



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2022.0000258535

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503472-43.2019.8.26.0268, da Comarca de Embu das Artes, em que é apelante JOAO PAULO GOMES LUCENA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Ante o exposto, rejeitada a preliminar, deram parcial provimento aos recursos para redimensionar a pena de João Paulo Gomes Lucena para um ano, um mês e dez dias de reclusão, em regime aberto, e pagamento de onze dias-multa, no patamar mínimo, substituída a pena privativa de liberdade por prestação pecuniária no valor de cinco salários mínimos, bem como autorizar a devolução dos bens supra apreendidos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REINALDO CINTRA (Presidente) E IVANA DAVID.

São Paulo, 6 de abril de 2022.

KLAUS MAROUELLI ARROYO
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

APELAÇÃO CRIMINAL nº 1503472-43.2019.8.26.0268 – 2ª VARA
JUDICIAL DA COMARCA DE EMBU DAS ARTES

7ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

APELANTES: JUSTIÇA PÚBLICA e JOÃO PAULO GOMES
LUCENA

APELADOS: JOÃO PAULO GOMES LUCENA e JUSTIÇA
PÚBLICA

Nulidade – Inépcia da denúncia não verificada – Requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal atendidos – Preliminar rejeitada.

Crimes contra a saúde pública – Artigo 273, 1º-B, incisos I, V e VI do Código Penal – Materialidade e autoria devidamente comprovadas – Absolvição por atipicidade da conduta – Impossibilidade – Recurso da Defesa improvido.

Dosimetria – Inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273, § 1º-B do Código Penal – Aplicação da pena prevista na redação originária do dispositivo – Possibilidade – Entendimento firmado pelo E. Supremo Tribunal Federal (RE 979.962/RS) – Recurso da Defesa provido em parte para reduzir a pena do apelante/apelado.

Pena-base acima do mínimo legal – Necessidade – Quantidade e diversidade de medicamentos – Circunstâncias do caso concreto que garantem maior reprovabilidade da conduta – Recurso do Ministério Público provido em parte para exasperar a reprimenda na primeira etapa no patamar de um terço.

Causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06 – Pleito de afastamento prejudicado – Aplicação das penas previstas no artigo 273 do Código Penal em sua redação original – Recurso do Ministério Público improvido.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Regime aberto – Viabilidade – Pena inferior a quatro anos – Primariedade – Inteligência do artigo 33, § 2º, alínea “c” do Código Penal – Recurso da Defesa provido em parte para fixar o regime mais brando.

Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos – Pleito de afastamento desacolhido – Requisitos do artigo 44 do Código Penal devidamente preenchidos – Recurso do Ministério Público improvido e da Defesa provido em parte para reduzir a prestação pecuniária para cinco salários mínimos.

Restituição de bens – Não comprovação de que os equipamentos foram utilizados para o cometimento do ilícito – Recurso da Defesa provido em parte para autorizar a devolução.

VOTO Nº 5375

JOÃO PAULO GOMES

LUCENA foi condenado, pela r. sentença de fls. 567/573, cujo relatório adota-se, como incurso no artigo 273, §1º-B, incisos I, V e VI do Código Penal e no preceito secundário do artigo 33 “caput” da Lei 11.343/06, ao cumprimento de três anos e quatro meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de trezentos e trinta e três dias-multa, no patamar mínimo, substituída a pena privativa de liberdade por prestação pecuniária no valor de dez salários mínimos.

Inconformado, recorreu o

Ministério Público para pleitear a fixação da pena-base acima do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

mínimo legal, afastamento da minorante prevista no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06 ou redução no patamar mínimo de um sexto, bem como da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 582/586).

Irresignada recorreu a Defesa para pleitear, preliminarmente, nulidade do feito por inépcia da denúncia, reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 273, § 1º-B do Código Penal ou aplicação da pena prevista na sua redação originária, no mérito, a absolvição, com fundamento no artigo 386, inciso III do Código de Processo Penal, a restituição dos bens apreendidos e regime aberto (fls. 623/645).

Foram apresentadas as contrarrazões (fls. 609/616 e 650/655).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso da Defesa e provimento do recurso do Ministério Público (fls. 664/671).

É o relatório.

Segundo consta, no dia 21 de maio de 2019, por volta das 10h30min, na Rua Benção, nº 523,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Pirajussara, comarca de Embu das Artes, o apelante/apelado vendeu, expôs à venda, tinha em depósito para venda e distribuía e entregava a consumo produtos destinados a fins terapêuticos ou medicionais, consistentes em 2970 caixas de cloridato de sibutramina monoidratado, com 30 cápsulas cada, de 15mg, 172 caixas de cefalexina, com 8 cápsulas, de 500mg, 10 caixas de amoxicilina, com 14 comprimidos, de 875mg, 14 caixas de 150ml de amoxicilina, de 250mg, 14 caixas de ciprofloxacino, com 14 comprimidos, de 500mg, 17 caixas de acetato de retinol, de 20ml, 84 caixas de bromazepan, com 30 comprimidos, de 3mg, uma caixa de metronidazol de 100mg, um frasco (5ml) de otomixyn, 12 comprimidos de cytotec, 22 caixas de clonazepam, com 30 comprimidos, de 2mg, 4 caixas de cefalexina, com 8 drágeas, de 500mg, 243 caixas de dopo, com 2 comprimidos cada, 80 caixas cetobeta, com uma bisnaga cada, 51 caixas de norfloxacin, com 14 comprimidos, de 400mg, 2 duas caixas de hemitartrato de zolpidem, com 2 caixas, de 10mg, tudo sem registro no órgão de vigilância sanitária competente, de procedência ignorada e adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

A materialidade está demonstrada pelo boletim de ocorrência (fls. 10/15), auto de exibição e apreensão (fls.16/19) e laudos periciais (fls. 130/278).

Na fase inquisitiva (fls. 07/08), admitiu a aquisição e revenda dos medicamentos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Interrogado em juízo (fls. 513), confessou que os produtos eram de sua propriedade, disse que fez pedidos com o CNPJ de uma farmácia na qual trabalhou anteriormente.

A última compra foi maior, pois imaginou que a proprietária da farmácia pudesse desconfiar, já que procedia dessa forma há alguns meses.

A preliminar de nulidade do feito por inépcia da denúncia não obterá guarida jurisdicional.

A inicial acusatória descreveu o fato criminoso em todas as suas circunstâncias, identificou dia e local do delito, além de narrar a conduta do apelante/apelado de forma individualizada, inclusive fez referência à sua confissão e apontou a forma de comércio e armazenamento dos medicamentos, indicados pormenorizadamente, atendidos, portanto, os requisitos exigidos pela artigo 41 do Código de Processo Penal.

No mérito, a condenação de João Paulo era medida de rigor e restou embasada na prova oral produzida sob o crivo do contraditório, depoimento do policial civil Marco Aurélio (fls. 513), no sentido de que se dirigiram ao comércio por acreditarem que havia drogas no local.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Foram atendidos por Guilherme, que se identificou como funcionário do apelante/apelado, e asseverou que a empresa era do ramo de cosméticos, não havia nada de ilícito.

O rapaz franqueou a entrada da equipe e em um dos cômodos do imóvel encontraram muitos medicamentos controlados e receitas.

João Paulo apareceu no local e contou como agia, disse que comprava os remédios no centro de São Paulo e utilizava o CNPJ de uma farmácia para adquiri-los.

Os policiais civis Renato e Silvio (fls. 513) relataram que a entrada no comércio foi permitida por Guilherme, funcionário do estabelecimento, em um dos cômodos do imóvel, localizaram diversos remédios controlados e receitas.

João Paulo chegou ao local e confessou a autoria do crime, disse que comercializava os medicamentos pela internet e entregava nas farmácias da região.

Em um primeiro momento, o apelante/apelado afirmou que os produtos eram comprados através do CNPJ de uma farmácia que não existia mais, posteriormente, passou a dizer que os medicamentos eram adquiridos no centro de São Paulo, de um indivíduo de alcunha “Alemão”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

A testemunha Guilherme (fls. 513) afirmou que prestava serviços ao apelante/apelado, mas não sabia dos medicamentos, apenas da venda de cosméticos.

A sala onde estavam os remédios ficava nos fundos do imóvel e permanecia fechada, não tinha autorização para entrar no cômodo.

Desse modo, bem demonstrada a efetiva responsabilidade penal do apelante/apelado pelos fatos narrados na denúncia.

João Paulo admitiu a aquisição dos medicamentos proibidos para revenda, sua confissão se coaduna com os depoimentos dos policiais, que apreenderam os remédios de uso controlado no imóvel ocupado pelo apelante/apelado.

O crime previsto no artigo 273, § 1º-B, incisos I, V e VI do Código Penal restou configurado, na medida em que João Paulo vendia e mantinha em depósito para venda produtos destinados para fins medicinais sem registro no órgão de vigilância sanitária competente, de procedência ignorada e adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária, de modo que não há que se cogitar de atipicidade da conduta ou desclassificação para o crime previsto no artigo 132 do Código Penal.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Afinal, o referido dispositivo criminaliza a conduta de *expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente*, conduta que em nada se ajusta a dinâmica dos fatos apurada no caso em tela.

É certo que houve o reconhecimento da inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273, § 1º-B do Código Penal, inclusive, pelo Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo, que se pronunciou sobre o tema, no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0052451-46.2016.8.26.0000.

Contudo, não há que se cogitar de inconstitucionalidade do tipo penal na sua integralidade, até porque, com a nova redação, o legislador buscou especificar condutas e abarcar situações que necessitavam da tutela penal, de modo que a desproporção reconhecida pelos Tribunais se justifica tão somente para as penas cominadas.

Por derradeiro, a reprimenda comporta reparo.

A MM. Juíza sentenciante, em consonância com entendimento firmado por este E. Tribunal de Justiça e pela Corte Superior do E. Superior Tribunal de Justiça (HC



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

239.363/PR), aplicou as penas cominadas ao crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06, ante o reconhecimento da desproporcionalidade do preceito secundário do artigo 273, §1º-B do Código Penal.

No entanto, assiste razão à D. Defesa ao pleitear a aplicação das penas previstas na redação originária do artigo 273 do Código Penal (01 a 03 anos de reclusão e multa), diante do entendimento consolidado pelo Pleno do E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 979.962/RS, em 24 de março de 2021.

Na ocasião, o Pretório Excelso firmou tese no sentido de que *“é inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.677/98 (reclusão, de 10 a 15 anos, e multa), à hipótese prevista no seu § 1º-B, I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica repristinado o preceito secundário do art. 273, na redação originária (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa)”*.

Embora o fato apurado nos presentes autos não diga respeito a importação de medicamentos, o certo é que, no referido julgamento, a Corte Constitucional decidiu pela inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273, § 1º-B do Código Penal e asseverou ser inadequada a aplicação das penas cominadas ao tráfico de drogas em equiparação, por ser medida que mantém a desproporcionalidade das penas face às condutas tipificadas.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Confira-se ementa do
 posicionamento exarado pelo E. Supremo Tribunal Federal no
 julgamento do RE 979.962/RS:

Direito constitucional e penal. Recurso extraordinário. Importação de medicamentos sem registro sanitário (CP, art. 273, 273, § 1º-B, I, do Código Penal). Inconstitucionalidade da pena abstratamente prevista.

1. O art. 273, § 1º-B, do CP, incluído após o “escândalo das pílulas de farinha”, prevê pena de dez a quinze anos de reclusão para quem importar medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária competente.

2. Como decorrência da vedação de penas cruéis e dos princípios da dignidade humana, da igualdade, da individualização da pena e da proporcionalidade, a severidade da sanção deve ser proporcional à gravidade do delito.

3. O estabelecimento dos marcos penais adequados a cada delito é tarefa que envolve complexas análises técnicas e político-criminais que, como regra, competem ao Poder Legislativo. Porém, em casos de gritante desproporcionalidade, e somente



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

nestes casos, justifica-se a intervenção do Poder Judiciário, para garantir uma sistematicidade mínima do direito penal, de modo que não existam (i) penas exageradamente graves para infrações menos relevantes, quando comparadas com outras claramente mais reprováveis, ou (ii) a previsão da aplicação da mesma pena para infrações com graus de lesividade evidentemente diversos.

4. A desproporcionalidade da pena prevista para o delito do art. 273, § 1º-B, do CP, salta aos olhos. A norma pune o comércio de medicamentos sem registro administrativo do mesmo modo que a falsificação desses remédios (CP, art. 273, caput), e mais severamente do que o tráfico de drogas (Lei nº 11.343/2006, art. 33), o estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), a extorsão mediante sequestro (CP, art. 159) e a tortura seguida de morte (Lei nº 9.455/1997, art. 1º, § 3º).

5. Mesmo a punição do delito previsto no art. 273, § 1º-B, do CP com as penas cominadas para o tráfico de drogas, conforme propugnado por alguns Tribunais e juízes, mostra-se inadequada, porque a equiparação



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

mantém, embora em menor intensidade, a desproporcionalidade.

6. Para a punição da conduta do art. 273, § 1º-B, do CP, sequer seria necessária, a meu ver, a aplicação analógica de qualquer norma, já que, com o reconhecimento da sua inconstitucionalidade, haveria incidência imediata do tipo penal do contrabando às situações por ele abrangidas.

7. A maioria do Plenário, contudo, entendeu que, como decorrência automática da declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, I, deve incidir o efeito repristinatório sobre o preceito secundário do art. 273, caput, na redação original do Código Penal, que previa pena de 1 a 3 anos de reclusão. 8. Recurso do Ministério Público Federal desprovido. Recurso de Paulo Roberto Pereira parcialmente provido.

(STF - RE 979.962/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, Julgado Em 24/03/2021, Dje 14/06/2021).

Desse modo, a reprimenda será alterada com base no preceito secundário do artigo 273 do Código



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Penal em sua redação originária (reclusão, de um a três anos e multa).

Em atenção ao disposto no artigo 59 do Código Penal, a pena-base será fixada acima do mínimo legal, nos moldes pleiteados pelo Ministério Público, ante a quantidade expressiva e diversidade de medicamentos, sem olvido de que o apelante/apelado comercializava os produtos através da internet, o que garante propagação mais ampla de fármacos capazes de gerar prejuízo à saúde.

Diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis, a reprimenda será exasperada em um terço, portanto, um ano e quatro meses de reclusão e pagamento de treze dias-multa.

Reconhecida a atenuante da confissão, a reprimenda será reconduzida para um ano, um mês e dez dias de reclusão e pagamento de onze dias-multa, pena que se tornará definitiva, ausentes causas de aumento ou diminuição a serem consideradas.

O pleito de afastamento da minorante prevista no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06 restou prejudicado diante do novo cálculo da pena.

O regime será alterado para o aberto, ante a primariedade (fls. 511/512) e o total da reprimenda, a teor



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

do artigo 33, § 2º, alínea “c” do Código Penal.

Em que pese a irresignação do Ministério Público, preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, pena inferior a quatro anos, crime cometido sem violência e grave ameaça à pessoa, agente primário e confesso, será mantida a substituição da pena privativa de liberdade por prestação pecuniária, contudo, o valor será reduzido para cinco salários mínimos, considerada a reprovabilidade da conduta e a condição socioeconômica do apelante/apelado (fls. 37).

Por fim, o pedido de restituição dos bens apreendidos será acolhido, porquanto não houve fundamentação específica para a adoção da medida constritiva na r. sentença de primeiro grau.

Ademais, não restou demonstrado nos autos que o notebook e os telefones celulares eram utilizados para a prática do ilícito, embora o próprio apelante/apelado tenha admitido que fazia vendas também pela internet, não houve análise detida desses equipamentos para se concluir que eram de fato ligados à realização do comércio espúrio.

A mesma conclusão se aplica ao veículo, eis que não há prova de que era empregado na prática do crime, sem olvido de que, embora tenham sido encontrados resquícios de um



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

pó branco em seu interior, conforme laudo pericial (fls. 358/361), a prova técnica não foi capaz de identificar a substância (fls. 130/132).

Ante o exposto, rejeitada a preliminar, dá-se parcial provimento aos recursos para redimensionar a pena de **João Paulo Gomes Lucena** para um ano, um mês e dez dias de reclusão, em regime aberto, e pagamento de onze dias-multa, no patamar mínimo, substituída a pena privativa de liberdade por prestação pecuniária no valor de cinco salários mínimos, bem como autorizar a devolução dos bens supra apreendidos.

KLAUS MAROUELLI ARROYO
RELATOR