

RECURSO ESPECIAL Nº 1.972.092 - SP (2021/0369450-9)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECORRIDO : D D DE B B

RECORRIDO : M B S

ADVOGADOS : GABRIELLA ARIMA DE CARVALHO - SP390913

ANDRÉ FERREIRA FEIGES - PR074858

MARIANA DAVID GERMAN - PR065921

CECILIA GALICIO BRANDÃO - SP252775

LARISSA DE MELO ITRI - SP457705

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal Regional Federal da 3ª Região** (Recurso em Sentido Estrito n. 5005238-92.2020.4.03.6110).

Consta dos autos que a defesa impetrou habeas corpus preventivo no Juízo Federal da 1ª Vara Criminal de Sorocaba – SP, com o intuito de obter ordem judicial que concedesse aos pacientes (ora recorridos) **salvo conduto para o plantio e o transporte de *Cannabis sativa*, para fins de tratamento de saúde.**

O Magistrado de primeiro grau, no entanto, julgou extinto o habeas corpus, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 485, VI, do CPC (fls. 85-87). Na sequência, foram opostos embargos de declaração, os quais, no entanto, não foram conhecidos.

A defesa, então, interpôs **recurso em sentido estrito, o qual foi provido**, a fim de "conhecer do habeas corpus e, no mérito, conceder a ordem para expedição de salvo-conduto em favor de D. D. de B. B. e M. B. S. para que as autoridades impetradas se abstenham de qualquer medida de restrição de liberdade aos pacientes, **permitindo-lhes o cultivo de *Cannabis*, com autorização de transporte de sementes, folhas, flores, óleos e insumos, em embalagens lacradas, para deslocar o material entre a alfândega, a residência do paciente, os laboratórios e o consultório médico**, limitando-se ao máximo de sementes suficientes para que tenham 25 pés/plantas em floração para a extração do óleo, exclusivo para uso próprio" (fl. 223).

Daí este recurso especial, em que o **Ministério Público Federal aponta**, inicialmente, **violação dos arts. 647 e 648 do CPP**, sob o argumento de

que não há falar "em constrangimento ilegal ou ameaça de violação a direito amparado por habeas corpus, visto que a questão referente à falta de regulamentação para o plantio, a cultura e a colheita de *Cannabis*, bem como à produção artesanal do óleo para fins medicinais, tornou-se eminentemente administrativa, não sendo a solução mais adequada coactar o poder de polícia das autoridades administrativas competentes, mormente no âmbito do Ministério da Saúde" (fl. 260).

Argumenta que "não cabe ao Juízo criminal se substituir à ANVISA, na concessão da 'autorização', própria e necessária para descriminalizar a cultura, plantio e colheita de *Cannabis Sativa*, bem como a extração artesanal de Cannabidiol, em domicílio" (fl. 261). Na sequência, esclarece: "somente a União, por meio da ANVISA – que integra o Sistema Único de Saúde (SUS) –, detém o poder dever de conceder a autorização preconizada na Lei Antidrogas, valendo-se, para tanto, de critérios técnicos e científicos" (fl. 261).

Em seguida, **aduz negativa de vigência ao art. 485, VI, do CPC**, porque "a inadequação da via eleita, no presente caso, mostra-se patente, visto que, por meio do writ, as impetrantes pretendiam, inclusive, tolher o poder de polícia das autoridades administrativas, em questão extremamente sensível como a que está sendo discutida nestes autos" (fl. 263). Nessa linha argumentativa, considera, portanto, haver sido "correta a sentença proferida pelo MM. Juízo de primeiro grau, que extinguiu o feito sem a resolução de mérito, devido à carência do direito de ação, por ausência de interesse processual da parte, na modalidade inadequação da via eleita, porquanto a solução da controvérsia exigia dilação probatória" (fl. 263).

Ao prosseguir em suas razões recursais, **afirma que foi violado o art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006**, haja vista que, "a partir da vigência da atual Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/2006), restou afastada a ilicitude das condutas em questão ('plantio, a cultura e a colheita dos vegetais dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas'), conforme previsto no artigo supratranscrito, sob a condição de sua finalidade ('para fins medicinais ou científicos'), e desde que presente 'autorização legislativa ou regulamentar' e fiscalização do órgão competente" (fl. 265).

Assere que "mesmo que se pudesse reconhecer, pelos relatórios médicos que instruíram o writ, a necessidade de administração da substância aos pacientes [...], a importação das sementes de *Cannabis Sativa*, assim como o seu plantio, cultura, colheita e produção do respectivo óleo não poderiam ser autorizados sem a manifestação da União, mediante autorização judicial para que tais atividades sejam realizadas sob o exclusivo alvedrio dos pacientes, e com o afastamento da fiscalização por parte da ANVISA – órgão técnico do Ministério da Saúde competente para exercê-la, nos termos preconizados pela Lei Antidrogas" (Lei nº 11.343/2006) (fl. 265).

Aponta, ainda, dissídio jurisprudencial em relação ao decidido no tocante ao art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006 e menciona como acórdãos paradigmas o RHC n. 123.402/RS (STJ) e o RSE n. 0001796-65.2021.8.16.0035 (TJPR).

Requer, assim, o provimento do recurso, para que seja restabelecida a decisão de primeiro grau.

Decisão de admissibilidade às fls. 540-546.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso.

Ciente dos memoriais juntados pela defesa às fls. 587-591.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.972.092 - SP (2021/0369450-9)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CULTIVO DOMÉSTICO DA PLANTA *CANNABIS SATIVA* PARA FINS MEDICINAIS. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. RISCO PERMANENTE DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SALVO-CONDUTO. POSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. DESNECESSIDADE. ANVISA. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. ATIPICIDADE PENAL DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. O art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 apresenta-se como norma penal em branco, porque define o crime de tráfico a partir da prática de dezoito condutas relacionadas a drogas – 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 –, sem, no entanto, trazer a definição do elemento do tipo "drogas".

2. A definição do que sejam "drogas", capazes de caracterizar os delitos previstos na Lei n. 11.343/2006, advém da Portaria n. 344/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. A *Cannabis sativa* integra a "Lista E" da referida portaria, que, em última análise, a descreve como planta que pode originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas.

3. Uma vez que é possível, ao menos em tese, que os pacientes (ora recorridos) tenham suas condutas enquadradas no art. 33, § 1º, da Lei n. 11.343/2006, punível com pena privativa de liberdade, é indiscutível o cabimento de habeas corpus para os fins por eles almejados: concessão de salvo-conduto para o plantio e o transporte de *Cannabis sativa*, da qual se pode extrair a substância necessária para a produção artesanal dos medicamentos prescritos para fins de tratamento de saúde.

4. Também há o risco, pelo menos hipotético, de que as autoridades policiais tentem qualificar a pretendida importação de sementes de *Cannabis* no tipo penal de contrabando (art. 334-A do CP), circunstância que reforça a possibilidade de que os recorridos se socorram do habeas corpus para o fim pretendido, notadamente porque receberam intimação da Polícia Federal para serem ouvidos em autos de inquérito policial. Ações pelo rito ordinário e outros instrumentos de natureza cível podem até tratar dos desdobramentos administrativos da questão trazida a debate, mas isso não exclui o cabimento do habeas corpus para impedir ou cessar eventual constrangimento à liberdade dos interessados.

5. Efetivamente, é adequada a via eleita pelos recorridos – habeas corpus preventivo – haja vista que há risco, ainda que mediato, à liberdade de locomoção deles, tanto que o Juiz de primeiro grau determinou a apuração dos fatos narrados na inicial do habeas corpus pela Polícia Federal, o que acabou sendo expressamente revogado pelo Tribunal *a quo*, ao conceder a ordem do habeas corpus lá impetrado.
6. A análise da questão trazida a debate pela defesa não demanda dilação probatória, consistente na realização de perícia médica a fim de averiguar se os pacientes realmente necessitam de tratamento médico com canabidiol. A necessidade de dilação probatória – circunstância, de fato, vedada na via mandamental – foi afastada no caso concreto, tendo em vista que os recorridos apresentaram provas pré-constituídas de suas alegações, provas essas consideradas suficientes para a concessão do *writ* pelo Tribunal de origem, dentre as quais a de que os pacientes estavam autorizados anteriormente pela Anvisa a importar, com objetivo terapêutico, medicamento com base em extrato de canabidiol, para tratamento de enfermidades também comprovadas por laudos médicos, devidamente acostados aos autos.
7. Se para pleitear aos entes públicos o fornecimento e o custeio de medicamento por meio de ação cível, o pedido pode ser amparado em laudo do médico particular que assiste a parte (STJ, EDcl no REsp n. 1.657.156/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1ª S., DJe 21/9/2018), não há razão para se fazer exigência mais rigorosa na situação dos autos, em que a pretensão da defesa não implica nenhum gasto financeiro ao erário.
8. Há, na hipótese, vasta documentação médica atestando a necessidade de o tratamento médico dos pacientes ser feito com medicamentos à base de canabidiol, inclusive com relato de expressivas melhoras na condição de saúde deles e esclarecimento de que diversas vias tradicionais de tratamento foram tentadas, mas sem sucesso, circunstância que reforça ser desnecessária a realização de dilação probatória com perícia médica oficial.
9. Não há falar que a defesa pretende, mediante o habeas corpus, tolher o poder de polícia das autoridades administrativas. Primeiro, porque a própria Anvisa, por meio de seu diretor, afirmou que a regulação e a autorização do cultivo doméstico de plantas, quaisquer que sejam elas, não fazem parte do seu escopo de atuação. Segundo, porque não se objetiva nesta demanda obstar a atuação das autoridades administrativas, tampouco substituí-las em seu mister, mas, apenas, evitar que os pacientes/recorridos sejam alvo de atos de investigação criminal pelos órgãos de persecução penal.
10. Embora a legislação brasileira possibilite, há mais de 40 anos, a permissão, pelas autoridades competentes, de plantio, cultura e colheita de *Cannabis* exclusivamente para fins medicinais ou científicos (art. 2º,

parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006; art. 2º, § 2º, da Lei n. 6.368/1976), fato é que até hoje a matéria não tem regulamentação ou norma específica, o que bem evidencia o descaso, ou mesmo o desprezo – quiçá por razões morais ou políticas – com a situação de uma número incalculável de pessoas que poderiam se beneficiar com tal regulamentação.

11. Em 2019, a Diretoria Colegiada da Anvisa, ao julgar o Processo n. 25351.421833/2017-76 – que teve como objetivo dispor sobre os requisitos técnicos e administrativos para o cultivo da planta *Cannabis* exclusivamente para fins medicinais ou científicos –, decidiu pelo arquivamento da proposta de resolução. Ficou claro, portanto, que o posicionamento da Diretoria Colegiada da Anvisa, à época, era o de que a autorização para cultivo de plantas que possam originar substâncias sujeitas a controle especial, entre elas a *Cannabis sativa*, é da competência do Ministério da Saúde, e que, para atuação da Anvisa, deveria haver uma delegação ou qualquer outra tratativa oficial, de modo a atribuir a essa agência reguladora a responsabilidade e a autonomia para definir, sozinha, o modelo regulatório, a autorização, a fiscalização e o controle dessa atividade de cultivo.

12. O Ministério da Saúde, por sua vez, a quem a Anvisa afirmou competir regular o cultivo doméstico de *Cannabis*, indicou que não pretende fazê-lo, conforme se extrai de Nota Técnica n. 1/2019-DATDOF/CGGM/GM/MS, datada de 19/8/2019, em resposta à Consulta Dirigida sobre as propostas de regulamentação do uso medicinal e científico da planta *Cannabis*, assinada pelo ministro responsável pela pasta. O quadro, portanto, é de intencional omissão do Poder Público em regulamentar a matéria.

13. Havendo prescrição médica para o uso do canabidiol, a ausência de segurança, de qualidade, de eficácia ou de equivalência técnica e terapêutica da substância preparada de forma artesanal – como se objeta em desfavor da pretendida concessão do *writ* – torna-se um risco assumido pelos próprios pacientes, dentro da autonomia de cada um deles para escolher o tratamento de saúde que lhes corresponda às expectativas de uma vida melhor e mais digna, o que afasta, portanto, a abordagem criminal da questão. São nesse sentido, aliás, as disposições contidas no art. 17 da RDC n. 335/2020 e no art. 18 da RDC n. 660/2022 da Anvisa, ambas responsáveis por definir "os critérios e os procedimentos para a importação de Produto derivado de *Cannabis*, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde".

14. Em 2017, com o advento da Resolução n. 156 da Diretoria Colegiada da Anvisa, a *Cannabis Sativa* foi incluída na Lista de Denominações Comuns Brasileiras – DCB como planta medicinal, marco importante em território nacional quanto ao reconhecimento da

sua comprovada capacidade terapêutica. Em dezembro de 2020, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes – UNODC acolheu recomendações feitas pela Organização Mundial de Saúde sobre a reclassificação da *Cannabis* e decidiu pela retirada da planta e da sua resina do Anexo IV da Convenção Única de 1961 sobre Drogas Narcóticas, que lista as drogas consideradas como as mais perigosas, e a reinseriu na Lista 1, que inclui outros entorpecentes como a morfina – para a qual a OMS também recomenda controle –, mas admite que a substância tem menor potencial danoso.

15. Tanto o tipo penal do art. 28 quanto o do art. 33 se preocupam com a tutela da saúde, mas enquanto o § 1º do art. 28 trata do plantio para consumo pessoal ("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"), o § 1º, II, do art. 33 trata do plantio destinado à produção de drogas para entrega a terceiros.

16. A conduta para a qual os recorridos pleitearam e obtiveram salvo-conduto no Tribunal de origem não é penalmente típica, seja por não estar imbuída do necessário dolo de preparar substâncias entorpecentes com as plantas cultivadas (nem para consumo pessoal nem para entrega a terceiros), seja por não vulnerar, sequer de forma potencial, o bem jurídico tutelado pelas normas incriminadoras da Lei de Drogas (saúde pública).

17. O que pretendem os recorridos com o plantio da *Cannabis* não é a extração de droga (maconha) com o fim de entorpecimento – potencialmente causador de dependência – próprio ou alheio, mas, tão somente, a extração das substâncias com reconhecidas propriedades medicinais contidas na planta. Não há, portanto, vontade livre e consciente de praticar o fim previsto na norma penal, qual seja, a extração de droga, para entorpecimento pessoal ou de terceiros.

18. Outrossim, a hipótese dos autos também não se reveste de tipicidade penal – aqui em sua concepção material –, porque a conduta dos recorridos, ao invés de atentar contra o bem jurídico saúde pública, na verdade intenciona promovê-lo – e tem aptidão concreta para isso – a partir da extração de produtos medicamentosos; isto é, a ação praticada não representa nenhuma lesividade, nem mesmo potencial (perigo abstrato), ao bem jurídico pretensamente tutelado pelas normas penais contidas na Lei n. 11.343/2006.

19. Se o Direito Penal é um mal necessário – não apenas instrumento de prevenção dos delitos, mas também técnica de minimização da violência e do arbítrio na resposta ao delito –, sua intervenção somente se legitima "nos casos em que seja imprescindível para cumprir os fins de proteção social mediante a prevenção de fatos lesivos" (SILVA

SANCHEZ, Jesus Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 247, tradução livre).

20. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada pela própria Constituição Federal à generalidade das pessoas (Art. 196. "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação").

21. No caso, uma vez que o uso pleiteado do óleo da *Cannabis Sativa*, mediante fabrico artesanal, se dará para fins exclusivamente terapêuticos, com base em receituário e laudo subscrito por profissional médico especializado, chancelado pela Anvisa na oportunidade em que autorizou os pacientes a importarem o medicamento feito à base de canabidiol – a revelar que reconheceu a necessidade que têm no seu uso –, não há dúvidas de que deve ser obstada a iminente repressão criminal sobre a conduta praticada pelos pacientes/recorridos.

22. Se o Direito Penal, por meio da "guerra às drogas", não mostrou, ao longo de décadas, quase nenhuma aptidão para resolver o problema relacionado ao uso abusivo de substâncias entorpecentes – e, com isso, cumprir a finalidade de tutela da saúde pública a que em tese se presta –, pelo menos que ele não atue como empecilho para a prática de condutas efetivamente capazes de promover esse bem jurídico fundamental à garantia de uma vida humana digna, como pretendem os recorridos com o plantio da *Cannabis sativa* para fins exclusivamente medicinais.

23. Recurso especial do Ministério Público não provido, confirmando-se o salvo-conduto já expedido em favor dos ora recorridos.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Admissibilidade do recurso

Inicialmente, registro que o recurso especial é **tempestivo**, conforme certidão de fl. 322 emitida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

O recorrente desenvolveu, **com clareza e objetividade**, sua irresignação, apontando, *quantum satis*, a afirmada contrariedade do acórdão impugnado (unânime) aos arts. 647 e 648 do CPP; 485, VI, do CPC; 2º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006.

Ainda, o *Parquet* federal apresentou **argumentação suficiente** para permitir a exata compreensão das teses, a afastar a incidência do óbice contido na Súmula n. 284 do STF, aplicada por analogia ao recurso especial; da mesma forma, saliento que houve o **esgotamento das instâncias ordinárias**.

Assinalo, de igual forma, que a *quaestio iuris* não enseja o revolvimento de matéria fático-probatória, pois se está diante de acórdão no qual **os fatos foram dados como certos**, com divergência, tão somente, quanto à interpretação e à definição de questão jurídica relativa à possibilidade ou não de se conceder aos recorridos salvo-conduto para o plantio e o transporte de *Cannabis sativa*, para fins de tratamento de saúde. **Não há falar, pois, em incidência do enunciado na Súmula n. 7 do STJ.**

Além disso, também estão presentes os demais pressupostos de admissibilidade do recurso especial (cabimento, legitimidade, interesse, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito, regularidade formal).

Quanto ao alegado dissídio jurisprudencial, verifico que o recorrente apontou como acórdãos paradigmas os julgados proferidos nos autos do **RHC n. 123.402/RS** do STJ e do **Recurso em Sentido Estrito n. 0001796-65.2021.8.16.0035** do TJPR, ocasião em que realizou o devido cotejo analítico e demonstrou a similitude fática entre as demandas.

Esclareço, por oportuno, que, embora a jurisprudência do STJ seja pacífica quanto à impossibilidade de acórdão proferido em habeas corpus servir como paradigma para fins de alegado dissídio jurisprudencial, ainda que se trate de dissídio notório (**AgRg no EREsp n. 998.249/RS**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 3ª S., DJe 21/9/2012), entendo que, no caso, o **RHC n. 123.402/RS**, deve, sim, ser admitido para comprovação da apontada divergência jurisprudencial, tendo em vista que a **discussão central** trazida neste recurso diz respeito, justamente, ao **cabimento ou não de habeas corpus** com vistas a obter

autorização para realizar o cultivo de *Cannabis* e a extração doméstica do óleo, para fins de tratamento de saúde. De todo modo, ainda que se insista em não o admitir para fins de comprovação do apontado dissídio, certo é que também foi mencionado o acórdão proferido no RSE n. 0001796-65.2021.8.16.0035, suficiente para o conhecimento do recurso em relação à alínea "c" do permissivo constitucional.

Diante de tais considerações, ultrapassado o juízo de admissibilidade tanto em relação à alínea "a" quanto no tocante à alínea "c" do permissivo constitucional do art. 105, III, da Constituição Federal, passo ao exame das matérias vertidas neste recurso.

II. Contextualização

Consta dos autos que a defesa impetrou **habeas corpus preventivo** no Juízo Federal da 1ª Vara Criminal de Sorocaba – SP, com o intuito de obter ordem judicial que concedesse aos pacientes (ora recorridos) salvo conduto para o plantio e o transporte de *Cannabis sativa*, para fins de tratamento de saúde.

O Magistrado de primeiro grau, no entanto, julgou extinto o habeas corpus, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 485, VI, do CPC. A decisão ficou assim fundamentada (fls. 85-87, destaquei):

3. Em que pese toda a extensa argumentação da parte impetrante, entendo que **o HC não se mostra o meio jurídico adequado para solução da controvérsia.**

Ocorre que, para se dirimir a questão, uma vez que envolve a suposta necessidade do consumo da maconha para tratamento de saúde dos pacientes, **imprescindível se mostra a realização de perícia médica judicial, com o intuito de comprovar efetivamente o estado de saúde dos pacientes e que o uso da maconha se faz necessário para o tratamento de eventuais moléstias.**

Nada obstante os documentos médicos acostados a estes autos, **sem a referida perícia, determinada por este juízo, não se mostra tecnicamente possível o julgamento da causa.**

Considerando a necessidade, no presente caso, da dilação probatória e que a jurisprudência não admite tal situação no procedimento do HC, tenho por concluir que falta à parte impetrante interesse processual, modalidade ausência da adequação da via eleita.

4. Sendo assim, extingo o processo, sem análise do mérito, com fundamento no art. 485, VI, do CPC, aplicado, aqui, de maneira subsidiária.

Na sequência, foram opostos embargos de declaração, os quais, no entanto, nem sequer foram conhecidos, consoante os seguintes argumentos (fl. 110):

1. Em face da sentença prolatada nestes autos (ID 38614001), a parte impetrante apresentou embargos de declaração (ID 38969494).

Não conheço dos embargos, posto que interpostos tão somente no intuito de alterar entendimento deste Magistrado acerca dos motivos que ensejaram a extinção do feito.

2. Isto posto, ausentes quaisquer das hipóteses previstas no art. 382 do CPP, os presentes embargos apresentam manifesto caráter infringente, de modo que não merecem sequer ser conhecidos.

A defesa, então, interpôs recurso em sentido estrito, o qual foi provido, a fim de "conhecer do habeas corpus e, no mérito, conceder a ordem para expedição de salvo-conduto em favor de D. D. de B. B. e M. B. S. para que as autoridades impetradas se abstenham de qualquer medida de restrição de liberdade aos pacientes, permitindo-lhes o cultivo de *Cannabis*, com autorização de transporte de sementes, folhas, flores, óleos e insumos, em embalagens lacradas, para deslocar o material entre a alfândega, a residência do paciente, os laboratórios e o consultório médico, limitando-se ao máximo de sementes suficientes para que tenham 25 pés/plantas em floração para a extração do óleo, exclusivo para uso próprio" (fl. 223).

Confira-se, a propósito, a ementa redigida para o julgado (fl. 224):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ÓLEO DE PRODUÇÃO HABEAS CORPUS PREVENTIVO CANNABIS SATIVA. CASEIRA. TRATAMENTO TERAPÊUTICO/MEDICINAL INDIVIDUAL. INTERESSE DE AGIR. SALVO-CONDUTO.

1. O é via processual adequada em face do risco de privação Habeas Corpus de liberdade de locomoção diante das previsões contidas na Lei nº 11.343/2006, no caso da importação, cultivo ou transporte da substância, ainda que para fins *Cannabis sativa* medicinais atestados por prescrição médica.

2. O uso pessoal e restrito do medicamento a ser produzido e submetido a análises laboratoriais específicas para balizar seus parâmetros nos casos de doença grave não apresenta qualquer lesividade social e permite a incidência do estado de necessidade exculpante para eximir o agente da responsabilização pela prática dos delitos previstos na Lei n. 11.343/06.

3. Recurso em sentido estrito provido. conhecido e ordem Habeas Corpus concedida.

Feitos esses registros, passo ao exame das teses aventadas no recurso especial.

III. Histórico de saúde dos recorridos

III. a) Recorrido D. D. de B. B.

Conforme documentos constantes dos autos, o recorrido D. morou na Califórnia – EUA por um ano e meio, período no qual iniciou tratamento de saúde com canabidiol, em razão de **quadro de transtorno de ansiedade e de insônia**. Ao retornar para o Brasil, procurou atendimento médico para acompanhamento e tratamento das referidas questões de saúde, conforme se verifica do primeiro relatório médico emitido aqui no país, em 8/5/2018 (fl. 41, grifei):

D. D. DE B. B., 25 anos, com diagnóstico de F 41 – Transtorno de Ansiedade e Insônia F41/G47. Está em uso das seguintes medicações: canabidiol 10 mg/D.

Paciente fez uso de canabidiol quando fez curso nos Estados Unidos e recebeu prescrição local para o uso (anexo), ao retornar ao Brasil, necessita continuar o tratamento pois já fez uso de alternativas medicamentosas com efeitos colaterais. **Assim para a continuidade do tratamento, indico o medicamento extraído da Cannabis Sativa, rico em CBD, ainda sem registro no Brasil.** Declaro que orientei o paciente e os familiares sobre os potenciais riscos e benefícios do medicamento, em uso contínuo por tempo indeterminado. Ressalto que, devido à gravidade, orientei a buscar vários tipos de marcas, uma vez que elas contêm diferentes *ratios* e procedência, além de custos diversos. Informei o paciente sobre a importação de uma marca por vez, conforme orientação médica e necessidade clínica.

O paciente D., então, requereu à Agência de Vigilância Sanitária – Anvisa autorização excepcional para **importação** de produto à base de canabidiol em associação com outros canabinoides, o que foi **concedido** pelo referido órgão de vigilância sanitária, em documento com validade até 30/5/2019, emitido nos seguintes termos (fl. 42):

Este documento é válido até: 30/05/2019

Considerando o atendimento aos requisitos definidos pela Resolução RDC nº 17, de 06 de maio de 2015, informo que o Diretor Presidente autoriza o (a) Paciente, previamente cadastrado na Anvisa, D. D. De B. B., CPF nº [...], a importar excepcionalmente 25 (VINTE E CINCO) unidade(s) do produto REVIVID HEMP CBD no período de 1 (um) ano para tratamento

de sua saúde, conforme prescrição de profissional legalmente habilitado [...]

Comunicamos que todas as importações deverão submeter-se à fiscalização pela autoridade sanitária em portos, aeroportos e fronteiras antes de seu desembarço aduaneiro, sendo imprescindível a apresentação, em cada desembarço, de prescrição do produto por profissional legalmente habilitado contendo obrigatoriamente nome do paciente cadastrado junto à Anvisa e do produto, quantitativo importado, posologia, data, assinatura e número do registro do prescritor em seu conselho de classe.

Este produto é de uso estritamente pessoal e intransferível, sendo proibida a sua entrega a terceiros, doação, venda ou qualquer utilização diferente da indicada.

Este Ofício deve ser mantido junto ao PRODUTO, sempre que em trânsito, dentro ou fora do Brasil.

A importação por via postal está PROIBIDA, conforme Art. 15 da RDC 17/2015.

Quando definida a modalidade de importação (remessa expressa ou bagagem acompanhada) e antes do embarque, solicitamos que seja enviado um e-mail para gcpaf@anvisa.gov.br com os seguintes dados: código para rastreamento do produto (número de objeto e nome da empresa de Courier, etc...), nome do paciente, nome e número de passaporte do importador, CPF, número do voo, horário e local de chegada. Este procedimento visa facilitar a liberação do produto.

A Anvisa não possui competência para tratar os assuntos relacionados aos diferentes tributos que possam incidir sobre cada tipo de importação. É recomendável que os interessados se informem previamente à importação, junto à Receita Federal, sobre estes tributos.

A Anvisa não possui governabilidade sobre os requisitos legais que podem ser exigidos pelo país exportador.

Solicita-se ainda que, na ocorrência de qualquer fato superveniente que impeça ou cesse a utilização dos produtos já importados, a Anvisa seja imediatamente notificada.

O paciente D., no entanto, acabou por voltar aos EUA ainda no ano de 2018, ocasião em que adquiriu o tratamento indicado diretamente naquele país. De volta ao Brasil em 2019, retornou para acompanhamento médico, conforme comprovam a prescrição de fl. 44 e o relatório médico acostado à fl. 45, com o seguinte teor (destaquei):

Paciente estava residindo fora do país, para estudo e lazer nos EUA e Europa e, por este motivo, não fez importação. Porém retornou ao país e deseja seguir seu tratamento. Está em uso de

CBD 10 mg VO e usava também Planta in natura ratio 1:1 para vaporização.

Apresentou melhora do quadro ansioso e da insônia. Porém está aqui novamente e fareos tituação da dose e dos medicamentos.

Paciente fez uso de todas as alternativas medicamentosas, foi atendido por diversos colegas de outras especialidades, apresentando pouca efetividade e efeitos colaterais.

Por isso, indico, como tentativa de tratamento, o medicamento extraído da Cannabis Sativa, rico em CBD, com ou sem THC, em diversas ratio, ainda sem registro no Brasil.

Declaro que orientei o paciente e os familiares sobre os potenciais riscos e benefícios do medicamento, em uso contínuo, por tempo indeterminado.

Ressalto que, devido à gravidade, orientei a buscar vários tipos de marcas, uma vez que elas contêm diferentes *ratios* e procedências, além de custos diversos.

Informei o paciente sobre a importação de uma marca por vez, conforme orientação médica e necessidade clínica.

Data: 21/06/2019

A defesa registra, ainda, o **alto valor dos medicamentos prescritos no Brasil**. Segundo orçamento juntado aos autos, "o frasco de um dos produtos – Hempflex 6000mg - custa cerca de R\$ 1.879 (mil oitocentos e setenta e nove reais) e o outro – Provacan CBD 2400 mg – custa R\$ 927,62 (novecentos e vinte e sete reais e sessenta e dois centavos). Considerando terem sido prescritos 20 frascos ao ano, o valor de tratamento do Paciente custaria em torno de R\$ 20.000,00 e R\$ 40.000,00 por ano" (fl. 7).

III. b) Recorrida M. B. S.

Segundo a inicial, "a Paciente M., que conta com 67 anos de idade, segundo relatório médico datado de 03/04/2020 (Doc. 13), desde 1994, combate o câncer de mama, com a retirada de múltiplos nódulos mamários, cujos exames indicam a seguinte evolução de quadro: neoplasia de mama triplo. negativo em quimioterapia neoadjuvante". Como decorrência dos tratamentos, M. B. S tem **náuseas, dores de cabeça, ansiedade, depressão, insônia e dores, estas últimas também ligadas a enfermidades na coluna lombar e à artrose** (ambos à fl. 8).

A defesa relata, ainda, que M. procurou a Associação Brasileira de Apoio Cannabis Esperança – ABRACE (a primeira e única instituição do Brasil autorizada pela Justiça a cultivar maconha para fins medicinais), mas, ainda, assim, considerou que o produto fornecido por ela, rico em THC, teria um alto custo e que a fila de espera seria muito longa.

Diante desse quadro, procurou a psiquiatra que atendia seu sobrinho (D. D. de B. B., o primeiro recorrido), a qual prescreveu tratamento com

o óleo extraído da planta *Cannabis sativa*, o que resultou em expressiva melhora no seu quadro de saúde, consoante relatório médico abaixo transcrito (fls. 78-79):

Relato que acompanho M. B. S., 67 anos, diagnóstico de Neoplasia Maligna de Mama C50.9, que atualmente faz uso das seguintes medicações: Óleo Rico em Canabidiol e tetrahydrocannabinol – artesanal/full spectrum – cerca de 20 gotas/dia. A paciente está em tratamento devido ao câncer e procurou o tratamento à base de Cannabis devido ao seu estado depressivo, ansioso e por efeitos colaterais da quimioterapia como náuseas e fadiga. A mesma relata que vem fazendo uso de óleo artesanal pois não consegue manter o tratamento com o medicamento importado prescrito por conta do custo e, pelo fato do mesmo não conter Tetrahydrocannabinol- THC que no seu caso também é indicado. Relata que procurou a ABRACE mas mesmo assim acha que o produto oferecido por eles, rico em THC, tem um alto custo para a mesma e fila de esperar muito longa. Assim decidiu fazer uso de óleo artesanal produzido em casa por seu sobrinho oriundo da Planta Cannabis Sativa, e relata que faz uso do extrato da planta, diluído a 10%, cerca de 20 gotas duas vezes ao dia. A paciente relata melhora do quadro depressivo e ansioso, com redução da angústia e desaparecimento das crises que também geravam insônia. Relata também a melhora das dores que sofre por conta do diagnóstico de artrose e escoliose lombar e, principalmente dos efeitos da quimioterapia (náusea e fadiga). Assim, relata que vem apresentando mais disposição para as atividades cotidianas - AVD. Devido a expressiva melhora do quadro e considerando o compromisso de acompanhamento clínico, indico a continuidade do tratamento de óleo rico em canabidiol-CBD (para a ansiedade e náuseas) e tetrahydrocannabinol – THC (para a depressão e o quadro algico).

IV. Cabimento de habeas corpus preventivo

De início, o Ministério Público Federal aponta, em suas razões recursais, violação dos arts. 647 e 648 do CPP, porque, em sua visão, o habeas corpus não seria a via adequada para resguardar os direitos pleiteados pela defesa, haja vista que "a questão referente à falta de regulamentação para o plantio, a cultura e a colheita de *Cannabis*, bem como à produção artesanal do óleo para fins medicinais, tornou-se eminentemente administrativa, não sendo a solução mais adequada coactar o poder de polícia das autoridades administrativas competentes, mormente no âmbito do Ministério da Saúde" (fl. 260).

Em que pesem os argumentos despendidos pelo recorrente, entendo que lhe carece o amparo do Direito em sua pretensão.

Não desconheço a existência de um ou outro julgado desta Corte Superior de Justiça que reconheceu a inadequação do uso de habeas corpus, a fim de obter salvo-conduto para viabilizar o plantio de *Cannabis* para fins medicinais. Exemplificativamente, menciono o **RHC n. 123.402/RS**, de relatoria do Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca** (DJe 29/3/2021), no qual se decidiu que "a autorização buscada pelo recorrente depende de análise de critérios técnicos que não cabem ao juízo criminal, especialmente em sede de habeas corpus. Essa incumbência está a cargo da própria Agência Nacional de Vigilância Sanitária que, diante das peculiaridades do caso concreto, poderá autorizar ou não o cultivo e colheita de plantas que possam extrair as substâncias necessárias para a produção artesanal dos medicamentos". Confira-se, a propósito, a ementa redigida para o julgado (grifei):

[...]

3. No atual estágio do debate acerca da regulamentação dos produtos baseados na *Cannabis* e de desenvolvimento das pesquisas a respeito da eficácia dos medicamentos obtidos a partir da planta, não parece razoável desautorizar a produção artesanal do óleo à base de maconha apenas sob o pretexto da falta de regulamentação. De mais a mais, a própria agência de vigilância sanitária federal já permite a importação de medicamentos à base de maconha, produzidos industrial ou artesanalmente no exterior, como, aliás, comprovam os documentos juntados a estes autos.

4. Entretanto, **a autorização buscada pela recorrente depende de análise de critérios técnicos que não cabem ao juízo criminal, especialmente em sede de habeas corpus. Essa incumbência está a cargo da própria Agência Nacional de Vigilância Sanitária que, diante das peculiaridades do caso concreto, poderá autorizar ou não o cultivo e colheita de plantas das quais se possam extrair as substâncias necessárias para a produção artesanal dos medicamentos.**

5. Recurso ordinário em habeas corpus não provido, recomendando à Agência Nacional de Vigilância Sanitária que analise o caso e decida se é viável autorizar a recorrente a cultivar e ter a posse de plantas de *Cannabis sativa* L. para fins medicinais, suprimindo a exigência contida no art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

(RHC n. 123.402/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 29/3/2021, destaquei).

Embora a possibilidade ou não da concessão de salvo-conduto em habeas corpus preventivo para plantio de *Cannabis* com finalidade terapêutica ainda **não esteja plenamente firmada no âmbito desta Corte Superior**, entendo que o precedente anteriormente mencionado merece ser revisto, sendo a presente via do apelo nobre uma oportunidade adequada para o aprofundamento da matéria.

Não há como se olvidar que o fim almejado pelos pacientes (ora recorridos) é que lhes seja concedido salvo-conduto para **o plantio e o transporte de *Cannabis sativa*, da qual se pode extrair a substância necessária para a produção artesanal dos medicamentos prescritos para fins de tratamento de saúde**. Vale dizer, o que objetivam os pacientes é, em síntese, a não incriminação penal por suas condutas, em caso de futura apreensão de plantas de maconha em suas residências, cultivadas estritamente para fins medicinais.

O art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 apresenta-se como **norma penal em branco**, porque define o crime de tráfico a partir da prática de dezoito condutas relacionadas a drogas – 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 –, sem, no entanto, trazer a definição do elemento do tipo "drogas".

O § 1º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por sua vez, assim dispõe (destaquei):

§ 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**;

[...]

Emerge, pois, a necessidade de se analisar o conteúdo do preceito contido no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 11.343/2006: "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."

Em acréscimo, estabelece o art. 66 da referida lei que, "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". Verifica-se, assim, que, sistematicamente, por uma opção legislativa, o art. 66 ampliou o universo de incidência dos comandos proibitivos penais.

Conclui-se, portanto, que a definição do que sejam "drogas", capazes de caracterizar os delitos previstos na Lei n. 11.343/2006, advém da

Portaria n. 344/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (daí a classificação doutrinária, em relação ao art. 33 da Lei n. 11.343/2006, de que se está diante de uma norma penal em branco heterogênea).

Nesse contexto, por ser constituída de um conceito técnico-jurídico, só será considerada droga o que a lei (em sentido amplo) assim reconhecer como tal. Desse modo, mesmo que determinada substância cause dependência física ou psíquica, se ela não estiver prevista no rol das substâncias legalmente proibidas, não será tratada como droga para fins de incidência da Lei n. 11.343/2006 (v. g., o álcool).

A "**Lista E**" da **Portaria n. 344, de 12/5/1998**, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, traz o rol de plantas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas (grifei):

1. CANNABIS SATIVUM
2. CLAVICEPS PASPALI
3. DATURA SUAVEOLANS
4. ERYTHROXYLUM COCA
5. LOPHOPHORA WILLIAMSII (CACTO PEYOTE)
6. PRESTONIA AMAZONICA (HAEMADICTYON AMAZONICUM)

ADENDO:

- 1) ficam também sob controle, todos os sais e isômeros das substâncias obtidas a partir das plantas elencadas acima.

Vê-se, portanto, que a *Cannabis sativa* integra a "Lista E" da referida portaria, que, em última análise, a define como planta que pode originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas. Essa mesma lista traz um adendo de que "ficam também sob controle todos os sais e isômeros das substâncias obtidas a partir das plantas elencadas acima".

Dessarte, **uma vez que é possível, ao menos em tese, que os pacientes (ora recorridos) tenham suas condutas enquadradas no art. 33, § 1º, da Lei n. 11.343/2006, punível com pena privativa de liberdade, é indiscutível o cabimento do writ para os fins por eles almejados**, nos termos em que previsto no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, *in verbis*: "conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder".

No plano infraconstitucional, o art. 648 do CPP enumera as hipóteses de coação ilegal que autorizam o manejo do remédio heroico, quais sejam:

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I - quando não houver justa causa;

II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI - quando o processo for manifestamente nulo;

VII - quando extinta a punibilidade.

Por seu turno, o art. 660, § 4º, do CPP preceitua que, "Se a ordem de habeas corpus for concedida para evitar ameaça de violência ou coação ilegal, dar-se-á ao paciente salvo-conduto assinado pelo juiz".

Ressalto, ainda, que também há a possibilidade, pelo menos hipotética, de que as autoridades policiais tentem enquadrar a pretendida importação de sementes de *Cannabis* (fl. 31) no tipo penal de **contrabando** – embora, é bem verdade, a jurisprudência desta Corte Superior entenda ser atípica a conduta de importar pequena quantidade de sementes de maconha (por todos, **EResp n. 1.624.564/SP**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 3ª S., DJe 21/10/2020) –, circunstância que reforça a possibilidade de que se socorram do uso de habeas corpus para o fim pretendido.

Registro, ademais, que, em 27/5/2021, **os recorridos receberam intimação da Polícia Federal para serem ouvidos nos autos do Inquérito Policial n. 2020.0103659-DPF/SOD/SP no dia 14/7/2020.** Vale dizer, eles foram alvos de investigações policiais justamente em demanda que aqui se objetiva prevenir.

Ações pelo rito ordinário e outros instrumentos de natureza cível podem até tratar dos desdobramentos administrativos da questão trazida a debate, mas isso não exclui o cabimento do habeas corpus para lidar com eventuais aspectos criminais da conduta almejada.

Ademais, nem mesmo essas ferramentas cíveis – que, diferentemente do pedido analisado nestes autos, **oneram sobremaneira o erário** – têm se mostrado suficientemente eficazes para promover a tutela da saúde de indivíduos que necessitam de remédios extraídos da *Cannabis sativa*.

Trago à baila, por oportuno, passagem da monografia apresentada por Cássio Herberts Vidotto à Universidade Federal de Santa Catarina, em que analisou os principais argumentos usados em diversos processos judiciais pelo país para afastar o cabimento do habeas corpus em situações análogas à dos autos.

Na oportunidade, o pesquisador pontuou que, **em razão dos entraves burocráticos à importação dos produtos, nem mesmo a Fazenda**

Pública, obrigada judicialmente, vem conseguindo cumprir adequadamente o dever de fornecimento regular dos medicamentos, o que acaba gerando piora nos quadros clínicos dos pacientes. Veja-se:

Aponta-se, então, a possibilidade de postular o tratamento perante o Juízo Cível. **No entanto, é possível perceber que em muitos casos a opção pelo cultivo doméstico se dá mesmo com decisão favorável para fornecimento do tratamento pela Fazenda Pública, justamente porque o Estado não consegue cumprir suas obrigações.**

O caso dos autos n. 1016472-58.2020.8.26.0196, do TJSP, é bastante exemplificativo. Foi receitado o medicamento Real Scientific Hemp Oil, para o tratamento da epilepsia de uma mulher de 32 anos, interditada judicialmente e dependente de seus pais. O valor do remédio, cerca de R\$ 5.542,52 mensais sujeito à variação do dólar, torna inviável a sua aquisição. Em ação de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública, a família obteve provimento para o fornecimento de 70 tubos do produto, todavia apenas duas unidades foram recebidas. Sem alternativas, o cultivo doméstico foi a solução encontrada.

Situação ainda pior ocorreu nos autos n. 0011944-38.2019.8.26.0000, também do TJSP. O paciente foi vítima em um acidente em parapente que lhe causou lesões corporais de natureza grave, com sequelas na coluna e pernas, desenvolveu ainda problemas de ordem psiquiátrica. Duas ações foram ajuizadas contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo e do Município do Estado de São Paulo, nas quais **a antecipação de tutela em primeira instância foi deferida, mas, devido aos desdobramentos processuais, até a impetração do Habeas Corpus, os medicamentos não foram fornecidos. Além disso, antes da obtenção do salvo-conduto, o paciente teve que responder processo criminal relativo ao porte de entorpecentes para uso próprio, que seriam resultantes da extração de *Cannabis* usada no seu tratamento, que restou extinto pela transação penal.**

Outro exemplo relativo à burocracia é narrado nos autos n. 0026013-88.2020.8.19.0209, do TJRJ, que concedeu **salvo-conduto a uma mãe de três crianças portadoras de transtorno do espectro autista.** Um dos filhos obteve o tratamento custeado pelo erário, ainda assim, a impetrante alegou não conseguir arcar com os custos dos demais, o que comprometia o prosseguimento exitoso do tratamento. **Em nota técnica juntada ao processo e mencionada no acórdão, a própria ANVISA ressalta a morosidade e burocracia no processo de importação, o que leva atrasos no tratamento, gerando piora no prognóstico do paciente.**

Os exemplos citados evidenciam que nem mesmo uma decisão favorável obrigando o Estado a fornecer o medicamento

supre, na prática, a necessidade de quem precisa fazer o uso contínuo do remédio, em razão da demora excessiva do recebimento e do alto custo da importação.

(VIDOTTO, Cássio Herberts. *O Habeas Corpus preventivo como instrumento descriminalizador do cultivo doméstico de Cannabis sativa com fins medicinais*. Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, 2021, p. 47-48, grifei)

Aliás, essas ações – que já impuseram ao erário gastos superiores a R\$50.000.000,00 desde 2015 (dados disponíveis em <https://g1.globo.com/saude/noticia/2022/06/05/cannabis-medicinal-importacao-cresce-15-vezes-em-5-anos-e-farmacias-podem-vender-18-produtos-entenda.ghtml>) – tendem a se intensificar com a decisão proferida em 8/6/2022 pela Colenda Segunda Seção deste Superior Tribunal nos **EREsps n. 1.886.929/SP e 1.889.704/SP** (Rel. Ministro **Luis Felipe Salomão**, 2ª S.) acerca da taxatividade do rol da ANS, uma vez que os medicamentos extraídos da *Cannabis* nele não estão elencados.

Assim, com ainda mais razão, sobretudo à luz da importância de que **não haja solução de continuidade no tratamento** – fator que agrava o risco à saúde de quem dele necessita –, sobressai a importância de se concluir pela possibilidade de se socorrerem do habeas corpus para resguardar a liberdade, inclusive de evitar futura ação penal, de modo a não sofrerem consequências jurídicas, no âmbito criminal, ao importar sementes, plantar e cultivar *Cannabis* para dela obter extrato de canabidiol, a fim de usá-lo como medicamento para tratamento de saúde, sob pena de indevida negativa de prestação jurisdicional do juízo criminal.

Esclareço, por fim, que **o Ministério Público Federal atuante nesta Corte Superior na condição de custos legis também entendeu pelo cabimento de habeas corpus na hipótese dos autos**, em parecer assim fundamentado, no que interessa (fl. 571, destaquei):

A alegação do recorrente de não ser, o remédio constitucional do habeas corpus, a via adequada para análise do pleito não merece guarida.

Ora, **diferentemente do defendido no apelo extremo, o pedido deduzido no habeas corpus é de natureza penal e não administrativa: pede-se que a conduta já em prática pelos recorridos – de cultivar *cannabis sativa* para fins medicinais – não seja criminalmente reprimida, uma vez que atípica; inexistente, por parte das impetrantes, pedido pela concessão judicial da autorização legalmente a cargo da União e prevista no artigo 2º, parágrafo único da Lei de Drogas. Na oportunidade, defendeu-se no writ o agir desprovido de dolo dos então pacientes, dado que**

“não pode se enquadrar a conduta do auto cultivo de *Cannabis* para fins exclusivamente medicinais no escopo de abrangência e proteção trazido pela Lei Federal n.º 11.343/2006, tendo em vista que a criminalização e o teor da política proibicionista incidem diretamente sobre a utilização social/recreacional dos entorpecentes” (fl. 14 e-STJ).

Há, ainda, risco à liberdade dos recorridos, uma vez que, além da conduta por eles praticada ser prevista na lei 11.343/06 como crime, é o delito de tráfico de drogas de natureza permanente e, portanto, permanece o agente em estado de flagrância enquanto não cessada a permanência.

V. Negativa de vigência ao art. 485, VI, do CPC – não ocorrência

O recorrente afirma, ainda, como "consequência lógica da contrariedade ao disposto nos artigos 647 e 648 do CPP – que enumeram as hipóteses de coação ilegal que autorizam o manejo do remédio heroico", haver sido negada vigência à norma contida no art. 485, VI, do CPC (fl. 263).

Alega, para tanto, que falta interesse de agir aos recorridos, na modalidade **adequação**, porquanto, em sua ótica: a) os pacientes pretendem, com a impetração, tolher o poder de polícia das autoridades administrativas; b) seria necessária dilação probatória com a realização de perícia médica para a solução da controvérsia, conforme reconhecido pelo Juiz de primeiro grau ao extinguir o feito sem resolução do mérito.

Em que pesem os argumentos despendidos pelo *Parquet* federal, entendo que, novamente, **não lhe assiste razão**.

Segundo o ensinamento de Enrico Tullio Liebman, "o interesse de agir é o elemento material do direito de ação e consiste no interesse em obter o provimento solicitado. Ele se distingue do interesse substancial, para cuja proteção se intenta a ação, da mesma maneira como se distinguem os dois direitos correspondentes: o substancial que se afirma pertencer ao autor e o processual que se exerce para a tutela do primeiro [...]" (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil* [trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco], 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1985, p. 153).

Na mesma linha, Candido Rangel Dinamarco *et. al.* defendem que "[...] essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada". **Já sobre a adequação, explicam que é "a relação existente entre a**

situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser" (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. São Paulo, Malheiros: 2005, p. 267, grifei).

Conforme esclarecido no item anterior, a via eleita pelos recorridos – habeas corpus preventivo – **é adequada**, uma vez que há risco, ainda que não imediato, à liberdade de locomoção deles, **tanto que o Juiz de primeiro grau determinou a apuração dos fatos narrados na inicial do habeas corpus pela Polícia Federal**, o que acabou sendo expressamente revogado pelo Tribunal *a quo* ao conceder a ordem do habeas corpus lá impetrado.

Ademais, ao contrário do que afirmado tanto pelo Juízo singular quanto pelo recorrente, a análise da questão trazida a debate pela defesa **não demanda dilação probatória**, consistente na realização de perícia médica a fim de averiguar se os pacientes realmente precisam de tratamento médico com canabidiol. A necessidade de dilação probatória – circunstância, de fato, vedada na via mandamental – foi afastada no caso concreto, tendo em vista que **os recorridos apresentaram provas pré-constituídas de suas alegações, provas essas consideradas suficientes para a concessão do writ pelo Tribunal de origem**, dentre as quais a de que os pacientes estavam autorizados anteriormente pela Anvisa para importar, com fito terapêutico, medicamento com base em extrato de canabidiol, para tratamento de enfermidades também comprovadas por laudos médicos, devidamente acostados aos autos.

Em acréscimo, faço lembrar que, por ocasião do julgamento do **Tema n. 106** dos Recursos Repetitivos, este Superior Tribunal decidiu que o fornecimento de medicamentos por parte do Poder Público pode ser determinado com base em laudo subscrito pelo próprio médico que assiste o paciente, **sem necessidade de perícia oficial**. Basta, para tanto, que haja "Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS" (EDcl no REsp n. 1.657.156/RJ, Rel. Ministro **Benedito Gonçalves**, 1ª S., DJe 21/9/2018).

Se, para pleitear aos entes públicos o fornecimento e o custeio de medicamento por meio de ação cível, o pedido pode ser amparado em laudo do médico particular que assiste a parte, não há razão para se fazer exigência mais rigorosa na situação dos autos, em que a pretensão da defesa não implica **nenhum gasto financeiro ao erário**.

Há, na hipótese dos autos, vasta documentação médica atestando a necessidade de o tratamento médico dos pacientes ser feito com medicamentos à base de canabidiol, inclusive com relato de **expressivas melhoras** na condição

de saúde deles e esclarecimento de que **diversas vias tradicionais de tratamento foram tentadas, mas sem sucesso** (fls. 40-58), circunstância que reforça ser desnecessária a realização de dilação probatória com perícia médica oficial.

Por fim, diferentemente do que sustenta o Ministério Público Federal, não há falar que a defesa pretende, mediante o habeas corpus, tolher o poder de polícia das autoridades administrativas. Primeiro, porque, conforme será esclarecido adiante, **a própria Anvisa, por meio de seu diretor, afirmou que a regulação e a autorização do cultivo doméstico de plantas, quaisquer que sejam elas, não fazem parte do seu escopo de atuação**. Segundo, porque não se objetiva nesta demanda obstar a atuação das autoridades administrativas, tampouco substituí-las em seu mister, mas, apenas, **evitar que os pacientes/recorridos sejam vítimas de apuração criminal** pelos órgãos de persecução penal. Para corroborar essa afirmação, transcrevo, por oportuno, o seguinte trecho do pedido principal do habeas corpus impetrado em primeiro grau (fl. 31):

d) no mérito, seja confirmada a concessão da ordem de salvo-conduto em favor dos Pacientes D. D. D. B. B. e M. B. S., a fim de que as autoridades encarregadas, Polícias Civil e Militar, competentes para receberem eventuais denúncias, sejam impedidas de proceder à sua prisão em flagrante pelo cultivo, uso, porte e produção artesanal da para fins *Cannabis* exclusivamente terapêuticos, bem como se abstenham de apreenderem os equipamentos e os vegetais da planta utilizados para produzir os remédios necessários e ora tutelados pelo presente e a Polícia Federal que se abstenha de barrar a mandamus importação de sementes; [...]

Vale dizer, o cerne da discussão trazida a debate gira em torno de saber se é ou não legítima a repressão criminal do cultivo de *Cannabis sativa* exclusivamente para fins medicinais e, por conseguinte, se é ou não cabível o uso de habeas corpus para a obtenção de salvo-conduto para o cultivo doméstico dessa planta.

VI. Negativa de vigência ao art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006 – não ocorrência

O Ministério Público Federal, em suas razões recursais, aponta, ainda, violação do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006, sob o argumento de que (fl. 265):

[...] a partir da vigência da atual Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/2006), restou afastada a ilicitude das condutas em questão ('plantio, a cultura e a colheita dos vegetais dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas'), conforme previsto no artigo

supratranscrito, sob a condição de sua finalidade ('para fins medicinais ou científicos'), e desde que presente 'autorização legislativa ou regulamentar' e fiscalização do órgão competente. Desta forma, a questão deixou de ser eminentemente criminal, passando a ter cunho administrativo.

Sem razão, contudo, o recorrente.

Para melhor análise dessa matéria, transcrevo o estabelecido no referido dispositivo legal, *in verbis*:

Art. 2º. Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Parágrafo único. **Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.** (destaquei).

Tal previsão, aliás, já estava contida na anterior Lei n. 6.368/1976, cujo art. 2º, § 2º, assim dispunha (destaquei):

Art. 2º Ficam proibidos em todo o território brasileiro o plantio, a cultura, a colheita e a exploração, por particulares, de todas as plantas das quais possa ser extraída substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

§ 1º As plantas dessa natureza, nativas ou cultivadas, existentes no território nacional, serão destruídas pelas autoridades policiais, ressalvados os casos previstos no parágrafo seguinte.

§ 2º **A cultura dessas plantas com fins terapêuticos ou científicos só será permitida mediante prévia autorização das autoridades competentes.**

Embora a legislação brasileira possibilite, **há mais de 40 anos**, a permissão, pelas autoridades competentes, de plantio, cultura e colheita de *Cannabis* exclusivamente para fins medicinais ou científicos, fato é que **até hoje a matéria ainda não tem regulamentação ou norma específica.**

Segundo decidido por ocasião do julgamento do já mencionado **RHC n. 123.402/RS** (Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 29/3/2021), **caberia à Anvisa**, diante das peculiaridades do caso concreto, conceder ou não a autorização para cultivo doméstico de plantas das quais se

possam extrair as substâncias necessárias para a produção artesanal dos medicamentos. Na ocasião, embora a Turma haja negado provimento ao recurso em habeas corpus, recomendou à Anvisa que analisasse o caso concreto e decidisse se seria ou não viável autorizar a recorrente a cultivar e ter a posse de plantas de *Cannabis sativa* para fins medicinais, suprimindo a exigência contida no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sob a fiscalização devida.

Sem embargo do que se entendeu naquele julgado, não há como se olvidar que o **referido órgão de vigilância sanitária já reconheceu não ter competência para conceder tal autorização, por ausência de previsão legal. Em 2019, a Diretoria Colegiada da Anvisa**, ao julgar o Processo n. 25351.421833/2017-76 – que teve como objetivo dispor sobre os requisitos técnicos e administrativos para o cultivo da planta *Cannabis* exclusivamente para fins medicinais ou científicos –, decidiu pelo **arquivamento da proposta de resolução**, ocasião em que asseverou:

[...] é inequívoca a fragilidade processual, agravada pelo fato de tratar-se o presente instrumento de proposta de regulação de atividade econômica inexistente no Brasil, cujo escopo de atuação desta Agência **demandaria delegação de competência pelo Ministério da Saúde**, tendo como foco plantas proscritas em diplomas legais nacionais e internacionais, alvo de capital interesse de organizações criminosas, sem que uma completa e ampla discussão multisetorial tivesse sido efetivada.

(Disponível em:
<http://antigo.anvisa.gov.br/documents/2857848/5680794/Voto+039-2019DIRE5.pdf/c8ac5255-6c5a-4a37-add8-ac47b8f61556>.
Acesso em: mar. 2022, p. 55, destaquei)

Ficou claro, portanto, que o posicionamento da Diretoria Colegiada da Anvisa, à época, era o de que a autorização para cultivo de plantas que possam originar substâncias sujeitas a controle especial, entre elas a *Cannabis sativa*, é da **competência do Ministério da Saúde**, e que, para atuação da Anvisa, deveria haver uma delegação ou qualquer outra tratativa oficial, de modo a atribuir a essa agência reguladora a responsabilidade e a autonomia para definir, sozinha, modelo regulatório, autorização, fiscalização e controle dessa atividade de cultivo.

A única norma administrativa existente sobre o tema é a RDC n. 16/2014, a qual versa apenas sobre a possibilidade, em tese, de autorização especial (AE) para cultivo industrial por **pessoas jurídicas e apenas para fins de estudo e pesquisa**. Veja-se o disposto no art. 4º, § 1º, da normativa (destaquei):

Art. 4º A AE é exigida para as atividades descritas no art. 3º ou qualquer outra, para qualquer fim, com substâncias sujeitas a controle especial ou com os medicamentos que as contenham,

segundo o disposto na Portaria SVS/MS nº 344, de 1998 e na Portaria SVS/MS nº 6, de 29 de janeiro de 1999.

§ 1º A AE é também obrigatória para as atividades de plantio, cultivo e colheita de plantas das quais possam ser extraídas substâncias sujeitas a controle especial e somente é concedida à pessoa jurídica de direito público ou privado que tenha por objetivo o estudo, a pesquisa, a extração ou a utilização de princípios ativos obtidos daquelas plantas.

§ 2º Para a concessão e renovação da autorização tratada no § 1º, o plano da atividade a ser desenvolvida, a indicação das plantas, a localização, a extensão do cultivo, a estimativa da produção e o local da extração devem ser avaliados durante a inspeção pela autoridade sanitária local competente e constar do respectivo relatório de inspeção.

§ 3º As substâncias proscritas e as plantas que as originam, bem como as plantas proscritas, conforme o Anexo I da Portaria SVS/MS nº 344, de 1998, somente poderão ser empregadas nas atividades de estudo e pesquisa quando devidamente autorizadas pela Anvisa por meio de Autorização Especial Simplificada para estabelecimentos de ensino e pesquisa, conforme legislação específica.

Todavia, apesar da previsão na RDC n. 16/2014, nem mesmo para pessoas jurídicas há efetiva possibilidade de pleitear a referida autorização. É o que se extrai do Processo administrativo n. 25351.421833/2017-76, cujo objeto é "Proposta de Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) que dispõe sobre os requisitos técnicos e administrativos para o cultivo da planta *Cannabis* spp exclusivamente para fins medicinais ou científicos, e dá outras providências". O processo aponta que, "Apesar da existência de previsão legal em regulamento da Anvisa, **não há no momento normativas** que definam os requisitos de segurança e controle adequados para a realização das atividades que envolvam o cultivo de plantas que dão origem a substâncias sujeitas a controle especial por **pessoas jurídicas**".

O Ministério da Saúde, por sua vez, a quem a Anvisa afirmou competir regular o cultivo doméstico de *Cannabis*, indicou que não pretende fazê-lo, conforme se extrai de Nota Técnica n. 1/2019-DATDOF/CGGM/GM/MS, datada de 19/8/2019, em resposta à Consulta Dirigida sobre as propostas de regulamentação do uso medicinal e científico da planta *Cannabis*, assinada pelo Ministro responsável pela pasta:

Uma vez que a nossa manifestação se pauta apenas na liberação do canabidiol para uma única indicação terapêutica, não se faz necessária a instalação de uma capacidade nacional para o cultivo de *Cannabis* spp., tendo em vista que a demanda de mercado a ser

suprida é baixa. A liberação do cultivo neste momento para atender um nicho restrito de mercado interno é inviável, podendo inclusive encarecer o medicamento produzido com insumo farmacêutico. (Ministério da Saúde. SEI n. 0745714).

Ou seja, **a Anvisa não só não regulou o tema como também afirmou que, ao menos por ora, não vai regulamentar os procedimentos do cultivo domiciliar da Cannabis para fins medicinais, omissão acompanhada pelo Ministério da Saúde**, o que, em última análise, torna praticamente inviável o tratamento médico prescrito aos pacientes, haja vista o alto custo da importação, a irregularidade no fornecimento do óleo nacional e a impossibilidade de produção artesanal dos medicamentos prescritos (a menos que lhes seja concedido o salvo-conduto aqui pleiteado).

Esse **cenário de omissão estatal**, aliás, já foi abordado em parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, nos autos do **RHC n. 155.832/CE** (Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**), julgado por essa Corte Superior, em que se discutiu idêntica matéria de fundo. Confira-se:

4) DA OMISSÃO ESTATAL QUANTO À REGULAÇÃO DO AUTOCULTIVO PARA FINS MEDICINAIS APÓS A POSSIBILIDADE DE IMPORTAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS COM BASE NO CANABIDIOL

A omissão do Estado e a mora administrativa se arrastam pelo menos desde 1976, quando a antiga Lei 6.368/1976 já previa em seu art. 2º, parágrafo segundo, a possibilidade das autoridades competentes autorizarem o cultivo da cannabis e outras plantas para fins terapêuticos ou científicos.

Mais do que uma possibilidade do Poder Público, deve ser concebida como verdadeiro dever estatal de efetivação do direito fundamental à saúde daqueles que necessitam do tratamento médico em questão, ante a ineficácia das alternativas terapêuticas disponíveis no Sistema Único de Saúde e, mais ainda, quando o tratamento com a cannabis se mostra o único eficaz.

Esse poder-dever de regulamentação estabelecido pelas normas em exame e a inexistência de finalidade de incriminação das condutas de cultivo de Cannabis para produção artesanal de óleo medicinal para consumo próprio, com fins exclusivamente terapêuticos, ademais, também pode ser extraído de diversas Convenções Internacionais às quais o Brasil aderiu.

É o caso da Convenção da ONU sobre Entorpecentes, assinada em Nova York em 30 de março de 1961, da Convenção da ONU sobre Substâncias Psicotrópicas, assinada em Viena, em 21 de fevereiro de 1971, e da Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de

Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viena, em 20 de dezembro de 1988.

[...]

Acerca do tema, destaque-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5708, ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS), e ainda pendente de julgamento pelo STF, para que seja afastado entendimento que criminaliza o ato de plantar, cultivar, colher, guardar, transportar, prescrever, ministrar e adquirir Cannabis para fins medicinais e de bem estar terapêutico. O parecer da Procuradoria-Geral da República naqueles autos, reconhecendo a omissão estatal, requer o estabelecimento de prazo, pelo STF, para que a União e a ANVISA regulamentem o cultivo da Cannabis para fins exclusivamente medicinais, tendo afirmado ser patente a omissão do "[...] Poder Público na implementação das condições necessárias ao adequado acesso dos brasileiros à utilização medicinal da Cannabis" e que "[...] desse modo, se o Estado proíbe o cultivo de vegetais que possam originar drogas, com o fito de tutelar a saúde pública, mas deixa de prover, por outro lado, a obtenção de tais vegetais e seus extratos pelas pessoas que deles necessitam para tratamento médico, configura-se a ofensa à Constituição Federal, na medida em que se descumpre o dever de proteção da saúde enquanto direito individual garantido à generalidade das pessoas."

Cite-se também decisão unânime em sessão de 7 de outubro de 2019 do Plenário do Conselho Federal da OAB na Proposição nº 49.0000.2019.007363-8/COP, rel. Cons. Alex Sarkis, de "apoio institucional à regulação do plantio, da cultura e da colheita de cannabis exclusivamente para fins medicinais e científicos, nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei de Drogas, permitindo-se que associações e pessoas necessitadas possam participar de todas as etapas de produção".

Ademais, havendo prescrição médica para a utilização do canabidiol, não há dúvidas de que a ausência de segurança, de qualidade, de eficácia ou de equivalência técnica e terapêutica da substância preparada de forma artesanal é risco assumido pelos próprios pacientes, dentro da autonomia de cada um deles e da capacidade de escolherem o melhor tratamento de saúde, e que, portanto, foge da competência criminal (desde que consumido unicamente por eles, nas condições postuladas).

São nesse sentido, aliás, as disposições contidas no art. 17 da **RDC n. 335/2020** e no art. 18 da **RDC n. 660/2022** da Anvisa, ambas responsáveis por definir "os critérios e os procedimentos para a importação de Produto derivado de Cannabis, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde".

Por fim, ressalto que a União – por meio de seus órgãos e autarquias – continua sendo responsável pela regulamentação da matéria, bem como pela fiscalização, pelo controle e pela imposição de sanções àqueles que não observarem as normas sanitárias, enquanto que o salvo-conduto buscado pelos pacientes visa a, tão somente, afastar o eventual enquadramento deles em alguma norma penal incriminadora, circunstâncias que, somadas, afastam a apontada violação do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006.

VII. Potencial terapêutico da *Cannabis sativa*, proibicionismo e guerra às drogas – uma análise histórica

Antonio Waldo Zuardi, Professor Titular de Psiquiatria da Faculdade de Medicina da USP-RP, aponta que o uso da *Cannabis* para fins medicinais é milenar e consta na primeira farmacopeia de que se tem conhecimento:

A Cannabis Sativa (cannabis) está entre as primeiras plantas cultivadas pelo homem. A primeira evidência do uso da *cannabis* foi encontrada na China, onde achados arqueológicos e históricos indicam que essa planta era cultivada para fibras desde 4.000 a . papel. Têxteis e papel feitos de *cannabis* foram encontrados no túmulo do imperador Wu (104-87 aC), da dinastia Han.

Os chineses também usavam frutas de *cannabis* como alimento. Esses frutos são pequenos (3 a 5 mm), elípticos, lisos, com casca dura e contêm uma única semente. A primeira evidência do uso dessas sementes foi encontrada durante a dinastia Han (206 aC - 220 dC). No início da era cristã, com a introdução de novas culturas, a *cannabis* deixou de ser um alimento importante na China, embora, até hoje, as sementes ainda sejam usadas para fazer óleo de cozinha no Nepal.

O uso da *cannabis* como medicamento pelos antigos chineses foi relatado na farmacopeia mais antiga do mundo, a *pen-ts'ao ching* que foi compilada no primeiro século desta Era, mas baseada em tradições orais transmitidas desde a época do imperador Shen-Nung, que viveu durante os anos 2.700 aC As indicações para o uso de *cannabis* incluíam: dores reumáticas, constipação intestinal, distúrbios do sistema reprodutor feminino, malária e outros. No início da Era Cristã, Hua T'o, o fundador da cirurgia chinesa (110 – 207 d.C.), utilizava um composto da planta, tomado com vinho, para anestesiá-los durante operações cirúrgicas. (ZUARDI, Antonio Waldo. History of cannabis as a medicine: a review. *Revista Brasileira de Psiquiatria* 2006;28(2):153-7, grifei).

Sidarta Ribeiro e Renato Malcher-Lopes, na mesma linha, ensinam que:

[...] na região da antiga Mesopotâmia a maconha já era em pregada por suas propriedades farmacológicas muito antes da era cristã. Os assírios, por exemplo, usavam incensos contendo maconha pelo menos desde o século VIII a.C. Há também documentos arqueológicos indicando que usavam maconha para desfazer feitiços e para o tratamento de inchaços, ferimentos, depressão, impotência, artrite, cálculo renal e enxaqueca menstrual. (MALCHER-LOPES, Renato; RIBEIRO, Sidarta. *Maconha, cérebro e saúde*, Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2007, p. 24).

A Europa, a seu turno, só tomou contato com o uso medicinal da *Cannabis* no século XIX, quando o médico irlandês William Brook O'Shaughnessy esteve na Índia a serviço do Império Britânico e aprendeu com os médicos indianos sobre as possibilidades do emprego da planta no tratamento de reumatismo e das convulsões causadas por tétano e raiva, o que gerou grande impacto na medicina europeia por ocasião do seu retorno. Similar contribuição teve o psiquiatra francês Jacques-Joseph Moreau, que também esteve em solo indiano no período.

Já no início do século XX, inúmeros remédios à base da planta estavam sendo produzidos por grandes laboratórios farmacêuticos, com indicação para diversas enfermidades, tais como: enxaqueca, dor de dente, cólicas menstruais, hemorragia menstrual e pós-parto, risco de aborto, úlcera gástrica, indigestão, inflamação crônica, reumatismo, eczema, estímulo do apetite e tratamento de anorexia de corrente de doenças exaustivas, disenteria, insônia, depressão, ansiedade, *delirium tremens* (crise de abstinência de álcool), epilepsia, convulsões e espasmos causados por tétano e raiva, febre alta, tremor senil, tumores cerebrais, tiques nervosos, neuralgia, vertigem, tosse, formigamento e dormência causados por gota, bócio, palpitação cardíaca, frigidez feminina e impotência sexual (MALCHER-LOPES, Renato; RIBEIRO, Sidarta. *Maconha, cérebro e saúde*, Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2007, p. 33-34).

Todavia, esse movimento, que estava em declínio em virtude de diversos fatores – como a dificuldade de padronização das amostras extraídas da planta e o surgimento de outros medicamentos para o tratamento das indicações da *Cannabis* –, foi obstaculizado de forma ainda mais drástica na década de 1940 nos Estados Unidos pelo início da proibição da planta e por sua retirada da farmacopeia americana em 1941.

Segundo Luís Carlos Valois, a coibição da *Cannabis* surge pouco depois do notório fracasso da Lei Seca, responsável por criminalizar o álcool em solo americano de 1920 a 1933. Para o autor, há duas principais teorias – não excludentes entre si – usualmente citadas para explicar a vedação. Pela primeira

delas, atribui-se a Harry Jacob Anslinger, Presidente do Departamento Federal de Narcóticos, a responsabilidade por conseguir, por meio de intenso *lobby*, a vedação a tal substância, a fim de manter o financiamento do órgão que presidia – e, com isso, o seu poder –, que havia diminuído expressivamente com a legalização do álcool. A outra, por sua vez, propõe que o combate à maconha camuflava a xenofobia existente contra a imigração de mexicanos no sudoeste norte-americano, principais usuários da "marijuana" no período (VALOIS, Luís Carlos. *O Direito Penal da Guerra às Drogas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 113).

O modelo norte-americano pregava a abstinência e a tolerância zero, adotando-se o encarceramento massivo de todos os envolvidos com drogas. Sobre esse processo de criminalização, Vera Malaguti Batista ensaia uma compreensão sobre o vetor político a explicar o fenômeno: "Nos Estados Unidos, conflitos econômicos foram transformados em conflitos sociais que se expressaram em conflitos sobre determinadas drogas. A primeira lei federal contra a maconha tinha como carga ideológica a sua associação com imigrantes mexicanos que ameaçavam a oferta de mão de obra no período da Depressão" (*Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 81).

Há, ainda, quem identifique uma relação entre a coibição da *Cannabis* com os interesses da indústria do papel e de tecidos naquele país, porque o cânhamo, fibra extraída da planta, disputava mercado com as fibras sintéticas de nylon e a madeira para fabricação de papel. É o que aponta Emília Campos a respeito:

Até 1920, o cânhamo, extraído da maconha, que já era cultivado havia séculos pelo mundo, dominava a indústria de tecidos, enquanto quase toda indústria do papel também estava baseada nessa matéria-prima. No entanto, além de servir de insumo para uma indústria em ascensão, a planta também era usada como fumo para negros, imigrantes e incômodos intelectuais boêmios na Europa. Nos Estados Unidos, a maconha era utilizada pelas classes menos privilegiadas e vistas com antipatia pela classe média branca, como os imigrantes mexicanos.

Mas, ao mesmo tempo, a planta também era utilizada desde a farmácia, como na fabricação de xaropes, pílulas para dor e para dormir, até a indústria automobilística, já que a Ford estava desenvolvendo combustíveis à base de óleo de maconha. Com a proibição da bebida acarretada pela Lei Seca nos Estados Unidos, o consumo de cannabis disparou e, preocupado, o recém-criado Comitê de Proibição começou a espalhar boatos sobre crimes praticados sob a influência da planta, quando, na verdade, a criminalidade havia aumentado por conta da crise de 1929.

Então, com o lobby da indústria petroleira e de tecidos sintéticos, saiu o empurrão que faltava para a criminalização da cannabis.

(Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mai-22/emilia-campos-cannabis-situacao-legal-brasil>. Acesso em abril/2022, destaquei)

Aliás, a utilização do cânhamo para a confecção de tecidos pode ser observada já nas velas das embarcações portuguesas que primeiro aportaram em nosso território, motivo pelo qual Elisaldo Carlini afirma que "a história do Brasil está intimamente ligada à planta *Cannabis sativa L*" (CARLINI, Elisaldo. A história da maconha no Brasil. In: E. Carlini, Rodrigues e Galduróz. *Cannabis sativa L. e substâncias canabinóides em medicina*. São Paulo, Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas, 2005, p. 6-7).

VII. a) Contexto histórico no Brasil

Se nos Estados Unidos uma das explicações para a criminalização da maconha decorre da **xenofobia contra os imigrantes mexicanos** consumidores da "marijuana", no Brasil o **racismo contra a população negra** exsurge como principal e indisfarçada justificativa para tanto.

O primeiro marco legislativo sobre o tema em nosso país foi o Código de Posturas da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, de 1830, que proibiu o "pito do pango", forma como era conhecido o fumo da maconha em cachimbos no Brasil, até então praticado pelos escravizados: "É proibida a venda e o uso do pito do pango, bem como a conservação dele em casas públicas. Os contraventores serão multados, a saber: o vendedor em 20\$000, e os escravos e mais pessoas, que dele usarem, em três dias de cadeia".

É curioso notar, aliás, que a pena era maior para o usuário (três dias de cadeia) do que para o traficante (somente multa), o que se explicava pelo fato de que quem consumia o produto era a população escravizada, mas quem o vendia eram cidadãos de pele branca. Estudiosa do tema, Luísa Saad faz remissão a um ditado popular da época, segundo o qual "maconha em pito faz negro sem vergonha". Para a autora:

A referência explícita aos escravos na postura carioca sugere que era entre eles que estava mais divulgado o uso da maconha e a postura então vincula a repressão de seu consumo ao controle da população negra. Uma legislação proibitiva mais abrangente – de caráter nacional – sobre a maconha só apareceria mais de cem anos depois, através da inclusão da planta na lista de substâncias proscritas em 1932. Porém, mesmo antes de sua proibição, a maconha 'era diretamente associada às classes baixas, aos negros e mulatos e à bandidagem'. (SAAD, Luísa, *Fumo de negro: a criminalização da maconha no pós-abolição*. Salvador: EDUFBA, 2019, p. 17, destaquei).

De acordo com a pesquisadora, na verdade, "a proibição se deu com base em argumentos pouco sólidos e com respaldo científico praticamente inexistente, mas **a influência médica, o conservadorismo e o pânico moral abriram espaço para o surgimento desse projeto que buscou criminalizar, mais do que a planta, os que faziam uso dela**". Confira-se:

A “ideologia do combate à maconha” confirma as hipóteses que associam sua criminalização à perseguição da população afrodescendente e dos costumes tradicionalmente negros. Um bom exemplo é o relatório publicado em 1944 pela Comissão da Bahia sobre “pessoas e fichas observadas”: de 98 usuários, 27 enquadravam-se no item “leucodermos” – de pele branca – e 71 nos itens “faiodermos” e “melanodermos” – pardos, mestiços e negros. **As fontes médicas do período em questão apontam para a importância de um controle sobre a tradição da população negra e miscigenada. Mais do que o controle sobre o uso de drogas, as autoridades médicas e políticas pareciam estar voltadas “contra a propagação de práticas específicas de classe e/ou raça que, de alguma maneira, eram vistas como perigosas” [...]**

(SAAD, Luísa, *Fumo de negro: a criminalização da maconha no pós-abolição*. Salvador: EDUFBA, 2019, p. 147-148, grifei).

Exemplo claro disso é o célebre texto de 1915 do médico psiquiatra Rodrigues Dória, principal defensor da criminalização da maconha no Brasil do início do século XX, intitulado "Os fumadores de maconha: efeitos e males do vício", no qual afirma:

A raça preta, selvagem e ignorante, resistente, mas intemperante, se em determinadas circunstâncias prestou grandes serviços aos brancos, seus irmãos mais adiantados em civilização, dando-lhes, pelo seu trabalho corporal, fortuna e comodidades, estragando o robusto organismo no vício de fumar a erva maravilhosa, que, nos êxtases fantásticos, lhe faria rever talvez as areias ardentes e os desertos sem fim da sua adorada e saudosa pátria, **inoculou também o mal nos que o afastaram da terra querida,** lhe roubaram a liberdade preciosa, e lhe sugaram a seiva reconstitutiva.

(DÓRIA, Rodrigues. *Os fumadores de maconha: efeitos e males do vício*. In: MACONHA. Coletânea de Trabalhos Brasileiros. 2. ed. Rio de Janeiro: Serviço Nacional de Educação Sanitária, Ministério da Saúde, 1958, p. 1-14, destaquei).

Nas palavras de Jorge Emanuel Luz de Souza:

[...] o que faz o Dr. Dória em *Os fumadores de maconha* é equacionar, com base nos valores da sua classe e nas categorias da

sua ciência, um problema real que vinha sendo colocado às classes dominantes no início da república: **com o fim, ao menos institucional, das tecnologias de controle da escravidão que perduraram por séculos no Brasil, era preciso que fossem estabelecidas novas formas capazes de manter sob vigilância e domínio aqueles que deveriam permanecer excluídos.** (SOUZA, Jorge Emanuel Luz de. *Sonhos da diamba, controles do cotidiano: uma história da criminalização da maconha no Brasil republicano*. Dissertação de mestrado em Direito apresentada ao programa de Pós-Graduação da Universidade Federal da Bahia, 2012, p. 24, grifei).

Após décadas de abordagem criminal da questão, a *Cannabis* vem voltando ao centro dos debates científicos no Brasil e no mundo, a ponto de o neurocientista Sidarta Ribeiro afirmar que "**a maconha é o remédio do século XXI**", comparando a exploração das suas potencialidades terapêuticas ao patamar de avanço que representou a descoberta da penicilina para a medicina do século XX (Disponível em <https://brasil.estadao.com.br/blogs/inconsciente-coletivo/sidarta-ribeiro-maconha-o-remedio-do-seculo-21/>. Acesso em abril/2022).

Esse renascimento se deve em parte ao trabalho do químico israelense Raphael Mechoulam, responsável por primeiro isolar canabinoides como o THC e o CBD, e do psiquiatra brasileiro Elisaldo Carlini, que levou adiante as potencialidades do feito obtido por Mechoulam em seu grupo de pesquisa em farmacologia na Unifesp, a partir de amostra de canabidiol enviada pessoalmente pelo israelense ao Brasil (Disponível em <https://revistapesquisa.fapesp.br/elisaldo-carlini-foi-pioneiro-no-estudo-de-plantas-medicinais-e-compostos-da-cannabis-no-brasil/>; <https://oglobo.globo.com/epoca/denis-r-burgierman/coluna-elisaldo-carlini-um-pioneiro-num-pais-atrasado-24644145>. Acesso em abril/2022)

VII. b) Discussão política e regulamentação jurídica sobre o tema

Em profundo parecer ofertado nos autos do **REsp n. 1.935.152/RO** (Rel. Ministra **Laurita Vaz**), a Subprocuradora-Geral da República Luiza Cristina Fonseca Frischeisen bem explica sobre a evolução da discussão política acerca do tema da maconha no Brasil:

A possibilidade da discussão pública sobre a maconha enquanto liberdade de expressão foi possibilitada no Brasil a partir do julgamento da ADPF nº 187 em 2011, pelo Supremo Tribunal Federal.

Segundo o voto do Min. Celso de Mello, seguido integralmente pelos seus pares, a “Marcha da Maconha” se trata de um movimento social espontâneo que reivindica, por meio da livre manifestação do pensamento, “a possibilidade da discussão

democrática do modelo proibicionista (do consumo de drogas) e dos efeitos que (esse modelo) produziu em termos de incremento da violência”.

O reconhecimento da legitimidade da Marcha da Maconha enquanto demanda popular por transformações políticas, seria um motivador, três anos mais tarde, para a discussão ainda mais ampla e participativa acerca de um dos aspectos do uso da planta e um problema a ser resolvido pelo poder público – o uso medicinal e a descriminalização do tráfico para essa finalidade.

Em 2014 o caso de crianças portadoras de epilepsia refratária aos tratamentos convencionais chamou a atenção dos meios de comunicação após uma campanha jornalística com o nome REPENSE publicar na plataforma de vídeos YouTube um documentário histórico chamado "Ilegal: A vida não pode esperar", e daí uma série de minidocumentários em que mostravam os pais dessas crianças e pessoas adultas com diversas enfermidades assumindo publicamente que se viram obrigadas a importar ilegalmente a droga do exterior ou mesmo comprar o remédio de "bocas de fumo".

Esses pais assumiram que adquiriam o extrato integral in natura da maconha por ter se revelado o único remédio capaz de controlar as severas crises convulsivas das crianças, mas sem os efeitos deletérios dos medicamentos convencionais até então administrados.

A causa angariou apoio de amplos setores da sociedade e a discussão institucional sobre a legalização da importação desses medicamentos, para os grupos de mães e pais, se tornou prioridade, depois que o tema foi objeto de matéria do programa Fantástico, da TV Globo, de 30 de março de 2014.

Concomitante ao tema das crianças pacientes de cannabis medicinal, um movimento nas redes sociais em prol da legalização da maconha (medicinal, recreativa e industrial) angariou mais de vinte mil assinaturas em menos de duas semanas, pelo sistema e-Cidadania, disponibilizado pelo Senado Federal na internet, culminando na Sugestão nº 8/2014 (SUG8).

Sob a relatoria do então Senador Cristóvam Buarque, foram realizadas seis audiências públicas no decorrer do ano de 2014, em que especialistas de diversas áreas das ciências biológicas, sociais, jurídicas e médicas, bem como a população em geral, entre ativistas de diversas áreas, favoráveis e contrários à regulamentação, usuários e mães de usuários enfermos, presos ou mortos pela proibição, trouxeram seus posicionamentos, questionamentos, indignações e sugestões.

Foi encomendado pelo relator um relatório preliminar para que a consultoria legislativa do Senado dissesse sobre a viabilidade da regulação da maconha para aquelas três finalidades.

A conclusão publicada pelos consultores legislativos foi no sentido de que não somente a legalização da maconha seria o caminho mais acertado, mas a legalização das drogas tornadas ilícitas, sendo o laudo assim concluído:

"O caminho que se aponta para o futuro é o da legalização controlada, com a regulação de todo o processo – da produção e comércio à posse e ao consumo de drogas –, que ficaria sujeito a controle e fiscalização pelo Estado."

Das reuniões e debates no Senado, restou consignado que o assunto sobre o uso medicinal da cannabis deveria ter precedência sobre a discussão do uso social e o uso industrial, ante a urgência dos casos de epilepsia refratária. A regulamentação da importação pela ANVISA era a medida urgente a ser tomada.

Em seu parecer final, o relator defendeu a regulamentação da utilização terapêutica da cannabis na forma adotada por outros países. Ele recomendou ainda a criação de uma comissão para aprofundar o debate sobre o consumo recreativo (social) da planta. A Subcomissão Temporária criada no âmbito da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa foi encerrada em 02/08/2017 e a sugestão legislativa de iniciativa popular nº 08/2014 arquivada em 19/03/2018, mesmo com 63.266 apoios favoráveis à matéria, contra 3.940 votos desfavoráveis, consoante apuração disponibilizada pelo canal e-Cidadania.

Paralelamente, diante da demanda social e da urgência de providências para a regulamentação da importação do extrato da planta para uso medicinal já realizada no país, a Coordenação de Produtos Controlados - CPCON, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, solicitou a abertura do Processo Administrativo nº 25351.752295/2014-15, protocolado em 10/12/2014, com o assunto: "Proposta de RDC que define os critérios e os procedimentos para importação de produto à base de Canabidiol em associação com outros canabinóides, por pessoa física, para uso próprio."

A reclassificação da molécula canabidiol (CBD) para a lista de substâncias de uso controlado (C1) da Portaria SVS/MS nº 344/98 foi aprovada, à unanimidade, em audiência pública realizada no dia 14 de janeiro de 2015, na sede da agência, em Brasília/DF, sendo editados pela ANVISA novos protocolos excepcionais para importação de produtos à base de Cannabis pendentes de aprovação em território nacional.

Já em 2017, com o advento da Resolução n. 156, da Diretoria Colegiada da Anvisa, a *Cannabis sativa* foi incluída na Lista de Denominações Comuns Brasileiras – DCB como **planta medicinal**, marco importante em território nacional quanto ao **reconhecimento da sua comprovada capacidade**

terapêutica. Esse potencial medicinal, aliás, não está restrito ao canabidiol. Veja-se:

Cerca de 500 substâncias químicas das mais diversas classes já foram isoladas e identificadas na maconha. A descoberta do THC recebeu especial atenção dos cientistas por ser essa a primeira molécula purificada da planta capaz de reproduzir isoladamente grande parte dos seus efeitos psicológicos e funcionais. Entretanto, cerca de 70 substâncias químicas com características estruturais semelhantes ao THC já foram isoladas desta planta e não são encontradas em nenhuma outra espécie (tabela 1). **A maior parte destes compostos exibe diferentes propriedades farmacológicas de potencial uso medicinal,** contribuindo para a complexidade dos efeitos da maconha no cérebro e nas funções dos órgãos (MALCHER-LOPES, Renato; RIBEIRO, Sidarta. *Maconha, cérebro e saúde*, Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2007, p. 66, grifei).

Em dezembro de 2020, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes – UNODC acolheu recomendações feitas pela Organização Mundial de Saúde sobre a **reclassificação da cannabis e decidiu pela retirada da planta e da resina da cannabis do Anexo IV da Convenção Única de 1961 sobre Drogas Narcóticas**, que lista as drogas consideradas como as mais perigosas, e a reinseriu na Lista 1, que inclui outros entorpecentes como a morfina – para a qual a OMS também recomenda controle –, mas admite que a substância tem menor potencial danoso.

A completa efetivação desse potencial terapêutico da Cannabis, no entanto, vem esbarrando, em parte por razões de puro preconceito moral e/ou religioso, no tratamento penal que a questão ainda recebe no Brasil, conforme demonstra o caso dos autos, razão pela qual sobressai a importância de se perquirir – sob o ponto de vista da dogmática jurídica – sobre a possibilidade (ou não) de repressão criminal da conduta pretendida pelos pacientes, o que passo a analisar, de maneira ainda mais detalhada, no tópico a seguir.

VIII. Cultivo doméstico de Cannabis para fins exclusivamente medicinais – atipicidade penal

A despeito do inegável fracasso da política de guerra às drogas no mundo e, em especial, no Brasil (sobre o tema, exemplificativamente: HELPES, Sintia S. *Vidas em jogo: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas*. São Paulo: IBCCrim, 2014), não se pode ignorar que a Constituição Federal traz, em seu art. 5º, XLIII, um forte mandado de criminalização em

relação ao tráfico de drogas, ao dispor que: "**a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem".

O que justifica hoje, ao menos oficialmente, a permanência da criminalização da maconha – e, de modo geral, de todas as drogas consideradas ilícitas – é a **tutela da saúde pública**. A ideia é de que tanto o tráfico de drogas quanto o porte para consumo pessoal afetam potencialmente a coletividade como um todo, e não apenas a saúde individual do usuário, uma vez que tais substâncias, além de poderem causar dependência química e, assim, onerar o sistema de saúde, eventualmente podem estimular a prática de outras condutas ilícitas como forma de sustentar o vício (principalmente furtos e roubos). São, por isso, considerados crimes de perigo abstrato.

Nesse sentido,

Trata-se de crime contra a saúde pública. Em termos genéricos, o bem jurídico "saúde pública" tem base constitucional expressa prevista no art. 196 e seguintes da Carta Magna, em que se reconhece a saúde como "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

[...]

O porte ilegal de drogas é **crime de perigo abstrato ou presumido**, visto que prescinde da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado. Assim, para a caracterização do delito descrito no art. 28 da Lei 11.343/2006, não se faz necessária a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado. Isso porque, **ao adquirir droga para seu consumo, o usuário realimenta o comércio ilícito, contribuindo para difusão dos tóxicos. Ademais, após certo tempo e grau de consumo, o usuário de drogas precisa de maiores quantidades para atingir o mesmo efeito obtido quando do início do consumo, gerando, assim, uma compulsão quase incontrolável pela próxima dose.** Nesse passo, não há como negar que o usuário de drogas, ao buscar alimentar o seu vício, acaba estimulando diretamente o comércio ilegal de drogas e, com ele, todos os outros crimes relacionados ao narcotráfico: homicídio, roubo, corrupção, tráfico de armas etc. O consumo de drogas ilícitas é proibido não apenas pelo mal que a substância faz ao usuário, mas, também, pelo perigo que o consumidor dessas gera à sociedade. Essa ilação é corroborada pelo expressivo número de

relatos de crimes envolvendo violência ou grave ameaça contra pessoa, associados aos efeitos do consumo de drogas ou à obtenção de recursos ilícitos para a aquisição de mais substância entorpecente. **Portanto, o objeto jurídico tutelado pela norma em comento é a saúde pública, e não apenas a saúde do usuário, visto que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes.**

(LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*, Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1.024-1026, grifei).

Tanto o tipo penal do art. 28 quanto o do art. 33, assim como seus respectivos parágrafos 1º, se preocupam com a tutela da saúde, mas, enquanto o § 1º do art. 28 trata do plantio para consumo pessoal ("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"), o § 1º, II, do art. 33 trata do plantio destinado à produção de drogas **para entrega a terceiros**, o que se infere da interpretação a *contrario sensu* do art. 28, § 1º ("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").

Conforme lecionam Carlos Roberto Bacila e Paulo Rangel:

[...] se houver a finalidade do cultivo das plantas referidas no tipo para uso próprio, então o tipo é o do art. 28, § 1º, comentado oportunamente. A ação culposa não é punível, pois não existe previsão típica. Assim, se ALFONSO adquire uma espécie de pasto para o gado e semeia-o em sua propriedade e, desatento, verifica o nascimento de plantas estranhas às conhecidas por ele, que se trata na realidade de pés de maconha, não pode ser punido por cultivo culposo de plantas porque a conduta é atípica. **Entretanto, se depois ele reconhece tais plantas e passa a cultivá-las para a venda de drogas, temos aí a presença de dolo**, que torna a conduta típica.

(BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. *Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas*. Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2007, destaquei).

No caso dos autos, porém, entendo, após uma análise mais cuidadosa sobre o assunto, que a conduta para a qual os recorridos pleitearam e obtiveram salvo-conduto por parte do Tribunal de origem **não é penalmente típica**, seja por **não estar imbuída do necessário dolo** de preparar substâncias entorpecentes com as plantas cultivadas (nem para consumo pessoal nem para

entrega a terceiros), seja por **não vulnerar, sequer de forma potencial, o bem jurídico** tutelado pelas normas incriminadoras da Lei de Drogas (saúde pública).

Desde o advento da teoria finalista da ação, de Hans Welzel, segundo a qual a conduta é a ação ou omissão humana, voluntária e consciente, dirigida a um fim, consolidou-se a ideia inicialmente desenvolvida por Hellmuth von Weber e Alexander Graf zu Dohna de que **o dolo integra, dentro da teoria analítica do crime, o fato típico**, e não mais a culpabilidade como antes se considerava. Desenvolve-se, então, o "princípio estrutural, geral, das ações humanas, quer dizer, sua direção em razão de um fim antecipado mentalmente (juntamente com a seleção dos meios e dos efeitos concomitantes) e sua realização nesse sentido" (WELZEL, Hans, La doctrina de la acción finalista, hoy. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1968, p. 223, tradução livre).

Por essa razão, nos crimes dolosos – como é o caso daqueles previstos na Lei de Drogas cujo potencial enquadramento aqui se discute –, ausente a vontade livre e consciente de praticar determinada conduta prevista na lei penal e dirigida a determinado fim, o fato **carece de tipicidade, em seu aspecto subjetivo**.

Na hipótese, o que pretendem os recorridos com o plantio da *Cannabis*, à toda evidência, **não é a extração de droga (maconha) com o fim de entorpecimento – potencialmente causador de dependência (o que é também questionável) – próprio ou alheio, mas, tão somente, a extração das substâncias com reconhecidas propriedades medicinais contidas na planta**. A capacidade de gerar dependência, aliás, está no próprio conceito legal do que se considera como droga, previsto no art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006: "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".

Não há, portanto, vontade livre e consciente de praticar o fim previsto na norma penal, qual seja, a extração de droga, para entorpecimento pessoal ou de terceiros.

Outrossim, a hipótese dos autos também **não se reveste de tipicidade penal – aqui em sua concepção material –**, porque **a conduta dos recorridos, ao invés de atentar contra o bem jurídico saúde pública, na verdade intenciona promovê-lo** – e tem aptidão concreta para isso – a partir da extração de produtos medicamentosos, isto é, **a ação praticada não representa nenhuma lesividade, nem mesmo potencial (perigo abstrato), ao bem jurídico pretensamente tutelado pelas normas penais contidas na Lei n. 11.343/2006**.

VIII. a) Princípio da lesividade

Não sendo o juiz uma máquina de aplicar leis, ou a mera "boca que pronuncia as palavras da lei", a tarefa de dizer o direito se distingue em espaços de poder, entre os quais o de *conotação* ou de compreensão equitativa dos fatos. Assim, "além de comprovar os fatos abstratamente indicados na lei como pressupostos da pena, o juiz deve discernir as conotações que convertem cada fato em diverso dos demais, por mais que estes pertençam ao mesmo gênero jurídico". E, nessa "escolha prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas", o Estado-juiz opta por não punir a conduta, ou, quando menos, por atenuar a responsabilidade penal pelo fato verificado (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33-34).

Eis o motivo para, máxime na jurisdição criminal, exigir-se a **singularização do caso julgado**, de modo a **construir-se artesanalmente a decisão**, externando, mercê da **suficiente motivação do ato**, as razões que levaram o órgão competente a, **apreciadas as questões fáticas, com suas particularidades**, escolher, entre as possíveis interpretações jurídicas, a que melhor o conduziu à **justa aplicação do direito ao caso concreto**.

Ainda levando em conta as exigências de uma leitura diferenciada do conflito de natureza penal – dadas as peculiaridades que distinguem a jurisdição penal da civil –, não há de se fechar o juiz criminal aos mandados de otimização consubstanciados em princípios que interferem na atividade punitiva do Estado.

Dentre esses princípios destaca-se, naquilo que ora interessa decidir, o da **lesividade**, entrelaçado aos demais princípios penais que subjazem à ideia **da necessidade e do merecimento da pena**, como base justificadora e legitimadora da sanção penal. Sobre o princípio da lesividade, assim conceitua Juarez Tavares:

O princípio da lesividade, ou ofensividade, que está consignado no art. 5º, XXXV, da Constituição, dispõe que só poderá ser levado a julgamento perante o Poder Judiciário o ato que constitua uma lesão ou ameaça a um direito subjetivo. A lesão de direito subjetivo sempre foi inserida como o fundamento do direito de punir, desde a formulação de FEUERBACH, em 1801. No entanto, em face do próprio desenvolvimento social, a lesão de direito subjetivo foi sendo substituída, na formulação jurídica, pela lesão de bem jurídico, cuja origem é atribuída a BIRNBAUM, que o enuncia em um alentado artigo publicado em 1834. O bem jurídico, agora, fundamenta e delimita os contornos do princípio da lesividade. Uma vez que o bem jurídico constitui um pressuposto de qualquer incriminação, pode-se dizer que o princípio da lesividade se transmudou em verdadeira regra de atendimento obrigatório.

O princípio da ofensividade está vinculado diretamente ao princípio da danosidade social, como expressão do que se convencionou chamar de merecimento de pena. De acordo com essa danosidade social tem-se que a punição de uma conduta lesiva ou perigosa ao bem jurídico só deve ser levada a efeito, no direito penal, quando não ficar reduzida ao confronto entre autor e vítima, mas importar a todas as pessoas, indistintamente. Uma vez, então, que se exija a exteriorização da conduta lesiva ou perigosa, será possível determinar a diferenciação entre direito e moral.

(TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*, Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 72-73, grifei. Sobre o tema, consulte-se também, deste relator em coautoria com Andreas Eisele, *Insignificância penal*, Salvador: Juspodium, 2021 e em coautoria com Sergio Ricardo de Souza e Fernando Estevam Bravin Ruy, *Lei de drogas comentada conforme o pacote anticrime*, Londrina: Thoth, 2021).

Se o Direito Penal é um mal necessário – não apenas instrumento de prevenção dos delitos mas também técnica de minimização da violência e do arbítrio na resposta ao delito (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 439) –, sua intervenção somente se legitima "nos casos em que seja imprescindível para cumprir os fins de proteção social mediante a prevenção de fatos lesivos" (SILVA SANCHEZ, Jesus Maria, *Aproximación al derecho penal contemporâneo*, Barcelona: Bosch, 1992, p. 247, tradução livre).

O enunciado do "princípio da **necessidade** da pena", como advertido por Juarez Tavares, geralmente se articula com outros princípios, entre os quais o da **fragmentariedade** – "o Direito Penal só pode intervir quando se trate de tutelar bens fundamentais e contra ofensas intoleráveis" – e o da **subsidiariedade** – "a norma penal exerce uma função meramente suplementar da proteção jurídica em geral, só valendo a imposição de suas sanções quando os demais ramos do Direito não mais se mostrem eficazes na defesa dos bens jurídicos" (TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número de lançamento, RT, p. 75-87).

E, na escolha dos **bens jurídicos a tutelar**, é preciso ter-se presente – prossegue, na obra citada, Juarez Tavares – que a intervenção penal do Estado se dá, sob a ótica puramente formal, com a tipificação de condutas. Porém, **sob o enfoque material**, exige-se que tal intervenção leve em consideração que as condutas proibidas são produto de seres humanos, inseridos em condicionamentos sociais, o que legitima a norma apenas se ela tiver como escopo impedir uma **lesão concreta a um bem jurídico**.

Não haverá sentido, portanto, em punir um comportamento humano se, "embora se encontre formalmente descrito em um tipo penal, não afeta de maneira relevante o bem jurídico que o tipo protege" (CORNEJO, Abel. *Teoría de la insignificância*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 72, tradução livre).

Esclareço, por oportuno, que, embora o princípio da lesividade também se relacione com a insignificância penal, não guarda com ele relação de exata identidade: esta é uma decorrência daquele, que é dotado de abrangência mais ampla. Nesse sentido, o caso dos autos não trata propriamente de insignificância, postulado que se situa no âmbito da **quantificação** da lesão ao bem jurídico tutelado, isto é, do **grau** da ofensa ao bem jurídico tutelado, fator que, segundo penso, é alheio à esfera da tipicidade penal, conforme venho externando em diversos julgados sobre o tema. Em verdade, **a hipótese em tela diz respeito a uma verdadeira inexistência de lesão ou potencial de lesão** (nem mesmo abstrato) ao bem jurídico penalmente tutelado pela Lei de Drogas.

Destaco, nesse sentido, a lição de Nilo Batista quanto às quatro funções do **princípio da lesividade**, um dos dez axiomas do Garantismo penal de Luigi Ferrajoli (*nulla necessitas sine injuria*). De acordo com a primeira delas, tal postulado se presta a "proibir a incriminação de uma atitude interna. As idéias e convicções, os desejos, aspirações e sentimentos dos homens não podem constituir o fundamento de um tipo penal". A segunda, por sua vez, diz respeito a "proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor", ao passo que a terceira se propõe a "proibir a incriminação de simples estados existenciais". A última, por fim, diretamente relacionada ao caso dos autos, estabelece que **deve ser afastada a "incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico"** (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*, Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 96-97, grifei).

Em reforço a esses aspectos dogmáticos, fundamentais para a precisa categorização dos institutos jurídico-penais usados na atividade judicante, parece-me claro que o juiz deve ponderar o conjunto de circunstâncias que rodeiam a ação humana para aferir a existência de lesividade ao bem jurídico.

Em verdade, a desconsideração de uma conduta humana que viola formalmente o tipo penal requer uma operação mental por parte do juiz, como intérprete da vontade da lei (*mens legis*), premido por **critérios que bem sugerem a política criminal estatal a ser adotada na definição dos bens jurídicos que serão penalmente protegidos e em que medida isso se dará**.

Sopesar, portanto, os dados empíricos reproduzidos na narrativa constante do processo implica o reconhecimento de que, na concretização do poder punitivo estatal, **há algo além da mera tipicidade formal do comportamento**. Importa reconhecer que, **conservador ou liberal, o julgador densifica uma dada política criminal, que há de dialogar, necessariamente, com a dogmática penal**.

Os conceitos jurídico-penais, como lecionam Roxin e Schünemann, hão de ser "capazes de desempenhar um papel acertado no sistema, alcançando consequências justas e adequadas", visto que, ante a missão constitucional do Direito Penal – proteger bens jurídicos por meio da prevenção geral ou especial –, a construção do sistema punitivo não se deve vincular a dados meramente ontológicos, e sim orientar-se pelos fins do Direito Penal. (GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 120-163, out./dez. 2000).

VIII. b) O caso dos autos e a ausência de tipicidade da conduta

Retomando a situação concreta em discussão nos autos à luz das ponderações feitas acima, ainda que o plantio de *Cannabis* para fins medicinais (e a prévia importação de sementes) possa se adequar formalmente aos tipos penais previstos nos arts. 28, § 1º, e 33, § 1º, II, da Lei de Drogas, ou mesmo no art. 334-A do CP (contrabando) – o que justifica, conforme esclarecido no início deste voto, o cabimento de habeas corpus, diante do risco potencial de responsabilização criminal dos pacientes –, **não há, sob os aspectos subjetivo e material, tipicidade na conduta, tanto por falta de dolo quanto à extração de substâncias entorpecentes a partir da referida planta, como por absoluta falta de lesividade à saúde pública ou a qualquer outro bem jurídico protegido em nosso ordenamento jurídico.**

Nesse sentido, o art. 49, II, "f" da Convenção Única sobre Entorpecente, de 1961, da qual o Brasil é signatário, preconiza que "o uso da *Cannabis* para fins que não sejam médicos ou científicos deverá cessar o mais cedo possível", o que, a *contrario sensu*, aponta para a **intenção de não coibir a utilização terapêutica**. O preâmbulo do mesmo diploma internacional, ademais, afirma que "o uso médico dos entorpecentes continua indispensável para o alívio da dor e do sofrimento e que **medidas adequadas devem ser tomadas para garantir a disponibilidade de entorpecentes para tais fins**".

Faço lembrar, ainda, que o direito público subjetivo à saúde representa **prerrogativa jurídica indisponível** assegurada pela própria Constituição Federal à generalidade das pessoas (Art. 196. "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação").

Não por outra razão, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar caso de indivíduo com *diabetes mellitus*, destituído de recursos financeiros, que buscava o fornecimento gratuito de medicamentos de uso necessário, já teve a oportunidade de assentar a compreensão de que "O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades

reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional" (**AgRg no ARE n. 685.230/MS**, Rel. Ministro **Celso de Mello**, 2ª T., DJe 25/3/2013, p. 7).

Na ocasião, ponderou o eminente Ministro relator:

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional. (p. 8).

Mais recentemente, por ocasião do julgamento do **Recurso Extraordinário n. 1.165.959/SP**, o qual versava sobre a obrigação de fornecimento de canabidiol por parte do Estado, a Suprema Corte reconheceu tal dever estatal, oportunidade em que o Ministro **Alexandre de Moraes**, responsável pela redação do acórdão, asseverou:

Para garantir acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica, não basta estabelecer um dado padrão de atendimento público e pretender que o direito à saúde se esgote nesse figurino. Uma compreensão tão taxativa da padronização da política de atenção à saúde teria o efeito de submeter pessoas necessitadas de tratamentos mais complexos ou portadoras de doenças de baixa prevalência e por isso vitimadas pela ausência de interesse da indústria farmacêutica a uma condição de dupla vulnerabilidade, obrigando-as a suportar um sacrifício absolutamente desproporcional.

(**RE n. 1.165.959/SP**, Rel. Ministro **Marco Aurélio**, Rel. p/ o acórdão Ministro **Alexandre de Moraes**, Tribunal Pleno, DJe 22/10/2021).

No caso, uma vez que o uso pleiteado do óleo da *Cannabis sativa*, mediante fabrico artesanal, se dará para **fins exclusivamente terapêuticos, com base em receituário e laudo subscrito por profissional médico especializado e chancelado pela Anvisa** na oportunidade em que autorizou os pacientes a importar o medicamento feito à base de canabidiol (a revelar que reconheceu a

necessidade que têm no seu uso), **não há dúvidas de que deve ser obstada a repressão criminal sobre a conduta praticada pelos recorridos.**

Se o Direito Penal, por meio da "guerra às drogas", não mostrou, ao longo de décadas, quase nenhuma aptidão para resolver o problema relacionado ao uso abusivo de substâncias entorpecentes – e, com isso, cumprir a finalidade de tutela da saúde pública a que em tese se presta –, pelo menos que ele não atue como empecilho para a prática de condutas efetivamente capazes de promover esse bem jurídico fundamental à garantia de uma vida humana digna, como pretendem os recorridos com o plantio da *Cannabis sativa* para fins exclusivamente medicinais.

IX. Dispositivo

À vista de todo o exposto, **nego provimento** ao recurso especial manejado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, de modo a manter o acórdão, oriundo do Tribunal de Justiça daquela unidade federativa, que concedeu salvo-conduto em favor dos ora recorridos, para que as autoridades impetradas se abstenham, em relação a ambos, de qualquer medida de restrição de liberdade, **permitindo-lhes o cultivo de *Cannabis*, com autorização de transporte de sementes, folhas, flores, óleos e insumos, em embalagens lacradas, para deslocar o material entre a alfândega, a residência do paciente, os laboratórios e o consultório médico,** limitando-se ao máximo de sementes suficientes para que tenham 25 pés/plantas em floração para a extração do óleo, exclusivo para uso próprio.