

VENDA DE MEDICAMENTOS DE CONTROLE ESPECIAL SEM RECEITUÁRIO MÉDICO: TIPIIFICAÇÕES, SANÇÕES E POSSIBILIDADES DE DEFESA AO FARMACÊUTICO VENDEDOR

Fernando Sousa Marques¹

Naila Ingrid Chaves Franklin²

RESUMO

Trata-se de um trabalho com objetivo de discutir possibilidades de defesa ao farmacêutico que comercializar medicamentos sujeitos à controle especial sem o receituário médico. Para isso, primeiramente, faz-se a descrição do conceito de medicamentos psicotrópico sujeito a controle especial, analisando a ilicitude de sua comercialização sem receita médica, em acordo com as previsões da lei 11.343/2006 (denominada lei de drogas). Além disso, evidenciam-se os fundamentos que norteiam à compreensão deste fenômeno de indiscutível importância a assistência à saúde para, finalmente, discutir as disposições normativas a respeito da atuação do advogado na defesa do farmacêutico que promover esse ato ilegal. Tal análise é desenvolvida através de revisões bibliográficas com consultas a diferentes fontes, tais como: doutrinas, leis e portarias. O trabalho demonstra a tipicidade do ato da venda de medicamentos controlados sem o receituário médico de acordo com as disposições trazidas pela lei de drogas em conjunto com a portaria 344/98 do Ministério da Saúde, que é responsável por descrever o rol de substâncias que são consideradas drogas para efeitos legais. Desta forma, tal comercialização somente será possível mediante a receituário médico e, caso não sejam respeitadas as exigências legais, incorrerá o farmacêutico no crime de tráfico de drogas. No entanto, observa-se ser fundamental o papel do advogado de defesa que poderá através de princípios e teorias fornecer fundamentos para defesa do farmacêutico.

Palavras-chave: Medicamentos de Controle Especial. Venda. Receita Médica. Farmacêutico. Defesa.

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Rio Verde, Campus Caiapônia, GO.

² Orientadora, mestra em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB).

1 INTRODUÇÃO

A venda de medicamentos controlados sem receituário médico é conduta tipificada na lei penal como crime podendo, muitas das vezes, resultar em sanções penais. Neste sentido, este estudo tem o intuito de entender se há alguma forma de defesa cabível ao farmacêutico vendedor.

O tema em análise adquire importância, haja vista que a venda de medicamentos psicotrópicos sem a devida receita é conduta comum no âmbito social, o que pode ocasionar diversos males e ainda levar a uma dependência para os usuários destes medicamentos. Assim, visualiza-se a necessidade de estudo do tema para identificar penalidades e sanções impostas para este ato, assim como a possibilidade de excludente de ilicitude ou outra forma de defesa.

Por outro lado, em que pese essa conduta ser presente no seio social, há uma grande falta de conhecimentos dos farmacêuticos sobre as penalidades impostas aos profissionais que comercializam substâncias psicotrópicas sem a receita médica. Destarte, este trabalho servirá de alerta aos profissionais desta área para que se atentem para este fato, que poderá ocasionar complicações jurídicas.

Além disso, devido ao desconhecimento específico desta área haja vista a extensão do direito, este trabalho vem para complementar o conhecimento de muitos advogados que trabalham em sindicatos dos farmacêuticos, que em algum momento poderão ser requisitados para o auxílio aos profissionais a respeito deste tema.

Superados as questões profissionais que envolvem o desconhecimento dos próprios farmacêuticos e dos profissionais de direito, também se pode citar o desconhecimento da população sobre o malefício trazido pela ação de insistir na compra de medicamento sujeito a controle especial sem a receita, muitas das vezes por falta de paciência em aguardar a fila do hospital para conseguir sua receita. Tal conduta, ainda que amparada pela boa fé, revela o desconhecimento do que essa situação pode resultar ao profissional que proporciona esse medicamento ao seu cliente.

Assim, conforme anteriormente mencionado, o trabalho possui a seguinte problemática: em caso da comprovação da venda de medicamentos psicotrópicos sem a

devida formalidade legal qual seria tratamento dado a esta comercialização no ordenamento jurídico nacional e qual a defesa cabível?

A partir da problemática trazida, formula-se seguintes hipóteses:

a) A portaria 344, de 12 de maio de 1998, da ANVISA, estabelece todos os critérios para a venda de medicamentos psicotrópicos prescrevendo que qualquer desconformidade com a mesma poderá configurar os crimes previstos na lei de drogas (11.343 de agosto de 2006).

b) A venda de medicamentos sem receita médica é realizada porque virou costume no país, de modo que caso um farmacêutico realize essa conduta, incorrerá em nenhum tipo penal.

c) Havendo perigo de morte do comprador, o farmacêutico será amparado pelo estado de necessidade de terceiro, excluindo a ilicitude de sua conduta.

d) Sob algumas circunstâncias, há a possibilidade de ser aplicada a excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa.

Desta forma, como supramencionado, o tema proposto mostra uma série de questões de relevante valor para o direito a respeito da aplicação da lei penal bem como uma possível defesa ao farmacêutico.

2 HISTÓRICO DA RESTRIÇÃO DO USO DE MEDICAMENTOS

Para que seja possível entender a questão da criminalização da conduta de fornecer medicamentos sujeitos a controle especial, é necessário analisar como se deu historicamente a tipificação e controle das substâncias consideradas psicotrópicas, questão que possui estreito relacionamento com a temática estudada neste artigo.

No século XX, 1909 houve o início da luta para controlar as substâncias psicotrópicas em Xangai, pois o uso do ópio estava de forma desacerbada, era muito comercializado com os ingleses que o usavam como moeda de troca comprando da Índia e revendendo na China. Após isso, houve três convenções importantes para o controle destas substâncias: Convenção Única sobre Entorpecentes em 1961, Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas em 1971 e Convenção Contra o Tráfico

Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas em 1988 (BUAVANA; APARECIDA, 2011).

No Brasil, o primeiro relato de proibição do uso de entorpecentes aparece no Código Filipino que empregava o termo material venenoso; estas orientações Filipinas duraram no período do Brasil colônia o qual foi substituído pelo Código de 1830 que era omissivo em relação ao tráfico de drogas. Em 1890 é criado o Código Penal que volta a tratar do assunto proibindo e controlando a utilização de substâncias venenosas com a pena inicialmente de multa sendo acrescentada a prisão no Código de 1932 e utilizava-se o termo substâncias tóxicas (CARVALHO, 2014).

Em 1940 foi elaborado o atual Código Penal por Alcântara Machado e revisado por Nelson Hungria que passa a vigorar em 1942. O seu artigo 281 tratava sobre o tráfico de drogas, inserido no capítulo dos Crimes Contra a Saúde Pública que descrevia as seguintes condutas para referentes ao comércio e à facilitação do uso de entorpecentes (BRASIL, 2012):

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis (BRASIL, 1940)

O plantio, colheita de plantas entorpecentes e seu beneficiamento, no entanto, não eram abordados no artigo 281 do Código Penal. Desta forma, sobreveio a lei 6.368/76 que abordou estes temas e assim revogou o artigo 281 do Código Penal. A lei 6.368/76 trouxe uma nova definição para as substâncias ilícitas, usando os termos substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. Outra mudança foi a pena que passou a ser mais dura para quem cooperava ou auxiliava com equipamentos e por outro lado a pena se mostrou mais amena para usuários devido à crise do sistema penitenciário (BRASIL, 2012).

A lei 6.368/76, contudo, foi completamente, revogada e atualmente vigora no ordenamento jurídico brasileiro a lei 11.343/2006. Esta lei, também conhecida como lei de drogas, é uma norma, penal em branco heterogênea, pois necessita de um complemento para que seja possível entendê-la. O complemento, por sua vez, é portaria da ANVISA (MASSON, 2014, p. 176):

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União (BRASIL, 2006).

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), responsável atualmente pela portaria 344/1998, encarregada pela lista de medicamentos a serem controlados, foi criada a partir da lei, 9.782, de 26 de janeiro 1999, sob o regime de autarquia especial, com sua base localizada no Distrito Federal que veio a substituir a Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, é o órgão incumbido pelo controle dos medicamentos utilizados no Brasil bem como sua fabricação (BRASIL, 1999).

Como exposto acima, as convenções internacionais foram de grande importância para que ocorresse a restrição à comercialização de algumas substâncias psicotrópicas e entorpecentes no Brasil. Estas convenções foram acatadas pelo nosso ordenamento penal e pela portaria 344/1998, vigente atualmente.

3 MEDICAMENTOS PSICOTRÓPICOS SUJEITOS A CONTROLE ESPECIAL

Para que seja possível discutir a criminalização da conduta de comercializar medicamentos sujeitos a controle especial sem receituário médico, é necessário verificar o conceito de medicamento.

A Organização Mundial da Saúde definiu que “medicamento é toda substância contida em um produto farmacêutico, utilizada para modificar ou investigar sistemas fisiológicos ou estados patológicos, em benefício da pessoa em que se administra” (OMS, 1985).

A Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde através da portaria 344/1988 definiu o conceito de medicamentos sendo todo “produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico” (BRASIL, 1998).

A portaria da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde - SVS/MS 344, de 12 de maio de 1988 define entorpecentes e psicotrópicos e os enumera através de listas que levou-se em conta a Convenção Única sobre Entorpecentes

contendo a lista A1 e A2 e a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas contendo a lista A3, B1 e B2 (BEZERRA, 2001):

Entorpecente - Substância que pode determinar dependência física ou psíquica relacionada, como tal, nas listas aprovadas pela Convenção Única sobre Entorpecentes, reproduzidas nos anexos deste Regulamento Técnico.

Psicotrópico - Substância que pode determinar dependência física ou psíquica e relacionada, como tal, nas listas aprovadas pela Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, reproduzidas nos anexos deste Regulamento Técnico (BRASIL, 1998).

Como exposto acima, as substâncias controladas são as que interferem no sistema nervoso central e que podem causar vício, sendo imprescindível a sua fiscalização e controle. Também são substâncias sujeitas a controle as que levam a grande risco, como as previstas pela portaria 344/1998 (BRASIL, 1999).

Conforme se observa das definições supramencionadas, é evidente que a relação entre o entorpecente e o medicamento sujeito a controle especial é bem tênue, eis que a indústria farmacêutica se utiliza dos mesmos insumos utilizados no fabrico de substâncias entorpecentes. Além disso, seus efeitos são semelhantes, pois também é causa de alterações no sistema nervoso central.

4 ILCITUDE DO ATO DE VENDA DE MEDICAMENTOS CONTROLADOS SEM RECEITA MÉDICA DE ACORDO COM A LEI DO TRÁFICO DE DROGAS

Conforme verificou-se no primeiro tópico, a lei de drogas que vigora atualmente no Brasil é a lei 11.343/2006. Esta define o termo drogas como sendo entorpecentes, psicotrópicas e precursores citando características de dependência causada por essas substâncias. No entanto, para que seja possível saber quais são as substâncias entorpecentes no Brasil, há a necessidade de complementação, mediante a leitura da portaria 344/1998 (MASSON, 2014):

Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998 (BRASIL, 2006).

A portaria 344/1998 além de mostrar quais são as substâncias a serem controladas, estabelece como deve ser a venda em uma drogaria dos medicamentos sujeitos à controle especial (BRASIL, 1999):

Art. 55. As receitas que incluam medicamentos a base de substâncias constantes das listas "C1" (outras substâncias sujeitas a controle especial) , "C5" (anabolizantes) e os adendos das listas "A1" (entorpecentes), "A2" e "B1" (psicotrópicos) deste Regulamento Técnico e de suas atualizações, somente poderão ser aviadas quando prescritas por profissionais devidamente habilitados e com os campos descritos abaixo devidamente preenchidos:

a) identificação do emitente: impresso em formulário do profissional ou da instituição, contendo o nome e endereço do consultório e/ ou da residência do profissional, n.º da inscrição no Conselho Regional e no caso da instituição, nome e endereço da mesma;

b) identificação do usuário: nome e endereço completo do paciente, e no caso de uso veterinário, nome e endereço completo do proprietário e identificação do animal;

c) nome do medicamento ou da substância prescrita sob a forma de Denominação Comum Brasileira (DCB), dosagem ou concentração, forma farmacêutica, quantidade (em algarismos arábicos e por extenso) e posologia;

d) data da emissão;

e) assinatura do prescritor: quando os dados do profissional estiverem devidamente impressos no cabeçalho da receita, este poderá apenas assiná-la. No caso de o profissional pertencer a uma instituição ou estabelecimento hospitalar, deverá identificar sua assinatura, manualmente de forma legível ou com carimbo, constando a inscrição no Conselho Regional;

f) identificação do registro: na receita retida, deverá ser anotado no verso, a quantidade aviada e, quando tratar-se de formulações magistrais, também o número do registro da receita no livro correspondente.

O artigo 35 da portaria 344/1998 apresenta todos os requisitos que devem ser averiguados para que ocorra a venda de substância controlada de maneira correta, com minuciosos detalhes que não poderão ser negligenciados pelo farmacêutico. Caso alguma receita não apresente tais requisitos, ela estará em desconformidade, o que poderá ocasionar complicações ao farmacêutico.

A lei 11.343/2006, embora tenha aumentado o rigor com o aumento de pena para o crime de tráfico de drogas em comparação com a legislação anterior, adotou medidas descarcerizadoras para a conduta do porte de drogas para consumo pessoal, com o objetivo de conceder um tratamento mais humanitário aos usuários. Assim, pela atual legislação há uma tentativa de recuperá-lo, abolindo assim a prisão por uso de drogas (BRASIL, 2012).

No entanto, ressalta-se que esta conduta não deixou de ser típica, porém as penas impostas pelo artigo 28 da lei 11.343/2006 mais parecem com medidas sócio educativas em conformidade com o artigo 5º da constituição, inciso XLVI, a saber (BRASIL, 2012):

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado (BRASIL, 2006).

Conforme anteriormente mencionado, embora se tenha descarcerizado o porte de drogas para consumo pessoal, para o crime de tráfico de drogas, houve aumento da pena que passou de 3 a 15 anos, que era o empregado na lei 6.368/76, para 5 a 15 anos da mesma forma os dias multa foram aumentados de 50 a 360 para 500 a 1.500 dia multa (BRASIL, 2012).

O artigo 33 da lei 11.343/2006 é um crime contra a saúde pública que apresenta 18 núcleos (verbos). Assim, o agente pode cometer qualquer das condutas descritas no

tipo penal, pois o crime de tráfico de drogas constitui-se em crime plurinuclear ou de ação múltipla. Além disso, é um crime que atinge a coletividade (denominado crime vago) e um crime de perigo abstrato: por não precisar da comprovação da situação de perigo, bastando somente que tal conduta seja praticada (BRASIL, 2012; MASSON 2014):

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI nº 4.274)

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (BRASIL, 2006).

A partir da resolução 577 de 25 de julho de 2013, o Conselho Federal de Farmácia descreve algumas atribuições do farmacêutico como responsável técnico, discorrendo sobre a obrigatoriedade deste em uma empresa ou estabelecimento que faça o fornecimento, armazenamento, distribuição de drogas e medicamentos. A resolução descreve uma responsabilização objetiva para uma possível reparação de danos causados por este sem a necessidade de se apurar dolo ou culpa, mas também poderá

ocorrer uma responsabilização subjetiva, que será aplicada na esfera penal, necessitando-se a comprovação de dolo ou culpa, assim notamos que uma possível venda de medicamentos sujeitos a controle especial sem as devidas formalidades exigidas pela portaria 344/1998 já enquadraria no artigo 33 da lei de drogas em que o farmacêutico como responsável técnico iria responder penalmente (BRASIL, 2013).

5 DEFESA DO FARMACÊUTICO

De acordo com Greco (2015), o Código Penal mostra possibilidades para que ocorra a exclusão da ilicitude de algum determinado ato praticado em benefício próprio ou de terceiro. O estado de necessidade é uma dessas possibilidades, quando precisa preencher alguns requisitos elencados pelo artigo 24 do Código Penal:

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços (BRASIL, 1940).

Conforme Greco (2015), o estado de necessidade pode ser invocado quando existe alguma situação que coloca em risco dois bens juridicamente tutelados pelo ordenamento jurídico penal e o agente vê-se obrigado a salvaguardar um bem e sacrificar o outro, como ocorre, a exemplo, nas situações onde dois naufragos disputam uma mesma tábua e um deles acaba matando o outro para salvaguardar sua própria vida.

A partir da interpretação de Masson (2014), tal raciocínio também se amolda à hipótese do farmacêutico, pois como responsável técnico tem o dever legal de somente vender medicamentos sujeitos à controle especial após cumpridas as devidas formalidades de receituário médico, mas, se hipoteticamente, tivesse um cliente sem o receituário médico com crises de epilepsia, poderia o farmacêutico vender o medicamento sem o receituário exigido pela legislação em prol de um bem jurídico de maior valor que seria a vida de uma pessoa em concreto em face de um bem jurídico abstrato.

Outra possibilidade de defesa ao farmacêutico é no que tange à excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, que para Greco (2015), é a

possibilidade que tinha o agente de, no momento da ação ou da omissão, agir de acordo com o direito, considerando-se a sua particular condição de pessoa humana. É um conceito amplo e abrangente, que abarca inúmeras hipóteses extralegais.

Na exigibilidade de conduta diversa, a sociedade tem uma expectativa sobre a conduta do agente em relação a algum fato adverso e o indivíduo que desobedecer essa expectativa, cometendo um fato típico e ilícito, em que pese a possibilidade de ter se comportado de maneira normal e não praticar o fato ilícito. No caso concreto exclui-se a culpabilidade por faltar um de seus elementos quando a infração for por causa de inexigibilidade de conduta diversa, ou seja, não era possível, no caso, concreto, que o indivíduo tivesse se comportado de maneira diversa da qual se comportou (GRECO, 2015).

Em conformidade com Masson (2014), o nosso Código Penal elenca algumas das possibilidades para que possa ocorrer a inexigibilidade de conduta diversa, as chamadas hipóteses legais: “Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem (BRASIL, 1940)”.

No entanto, em concordância com Greco (2015), em razão dos princípios informadores, a alegação de causas supralegais de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, embora não tenha previsão expressa no nosso ordenamento jurídico não há impedimento para que seja aplicada. Deste modo como a inexigibilidade de conduta diversa é abrangente, não se pode exigir que o farmacêutico não comercialize o medicamento quando se está diante de risco de vida do comprador.

Outro mecanismo de defesa que pode ser invocado é o Princípio da Adequação Social, que é considerado fundamental para o direito penal, e possui uma função muito importante, que é limitar a abrangência do tipo penal. Tal princípio estatui que um comportamento aceito pela sociedade e que seja conveniente para a mesma não deverá ser criminalizado. Ocorrem discussões acerca da aplicação deste instituto na conduta de venda de CD e DVD's piratas, por exemplo, e até no ato de furar a orelha de recém-nascido, costume comum no Brasil (GRECO, 2017).

Destarte, na mesma linha de raciocínio, a conduta de vender medicamentos controlados sem devida receita médica, deve ser excluída do tipo penal se tornando uma conduta atípica, porque aceita e adequada socialmente (GRECO, 2017).

Por sua vez, uma outra possibilidade de defesa é a tipicidade conglobante. De acordo Masson (2014), a Tipicidade Conglobante, é uma teoria criada pelo criminólogo argentino Zaffaroni cuja ideia central é enxergar o ordenamento jurídico como um todo unitário que apenas é dividido em ramos para efeito e fins didáticos. Neste sentido, para que uma conduta seja típica a luz da Tipicidade Conglobante ela deve ser formalmente típica (subsunção do fato à norma penal), além de não estar autorizada por outro setor do ordenamento jurídico.

Assim, para que o fato seja típico, deve ser proibido ou não autorizado no ordenamento como um todo e não apenas no direito penal. Se eventualmente algum ramo do direito permitir esta conduta, ela será vista como lícita.

Neste sentido, uma possibilidade de defesa para a conduta de comercialização de medicamentos controlados poderia ser enxergá-la a luz da teoria da Tipicidade Conglobante.

O Direito Penal informa que a venda de medicamentos controlados, só pode ocorrer após apresentação da receita médica. Contudo, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 39 inciso IX diz que a recusa na venda de alguma mercadoria, a uma pessoa que esteja apta a comprar, pagando por ela, seria visto como uma prática abusiva. Desta forma, tornando a conduta de vender medicamentos controlados sem a receita em uma conduta lícita. (BRASIL, 1990).

Como hipótese residual, caso de não acolhimento das teses de exclusão de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade, afigura-se como possível a figura do tráfico privilegiado ao farmacêutico. Isso porque a lei do tráfico de drogas 11.343/06, possui em seu artigo 33, parágrafo 4º, a forma privilegiada do tráfico de drogas, que acarretará diminuição das penas de um sexto a dois terços, porém deverá obedecer a todos os requisitos: ser primário, bons antecedentes e não dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa (BRASIL, 2006).

6 OBJETIVOS

6.1 OBJETIVO GERAL

Relatar previsões legais à venda de medicamentos psicotrópicos por um farmacêutico sem o devido receituário médico e a atuação do advogado para uma possível defesa.

6.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Conceituar medicamento psicotrópico sujeito a controle especial ;
- Descrever a ilicitude deste ato de acordo com a lei do tráfico de drogas;
- Descrever a atuação do advogado na defesa do farmacêutico que promover esse ato ilegal.

7 METODOLOGIA PROPOSTA

Este trabalho será desenvolvido a partir da revisão bibliográfica qualitativa, dos diferentes autores, teses, dissertações, artigos científicos publicados em anais de congressos e revistas científicas, leis e doutrinas onde foram selecionados os de maior importância neste contexto descrevendo e analisando o tema proposto bem como seu problema e hipóteses.

Pode-se definir método como caminho para se chegar a determinado fim. E método científico como o conjunto de procedimentos intelectuais e técnicos adotados para se atingir o conhecimento (GIL, 2008).

8 RESULTADOS/ANÁLISES E DISCUSSÃO

Com relação às análises e resultados advindos da pesquisa, pode se dizer que há necessidade de controle de medicamentos tendo em vista suas classificações, sendo este justificado pelo fato de que tais substâncias são responsáveis por ocasionar dependências e alguns efeitos que podem modificar o discernimento da pessoa humana (CARVALHO, 2014).

A partir do histórico da legislação brasileira sobre o controle destas substâncias desde o Brasil Colônia até os dias de hoje, verifica-se que a legislação passada não se preocupou muito com a questão do tráfico e produção de entorpecentes, cominando a

estas condutas penas brandas ou às vezes inexistentes para estes delitos. Na atualidade, vigora a lei 11.343/2006, conhecida como lei de drogas, a qual se caracteriza por possuir tipos penais incriminadores que são normas penais em branco, como exemplo o artigo 33 da referida lei, que criminaliza a conduta do tráfico de drogas, cujo preceito primário assim descreve (BRASIL, 2012):

Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (BRASIL, 1999).

Tal artigo é considerado norma penal em branco, pois a fim de que seja possível compreender o que se entende por “drogas em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, é necessário uma complementação. Neste caso, a portaria 344 da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) caracteriza-se como o complemento necessário (MASSON, 2014).

A portaria diz respeito ao rol de medicamentos a serem tratados como drogas e serem controlados da mesma maneira que a portaria 344 dita a forma correta para dispensação de medicamentos em uma drogaria (BRASIL, 2006).

Através de diversas análises da lei 11.343/2006 em conjunto com a portaria 344 pode-se descrever que o farmacêutico que vender um medicamento de controle especial sem o receituário médico, estará incorrendo no tráfico de drogas previsto no artigo 33 da lei 11.343/2006, pois estará praticando os verbos: Importar e vender ou fornecer drogas em desconformidade com a portaria 344 o que pode lhe resultar penalidades de reclusão de 5 a 15 anos e multa no valor de 500 a 1.500 dias-multa (BRASIL, 1999).

Em que pese tais tipificações possíveis ao farmacêutico, discute-se as suas possibilidades de defesa na hipótese de ter sido incriminado. Verifica-se que opções dentre leis, princípios e teorias ao o qual o farmacêutico poderá ser amparado como exposto abaixo:

O artigo 24 do código penal diz respeito a exclusão da ilicitude quando se praticar atos em defesa própria ou de terceiro em estado de necessidade porém deve se cumprir requisitos como “perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”. Dessa forma podemos observar que, em caso o paciente chegue

com uma crise de epilepsia por falta do medicamento, poderá o farmacêutico vendê-lo sem a devida receita (GRECO, 2015).

A inexigibilidade de conduta diversa amparado no artigo 22 do código penal mostra a chance que tinha o agente de agir ou não agir de acordo com o direito, ao qual mesmo agindo de forma ilícita contrariando o ordenamento jurídico, será excluído a sua culpabilidade, pelo qual no caso concreto não haveria outra forma de agir. No demonstrado acima em caso de uma necessidade não teria com o farmacêutico agir de outra forma (GRECO, 2015).

O Princípio da Adequação Social de acordo com Cleber Masson (2014) traz que “não pode ser considerado criminoso o comportamento humano que, embora tipificado em lei, não afronta o sentimento social de Justiça”. Nos comércios farmacêuticos observa-se uma grande procura de medicamentos de uso especial sem a devida receita, o que evidencia que a população não possui contrariedade à conduta incriminada pelo legislador.

A Tipicidade Conglobante mostra que para que um fato seja típico ele deve ser proibido ou não autorizado no ordenamento como um todo e não apenas no direito penal. Porém, conforme o exposto, o Código de Defesa do Consumidor prevê como prática abusiva o ato de não vender a quem esteja apto a comprar e pagar pela mercadoria. Desta forma, à luz da Tipicidade Conglobante se verifica que a conduta de vender medicamentos de qualquer natureza a quem quer que esteja disposto a pagar, é incentivada pelo CDC, o que acarreta a sua Atipicidade Conglobante (MASSON, 2014)

Assim, embora a conduta seja formalmente típica, podendo-se enquadrar no art. 33 da Lei de Drogas, ao confrontá-la com o ordenamento jurídico como um todo, resta claro que sua atipicidade se impõe.

Como observa-se, há inúmeras formas de defesa para o ato do farmacêutico que comercializa medicamentos sujeitos a controle especial, ato que se mostra típico, ilícito e culpável a primeiro momento, mas que comporta inúmeras defesas possíveis, as quais dependerão do caso concreto, onde se demonstrará o que levou o farmacêutico a vender determinado medicamento sem a formalidade devida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve o intuito de discutir sobre a venda de medicamentos sujeitos a controle especial sem o receituário médico e suas tipificações legais. Outrossim, analisou-se as possíveis defesas em juízo que o farmacêutico poderá alegar através de seu advogado. Para isso, descreveu-se o histórico do controle das substâncias psicotrópicas e entorpecentes no mundo e a evolução das legislações brasileira a respeito do tema.

A partir das discussões, percebeu-se que a venda de medicamentos sujeitos a controle especial somente é permitida mediante o receituário médico preenchido corretamente. Com a ausência deste requisito, o farmacêutico que, por ventura, comercializa o medicamento incorrerá no crime previsto no artigo 33 da lei 11.343/2006, qual seja, o tráfico de drogas. Lei esta que, conforme debateu-se ao longo do texto, é completada pela portaria 344/1998, que traz o rol das substâncias consideradas entorpecentes para a lei 11.343/2006, dentre as quais situam-se os medicamentos sujeitos a controle especial, bem como requisitos para sua comercialização.

Diante disso, observou-se que o advogado tem importância fundamental na defesa do farmacêutico, pois, conforme desenvolveu-se ao longo do texto, este poderá invocar diversas defesas a serem utilizadas em benefício do farmacêutico.

A primeira dessas defesas, conforme se analisou, é a adequação social, onde se pode alegar que ato de vender medicamentos controlados sem receita médica, por ser aceito pela sociedade e adequado socialmente, dá a possibilidade de exclusão do tipo penal, assim não podendo ser criminalizado.

Além do mais, verificou-se a possibilidade de excluir a tipicidade por meio da aplicação da teoria da Tipicidade Conglobante. A teoria da Tipicidade Conglobante demonstra e possibilita a conduta de vender medicamentos sem receita, ser considerada um fato atípico, visto que, para que um fato seja considerado típico, ele deve ser proibido em todas as áreas do direito. Porém, no caso em questão, o Código de Defesa do Consumidor permite a venda de qualquer mercadoria do estabelecimento comercial, demonstrada a capacidade do consumidor em pagar por essa mercadoria.

Posteriormente, foi evidenciada a perspectiva de se alegar o art. 24 do Código Penal, a fim de se excluir a ilicitude da conduta pela presença dos requisitos do estado de necessidade, uma vez que, o farmacêutico estará agindo em benefício de terceiro

para salva-lo de perigo atual, que não foi provocado pelo farmacêutico, ao qual não haveria outra forma de evitar uma possível crise de pânico, epilepsia e convulsão, causados pela falta do medicamento, assim exclui-se a ilicitude desta venda pelo estado de necessidade.

Como um dos últimos recursos, discutiu-se a excludente de culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, dado que, o farmacêutico deve agir de acordo com o ordenamento jurídico. Ao vender um medicamento sujeito a controle especial sem receituário médico o farmacêutico estará cometendo um fato típico e ilícito, contudo no caso concreto excluirá a culpabilidade, em razão da necessidade à desobediência ao ordenamento jurídico, onde farmacêutico não poderia ter se comportado de outra forma e colocar em risco a vida de uma pessoa por não conseguir comprar um medicamento de extrema necessidade.

Como hipótese residual, caso não sejam acolhidas as defesas supracitadas, o farmacêutico pode se valer da figura do tráfico privilegiado, descrito no artigo 33 parágrafo 4º da lei de drogas 11.343/06, dado que o farmacêutico será primário, com bons antecedentes e não integra organizações criminosas, terá sua pena diminuída de um sexto a dois terços.

O tema proposto pelo trabalho é de fundamental importância para a sociedade, farmacêuticos e advogados, contudo ele se demonstra esquecido pelos doutrinadores e acadêmicos, pela dificuldade para encontrar materiais para pesquisa. Desta maneira, foi seguida uma linha de raciocínio que demonstra que o sistema jurídico codificado não acompanha a evolução da sociedade e por causa disso, se torna arcaico e engessado. Deste modo, as possibilidades de defesa do farmacêutico vendedor dependerão do caso concreto, onde será realizada a análise das circunstâncias que ensejaram a venda do medicamento. Tais circunstância terão grande peso, acaso seja configurada a venda de medicamentos em desconformidade com a lei.

*SALE OF SPECIAL CONTROL MEDICINES WITHOUT MEDICAL
REVENUE: TYPES, SANCTIONS AND DEFENSE POSSIBILITIES TO
THE PHARMACIST SELLER*

ABSTRACT

It is a work aimed at discussing possibilities of defense to the pharmacist who commercialize drugs subject to special control without the medical prescription. To do this, the description of the concept of psychotropic drugs under special control is analyzed, analyzing the unlawfulness of its commercialization without a prescription, in accordance with the provisions of law 11.343 / 2006 (known as the drug law). In addition, it is evident the fundamentals that guide the understanding of this phenomenon of indisputable importance to health care to finally discuss the normative provisions regarding the lawyer's action in the defense of the pharmacist who promote this illegal act. This analysis is developed through bibliographic reviews with consultations to different sources, such as: doctrines, laws and ordinances. The work demonstrates the typical nature of the sale of controlled drugs without the medical prescription according to the provisions introduced by the drug law in conjunction with Ministry of Health Decree 344/98, which is responsible for describing the role of substances that are considered drugs for legal purposes. In this way, such commercialization will only be possible through medical prescription and, if legal requirements are not respected, the pharmacist will incur in the crime of drug trafficking. However, it is observed to be fundamental the role of the defense lawyer who can through principles and theories provide grounds for the pharmacist's defense.

Key words: Special Control Medicines. Sale. Prescription. Pharmacist. Defense.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, R. M. *Vigilância Sanitária de Substâncias Entorpecentes e Psicotrópicas*. 2001. 33f. Curso de Extensão em Direito Sanitário (Aluno da Faculdade de Direito)- Universidade de Brasília. Disponível em: <<http://www.docs.ndsr.org/docmonografiaRodrigoBezerraMartins.pdf>>. Acesso em 25/09/2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretária de Vigilância em Saúde. Portaria n° 344, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico Sobre Substâncias e Medicamentos Sujeitos a Controle Especial. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 de Maio de 1998. Não paginado. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html>. Acesso em 01/07/2018.

BRASIL. Lei n° 9.782, de 26 de Janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 de Janeiro de 1999. Não paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm>. Acesso em 27/09/2018.

BRASIL. Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento. *Nova Lei de Drogas*. 2012. Não paginado Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/nova-lei-de-drogas>>. Acesso em 25/08/2018.

BRASIL. Código Penal (1940). *Código Penal da República Federativa do Brasil*: decreto de lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31, Dezembro de 1940. Não paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 24/08/2018.

BRASIL. Presidência da República. Lei n°11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24, agosto, 2006. Não Paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 29/09/2018.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (1990). Código de Defesa do Consumidor da República Federativa do Brasil: decreto de lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 de março de 1991. Não Paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 14/02/1918.

BRASIL. Conselho Federal de Farmácia. Resolução n° 577, 25 de julho de 2013. Dispõe sobre a direção técnica ou responsabilidade técnica de empresas ou estabelecimentos que dispensam, comercializam, fornecem e distribuem produtos

farmacêuticos, cosméticos e produtos para a saúde. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 19, agosto, 2013. Não Paginado. Disponível em: <<http://www.cff.org.br/userfiles/file/resolucoes/577.pdf>>. Acesso em 18/09/2018.

BUVANA, F.; APARECIDA, C.A.V. Cooperação internacional para o combate às drogas ilícitas em Moçambique. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*. Ribeirão Preto, v.19, mai./jun. 2011. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-11692011000700014>. Acesso em 29/07/2018.

CARVALHO, S. *Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Não paginado Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=VDtnDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT2&dq=medicamentos,+entorpecentes+e+drogas&ots=Uoy3ur_pO5&sig=JfXjid-A4BUf0bjGoyzqewkuoBc#v=onepage&q&f=false>. Acesso em 26/09/2018.

GRECO, R. *Curso de Direito Penal*. 17. ed. Niterói: Impetús, 2015. 885p. v1.

GIL, A. C. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 196p.

JUSTI, J.; VIEIRA, T.P. *Manual para padronização de trabalhos de graduação e pós-graduação lato sensu e stricto sensu*. Rio Verde: Ed. UniRV, 2016. Disponível em: <<http://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/Manual%20para%20padronizacao%20de%20trabalhos%20de%20graduacao%20e%20pos%20graduacao%20-%20Oficial%202016.pdf>>. Acesso em 26/08/2018.

MASSON, C. *Direito Penal Esquematizado*. 8. ed. São Paulo: Método, 2014. 1.092p. v1.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Uso de Medicamentos Essenciais*. . 722. 1985.Genebra. 56p. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/38834/WHO_TRS_722_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 02/08/2018.