penal. Em sede de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao pedido subsidiário da defesa para determinar a aplicação da pena observando o preceito secundário previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06.

3. Não se mostra coerente a conduta da defesa que, em um primeiro momento, sustenta a possibilidade da aplicação da pena prevista para o delito de tráfico de drogas por configurar analogia *in bonam partem* e, em momento posterior, sustenta a ilegalidade de tal aplicação ao argumento de se tratar de analogia prejudicial ao réu. 4. A reiteração dos argumentos trazidos pelo agravante na petição inicial da impetração é insuscetível de modificar a decisão agravada. Precedentes: HC 136.071-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 09/05/2017; HC 122.904-AgR, Primeira Turma Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 17/05/2016; RHC 124.487-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 01/07/2015. 5. Agravo regimental desprovido. (HC 162194 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 12/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-254 DIVULG 28-11-2018 PUBLIC 29-11-2018 – grifou-se)

No mesmo norte, o entendimento desta Primeira Câmara Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. GUARDA EM DEPÓSITO PARA VENDA, DISTRIBUIÇÃO OU ENTREGA A CONSUMO, DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NOS ÓRGÃOS COMPETENTES, DE PROCEDÊNCIA IGNORADA E DE PROIBIDA CIRCULAÇÃO NO TERRITÓRIO NACIONAL (ART. 273, §§ 1º e 1º-B, INCISOS I E IV, DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINARES. SUSCITADA A ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIO DA BUSCA E APREENSÃO E DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. INOCORRÊNCIA. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA QUE PRESCINDE DE MANDADO ESPECÍFICO QUANDO SE TRATAR DE CRIME PERMANENTE. ESCUTAS TELEFÔNICAS, OUTROSSIM, QUE APORTARAM AOS AUTOS POR AUTORIZAÇÃO JUDICIAL EM PROCESSO DIVERSO. FENÔMENO DA SERENDIPIDADE. LEGALIDADE DA PROVA EMPRESTADA. AUTORIZAÇÃO DA DECISÃO QUE DEFERIU A ESCUTA DISPENSÁVEL. DESNECESSIDADE DE TRANSCRIÇÃO DA TOTALIDADE DAS CONVERSAS GRAVADAS. NO MAIS, PRORROGAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PROVAS LÍCITAS. PREFACIAIS AFASTADAS. NO MÉRITO, PLEITO ABSOLUTÓRIO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. CONJUNTO PROBATÓRIO SÓLIDO NO SENTIDO DE QUE O ACUSADO MANTINHA EM DEPÓSITO E EXERCIA A VENDA DE MEDICAMENTOS DE



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

PROIBIDA COMERCIALIZAÇÃO NO TERRITÓRIO NACIONAL. TESE DE QUE AS SUBSTÂNCIAS SE DESTINARIAM AO CONSUMO PESSOAL DO RÉU QUE NÃO MERECE MELHOR SORTE. DOLO ESPECÍFICO COMPROVADO. CRIME FORMAL E DE PERIGO ABSTRATO. ERRO DE TIPO NÃO CONFIGURADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA IGUALMENTE INAPLICÁVEL. CONDENAÇÃO MANTIDA. PRETENDIDA A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FRAGMENTARIEDADE E DA SUBSIDIARIEDADE. ATO QUE SE REVESTE DE INCONTESTÁVEL RELEVÂNCIA PENAL. INTERVENÇÃO NECESSÁRIA. EM SEDE SUBSIDIÁRIA, PLEITO PELA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE CONTRABANDO. INVIABILIDADE, ANTE O PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. NO MAIS, PLEITO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO PENAL AFASTADO. PRECEITO SECUNDÁRIO, NO ENTANTO, ADEQUADO AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. PENA PREVISTA NO TIPO PENAL ELEVADA DEMASIADAMENTE COM A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. ANALOGIA *IN BONAM PARTEM*. READEQUAÇÃO QUE SE IMPÕE. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA O RESGATE DA REPRIMENDA. QUANTUM DA PENA E PRIMARIEDADE DO RÉU QUE PERMITEM O ABRANDAMENTO DE REGIME. PEDIDO DE CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE AFASTADO. REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA PROPRIAMENTE PREENCHIDOS. APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES QUE, NA HIPÓTESE, NÃO SE MOSTRA SUFICIENTE À GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O fato de "ter em depósito" medicamentos de proibida circulação no território nacional é delito de natureza permanente, o que possibilita, quando verificado o flagrante, o ingresso em domicílio sem mandado de busca e apreensão. 2. "A ordem judicial para a interceptação telefônica foi dada em processo diverso, uma vez que se trata de prova emprestada, ante a ocorrência do fenômeno da serendipidade, e é plenamente válida." (TJSC - Apelação Criminal n. 2012.055702-5, de Joinville, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 02/07/2013). 3. É dispensável a transcrição na íntegra de todos os diálogos existentes na interceptação telefônica, devendo constar dos autos apenas aquelas conversas pertinentes, que digam respeito ao ato criminoso objeto da investigação. 4. A razão de ter sido prorrogada a interceptação foi devidamente fundamentada nos autos, sobretudo por conta da complexidade envolvendo o caso e pelo fato de serem várias as pessoas investigadas à época do requerimento. 5. Impossível a absolvição, bem como a desclassificação do delito para sua modalidade culposa (art. 273, § 2º, do CPP) quando o conjunto probatório constante dos autos é incontestado no sentido de que o réu/apelante, ciente dos elementos constitutivos do tipo penal em que foi condenado, guardava e possuía em depósito para vender, medicamentos proscritos, sendo um deles de procedência ignorada, além de não possuir registro nos órgãos



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

competentes. 6. As condutas praticas pelo acusado, a despeito do almejado, revestem-se de incontestável relevância penal, o que, por extensão lógica, torna impossível tratá-la exclusivamente no âmbito administrativo, mesmo que em homenagem ao princípio da fragmentariedade. 7. O princípio da especialidade, juntamente com a evidente destinação comercial dos medicamentos apreendidos e o potencial risco à saúde da coletividade, principalmente por conta da apreensão do abortivo Cytotec, são fatores que impedem a almejada desclassificação para o delito de contrabando. **8. Apesar de não ser o caso de declarar a inconstitucionalidade do tipo penal por afronta ao princípio da proporcionalidade, uma vez que a conduta descritiva no delito em comento é típica, antijurídica e punível, mormente por trazer muitos malefícios à sociedade, sendo, inclusive, elencada no rol dos hediondos (Lei n. 8.072/90), não há de ignorar que o preceito secundário ali previsto fora elevado demasiadamente com a alteração legislativa, passando a ser excessivamente severo. Assim, "[...] a escolha do preceito secundário da Lei de Drogas não se mostra despropositada. Com efeito, tendo sido a recorrida presa em flagrante com remédios sem registro no Órgão competente, e sendo o delito do artigo 273 do Código Penal considerado crime hediondo, tem-se por razoável a analogia realizada, de modo a não tornar a pena nem tão severa nem tão branda, mantendo-se, ademais, a hediondez do delito. Ademais, ambos os delitos têm como bem jurídico tutelado a saúde pública e são crimes de perigo abstrato". (TJSC - Apelação Criminal n. 2012.044836-2, de Lages, Rel. Desa. Marli Mosimann Vargas, j. em 28/05/2013).** 9. O quantum da pena fixada neste grau de jurisdição (art. 33, § 2º, "b", do CP) e a primariedade do réu/apelante, permitem, in casu, a imposição do regime semiaberto. 10. Mostra-se desarrazoada a liberação de réu que permaneceu toda a instrução segregado, em especial quando ainda presentes os requisitos da custódia preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. "[...] não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar". (STF - Habeas Corpus n. 89.824/MS, 1.ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 28/08/2008). (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.048176-7, de Lauro Müller, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 20-01-2015 – grifou-se).

Em conclusão, não obstante o inconformismo do diligente representante do *Parquet*, fica mantido o entendimento acerca da desproporcionalidade do preceito secundário do art. 273, §§1º e 1º-B, do Estatuto Repressivo, tal como realizado pela sentença combatida e pelos



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

entendimentos jurisprudenciais colacionados, mantendo a aplicação, por analogia, da pena prevista no crime de tráfico de drogas, delito equiparado a hediondo, que também protege a saúde pública e visa coibir o comércio de substâncias entorpecentes proscritas.

No que tange ao pleito relativo à *emendatio libeli* para condenar o apelado nas sanções do art. 180, §1º, do Código Penal, este também não prospera, tendo em vista que no item 2.1 restou devidamente reconhecida a conduta do apelado como aquela elencada no art. 273, §§1º e 1º-B, incs. I, V e VI, do Código Penal.

3 – Da dosimetria – apelos de Tarcísio Comelli e do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Por fim, em relação à dosimetria da pena, a acusação pugnou pela exclusão da incidência da privilegiadora prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, mantendo-se as penas aplicadas apenas com base no *caput* de mencionado dispositivo, ou seja, em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Argumentou que Tarcísio, por utilizar de sua farmácia como local de venda de medicamentos falsificados, corrompidos, adulterados ou sem registro, colocaria-se numa condição de contumácia, ao menos nesse tipo de atividade criminosa e, por isso, não preencheria todos os requisitos exigidos para a concessão da benesse.

Já a defesa requereu que seja permitido a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 no seu grau máximo (2/3 dois terços), uma vez que a fundamentação utilizada na sentença para a aplicação de 1/6 (um sexto) não é devida, pois não levou em consideração as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Pois bem.

A acusação pretende o afastamento da redução da pena cominada ao apelado, sob o fundamento que ele não faz jus ao privilégio previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (porquanto se dedicava a atividades criminosas), *in verbis*:

§ 4º O Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Sobre o tráfico privilegiado, a doutrina leciona:

[...] O § 4º do artigo 33 prevê a redução da pena dos crimes previstos no seu caput e § 1º quando o agente for primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa. Faltando qualquer um destes requisitos, a diminuição da pena, que pode ser de um sexto a dois terços, não deverá ser aplicada. Cuida-se de dispositivo que visa beneficiar o pequeno e eventual traficante. O profissional do tráfico e o que teima em delinquir não merece atenuação da pena. [...] Para o Supremo Tribunal Federal a conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas, que obstam a aplicação do redutor da pena (RHC nº 94.806/PR, 1ª T., rel. Min. Carmen Lúcia, v.u., j. 03/03/2010). (SILVA, César Dário Mariano. Lei de Drogas Comentada. 2ª ed. São Paulo: APMP Associação Paulista do Ministério Público, 2016, p. 103).

Consigna-se de que modo foi aplicada a dosimetria da pena na sentença atacada:

[...] Analisando-se as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, verifica-se que a culpabilidade do réu é normal ao delito praticado. O réu não possui antecedentes criminais. Não há elementos precisos para aquilatar a personalidade e conduta social. A motivação não é conhecida. As circunstâncias e consequências do fato criminoso são graves, mas normais ao tipo. A vítima em nada contribuiu para a prática do delito.

Assim, fixo a **pena-base** em 05 (cinco) anos de reclusão.

Na **segunda fase**, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na **derradeira etapa**, ausentes causas especiais de aumento de pena.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Presente, todavia, a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, razão pela qual diminuo a reprimenda em 1/6 (um sexto), nos termos da fundamentação, finalizando-a em **04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão.**

Relativamente à pena de multa, forte nos ditames do art. 59 do Código Penal, fixo-a basicamente em 500 (quinhentos) dias-multa que, em razão da incidência da causa especial de diminuição na terceira fase, resta definitivamente fixada em **416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa**, cada dia no valor mínimo legal (art. 43 da Lei n.º 11.343/06).

O regime inicial de cumprimento da pena é o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, uma vez que nada de relevo se denota das circunstâncias judiciais (STF; HC n.º 111840).

Não há que se falar em substituição em face do quantum da pena. Na mesma medida, inaplicável o *sursis*. [...] (fl. 572-v).

A minorante não foi aplicada em sua maior fração (2/3 – dois terços), mas sim na fração mínima de 1/6 (um sexto), veja-se:

[...] Compulsando os autos, vejo que o acusado faz jus à redução, porquanto trata-se de réu primário e não registra antecedentes criminais, estes entendidos como condenações incapazes de gerar a reincidência. Não há também indicativos de que integrasse organização criminosa. No entanto, considerando que o acusado admitiu ser prática habitual o armazenamento de medicamentos de uso controlado em desacordo com as exigências do Ministério da Saúde, bem como, vendia os medicamentos para disfunção erétil de origem duvidosa, conforme confirmaram as testemunhas, bem como expressiva a quantidade de medicamento falso em seu poder, como já enfrentado, impossível o reconhecimento da redução em sua fração máxima, pelo que reduzirei no percentual de 1/6 (um sexto). [...] (fl. 572).

Analisando os autos, verifica-se que o réu é primário (fls. 81-82), possui bons antecedentes, não se dedica às atividades criminosas, nem integra organização criminosa.

Embora o representante do Ministério Público alegue que Tarcísio dedicava-se a atividades criminosas, porque em seu interrogatório judicial admitiu que vendia os medicamentos falsificados apreendidos em sua farmácia, não restou evidenciado nos autos que ele fazia desse tipo de comércio o seu meio de vida.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Além disso, das provas contidas no processado, não é possível identificar há quanto tempo Tarcísio expôs à venda medicamentos falsificados, corrompidos, adulterados e sem registro ou se tratou-se de um caso isolado, tanto que a fiscal sanitária municipal disse, em Juízo, que um mês antes da apreensão teriam ido na farmácia e nenhuma irregularidade foi encontrada.

Diante de tais fatos, mantém-se o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado, da forma reconhecida na sentença, por seus próprios fundamentos.

No tocante à fração de 1/6 (um sexto) aplicada no *decisum*, entendo ser pertinente, diante da expressiva quantidade de comprimidos falsos apreendidos (cerca de 90 – noventa).

Mantém-se o regime inicial de resgate de pena no semiaberto, em observância ao disposto no art. 33, §2º, b, do Código Penal.

Inaplicável a substituição da pena prevista no art. 44 do Código Penal. Inviável, também, a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

4 – Da imediata execução da pena

No julgamento do HC 126.292, o plenário do Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento sobre a possibilidade de se executar provisoriamente a pena confirmada em segundo grau de jurisdição, sem ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência, considerando que eventuais recursos cabíveis às Cortes Superiores não se prestam a discutir fatos e provas, mas tão somente matéria de direito.

Nesse viés, aderindo ao entendimento supracitado, comunique-se o juízo de Primeiro Grau, a fim de que providencie o início da execução provisória



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

da pena do réu.

5 - Do voto

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer parcialmente de ambos os recursos e, na parte conhecida, negar-lhes provimento. De ofício, determina-se ao Juízo do primeiro grau que, após o esgotamento dos recursos cabíveis neste grau de jurisdição, adote as providências necessárias ao imediato cumprimento da pena.

Este é o voto.