



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 802866 - PR (2023/0047241-7)

RELATOR : MINISTRO MESSOD AZULAY NETO
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)
IMPETRANTE : DIOGO PONTES MACIEL
ADVOGADO : DIOGO PONTES MACIEL - PR089490
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : RENAN ANDRE ABDALLA DE SOUZA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

EMENTA

HABEAS CORPUS. CULTIVO DOMÉSTICO DA PLANTA *CANNABIS SATIVA* PARA FINS MEDICINAIS. *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO. UNIFORMIZAÇÃO DO ENTENDIMENTO DAS TURMAS CRIMINAIS. RISCO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DIREITO A SAÚDE PÚBLICA E A MELHOR QUALIDADE DE VIDA. REGULAMENTAÇÃO. OMISSÃO DA ANVISA E DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. ATIPICIDADE PENAL DA CONDUTA.

1. O Juiz de primeiro grau concedeu o habeas corpus preventivo, porque, analisando o conjunto probatório, entendeu que o uso medicinal do óleo extraído da planta encontra-se suficientemente demonstrado pela documentação médica e, especialmente, pelo fato de que o paciente obteve autorização da ANVISA para importar o medicamento derivado da substância, o que indica que sua condição clínica fora avaliada com crivo administrativo, que reconheceu a necessidade de uso do medicamento.

2. O entendimento da Quinta Turma passou a corroborar o da Sexta Turma que, na sessão de julgamento do dia 14/6/2022, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, por unanimidade, negou provimento ao Recurso Especial n. 1.972.092-SP do Ministério Público, e manteve a decisão do Tribunal de origem, que havia concedido *habeas corpus* preventivo. Então, ambas as turmas passaram a entender que o plantio e a aquisição das sementes da *Cannabis sativa*, para fins medicinais, não se trata de conduta criminosa, independente da regulamentação da ANVISA.

3. Após o precedente paradigma da Sexta Turma, formou-se a jurisprudência, segundo a qual, "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" (REsp n. 1.972.092/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 30/6/2022).

4. Os fatos, ora apresentados pelo impetrante, não podem ser objeto da sanção penal, porque se tratam do exercício de um direito fundamental garantido na Constituição da República, e não há como, em matéria de saúde pública e melhor qualidade de vida, ignorar que “a função judicial acaba exercendo a competência institucional e a capacidade intelectual para fixar tais conceitos abstratos, atribuindo significado aos mesmos, concretizando-os, e até dando um alcance maior ao texto constitucional, bem como julgando os atos das outras funções do Poder Público que interpretam estes mesmos princípios” (DUTRA JÚNIOR, José Felício. **Constitucionalização de fatos sociais por meio da interpretação do Supremo Tribunal Federal**: Análise de alguns julgados proativos da Suprema Corte Brasileira. Revista Cadernos de Direito, v. 1, n. 1, UDF: Brasília, 2019, pags. 205-206).

5. *Habeas corpus* concedido, a fim de reestabelecer a decisão de primeiro grau que garantiu ao paciente o salvo-conduto, para obstar que qualquer órgão de persecução penal turbe ou embarace o cultivo de 15 (quinze) mudas de *cannabis* sativa para uso exclusivo próprio e enquanto durar o tratamento. Oficie-se à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e ao Ministério da Saúde.

ACÓRDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: retomado o julgamento, após o voto-vista divergente do Sr. Ministro Jesuíno Rissato, concedendo o habeas corpus, no que foi acompanhado pela Sra. Ministra Laurita Vaz e pelos Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca e Antonio Saldanha Palheiro, a Terceira Seção, por maioria, concedeu a ordem em habeas corpus, a fim de reestabelecer a decisão de primeiro grau que garantiu ao paciente o salvo-conduto, para obstar que qualquer órgão de persecução penal turbe ou embarace o cultivo de 15 (quinze) mudas de *cannabis* sativa para uso exclusivo próprio e enquanto durar o tratamento, com determinação de comunicação ao Ministério da Saúde e à Anvisa, nos termos do voto do Sr. Ministro Jesuíno Rissato, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Relator e João Batista Moreira (Desembargador Convocado do TRF da 1ª Região), que denegavam a ordem em habeas corpus.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Messod Azulay Neto (Relator) e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1).

Votaram com o Sr. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) (Relator para acórdão) a Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca e Antonio Saldanha Palheiro.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 13 de setembro de 2023.

Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 802866 - PR (2023/0047241-7)

RELATOR : MINISTRO MESSOD AZULAY NETO
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)
IMPETRANTE : DIOGO PONTES MACIEL
ADVOGADO : DIOGO PONTES MACIEL - PR089490
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : RENAN ANDRE ABDALLA DE SOUZA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

EMENTA

DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO. QUESTÃO DE ORDEM. AFETAÇÃO. TERCEIRA SEÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. CULTIVO DOMÉSTICO DA PLANTA *CANNABIS SATIVA*. SALVO-CONDUTO. PLANTAR. COLHER. EXTRAIR. PRODUZIR. TER EM DEPÓSITO. EXTRAÇÃO DOMÉSTICA DE ÓLEO. FINALIDADE MEDICINAL. IMPOSSIBILIDADE. ANÁLISE TÉCNICA. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA. AUTORIZAÇÃO. COMPETÊNCIA DA UNIÃO. OPÇÕES LÍCITAS. MATÉRIA ESTRANHA AO JUÍZO CRIMINAL. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. INEXISTÊNCIA DE RISCO INDEVIDO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. ATIVIDADE POTENCIALMENTE ILEGAL. ATIVISMO INJUSTIFICADO.

I – A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. Precedentes. No caso concreto, considerando os recentes precedentes da Quinta e da Sexta Turma sobre a

matéria e a possibilidade de concessão de *habeas corpus* de ofício, analisou-se sua juridicidade.

II – A definição do termo *drogas* contido no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, é estabelecido pela Portaria nº. 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. E a *Cannabis sativa* compõe lista de plantas que, a partir de critério técnico, podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas.

III – A Lei 11.343/2006, em seus arts. 2º e 31, disciplina o cultivo, transporte e a extração de substratos de plantas das quais possam ser extraídas ou produzidas drogas e prevê expressamente a possibilidade de a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização e respeitadas as ressalvas legais.

IV – A Agência Nacional de Vigilância Sanitária, em sua atuação típica, desde 2015, autoriza a importação de produtos cujo princípio ativo é o *canabidiol*, elemento excluído da lista de substâncias proibidas da Portaria nº. 344/98 e incluído no rol de substâncias controladas. E, a partir de 2019, passou a permitir a venda de produtos à base de substâncias derivadas da *Cannabis* em farmácias.

V – A norma que regulamenta a fabricação e importação de produtos derivados da *Cannabis*, a RDC nº. 327/2019 da ANVISA, permite a importação de produtos que contenham como ativos exclusivamente derivados vegetais ou fitofármacos da *Cannabis sativa*, devendo possuir predominantemente *canabidiol* (CBD) e não mais que 0,2% de tetrahidrocanabinol (THC). O ato normativo estabelece, ainda, que os produtos derivados da *Cannabis* podem ser prescritos somente quando esgotadas outras opções terapêuticas disponíveis no mercado brasileiro. Todavia, a RDC nº 327, ao definir produto de *Cannabis*, não incluiu a permissão do uso da planta ou partes da planta, mesmo após processo de estabilização e secagem, ou na forma rasurada, triturada ou pulverizada, ainda que disponibilizada em qualquer forma farmacêutica.

VI – Por sua vez, a RDC nº. 660/2022, da ANVISA - norma que define os critérios e os procedimentos para a importação de produto derivado de *Cannabis* por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição médica para tratamento de saúde - estabelece que a importação, por pessoa física, para uso próprio, pode se dar, apenas, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado para tratamento de saúde, bem como o produto a ser

importado deve ser produzido e distribuído por estabelecimentos devidamente regularizados pelas autoridades competentes em seus países de origem para as atividades de produção, distribuição ou comercialização.

VII – A Nota Técnica nº 35/2023/ANVISA, ante a inexistência de evidências científicas robustas que comprovem a segurança, somado ao alto potencial de desvio para fins ilícitos, proibiu expressamente a importação da *Cannabis in natura*, a partir do dia 20 de junho de 2023. Além disso, assinalou que a combustão e inalação de uma planta não são formas farmacêuticas de administração de produto destinado ao tratamento de saúde.

VIII – Autorizar, via *habeas corpus*, a produção doméstica do óleo derivado da *Cannabis sativa*, com fundamento na tutela de um suposto risco à liberdade de locomoção, seria diminuir o trabalho dos agentes de saúde e segurança sanitárias que se debruçam por anos na análise de medicamentos que atendam à finalidade a que se propõem e não gerem riscos exacerbados à saúde das pessoas. Ainda mais em um contexto em que a agência reguladora emitiu juízo de proibição da importação da planta para finalidade pretendida. Ser possível a produção doméstica do óleo não significa, por si, que seja adequado à finalidade ou seguro a quem o utilize. A produção farmacêutica, por outro lado, está submetida a uma regulação rigorosa, conta com aparato tecnológico adequado e possui um robusto sistema de qualidade e segurança, além do controle estatal do processo de produção.

IX – Diante da existência de opções lícitas, dado que o medicamento pode ser importado e já é comercializado nas farmácias brasileiras, deve o direito penal guardar o devido distanciamento da questão, em respeito ao princípio da subsidiariedade, independentemente da alegação de preço elevado.

X – O Poder Judiciário, especialmente em sede de *habeas corpus*, não possui, portanto, competência para substituir a análise da autoridade técnica e permitir, em caso específico, o plantio, cultivo e extração da *Cannabis sativa*, ainda que para finalidade puramente medicinal. Isso porque eventual autorização passa, necessariamente, pela implementação de critérios, controles e procedimentos técnicos específicos reservados à autoridade sanitária. Assim, o *habeas corpus* preventivo não é via adequada para conceder salvo-conduto para exercício de atividade potencialmente ilegal, uma vez que não se configura restrição ou ameaça indevida à liberdade individual a prática

de ato, em tese, vedado pelo ordenamento jurídico penal.
Ordem de *habeas corpus* denegada.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* preventivo com pedido liminar, impetrado em favor de **RENAN ANDRE ABDALLA DE SOUZA**, contra acórdão proferido pelo **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ**, no julgamento de Remessa Necessária, no HC nº. 0016774-79.2022.8.16.0013.

Na hipótese, o impetrante aponta constrangimento ilegal na negativa de autorização para cultivo de plantas *Cannabis sativa* na residência do paciente para fins exclusivamente medicinais. Pede, assim, a concessão da ordem para que seja "[...]*expedido o salvo conduto definitivo, autorizando o paciente a cultivar 23 plantas de cannabis em floração mensalmente em sua residência, não sendo assim o paciente incriminado pelos delitos previstos na lei de drogas, cabendo ao paciente atender os requisitos sanitários para a fabricação do seu medicamento.*" (fl.14).

Consta nos autos que a remessa necessária (fls. 57-59) foi provida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, tendo reformado a decisão do Juízo singular (fls. 49-56), que havia concedido a ordem de *habeas corpus* preventivo.

A remessa necessária foi provida ao fundamento de que *i)* a norma que regulamenta a fabricação e importação de produtos derivados da *Cannabis*, a RDC nº. 327/2019 da ANVISA, não autorizaria nem as empresas, nem aos particulares a cultivarem a erva psicotrópica, ficando restritas a importação do insumo farmacêutico nas formas derivadas do vegetal; *ii)* a autorização concedida pela ANVISA se referiria exclusivamente ao medicamento CBD Tincture – USAHemp, de modo que não foi autorizada a fabricação caseira do óleo medicinal; *iii)* apesar da apresentação de certificado de conclusão de curso de cultivo e extração de *cannabis* medicinal, o paciente não teria demonstrado possuir conhecimento técnico para a produção do óleo, tampouco o equipamento necessário para fazê-lo, dado que, para a produção de medicamentos, é necessária a observância de procedimentos científicos, inclusive para se garantir a qualidade e segurança do medicamento; *iv)* a fabricação caseira do óleo, nos termos pleiteados pelo paciente, impediria a devida fiscalização pelos órgãos competentes, o que aumentaria a insegurança da prática, tanto para a sociedade quanto para o próprio usuário do medicamento; *v)* não teria havido demonstração da impossibilidade financeira de

importação do medicamento; vi) enquanto o medicamento que se obteve autorização para importar pela ANVISA se chama CBD Tincture – USAHemp, a negativa de fornecimento pelo Estado do Paraná teria sido em relação ao fármaco CBD Oil USAHemp Full Spectrum, tratando-se, portanto, de remédios diferentes.

Em decisão monocrática, o pedido liminar foi indeferido (fls.62-63).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* preventivo e, sucessivamente, no mérito, pela denegação da ordem.

A questão foi submetida à Quinta Turma, em 20 de junho de 2023, e, a partir de questão de ordem suscitada pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, por unanimidade, afetada à Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (fls. 84).

É o relatório.

VOTO

O tema afetado a esta Terceira Seção possui elevada relevância e criticidade, uma vez que trata de questões sensíveis, não só do ponto de vista material, isto é, da possibilidade, ou não, do manejo da *Cannabis sativa* com finalidade medicinal, mas, também, do ponto de vista formal, sistêmico e constitucional. Isso porque, denota como as instituições, diante das regras de divisão de atribuições constitucionalmente prescritas, decidem se comportar no julgamento de decisões controversas no meio social.

Registro que não desconheço os precedentes do Superior Tribunal de Justiça que - a partir do julgamento do REsp. nº. 1.972.092/SP, de relatoria do Ministro **Rogério Schietti** (Sexta Turma), e do HC nº. 779.289/DF, de relatoria do Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca** (Quinta Turma) - reconhecem a possibilidade de concessão de *habeas corpus* preventivo com a finalidade de impedir a persecução penal do cultivo de *Cannabis sativa* com objetivos medicinais.

Da mesma forma, reconheço a importância de garantia do direito fundamental à saúde e da proteção da dignidade da vida. Nada obstante, embora a jurisprudência, ainda não consolidada, venha caminhando no sentido da concessão da ordem de *habeas corpus* para permitir a utilização doméstica da droga para fins medicinais, manifesto, nesta oportunidade, divergência de entendimento acerca da matéria.

Preliminarmente, não posso deixar de observar que o *habeas corpus* foi impetrado em substituição ao recurso próprio, porquanto derivado de acórdão proferido,

em remessa necessária, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o que importaria no reconhecimento da supressão de instância, nos termos da jurisprudência desta Corte. Isso porque a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

De todo modo, considerando os recentes precedentes da Quinta e da Sexta Turma sobre a matéria e a possibilidade de concessão de *habeas corpus* de ofício, passo à análise de sua juridicidade.

Sobre a questão, o impetrante pede, em síntese, a concessão de salvo-conduto para que seja autorizado o cultivo doméstico de 23 (vinte e três) mudas de *Cannabis sativa*, com a finalidade de fabricar medicamento para crises de ansiedade e pânico.

Como se sabe, a definição do termo *drogas* contido no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, é estabelecido pela Portaria nº. 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. E a *Cannabis sativa* compõe lista de plantas que, a partir de critério técnico, podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas.

A Lei 11.343/2006, em seus arts. 2º e 31, disciplina o cultivo, transporte e a extração de substratos de plantas das quais possam ser extraídas ou produzidas drogas e prevê expressamente a possibilidade de a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização e respeitadas as ressalvas legais, *verbis* (grifei):

“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.

Art. 31. É indispensável a licença prévia da autoridade competente para produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar,

possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação, observadas as demais exigências legais.”

Da simples leitura do dispositivo legal decorre a conclusão de que não há direito subjetivo à autorização de cultivo da droga para fins medicinais. Pelo contrário, a norma reservou a atribuição à União que, a partir de regulação própria e análise de critérios técnicos, pode permitir o manejo dos vegetais com objetivos medicinais ou científicos.

Nesse contexto, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, em sua atuação típica, desde 2015, autoriza a importação de produtos cujo princípio ativo é o *canabidiol*, elemento excluído da lista de substâncias proibidas da Portaria nº. 344/98 e incluído no rol de substâncias controladas. E, a partir de 2019, passou a permitir a venda de produtos à base de substâncias derivadas da *Cannabis* em farmácias.

A norma que regulamenta a fabricação e importação de produtos derivados da *Cannabis*, a RDC nº. 327/2019 da ANVISA, permite a importação de produtos que contenham como ativos exclusivamente derivados vegetais ou fitofármacos da *Cannabis sativa*, devendo possuir predominantemente *canabidiol* (CBD) e não mais que 0,2% de tetrahydrocannabinol (THC). O ato normativo estabelece, ainda, que os produtos derivados da *Cannabis* podem ser prescritos somente quando esgotadas outras opções terapêuticas disponíveis no mercado brasileiro. Todavia, a RDC nº. 327, ao definir produto de *Cannabis*, não incluiu a permissão do uso da planta ou partes da planta, mesmo após processo de estabilização e secagem, ou na forma rasurada, triturada ou pulverizada, ainda que disponibilizada em qualquer forma farmacêutica.

Além disso, a RDC nº. 660/2022, da ANVISA - norma que define os critérios e os procedimentos para a importação de produto derivado de *Cannabis* por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição médica para tratamento de saúde - estabelece que a importação, por pessoa física, para uso próprio, pode se dar, apenas, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado para tratamento de saúde, bem como o produto a ser importado deve ser produzido e distribuído por estabelecimentos devidamente regularizados pelas autoridades competentes em seus países de origem para as atividades de produção, distribuição ou comercialização.

Mais recentemente, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária emitiu **nota técnica em que proibiu expressamente a importação da *Cannabis in natura*, a partir**

do dia 20 de junho de 2023.

Dada a relevância da decisão, transcrevo trecho da **Nota Técnica nº 35/2023/SEI/COCIC/GPCON/DIRES/ANVISA** (grifei):

“(…)

Considerando que, até o momento, **inexistem evidências científicas robustas que comprovem a segurança, somado ao alto potencial de desvio para fins ilícitos, não é permitida a importação de produtos compostas pela planta *Cannabis in natura*** ou partes de plantas, incluindo as flores, em consonância ao que preconizam os Tratados Internacionais sobre Controle de Drogas dos quais o Brasil é signatário e a Lei nº. 11.343/2006, com respaldo nas competências definidas pela Lei 9.782/1999. Em acordo com esse fundamento técnico, **a RDC nº 327, de 09 de dezembro de 2019, ao definir produto de *Cannabis*, não incluiu a permissão do uso da planta ou partes da planta, mesmo após processo de estabilização e secagem, ou na forma rasurada, triturada ou pulverizada, ainda que disponibilizada em qualquer forma farmacêutica. A combustão e inalação de uma planta não são formas/vias de administração de produto destinado ao tratamento de saúde.**

A partir de 20/07/2023, **não serão concedidas novas autorizações/comprovantes de cadastro para a importação da planta *Cannabis in natura*, partes da planta ou flores (...).**

(...)”

Do conjunto normativo e da análise da nota técnica da agência reguladora, extraí-se pontos relevantes para o deslinde da controvérsia dos autos.

A constatação técnica de que **inexistem evidências científicas que comprovem a segurança do uso da *Cannabis in natura*** indica elemento central na discussão acerca da concessão de salvo-conduto para cultivo da planta. A ausência de evidências associada ao fato de que a combustão e inalação de uma planta não são formas farmacêuticas de administração de produto destinado ao tratamento de saúde permitem concluir que é, no mínimo, inadequado o Poder Judiciário, em sede de *habeas corpus*, possibilitar o manejo da planta em ambiente doméstico.

Em recente matéria jornalística sobre o veto da Anvisa, o farmacêutico Fábio Costa Júnior, Coordenador da Associação Brasileira das Indústrias de Cannabis - ABICANN - e consultor em projetos de *Cannabis* e cânhamo, explicou que “a via inalatória promove uma absorção mais rápida dos fitocanabinóides, tornando-os mais biodisponíveis gerando um benefício praticamente imediato”, mas com a “(...) ressalva

de que, se usadas de forma errada, ‘podem ter atividade psicotrópica’, devido à forma de absorção: tecnicamente quando se inala a flor não se tem o controle extado da concentração usada como em um produto manufaturado” (matéria publicada pelo G1, em 30 de julho de 2023: *Cannabis medicinal: importação de produtos cresce 93% em 12 meses, apontam dados da Anvisa*).

A extração doméstica do óleo, pelo simples fato de ser produzida em ambiente inadequado, revela verdadeira impossibilidade de observância do devido cuidado com a segurança da composição e da dosagem da substância.

É indispensável que se tenha em conta que atingir a dose correta de um medicamento, seja ele qual for, à base de *Cannabis* ou não, é um processo complexo que envolve conhecimentos especializados em botânica, química, farmacologia e medicina. A obtenção da dose terapêutica de *canabidiol* (CBD) adequada à prescrição médica requer ajustes que se alteram ao longo do tempo e parecem inviáveis de serem atingidos em uma eventual produção doméstica. Isso porque todo tipo de tratamento médico depende, invariavelmente, de condições clínicas individuais.

A produção de óleo de *Cannabis* para uso medicinal envolveria o cultivo de plantas, extração dos compostos ativos com equipamentos próprios e a dosagem desses compostos para atender às necessidades específicas de cada indivíduo. Certamente, esse processo demanda conhecimento técnico específico e um nível de acuracidade inviável de se atingir na produção doméstica. Em tese, seria até possível produzir óleo de *Cannabis* com as ferramentas certas, mas isso requer um conhecimento detalhado e cuidadoso para garantir a eficácia e a segurança do produto. Do contrário, o resultado pode ser altamente prejudicial à saúde.

Autorizar, nesta via, a produção doméstica do óleo derivado da *Cannabis sativa*, com fundamento na tutela de um suposto risco à liberdade de locomoção, seria diminuir o trabalho dos agentes de saúde e segurança sanitárias que se debruçam por anos na análise de medicamentos que atendam à finalidade a que se propõem e não gerem riscos exacerbados à saúde das pessoas. Ainda mais em um contexto em que a agência reguladora emitiu juízo de proibição da importação da planta para finalidade pretendida. Ser possível a produção doméstica do óleo não significa, por si, que seja adequado à finalidade ou seguro a quem o utilize. A produção farmacêutica, por outro lado, está submetida a uma regulação rigorosa, conta com aparato tecnológico adequado e possui um robusto sistema de qualidade e segurança, além do controle estatal do processo de

produção.

Ademais, a concessão de salvo-conduto, a pretexto de inibir uma consequência criminal, para além da probabilidade de desvios ilícitos, ignoraria outros riscos inerentes à atividade que se pretende desenvolver, porquanto revela situação em que não existiria o mínimo controle sob eventuais efeitos colaterais adversos à saúde, como constam das bulas dos medicamentos controlados.

O prejuízo à saúde já pode ser observado em países que permitiram o uso doméstico de *Cannabis*. Matéria da Folha de São Paulo dá conta de que “(e)m 15 anos, as internações por surtos psicóticos ou esquizofrenia associadas ao consumo de maconha aumentaram quase 30 vezes em hospitais públicos de Portugal”. A conclusão é de um estudo publicado na revista científica *International Journal of Methods in Psychiatric Research* (matéria publicada pela Folha de São Paulo, em 19 de dezembro de 2019: *Internação por surto psicótico ligado a maconha cresce 30 vezes em Portugal*).

Não se pode perder de vista, ainda, que existem opções lícitas para aquisição do medicamento, o que reforça o distanciamento que deve o direito penal guardar da questão, em respeito ao princípio da subsidiariedade. Os medicamentos estão disponíveis, inclusive, em farmácias no Brasil, sem, portanto, sequer a necessidade de importação. A droga pode ser facilmente encontrada, por exemplo, na Drogaria São Paulo e na Drogasil que disponibilizam o medicamento em diversas dosagens: 20mg/ml, 50mg/ml, 200mg/ml, 23,75mg/ml, 79,14mg/ml, 160,32mg/ml, 200mg/ml dentre outras.

Vejo, neste ponto, que a maior parte dos pedidos de salvo-conduto que chegam aos tribunais se fundamentam no alto custo do medicamento. E, aqui, faço uma reflexão. Não me parece lógico que, ante o alto custo de uma droga para tratamento de uma condição de saúde, a resposta seja pedir ao Judiciário que conceda uma ordem para a prática de um ato ilícito. Muito mais razoável seria o ingresso em juízo para que o Estado custeasse a medicação que se sabe segura e na dose correta. Seria, inclusive, um mecanismo de pressão muito mais efetivo para que o acesso à medicação fosse democratizado.

Os pedidos de autorização perante o Poder Judiciário trazem, também, como justificativa a ausência de legislação específica sobre a matéria. A inexistência de regulamentação não se mostra, por si só, razão suficiente para atuar em omissão do poder legislativo ou regulamentar de órgão do poder executivo. Como dito, eventual autorização não levaria em conta os aspectos técnicos e sanitários indispensáveis ao que

se pretende. Pelo contrário, a pretexto da tutela da saúde individual, permitir-se-ia atividade potencialmente lesiva à saúde pública e que, certamente, não estaria sujeita ao controle adequado.

Igualmente, a demora na regulamentação da matéria também não é suficiente para que, em sede de remédio constitucional da tutela da liberdade de locomoção, o juízo substitua a autoridade administrativa competente. O fato de se entender que há, ou não, mora na regulamentação do tema, já seria juízo inadequado a esta via processual.

Há outro desdobramento sensível. Invariavelmente, o Judiciário, ao permitir a plantação doméstica da droga, acaba por criar uma obrigação para o Executivo: o dever de fiscalizar. E, fora eventual discussão sobre o cabimento ou até a constitucionalidade dessa designação, por certo, atualmente, não existe estrutura para o desempenho da função.

A obrigação de fiscalizar sem estrutura é agravada pelo fato de que os salvos-condutos são concedidos pelo Judiciário sem prazo determinado. O Tribunal, ao analisar o pedido, deveria, certamente, verificar a necessidade de estabelecer o prazo para a utilização do medicamento, mas, comumente, não o faz. Mesmo porque o uso de qualquer medicamento deve ser aferido pelo médico, periodicamente, quanto à sua eficácia.

São, portanto, dois caminhos. Um que permite a produção doméstica da substância sem nenhum controle por parte do Estado. E outro que pressiona o Estado ao fornecimento do medicamento de forma regulada e controlada.

Em sua nota técnica, a Anvisa justificou, também, sua decisão no **alto potencial de desvio para fins ilícitos**. Para além da obviedade do risco, já se pode observar desvirtuamentos das autorizações.

A título de exemplo, a Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro deflagrou a **Operação Seeds** contra um **esquema de emissão de laudos médicos falsos para o cultivo de maconha em casa**. Segundo as investigações, a organização produzia pareceres indicando que supostos pacientes precisariam fazer uso do óleo da planta, mas o objetivo era praticar a conduta tipificada como tráfico de drogas. Entre os serviços prestados estavam a emissão do laudo, impetração do *habeas corpus* e até a montagem da estrutura para plantar as mudas (matéria publicada pelo G1, em 11 de julho de 2023: *Polícia prende 4 em operação contra falsos laudos para cultivo de maconha em casa*).

O Poder Judiciário, especialmente em sede de *habeas corpus*, não possui, portanto, competência para substituir a análise da autoridade técnica e permitir, em caso específico, o plantio, cultivo e extração da *Cannabis sativa*, ainda que para finalidade puramente medicinal. Isso porque eventual autorização passa, necessariamente, pela implementação de critérios, controles e procedimentos técnicos específicos reservados à autoridade sanitária.

Assim, longe de subestimar a complexidade da questão, entendo que o *habeas corpus* preventivo não é via adequada para conceder salvo-conduto para exercício de atividade potencialmente ilegal, uma vez que não se configura restrição ou ameaça indevida à liberdade individual a prática de ato, em tese, vedado pelo ordenamento jurídico penal.

Não entrevejo justificativa para o ativismo que, em última instância, interfere na esfera de atribuição de outros poderes. Há, na sistemática jurídica, autoridade cuja competência é exatamente a regulação e definição das substâncias proibidas e sujeitas a controle.

Não cabe ao Poder Judiciário agir para além do que estabelecem as leis e normas regulamentadoras, em respeito ao processo democrático de produção de seus conteúdos e efeitos.

Não nego, todavia, a viabilidade de controle jurisdicional sobre a temática. Obviamente, é inafastável a jurisdição. A questão é que esse controle não está inserto na esfera de competência do juízo criminal, mormente na via estreita do *habeas corpus*.

Registro que o tema é objeto de análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5.708/DF, de relatoria da Ministra Rosa Weber, ainda pendente de julgamento. Também se tem notícia de algumas iniciativas legislativas com o objetivo de regulamentar a matéria, a exemplo do Projeto de Lei nº. 399/2015 e 4776/2019. E, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tramita, na Primeira Seção, Incidente de Assunção de Competência no REsp nº . 2.024.250/PR, em que a questão de direito controvertida versa sobre a definição da possibilidade de autorização sanitária para importação e cultivo de variedades de *Cannabis* que, embora produzam *Tetrahydrocannabinol (THC)* em baixas concentrações, geram altos índices de *Canabidiol (CDB)* ou de outros *Canabinoides*, e podem ser utilizadas para a produção de medicamentos e demais subprodutos para usos exclusivamente medicinais, farmacêuticos ou industriais.

Sobre o caso concreto, faço, ainda, dois registros importantes.

Primeiro, não há comprovação nos autos de requerimento administrativo destinado à autorização pretendida aos órgãos competentes. Essa providência parece indispensável e preliminar ao ajuizamento de ação judicial com objetivo de suplantar a via própria. Reafirmo, o Judiciário não pode, aprioristicamente, sobrepor-se ao juízo dos poderes que possuem a atribuição para analisar a matéria.

E segundo, não há nos autos comprovação, via laudo pericial ou qualquer outro meio de prova, de que a produção do óleo de *Cannabis* atenderia à dosagem e composição prescrita pelo médico. E, de tudo que se tem notícia, tal providência parece inviável na produção doméstica da droga.

Por fim, registro que, do ponto de vista estritamente jurídico, não se trata de negar direito de liberdade de locomoção. É certo que, com a devida autorização do órgão competente, não se verifica risco de que o cultivo pretendido seja considerado crime, isto é, não há que se falar em constrangimento ou coação ilegal à liberdade de locomoção, visto que a conduta para ser típica exige a *inexistência de autorização ou desacordo com determinação legal*. Respeitado, assim, o rito normativo, com a devida autorização prévia, não haverá crime e, portanto, não haverá risco à liberdade dos pacientes.

Ante o exposto, **denego** a concessão da ordem de *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 802866 - PR (2023/0047241-7)

RELATOR : **MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
IMPETRANTE : DIOGO PONTES MACIEL
ADVOGADO : DIOGO PONTES MACIEL - PR089490
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : RENAN ANDRE ABDALLA DE SOUZA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

VOTO-VOGAL

O eminente Ministro Messod Azulay Neto traz a exame da 3ª Seção três processos em que se discute, em síntese, o deferimento de *habeas corpus* preventivo para resguardar da tutela criminal aqueles que se dediquem, com propósitos medicinais, à produção doméstica do óleo derivado da *Cannabis sativa*. Refiro-me ao AgRg no HC 783717/PR, ao HC 802866/PR e ao EDcl no AgRg no RHC 165266/CE. Destaco, por exemplificativo, o seguinte trecho do voto proferido por Sua Excelência no EDcl no AgRg no RHC 165266/CE:

O poder Judiciário, especialmente em sede de habeas corpus, não possui, portanto, competência para substituir a análise da autoridade técnica e permitir, em caso específico, o plantio, cultivo e extração da Cannabis sativa, ainda que para finalidade puramente medicinal. Isso porque eventual autorização passa, necessariamente, pela implementação de critérios, controle e procedimentos técnicos específicos reservados à autoridade sanitária.

Assim, longe de subestimar a complexidade da questão, entendo que o habeas corpus preventivo não é via adequada para conceder salvo-conduto para exercício de atividade potencialmente ilegal, uma vez que não se configura restrição ou ameaça indevida à liberdade individual a prática de ato, em tese, vedado pelo ordenamento jurídico penal.

Não entrevejo justificativa para o ativismo que, em última instância, interfere na esfera de atribuição de outros poderes. Há, na sistemática jurídica, autoridade cuja competência é exatamente a regulação e definição das substâncias proibidas e sujeitas a controle.

Não cabe ao Poder Judiciário agir para além do que estabelecem as leis e normas regulamentadoras, em respeito ao processo democrático de produção de seus conteúdos e efeitos.

Não nego, todavia, a viabilidade de controle jurisdicional sobre a temática. Obviamente, é inafastável a jurisdição. A questão é que esse controle não está inserto na esfera de competência do juízo criminal, mormente na via estreita do habeas corpus.

[...]

Sobre o caso concreto, faço, ainda, dois registros importantes.

Primeiro, não há comprovação nos autos de requerimento administrativo destinado à autorização pretendida aos órgãos competentes. Essa providência parece indispensável e preliminar ao ajuizamento de ação judicial com objetivo de suplantar a via própria. Reafirmo, o Judiciário não pode, aprioristicamente, sobrepor-se ao juízo de poderes que possuem atribuição para analisar a matéria.

E segundo, não há nos autos comprovação, via laudo pericial ou qualquer outro meio de prova, de que a produção do óleo de Cannabis atenderia à dosagem e composição prescrita pelo médico. E, de tudo que se tem notícia, tal providência parece inviável na produção doméstica da droga.

Por fim, registro que, do ponto de vista estritamente jurídico, não se trata de negar direito de liberdade de locomoção. É certo que, com a devida autorização do órgão competente, não se verifica risco de que o cultivo pretendido seja considerado crime, isto é, não há que se falar em constrangimento ou coação ilegal à liberdade de locomoção, visto que a conduta para ser típica exige a inexistência de autorização ou desacordo com determinação legal. Respeitado, assim, o rito normativo, com a devida autorização prévia, não haverá crime e, portanto, não haverá risco à liberdade dos pacientes.

Entendo que a matéria deve ser reapreciada em razão de fatos supervenientes à uniformização, embora recente, de jurisprudência desta 3ª Seção, especialmente a fabricação e a disponibilização, no mercado, de produtos medicinais derivados da *Cannabis sativa*.

O art. 33 da Lei 11.343/2006 estabelece: “Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, *sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*” (grifei).

A Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998, do Ministério da Saúde, “aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial”. No art. 1º, prevê que, “para os efeitos deste Regulamento Técnico e para a sua adequada aplicação, são adotadas as seguintes definições: Autorização Especial – Licença concedida pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/ANVISA), *a empresas, instituições e órgãos* (grifei) para o exercício de atividades de extração, produção, transformação, fabricação, fracionamento, manipulação, embalagem, distribuição, transporte, reembalagem, importação e exportação das substâncias constantes das listas anexas a este Regulamento Técnico, bem como os medicamentos que as contenham” (ressalto a discutível restrição a *empresas, instituições e órgãos*, portanto, excluindo pessoas físicas).

As “listas anexas” incluem a *Cannabis sativa*.

Habeas corpus não é instrumento adequado para obter a referida

licença, que, além de tudo, depende da fixação e controle de critérios e condições técnicas para o exercício da atividade, que são alheios à jurisdição penal. Cabe lembrar antiga compreensão da 5ª Turma desta Corte, de que o salvo-conduto requerido pela paciente “depende de critérios técnicos, cuja análise incumbe aos órgãos de vigilância sanitária. Isso porque uma decisão desse tipo depende de estudo de diversos elementos relativos à extensão do cultivo, número de espécimes suficientes para atender à necessidade da recorrente, mecanismos de controle da produção do medicamento, dentre outros fatores, cujo exame escapa ao conjunto de competências técnicas do magistrado, em especial do criminal” (AgRg no HC 652.646/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/4/2021, DJe de 19/4/2021).

Ação cível, como o mandado de segurança, sim, é meio processual apropriado para, corrigindo a inércia, fazer com que a Administração expeça a mencionada autorização especial, precedida (seria o ideal) de norma genérica sobre critérios, condições técnicas e formas de controle, cuja razoabilidade estará sujeita a posterior controle judicial, inclusive, indiretamente, na esfera penal.

Não por acaso, a questão já foi levada e está em discussão na esfera cível. Conforme salienta o voto do relator, a 1ª Seção desta Corte, determinando a suspensão das ações cíveis que versem sobre a matéria, acolheu proposta de instauração de Incidente de Assunção de Competência (IAC) para “definir a possibilidade de concessão de Autorização Sanitária para importação e cultivo de variedades de Cannabis que, embora produzam Tetrahydrocannabinol (THC) em baixas concentrações, geram altos índices de Canabidiol (CBD) ou de outros Canabinoides, e podem ser utilizados para a produção de medicamentos e demais subprodutos para usos exclusivamente medicinais, farmacêuticos ou industriais, à luz da Lei n. 11.343/2006, da Convenção Única sobre Entorpecentes (Decreto n. 54.216/1964), da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (Decreto n. 79.388/1977) e da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Decreto n. 154/1991)” (IAC no REsp 2.024.250/PR, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 7/3/2023, DJe de 14/3/2023).

Por isso, acompanho o eminente relator.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2023/0047241-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 802.866 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00150650920228160013 00167747920228160013 150650920228160013
167747920228160013

EM MESA

JULGADO: 09/08/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DIOGO PONTES MACIEL
ADVOGADO : DIOGO PONTES MACIEL - PR089490
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : RENAN ANDRE ABDALLA DE SOUZA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Habeas Corpus - Habeas Corpus - Preventivo

SUSTENTAÇÃO ORAL

O Dr. Diogo Pontes Maciel sustentou oralmente pela parte Paciente: Renan Andre Abdalla de Souza.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator, denegando a ordem em habeas corpus e o voto antecipado do Sr. Ministro João Batista Moreira (Desembargador Convocado do TRF da 1ª Região), acompanhando o Sr. Ministro Relator, pediu vista o Sr. Ministro Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDF).

O Sr. Ministro João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) votou com o Sr. Ministro Relator.

Aguardam a Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca e Antonio Saldanha Palheiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

C54221215582124546141@ 2023/0047241-7 - HC 802866



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 802866 - PR (2023/0047241-7)

RELATOR : MINISTRO MESSOD AZULAY NETO
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)
IMPETRANTE : DIOGO PONTES MACIEL
ADVOGADO : DIOGO PONTES MACIEL - PR089490
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : RENAN ANDRE ABDALLA DE SOUZA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

VOTO-VISTA

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra o acórdão do Tribunal de origem assim ementado (fl. 57):

REMESSA NECESSÁRIA CRIMINAL. *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO CONCEDIDO NA ORIGEM PARA DAR SALVO CONDUTO AUTORIZANDO O CULTIVO DE *CANNABIS SATIVA* PARA FINS MEDICINAIS. PRETENSÃO DE CULTIVO E DE EXTRAÇÃO CASEIRA DE SEU SUBSTRATO – INVIABILIDADE – PROIBIÇÃO DE CULTIVO CONTIDA NO ART. 33, §1, II DA LEI DE DROGAS – EXTRAÇÃO CASEIRA QUE TRAZ RISCOS À SOCIEDADE E AO PRÓPRIO PACIENTE – NÃO COMPROVAÇÃO DOS MEIOS NECESSÁRIOS À PRODUÇÃO DO MEDICAMENTO – DIVERGÊNCIA ENTRE O MEDICAMENTO CUJA IMPORTAÇÃO FOI AUTORIZADA PELA ANVISA E AQUELE SOLICITADO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). DENEGAÇÃO DA ORDEM DE HABEAS CORPUS – DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O impetrante aponta ato coator que consiste na possível prisão em razão do cultivo de plantas *Cannabis sativa* na residência do paciente para fins exclusivamente medicinais, e pretende a concessão de *habeas corpus* preventivo para que seja "expedido o salvo conduto definitivo, autorizando o paciente a cultivar 23 plantas de *Cannabis* em floração mensalmente em sua residência, não sendo assim o paciente incriminado pelos delitos previstos na lei de drogas, cabendo ao paciente atender os requisitos sanitários para a fabricação do seu medicamento" (fl.14).

O Juiz de primeiro grau concedeu o *habeas corpus* preventivo conforme a seguinte fundamentação (fls. 49-56):

[...]

Aqui cumpre registrar que se trata de pedido de cultivo e manipulação da Cannabis para propósito medicinal. Antes de adentrar ao efetivo mérito do *writ*, uma contextualização se faz necessária.

Não há dúvidas de que compete ao Direito Penal, assegurando o cumprimento da legislação vigente, coibir o uso indevido de drogas; aplicando de maneira efetiva as normas existentes que promovem a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, sem deixar de atentar para a necessária, atenção e reinserção social de usuários e dependentes químicos.

Todavia, há hoje um crescente debate nas nossas cortes superiores que ressalta a importância de que referida atuação se dê com a necessária proporcionalidade, a fim de que não sejam criminalizadas indevidamente e precipitadamente condutas que não ofendem nosso ordenamento jurídico e não causam as mazelas sociais combatidas pela legislação especial.

A necessidade de proporcionar tratamento diferenciado para usuários e traficantes de drogas gerou, além da previsão legislativa nesse sentido, grande debate jurisprudencial visando a fixação de parâmetros que permitissem ao magistrado maior segurança na aplicação da vontade concreta da lei - anunciada em seu artigo 1.º - discussão dentro da agência reguladora e saudável debate pelos órgãos responsáveis em aplicar as normas que se prestam a combater o tráfico ilícito de drogas e efetivar a reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

[...]

Ciente da necessidade de atualização da postura do judiciário a fim de obter resultados efetivos, esta unidade judicial, sob supervisão da 2.ª Vice-presidência do E. TJPR coordenou a participação dos jurisdicionados em programa Prevenção ao Uso de Drogas mediante a disponibilização da Oficina de Prevenção ao Uso de Drogas (OPUD) implementada em 2017, em atendimento à previsão plano plurianual da 14ª Vara Criminal (SEI 57617-46.2017.8.16.6000), como parte do Projeto Piloto de Justiça Restaurativa na esfera criminal. referido projeto hoje reestruturado dentro da atual estrutura do CEJUSC-CEMSU continua proporcionando acolhimento, especialmente aos indivíduos entrevistados em contexto de audiência de custódia.

Os dados até então colhidos apenas reforçam a correção e adequação de posicionamentos como os manifestados pelo Exmo Ministro e nos parâmetros estabelecidos pela Orientação Normativa Conjunta 01/2016.

Feitas tais considerações, retomo a análise do caso concreto.

Como esclarecido ao início desta decisão, trata-se de pedido de cultivo e manipulação da Cannabis para propósito medicinal. Ou seja, trata-se de pedido que busca assegurar ao jurisdicionado que o exercício de seu fundamental direito de acesso a tratamento médico adequado ocorra sem sua indevida criminalização.

Nos termos do art. 31 da Lei nº 11.343/2006 o cultivo e manipulação da Cannabis para fins medicinais seria possível, dependendo – todavia- de prévia autorização.

Nesse aspecto, não se pode olvidar que ainda ausente a efetiva regulamentação da forma de obtenção dessa licença prévia, impedindo que pedidos de autorização para cultivo de Cannabis para fins medicinais e científicos sejam apreciados pela ANVISA.

Com base no Decreto nº 5.912/2006 e Lei 9.782/2006 (Art. 8º, §4º), a ANVISA tem conduzido atividades técnicas para a elaboração e apresentação da necessária regulamentação para este tipo de atividade e para esta exclusiva finalidade medicinal, todavia, ainda não há regulamentação suficiente para que seja possível a apresentação de pedido de cultivo de plantas para a finalidade pretendida nesta demanda.

No caso apresentado nestes autos, verifico que o uso medicinal do óleo extraído da planta encontra-se suficientemente demonstrado pela documentação médica e, especialmente, pelo fato de que a impetrante obteve autorização da ANVISA para importar o medicamento derivado da substância, o que indica que sua condição clínica fora avaliada com crivo administrativo, que reconheceu a necessidade de uso do

medicamento.

O documento de 23.2 comprova a prescrição do medicamento por profissional médico responsável pelo tratamento da enfermidade do autor, lá constando que o paciente teve o uso de CANNABIS recomendado para tratamento de sua ANSIEDADE GENERALIZADA (CID- 10 F411), com recomendação de uso de “EXTRATO DE CANNABIS RICO EM CANNABIDIOL (CBD), NA CONCENTRAÇÃO DE 33 MG AO DIA, SENDO 1000 MG DE EXTRATO DE CBD AO MÊS.

A FORMA DE ADMINISTRAÇÃO É POR VIA ORAL”.

O plano de cultivo de 23.2 é subscrito pelo profissional Fabiano Soares de Araújo, que a despeito de não juntar documentos que comprovam sua qualificação informou-se como Bacharel e Mestre em Química Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Recursos Naturais ReNatu - UNMSM Lima/Peru. Diretor Científico da Associação SATIBA.

Referido plano inicialmente omite quantidade de plantas necessárias para obtenção do “EXTRATO DE CANNABIS RICO EM CANNABIDIOL (CBD), NA CONCENTRAÇÃO DE 33 MG AO DIA, SENDO 1000 MG DE EXTRATO DE CBD AO MÊS”. Afirmando que “Para suprir essa quantidade é preciso colher a cada 5 meses no mínimo plantas”, deixando em branco o espaço destinado à quantidade de plantas.

Todavia, na sequência afirma que o dobro da quantidade necessária seria de 15 plantas, explicando que o plantio do dobro seria necessário em virtude dos estágios das plantas. Ao final, acrescenta que acha recomendável uma margem de segurança de 25% a depender de condições de cultivo e qualidade das plantas.

Com efeito, tem-se que o plano de cultivo atestou a efetiva necessidade de cultivo de 15 plantas para continuidade do tratamento do paciente.

Ao final, o plano assevera que o descarte do material será realizado exclusivamente e integralmente como forma de adubação no início do próximo ciclo, asseverando que nenhum material será descartado fora da residência do paciente e que não ocorrerá a necessidade de descarte especial.

O relatório de 23.2, por sua vez, em que pese demasiadamente sucinto, afirma que existiram consequências benéficas do tratamento prescrito, razão pela qual entendo que privar o paciente de acesso ao tratamento seria negar-lhe não apenas o exercício de sua autonomia individual *latu sensu*, mas de causar prejuízo direto ao exercício de seu fundamental, direito de acesso à saúde.

Consta dos expedientes de 1.6 que após encaminha sua documentação médica para a agência reguladora, a paciente teve autorizada a importação do medicamento, estando ainda vigente tal autorização pela autorização de importação de nº 036687.0788776/2021.

Todavia, como bem relatado pelo paciente, o tratamento tem custo significativamente elevado e não possui previsão de fornecimento pelo Sistema Único de Saúde. De outro lado, é possível a extração caseira do óleo, com custo reduzido, com idêntica eficiência.

Ou seja, o que se tem é que em que pese ser inquestionável que o réu teve reconhecido seu direito de uso do medicamento derivado da cannabis, a falta de uma regulamentação que permita o cultivo nos termos pretendidos obsta que a ré tenha apreciado seu pedido de fornecimento de licença prévia para cultivo regular nos termos do artigo 31 da lei Lei nº 11.343/2006.

Aqui cumpre registrar que tanto a importação de produtos à base de Canabidiol para tratamento de doenças quanto pedidos para que o Sistema Único de Saúde os forneça – estes últimos fundamentados no direito à saúde dos pacientes e na impossibilidade - já não são estranhos ao de suportarem diretamente os custos com o tratamento prolongado judiciário, com significativo número de pedidos deferidos.

Ademais, consoante entendimento já manifestado em processos similares que tramitaram nesta unidade, pedidos da mesma natureza do formulado pela impetrante, de autorização para cultivo e manipulação - já foram submetidos à Justiça Brasileira, existindo precedentes favoráveis, autorizando a plantação da Cannabis para extração de óleo (TJSP), extrato da

folha (TJRJ), ou consumo da flor por inalação (TJDF).

[...]

Com efeito, verifico que, enquanto pendente a elaboração de regulamentação específica pela ANVISA a autorização judicial para plantio e manuseio da cannabis para finalidade medicinal é não apenas possível, mas a única via disponível para exercício do direito à saúde da impetrante.

Assim, a análise a ser feita sequer encontra maiores embaraços quanto à análise – quanto à possibilidade de autorização judicial para cultivo da substância para em tese finalidade medicinal, mas na efetiva apreciação da situação concreta, a fim de confirmar que se trata da hipótese prevista no artigo 31, bem como que o cultivo e manuseio da planta ocorra sem oferecer riscos à população e sem ferir as demais previsões do código penal e da lei especial.

No caso em comento, não se pode olvidar que toda a documentação acostada aos autos até este momento não deixa dúvidas quanto ao fato de o paciente teve recomendado como tratamento médico o óleo derivado da planta cannabis. Não fosse assim, certamente não teria obtido a autorização da agência reguladora para importar o produto, o que está comprovado nos autos.

Portanto, como bem reconhece o Ministério Público em 13.1, “Nos termos do concluído pelo Superior Tribunal de Justiça, não é razoável exigir que o paciente conviva com os problemas de saúde relatados, diante da possibilidade de produzir, com custo acessível, em vez de comprar os medicamentos”.

o , e via de consequência, ANTE O EXPOSTO, JULGO PROCEDENTE writ de salvo-conduto em favor do paciente Renan Andre Abdalla de Souza, CONCEDO A ORDEM médico, portador do registro geral nº 869977079, inscrito sob o cadastro de pessoa física 07226593939 a fim de obstar que qualquer órgão de persecução penal turbe ou embarace o cultivo de 15 (quinze) mudas de cannabis sativa para uso exclusivo próprio e enquanto durar o tratamento.

Com efeito, nos termos do parecer ministerial fica a vigência da medida anual da documentação médica até a regulamentação do artigo condicionada a atualização 2º, parágrafo único, da Lei nº 11.343/2006 e fica o impetrante desde logo ciente de que o cultivo, manuseio e descarte deverá se dar nos exatos moldes do plano apresentado.

Como se vê, o Juiz de primeiro grau concedeu a ordem, porque, analisando o conjunto probatório do autos, entendeu que o uso medicinal do óleo extraído da planta encontra-se suficientemente demonstrado pela documentação médica e, especialmente, pelo fato de que o paciente obteve autorização da ANVISA para importar o medicamento derivado da substância, o que indica que sua condição clínica fora avaliada com crivo administrativo, que reconheceu a necessidade de uso do medicamento.

Contudo, em remessa necessária, o Tribunal de origem reformou a decisão e denegou o *habeas corpus*, porque, segundo o voto condutor, "ainda que o Paciente tenha comprovado que necessita da substância para o tratamento de ansiedade generalizada (CID-10 F41.1), conforme laudo médico de mov. 1.7 dos autos de origem, persiste no Brasil a ausência de autorização e regulamentação legais para o cultivo da *cannabis* para fins medicinais" (fl. 58). Então, impetrou-se *habeas corpus* neste Tribunal Superior, e os Ministros da Quinta Turma, na sessão de julgamento do dia 20/6/2023, determinaram a

afetação do feito à Terceira Seção, e, na sessão de julgamento do dia 9/8/2023, após o voto do Ministro Relator Messod Azulay Neto denegando a ordem, pedi vista dos autos.

No julgamento do agravo regimental no Recurso em *Habeas Corpus* (RHC) n. 165.266-CE, sessão de julgamento virtual de 8/11/2022 a 14/11/2022, quando eu atuava na Quinta Turma, relatei e votei pelo desprovimento do recurso, conforme a seguintes ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PLEITO DE AUTORIZAÇÃO DE CULTIVO DE MACONHA PARA USO PRÓPRIO. COMPETÊNCIA DA ANVISA. VIA INADEQUADA. MATÉRIA JÁ DEVIDAMENTE ANALISADA NO RECURSO ANTERIOR. NO MAIS, SÚMULA 182/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

I - Nos termos da jurisprudência consolidada nesta eg. Corte Superior, cumpre ao agravante impugnar especificamente os fundamentos estabelecidos na decisão agravada.

II - *In casu*, já foi devidamente esclarecido que o entendimento desta Quinta Turma é o de que "A autorização para cultivo, colheita, preparo e porte de cannabis sativa e de seus derivados para fins medicinais depende da análise de critérios específicos e técnicos, cuja competência é da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). (...) A ausência de regulamentação do órgão competente acerca do procedimento de avaliação técnica quanto ao preenchimento dos requisitos da autorização do cultivo e colheita de cannabis sativa para fins medicinais (art. 2º da Lei n. 11.343/2006) não pode ser suprida pelo Poder Judiciário. (...) Compete à ANVISA a regulamentação do procedimento de avaliação técnica quanto ao preenchimento dos requisitos da autorização do cultivo e colheita de cannabis sativa para fins medicinais, pois é o órgão técnico com atribuição para tanto, incumbindo ao interessado, em caso de demora na apreciação ou de indeferimento de pedido, submeter a questão ao Poder Judiciário por meio da via própria na jurisdição cível" (AgRg no RHC n. 155.610/CE, Quinta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 13/5/2022).

III - No mais, a d. Defesa limitou-se a reprisar os argumentos do recurso ordinário em *habeas corpus*, o que atrai a Súmula n. 182 desta eg. Corte Superior de Justiça, segundo a qual é inviável o agravo regimental que não impugna especificamente os fundamentos da decisão agravada.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no RHC n. 165.266/CE, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 14/11/2022, DJe de 29/11/2022.)

A Quinta Turma, à época, entendia que a autorização para cultivo, colheita, preparo e porte de *Cannabis sativa* e de seus derivados para fins medicinais dependia da análise de critérios específicos e técnicos, cuja competência é da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Entretanto, na sessão de julgamento seguinte, dia 22/11/2022, mudou esse entendimento, e passou a acompanhar o entendimento atual da Sexta Turma, e, por isso, concedeu o *Habeas Corpus* n. 779289, conforme a seguinte ementa:

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO. 1. UTILIZAÇÃO DO *MANDAMUS* COMO SUBSTITUTO RECURSAL. NÃO CABIMENTO. AFERIÇÃO DE EVENTUAL FLAGRANTE ILEGALIDADE. 2. PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE

SALVO-CONDUTO. PLANTIO DE MACONHA PARA FINS MEDICINAIS. NECESSIDADE DE EXAME NA SEARA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE DE OBTENÇÃO DO MEDICAMENTO NA SEARA CÍVEL. AUTO-CONTENÇÃO JUDICIAL NA SEARA PENAL. 3. **SUPERAÇÃO DE ENTENDIMENTO. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO ADMINISTRATIVA. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DO ÓRGÃO COMPETENTE. ESFERA CÍVEL. SOLUÇÃO MAIS ONEROSA E BUROCRÁTICA. NECESSIDADE DE SE PRIVILEGIAR O ACESSO À SAÚDE.** 4. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE (ART. 196 DA CF). REPRESSÃO AO TRÁFICO (ART. 5º, XLIII, DA CF). **NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO. LEI 11.343/2006 QUE PROÍBE APENAS O USO IDEVIDO E NÃO AUTORIZADO. ART. 2º, P. ÚNICO, DA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE DE A UNIÃO AUTORIZAR O PLANTIO.** TIPOS PENAIIS QUE TRAZEM ELEMENTOS NORMATIVOS. 5. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. **PREVALÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À SAÚDE. BENEFÍCIOS DA TERAPIA CANÁBICA.** USO MEDICINAL AUTORIZADO PELA ANVISA. 6. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. SAÚDE PÚBLICA NÃO PREJUDICADA PELO USO MEDICINAL DA MACONHA. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL E CONGLOBANTE. IMPOSSIBILIDADE DE SE CRIMINALIZAR QUEM BUSCA ACESSO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. 7. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES. AUSÊNCIA DO PRINCÍPIO ATIVO. ATIPICIDADE NA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE DE TIPIFICAR O CRIME DE CONTRABANDO. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. SALVO-CONDUTO QUE DEVE ABARCAR TAMBÉM REFERIDA CONDUTA. 8. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. PARECER MINISTERIAL PELA CONCESSÃO DO WRIT. PRECEDENTES.

1. Diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, o Superior Tribunal de Justiça passou a acompanhar a orientação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser inadmissível o emprego do writ como sucedâneo de recurso ou revisão criminal, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. No julgamento do Recurso em Habeas Corpus n. 123.402/RS, concluí que a autorização para plantio de maconha com fins medicinais depende de critérios técnicos cujo estudo refoge à competência do juízo criminal, que não pode se imiscuir em temas cuja análise incumbe aos órgãos de vigilância sanitária.

- De igual sorte, considerando que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária autoriza a importação de fármacos à base de cannabis sativa, considere que o direito à saúde estaria preservado, principalmente em razão da existência de precedentes desta Corte Superior, favoráveis ao custeio de medicamentos à base de canabidiol pelo plano de saúde (REsp n. 1.923.107/SP), bem como do Supremo Tribunal Federal (RE 1.165.959/SP), que, em repercussão geral, fixou a tese de que "cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada".

- Dessa forma, vinha determinando que o pedido fosse analisado administrativamente, com possibilidade de, em caso de demora ou de negativa, apresentar o tema ao Poder Judiciário, porém à jurisdição cível competente, privilegiando a auto-contenção judicial na seara penal.

3. Contudo, ao me deparar novamente com a matéria na presente oportunidade, passados quase dois anos do julgamento do recurso acima indicado, verifico que o cenário não se alterou administrativamente. De fato, a ausência de regulamentação administrativa persiste e não tem previsão para solução breve, uma vez que a Anvisa considera que a competência para regular o cultivo de plantas sujeitas a controle especial seria do Ministério da Saúde e este considera que a competência seria da Anvisa.

- Ademais, apesar de a matéria também poder ser resolvida na seara cível, conforme anteriormente mencionado, observo que a solução se revela mais onerosa e burocrática, com riscos, inclusive, à continuidade do tratamento. Dessa forma, **é inevitável evoluir na análise do tema na seara penal, com o objetivo de superar eventuais óbices indicados por mim, anteriormente, privilegiando-se, dessa forma, o acesso à saúde, por todos os meios possíveis, ainda que pela concessão de salvo-conduto.**

4. A matéria trazida no presente mandamus diz respeito ao direito fundamental à saúde, constante do art. 196 da Carta Magna, que, na hipótese, toca o direito penal, uma vez que o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, determina a repressão ao tráfico e ao consumo de substâncias entorpecentes e psicotrópicas, determinando que essas condutas sejam tipificadas como crime inafiançável e insuscetível de graça e de anistia.

- Diante da determinação constitucional, foi editada mais recentemente a Lei 11.343/2006. Pela simples leitura da epígrafe da referida lei, constata-se que, a contrario sensu, ela não proíbe o uso devido e a produção autorizada. Dessa forma, consta do art. 2º, parágrafo único, que "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".

- Nesse contexto, os dispositivos de Lei de Drogas que tipificam os crimes, trazem um elemento normativo do tipo redigido nos seguintes termos: "sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar". Portanto, havendo autorização ou determinação legal ou regulamentar, não há se falar em crime, porquanto não estaria preenchido o elemento normativo do tipo. No entanto, conforme destacado, até o presente momento, não há qualquer regulamentação da matéria, o que tem ensejado inúmeros pedidos perante Poder Judiciário.

5. Como é de conhecimento, um dos pilares da dignidade da pessoa humana é a prevalência dos direitos fundamentais, dentre os quais se inclui o direito à saúde, garantido, de acordo com a Constituição Federal, mediante ações que visam 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.

- Contudo, diante da omissão estatal em regulamentar o plantio para uso medicinal da maconha, não é coerente que o mesmo Estado, que preza pela saúde da população e já reconhece os benefícios medicinais da cannabis sativa, condicione o uso da terapia canábica àqueles que possuem dinheiro para aquisição do medicamento, em regra importado, ou à burocracia de se buscar judicialmente seu custeio pela União.

- Desde 2015 a Agência Nacional de Vigilância Sanitária vem autorizando o uso medicinal de produtos à base de Cannabis sativa, havendo, atualmente, autorização sanitária para o uso de 18 fármacos. **De fato, a ANVISA classificou a maconha como planta medicinal (RDC 130/2016) e incluiu medicamentos à base de canabidiol e THC que contenham até 30mg/ml de cada uma dessas substâncias na lista A3 da Portaria n. 344/1998, de modo que a prescrição passou a ser autorizada por meio de Notificação de Receita A e de Termo de Consentimento Informado do Paciente.**

6. Trazendo o exame da matéria mais especificamente para o direito penal, tem-se que o bem jurídico tutelado pela Lei de Drogas é a saúde pública, a qual não é prejudicada pelo uso medicinal da cannabis sativa. Dessa forma, ainda que eventualmente presente a tipicidade formal, não se revelaria presente a tipicidade material ou mesmo a tipicidade conglobante, haja vista ser do interesse do Estado, conforme anteriormente destacado, o cuidado com a saúde da população.

- Dessa forma, apesar da ausência de regulamentação pela via administrativa, o que tornaria a conduta atípica formalmente - por ausência de elemento normativo do tipo -, tem-se que a conduta de plantar para fins medicinais não preenche a tipicidade material, motivo pelo qual se faz mister a expedição de salvo-conduto, desde que comprovada a necessidade médica do tratamento, evitando-se, assim, criminalizar pessoas que estão em busca do seu

direito fundamental à saúde.

7. Quanto à importação das sementes para o plantio, tem-se que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça sedimentaram o entendimento de que a conduta não tipifica os crimes da Lei de Drogas, porque tais sementes não contêm o princípio ativo inerente à cannabis sativa. Ficou assentado, outrossim, que a conduta não se ajustaria igualmente ao tipo penal de contrabando, em razão do princípio da insignificância.

- Entretanto, considerado o potencial para tipificar o crime de contrabando, importante deixar consignado que, cuidando-se de importação de sementes para plantio com objetivo de uso medicinal, o salvo-conduto deve abarcar referida conduta, para que não haja restrição, por via transversa do direito à saúde.

- Aliás, essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como "fraterna" (HC n. 94163, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe-200 DIVULG 22/10/2009 PUBLIC 23/10/2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851).

- Doutrina: BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2007; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba:

Appris, 2017; MACHADO, Clara. O Princípio Jurídico da Fraternidade - um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; Direito, Justiça e Fraternidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para expedir salvo-conduto em benefício do paciente, para que as autoridades responsáveis pelo combate ao tráfico de drogas, inclusive da forma transnacional, abstenham-se de promover qualquer medida de restrição de liberdade, bem como de apreensão e/ou destruição dos materiais destinados ao tratamento da saúde do paciente, dentro dos limites da prescrição médica, incluindo a possibilidade de transporte das plantas, partes ou preparados dela, em embalagens lacradas, ao Laboratório de Toxicologia da Universidade de Brasília, ou a qualquer outra instituição dedicada à pesquisa, para análise do material. Parecer ministerial pela concessão da ordem. Precedentes. (HC n. 779.289/DF, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 28/11/2022.)

Conforme o voto condutor do Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca, a Quinta Turma passou a entender que "a ausência de regulamentação administrativa persiste e não tem previsão para solução breve, uma vez que a ANVISA considera que a competência para regular o cultivo de plantas sujeitas a controle especial seria do Ministério da Saúde e este considera que a competência seria da ANVISA", e é inevitável evoluir na análise do tema na seara penal, com o objetivo de superar eventuais óbices administrativos e cíveis, privilegiando-se, dessa forma, o acesso à saúde, por todos os meios possíveis, ainda que pela concessão de salvo-conduto. Então, o referido órgão colegiado entendeu que a matéria diz respeito ao direito fundamental à saúde, constante do art. 196 da Constituição da República, sendo que o direito penal deve objetivar a

repressão ao tráfico. Assim, concluiu-se no citado julgamento que, "diante da omissão estatal em regulamentar o plantio para uso medicinal da maconha, não é coerente que o mesmo Estado, que preza pela saúde da população e já reconhece os benefícios medicinais da *cannabis sativa*, condicione o uso da terapia canábica àqueles que possuem dinheiro para aquisição do medicamento, em regra importado, ou à burocracia de se buscar judicialmente seu custeio pela União" (HC n. 779.289/DF, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 28/11/2022).

O atual entendimento da Quinta Turma passou a corroborar o da Sexta Turma que, em julgamento anterior, sessão de julgamento do dia 14/6/2022, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, por unanimidade, negou provimento ao Recurso Especial n. 1.972.092-SP do Ministério Público, e manteve a decisão do Tribunal de origem, que havia concedido *habeas corpus* preventivo, conforme a seguinte 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 ("As 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

fabricao 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. (REsp n. 1.972.092/SP, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 30/6/2022.)

Conforme o voto do Ministro Relator Rogério Schietti Cruz, a Sexta Turma passou a entender que o plantio e a aquisição das sementes da *Cannabis sativa*, para fins medicinais, não se trata de conduta criminosa, independente da regulamentação da ANVISA, pois "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')", e, ainda, "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" (REsp n. 1.972.092/SP, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 30/6/2022.).

Então, passei, nos julgamentos neste ano (2023), a adotar o novo posicionamento da Quinta Turma e da Sexta Turma, conforme as seguintes ementas de acórdãos que relatei, desta feita, atuando na Sexta Turma:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. CULTIVO DOMÉSTICO DA CANNABIS SATIVA L. PARA FINS MEDICINAIS. SALVO-CONDUTO. POSSIBILIDADE. ATIPICIDADE PENAL DA CONDUTA.

1. No julgamento do REsp n. 1.972.092/SP, de relatoria do Ministro Rogério Schietti

Cruz, julgado em 14/6/2022, DJe de 30/6/2022, a Sexta Turma desta Corte entendeu que "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".

2. No caso, o recorrente possui autorização de importação fornecida pela ANVISA, tendo sido juntados ainda receituário, laudo e relatório médicos atestando as patologias, os quais foram subscritos por profissionais médicos, indicando a cannabis para tratamento de suas patologias.

3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, a fim de conceder salvo-conduto ao recorrente, impedindo-se qualquer medida de natureza penal em razão do cultivo artesanal da planta Cannabis Sativa L. com finalidade medicinal. (EDcl no AgRg no RHC n. 157.190/CE, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 10/2/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PEDIDO DE SALVO-CONDUTO. PLANTIO DE MACONHA PARA FINS MEDICINAIS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DA SUBSTÂNCIA.

1. O agravante busca salvo-conduto para viabilizar o plantio de maconha para fins medicinais.

2. A Sexta Turma desta Corte entendeu que "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". (REsp n. 1.972.092/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 30/6/2022.)

3. Na hipótese, o agravante não comprovou a essencialidade da substância ao seu tratamento, visto que não possui relatório médico que contenha expressamente indicação clínica, com CID, de uso do extrato caseiro da Cannabis, a quantidade de plantas necessárias ao tratamento médico do paciente, a ineficácia do tratamento com medicações autorizadas pela Anvisa e tampouco a melhora em seu quadro de ansiedade com o uso contínuo da substância.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 754.877/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 14/2/2023, DJe de 17/2/2023.)

Assim, compreendo que, "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". Nesse sentido citam-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PEDIDO DE SALVO-CONDUTO. PLANTIO DE MACONHA PARA FINS MEDICINAIS. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO PARA IMPORTAÇÃO DO MEDICAMENTO CONCEDIDA PELA ANVISA E PRESCRIÇÃO MÉDICA RELATANDO A NECESSIDADE DO USO. AGRAVO PROVIDO.

1. Hipótese em que o Agravante busca a permissão para importar sementes, transportar e plantar Cannabis para fins medicinais, sob a afirmação de ser indispensável para o controle de sua enfermidade.

2. Considerando que o art. 2.º, parágrafo único, da Lei 11.343/06, expressamente autoriza o plantio, a cultura e a colheita de vegetais dos quais possam ser extraídas substâncias psicotrópicas, exclusivamente para fins medicinais, bem como que a omissão estatal em regulamentar tal cultivo tem deixado pacientes sob o risco de rigorosa reprimenda penal, não há como deixar de reconhecer a adequação procedimental do salvo-conduto.

3. À luz dos princípios da legalidade e da intervenção mínima, não cabe ao Direito Penal reprimir condutas sem a rigorosa adequação típico-normativa, o que não há em tais casos, já que o cultivo em questão não se destina à produção de substância entorpecente.

Notadamente, o afastamento da intervenção penal configura meramente o reconhecimento de que a extração do óleo da cannabis sativa, mediante cultivo artesanal e lastreado em prescrição médica, não atenta contra o bem jurídico saúde pública, o que não conflita, de forma alguma, com a possibilidade de fiscalização ou de regulamentação administrativa pelas autoridades sanitárias competentes.

4. Comprovado nos autos que o Impetrante obteve autorização da Anvisa para importação do medicamento canábico (fl. 99), e juntada documentação médica que demonstra a necessidade do uso do óleo extraído da Cannabis para o tratamento do quadro depressivo do Recorrente, há de ser concedida a medida pretendida.

5. Agravo regimental provido para restabelecer a decisão de primeiro grau que concedeu o salvo conduto ao ora Agravante. (AgRg no RHC n. 153.768/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 28/6/2022, DJe de 1/7/2022.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PEDIDO DE SALVO-CONDUTO PARA CULTIVAR, TER EM DEPÓSITO, TRANSPORTAR E IMPORTAR MACONHA PARA FINS MEDICINAIS. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA PELO TRIBUNAL A QUO. ANÁLISE INVIÁVEL NA VIA ELEITA, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INVIABILIDADE DO REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. RECURSO QUE NÃO SUSCITA NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA: SÚMULA 182/STJ. INAPLICABILIDADE DO NOVO ENTENDIMENTO DA QUINTA TURMA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

1. Na espécie, o pedido imediato do habeas corpus originário é a expedição de salvo-conduto para que o recorrente, acometido por síndrome de Tourette, possa cultivar em ambiente doméstico Cannabis sativa, além de ter em depósito, transportar e importar sementes suficientes para a manutenção de oito pés/plantas do vegetal em floração, com fins terapêuticos.

2. Inaplicável, por falta de comprovação inequívoca do direito alegado, **o novo entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que superou a orientação pela auto-contenção judicial na seara penal relativamente à expedição de salvo-conduto para autorizar o plantio de Cannabis para fins medicinais, considerando-se a impossibilidade de se criminalizar quem busca a plena concretização do direito fundamental à saúde.**

3. O cerne da controvérsia não foi enfrentado pelo Tribunal estadual no habeas corpus, inviabilizando a sua análise direta por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

4. O habeas corpus e seu recurso ordinário pressupõem a demonstração manifesta de ilegalidade, teratologia, ou abuso de poder hábil a permitir sua constatação, de plano, inadmitindo amplo revolvimento de matéria fático-probatória.

5. Incumbe ao interessado trazer argumentos novos hábeis a ilidir as razões adotadas na decisão agravada. A impugnação insuficiente dos fundamentos da decisão recorrida atrai o enunciado de Súmula n. 182 do Superior Tribunal de Justiça - STJ e acarreta o não conhecimento do recurso.

6. Não compete a esta Corte Superior a análise de suposta violação de dispositivos constitucionais, ainda que para efeito de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal, ex vi do art. 102, III, da Constituição Federal - CF.

7. Agravo Regimental não conhecido. (AgRg no RHC n. 169.764/MG, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 22/12/2022.)

O Ministro Dias Toffoli não conheceu do Recurso Extraordinário n. 1.445.182-SP interposto pelo Ministério Público que tentava impedir a família de um adolescente de importar sementes e plantar maconha para extração do óleo de cânhamo, sustentando que, com o salvo-conduto, havia sido autorizada a produzir o óleo em casa, contrariando regras da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). O Ministro do STF, entretanto, descartou haver qualquer questão constitucional na discussão. Ele explicou não ser possível aplicar a tese fixada pelo STF no Tema 1.161 de repercussão geral por causa da natureza criminal preventiva do pedido (fonte <[Knewin Monitoring](#)>, acesso 16 ago 2023).

Ronald Dworkin, em "O Império do Direito", sustenta que as ações de instituições jurídicas ou políticas devem ser analisadas sob uma ótica histórica de modo de que decisões passadas justifiquem decisões futuras, para evitar contradições na atuação dos agentes e órgãos públicos, isto é, não são os "quereres" individuais daquele que vota, mas sim a racionalidade intrínseca às decisões judiciais que define o direito como integridade. Então, o que talvez justifica a existência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é a necessidade de garantir a observância de fundamentos de decisões anteriores, para que o ideal de justiça e equidade mantenha-se estável na sociedade. Dworkin argumenta:

[...] que uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade, especial num sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva. Este não é o único argumento em favor da integridade, ou a única consequência de reconhecê-la que poderia ser valorizada pelos cidadãos. A integridade protege contra a parcialidade, a fraude ou outras formas de corrupção oficial, por exemplo.

[...]

A integridade também contribui para a eficiência do direito no sentido que já

assinalamos aqui. Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito. Esse processo é menos eficiente, sem dúvida, quando as pessoas divergem, como é inevitável que às vezes aconteça, sobre quais princípios são de fato assumidos pelas regras explícitas e por outras normas de sua comunidade. Contudo, uma comunidade que aceite a integridade tem um veículo para a transformação orgânica, mesmo que este nem sempre seja totalmente eficaz, que de outra forma sem dúvida não teria. (DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 228-229)

Assim, é necessário respeitar os precedentes judiciais formados nas Cortes Superiores, para a integridade e coerência do Direito como instituição, e, segundo Dworkin, essa concepção tutelar e limitará sua teoria operacional de ajuste, ou seja, suas convicções sobre em que medida uma interpretação deve ajustar-se ao Direito anterior, sobre qual delas e de que maneira.

A questão, aqui tratada, não pode ser objeto da sanção penal, porque se trata do exercício de um Direito Fundamental, constitucionalmente, garantido, isto é, o Direito à Saúde, e a atuação proativa da Quinta e da Sexta Turma desta Corte Superior justifica-se juridicamente, pois "vislumbra-se que 'ativismo judicial' é um exercício pró-ativo dos órgãos da função judicial do Poder Público, não apenas de fazer cumprir a lei em seu significado exclusivamente formal, mas é uma atividade perspicaz na interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como a dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, dentre outros. Em face disso, a função judicial acaba exercendo a competência institucional e a capacidade intelectual para fixar tais conceitos abstratos, atribuindo significado aos mesmos, concretizando-os, e até dando um alcance maior ao texto constitucional, bem como julgando os atos das outras funções do Poder Público que interpretam estes mesmos princípios" (DUTRA JÚNIOR, José Felício. **Constitucionalização de fatos sociais por meio da interpretação do Supremo Tribunal Federal: Análise de alguns julgados proativos da Suprema Corte Brasileira**. Revista Cadernos de Direito, v. 1, n. 1, UDF: Brasília, 2019, pags. 205-206).

Ante o exposto, pelo respeito aos precedentes desta Corte Superior, divirjo do Ministro Relator Messod Azulay Neto, para conceder o *habeas corpus*, a fim de reestabelecer a decisão de primeiro grau que garantiu ao paciente o salvo-conduto, para obstar que qualquer órgão de persecução penal turbe ou embarace o cultivo de 15 (quinze) mudas de *cannabis* sativa para uso exclusivo próprio e enquanto durar o

tratamento.

Oficie-se à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e ao Ministério da Saúde.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 802866 - PR (2023/0047241-7)

RELATOR : MINISTRO MESSOD AZULAY NETO
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)
IMPETRANTE : DIOGO PONTES MACIEL
ADVOGADO : DIOGO PONTES MACIEL - PR089490
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : RENAN ANDRE ABDALLA DE SOUZA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

I. Razões da impetração e contextualização

RENAN ANDRE ABDALLA DE SOUZA alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná** na Remessa Necessária Criminal n. 0016774-79.2022.8.16.0013.

Consta dos autos que o paciente obteve do Juízo de primeiro grau salvo-conduto para o cultivo de *Cannabis sativa* com finalidade terapêutica, em decisão assim ementada (fl. 49):

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. CULTIVO E MANIPULAÇÃO DA CANNABIS PARA PROPÓSITO MEDICINAL. DIREITO DE ACESSO A TRATAMENTO MÉDICO ADEQUADO. COMPROVADA DESTINAÇÃO MÉDICA. LAUDO MÉDICO DETALHADO. APRESENTAÇÃO DE PLANO DE CULTIVO E MANEJO. IMPOSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006. EXERCÍCIO DA AUTONOMIA INDIVIDUAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. INTERVENÇÃO ESTATAL QUE NÃO PODE IMPEDIR AUTONOMIA DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 31 DA LEI Nº 11.343/2006. DECRETO Nº 5.912/2006 E ART. 8º, §4º DA LEI 9.782/2006. PENDÊNCIA DE ELABORAÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA PELA ANVISA. BEM JURÍDICO QUE DEIXA DE SER TUTELADO POR OMISSÃO DE REGULAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA PLANTIO E MANUSEIO DA CANNABIS PARA FINALIDADE MEDICINAL. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO MÉDICA E DE PLANO DE CULTIVO. DECISÃO QUE ENCONTRA LIMITES CONCRETOS. ARTIGOS 20 E 21 DA LEI 13655/2018. CONCEDIDA ORDEM DE SALVO CONDUTO.

Apesar de ter havido **manifestação favorável do Ministério Público** (fls. 30-35), que **não recorreu da decisão**, os autos foram remetidos para **reexame necessário** do Tribunal local, nos termos do art. 574, I, do CPP.

Em segundo grau, **novamente o Parquet deu parecer a favor do paciente** (fls. 35-48), mas o Tribunal de Justiça **reformou a decisão** de primeiro grau e cassou o salvo-conduto, nos seguintes termos (fl. 57):

REMESSA NECESSÁRIA CRIMINAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO CONCEDIDO NA ORIGEM PARA DAR SALVO CONDUTO AUTORIZANDO O CULTIVO DE CANNABIS SATIVA PARA FINS MEDICINAIS. PRETENSÃO DE CULTIVO E DE EXTRAÇÃO CASEIRA DE SEU SUBSTRATO – INVIABILIDADE – PROIBIÇÃO DE CULTIVO CONTIDA NO ART. 33, §1, II DA LEI DE DROGAS – EXTRAÇÃO CASEIRA QUE TRAZ RISCOS À SOCIEDADE E AO PRÓPRIO PACIENTE – NÃO COMPROVAÇÃO DOS MEIOS NECESSÁRIOS À PRODUÇÃO DO MEDICAMENTO – DIVERGÊNCIA ENTRE O MEDICAMENTO CUJA IMPORTAÇÃO FOI AUTORIZADA PELA ANVISA E AQUELE SOLICITADO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). DENEGAÇÃO DA ORDEM DE HABEAS CORPUS – DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Daí a impetração do presente *writ*, em que a defesa aduz, inicialmente, que o paciente padece de crises severas de ansiedade, pânico e insônia, razão pela qual, depois de tentar todos os tratamentos convencionais disponíveis, sem sucesso, recebeu a prescrição do uso de canabidiol.

Argumenta que, em virtude do custo expressivo do medicamento, o

paciente formulou pedido à Secretaria de Saúde do Estado do Paraná para que lhe fosse fornecido gratuitamente por meio do SUS, mas não obteve sucesso.

Diante da negativa, ele “passou a estudar como fabricar seu medicamento por conta própria, realizando um curso de cultivo e extração do canabidiol, e assim o fez, deu início a fabricação do seu medicamento por conta própria e já nas primeiras semanas de uso apresentou uma melhora impressionante” (fl. 4).

A fim de regularizar a situação, requer a concessão de salvo-conduto para que possa cultivar plantas de *Cannabis sativa* em sua residência.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da impetração ou, caso conhecida, pela denegação da ordem (fls. 78-82).

Levado o feito a julgamento perante a Terceira Seção, o eminente relator apresentou voto pela denegação da ordem, assim ementado:

DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO. QUESTÃO DE ORDEM. AFETAÇÃO. TERCEIRA SEÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. CULTIVO DOMÉSTICO DA PLANTA *CANNABIS SATIVA*. SALVO-CONDUTO. PLANTAR. COLHER. EXTRAIR. PRODUZIR. TER EM DEPÓSITO. EXTRAÇÃO DOMÉSTICA DE ÓLEO. FINALIDADE MEDICINAL. IMPOSSIBILIDADE. ANÁLISE TÉCNICA. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA. AUTORIZAÇÃO. COMPETÊNCIA DA UNIÃO. OPÇÕES LÍCITAS. MATÉRIA ESTRANHA AO JUÍZO CRIMINAL. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. INEXISTÊNCIA DE RISCO INDEVIDO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. ATIVIDADE POTENCIALMENTE ILEGAL. ATIVISMO INJUSTIFICADO.

I – A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. Precedentes. No caso concreto, considerando os recentes precedentes da Quinta e da Sexta Turma sobre a matéria e a possibilidade de concessão de *habeas corpus* de ofício, analisou-se sua juridicidade.

II – A definição do termo *drogas* contido no artigo 33, *caput*, da

Lei 11.343/2006, é estabelecido pela Portaria nº. 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. E a *Cannabis sativa* compõe lista de plantas que, a partir de critério técnico, podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas.

III – A Lei 11.343/2006, em seus arts. 2º e 31, disciplina o cultivo, transporte e a extração de substratos de plantas das quais possam ser extraídas ou produzidas drogas e prevê expressamente a possibilidade de a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização e respeitadas as ressalvas legais.

IV – A Agência Nacional de Vigilância Sanitária, em sua atuação típica, desde 2015, autoriza a importação de produtos cujo princípio ativo é o *canabidiol*, elemento excluído da lista de substâncias proibidas da Portaria nº. 344/98 e incluído no rol de substâncias controladas. E, a partir de 2019, passou a permitir a venda de produtos à base de substâncias derivadas da *Cannabis* em farmácias.

V – A norma que regulamenta a fabricação e importação de produtos derivados da *Cannabis*, a RDC nº. 327/2019 da ANVISA, permite a importação de produtos que contenham como ativos exclusivamente derivados vegetais ou fitofármacos da *Cannabis sativa*, devendo possuir predominantemente *canabidiol* (CBD) e não mais que 0,2% de tetrahydrocannabinol (THC). O ato normativo estabelece, ainda, que os produtos derivados da *Cannabis* podem ser prescritos somente quando esgotadas outras opções terapêuticas disponíveis no mercado brasileiro. Todavia, a RDC nº 327, ao definir produto de *Cannabis*, não incluiu a permissão do uso da planta ou partes da planta, mesmo após processo de estabilização e secagem, ou na forma rasurada, triturada ou pulverizada, ainda que disponibilizada em qualquer forma farmacêutica.

VI – Por sua vez, a RDC nº. 660/2022, da ANVISA - norma que define os critérios e os procedimentos para a importação de produto derivado de *Cannabis* por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição médica para tratamento de saúde - estabelece que a importação, por pessoa física, para uso próprio, pode se dar, apenas, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado para tratamento de saúde, bem como o produto a ser importado deve ser produzido e distribuído por estabelecimentos devidamente regularizados pelas autoridades competentes em seus países de origem para as atividades de produção, distribuição ou comercialização.

VII – A Nota Técnica nº 35/2023/ANVISA, ante a inexistência de evidências científicas robustas que comprovem a segurança, somado ao alto potencial de desvio para fins ilícitos, proibiu expressamente a importação da *Cannabis in natura*, a partir do dia 20 de junho de 2023. Além disso, assinalou que a combustão e inalação de uma planta não são formas farmacêuticas de administração de produto destinado ao tratamento de saúde.

VIII – Autorizar, via *habeas corpus*, a produção doméstica do óleo derivado da *Cannabis sativa*, com fundamento na tutela de um

suposto risco à liberdade de locomoção, seria diminuir o trabalho dos agentes de saúde e segurança sanitárias que se debruçam por anos na análise de medicamentos que atendam à finalidade a que se propõem e não gerem riscos exacerbados à saúde das pessoas. Ainda mais em um contexto em que a agência reguladora emitiu juízo de proibição da importação da planta para finalidade pretendida. Ser possível a produção doméstica do óleo não significa, por si, que seja adequado à finalidade ou seguro a quem o utilize. A produção farmacêutica, por outro lado, está submetida a uma regulação rigorosa, conta com aparato tecnológico adequado e possui um robusto sistema de qualidade e segurança, além do controle estatal do processo de produção.

IX – Diante da existência de opções lícitas, dado que o medicamento pode ser importado e já é comercializado nas farmácias brasileiras, deve o direito penal guardar o devido distanciamento da questão, em respeito ao princípio da subsidiariedade, independentemente da alegação de preço elevado.

X – O Poder Judiciário, especialmente em sede de *habeas corpus*, não possui, portanto, competência para substituir a análise da autoridade técnica e permitir, em caso específico, o plantio, cultivo e extração da *Cannabis sativa*, ainda que para finalidade puramente medicinal. Isso porque eventual autorização passa, necessariamente, pela implementação de critérios, controles e procedimentos técnicos específicos reservados à autoridade sanitária. Assim, o *habeas corpus* preventivo não é via adequada para conceder salvo-conduto para exercício de atividade potencialmente ilegal, uma vez que não se configura restrição ou ameaça indevida à liberdade individual a prática de ato, em tese, vedado pelo ordenamento jurídico penal.

Ordem de *habeas corpus* denegada.

Houve pedido de vista pelo Ministro Jesuíno Rissato.

Apresento, por oportuno, o presente voto vogal.

II. Delimitação da controvérsia

A controvérsia central gira em torno de definir se é possível ou não a concessão de *habeas corpus* para impedir a persecução penal do paciente pelo cultivo de *Cannabis sativa* com finalidade estritamente medicinal.

III. Observância aos precedentes

De início, entendo pertinente reforçar uma preocupação bem externada

pelo Ministro **Sebastião Reis Júnior** e por mim durante a sessão de julgamento em que o eminente relator apresentou seu voto, no que diz respeito à observância e estabilidade dos precedentes.

Temos empreendido nesta Corte, sobretudo nos últimos anos, esforço hercúleo para uniformizar a interpretação dos mais diversos temas atinentes à legislação federal, em atenção à função constitucional nomofilática do Superior Tribunal de Justiça e, mais do que isso, à premente necessidade de se conferir racionalidade ao sistema jurídico em um cenário de desumana sobrecarga de trabalho. Isso porque é dever do magistrado primar pela coerência do ordenamento jurídico e zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário, **mormente na judicatura dos tribunais superiores, locus próprio para conferir unidade sistêmica ao direito pátrio** e, por conseguinte, dotá-lo de estabilidade e segurança jurídica.

Em complemento essencial a essa árdua tarefa de que nos incumbiu a Constituição Federal e que vimos encarando como verdadeira missão, temos procurado formar uma **cultura de respeito aos precedentes**, voltada sobretudo às instâncias ordinárias, por meio da conscientização e do diálogo interinstitucional, bem como de cobranças ocasionalmente até mesmo um pouco mais duras, diante de posturas reticentes e pouco colaborativas da parte de alguns órgãos judicantes.

Não ignoro, naturalmente, como já expus em outras oportunidades, que o respeito aos precedentes **não os torna imutáveis**, sob pena de impedir o desenvolvimento do próprio direito e a sua compatibilização com a evolução da realidade. Penso, todavia, que **neste tema não se justifica rever a jurisprudência desta Corte, por dois motivos principais.**

Em primeiro lugar, porque a consolidação do entendimento sobre o tema ora em debate ainda é **recente** neste Superior Tribunal e seria, no mínimo, incoerente com tudo o que vimos exigindo das instâncias ordinárias deixarmos de respeitar nossas próprias diretrizes há tão pouco tempo fixadas. **Como cobrar de juízes e tribunais que sigam nossos entendimentos se nós mesmos não o**

fizemos?

Nesse ponto, registro minha discordância com o relator quanto à afirmação de que se trata de jurisprudência “ainda não consolidada” no STJ. Com efeito, embora não haja decisão da Terceira Seção sobre o tema, a matéria me parece suficientemente uniformizada na Quinta e na Sexta Turmas.

Cumpre consignar, a propósito, que, na sessão do dia 14/6/2022, no julgamento do **REsp n. 1.972.092/SP** (Rel. Ministro **Rogério Schietti**), a Sexta Turma inaugurou a **nova posição – chancelada à unanimidade – e reconheceu a possibilidade de concessão de habeas corpus preventivo (salvo-conduto) a fim de obstar a repressão criminal do cultivo de *Cannabis sativa* para fins medicinais:**

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.

(REsp n. 1.972.092/SP, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 30/6/2022)

Nos mesmos moldes, exemplificativamente, concluiu o órgão fracionário ao julgar o **RHC n. 147.169/SP** (Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, DJe 20/6/2022) e o **AgRg no RHC n. 153.768/MG** (Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe 1º/7/2022).

A Quinta Turma deste Superior Tribunal, por sua vez, **aderiu expressamente**, com valiosos argumentos suplementares, a tal orientação no julgamento do **HC n. 779.289/DF** (Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 28/11/2022):

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. 1. UTILIZAÇÃO DO MANDAMUS COMO SUBSTITUTO RECURSAL. NÃO CABIMENTO. AFERIÇÃO DE EVENTUAL FLAGRANTE ILEGALIDADE. 2. PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE SALVO-CONDUTO. PLANTIO DE MACONHA PARA FINS MEDICINAIS. NECESSIDADE DE EXAME NA SEARA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE DE OBTENÇÃO DO MEDICAMENTO NA SEARA CÍVEL. AUTO-CONTENÇÃO JUDICIAL NA SEARA PENAL. 3. SUPERAÇÃO DE ENTENDIMENTO. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO ADMINISTRATIVA. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DO ÓRGÃO COMPETENTE. ESFERA CÍVEL. SOLUÇÃO MAIS ONEROSA E

BUROCRÁTICA. NECESSIDADE DE SE PRIVILEGIAR O ACESSO À SAÚDE. 4. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE (ART. 196 DA CF). REPRESSÃO AO TRÁFICO (ART. 5º, XLIII, DA CF). NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO. LEI 11.343/2006 QUE PROÍBE APENAS O USO IDEVIDO E NÃO AUTORIZADO. ART. 2º, P. ÚNICO, DA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE DE A UNIÃO AUTORIZAR O PLANTIO. TIPOS PENAIIS QUE TRAZEM ELEMENTOS NORMATIVOS. 5. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À SAÚDE. BENEFÍCIOS DA TERAPIA CANÁBICA. USO MEDICINAL AUTORIZADO PELA ANVISA. 6. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. SAÚDE PÚBLICA NÃO PREJUDICADA PELO USO MEDICINAL DA MACONHA. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL E CONGLOBANTE. IMPOSSIBILIDADE DE SE CRIMINALIZAR QUEM BUSCA ACESSO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. 7. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES. AUSÊNCIA DO PRINCÍPIO ATIVO. ATIPICIDADE NA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE DE TIPIFICAR O CRIME DE CONTRABANDO. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. SALVO-CONDUTO QUE DEVE ABARCAR TAMBÉM REFERIDA CONDUTA. 8. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. PARECER MINISTERIAL PELA CONCESSÃO DO WRIT. PRECEDENTES.

1. Diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, o Superior Tribunal de Justiça passou a acompanhar a orientação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser inadmissível o emprego do writ como sucedâneo de recurso ou revisão criminal, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. No julgamento do Recurso em Habeas Corpus n. 123.402/RS, concluí que a autorização para plantio de maconha com fins medicinais depende de critérios técnicos cujo estudo refoge à competência do juízo criminal, que não pode se imiscuir em temas cuja análise incumbe aos órgãos de vigilância sanitária.

- De igual sorte, considerando que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária autoriza a importação de fármacos à base de cannabis sativa, considere que o direito à saúde estaria preservado, principalmente em razão da existência de precedentes desta Corte Superior, favoráveis ao custeio de medicamentos à base de canabidiol pelo plano de saúde (REsp n. 1.923.107/SP), bem como do Supremo Tribunal Federal (RE 1.165.959/SP), que, em repercussão geral, fixou a tese de que "cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada".

- Dessa forma, vinha determinando que o pedido fosse analisado administrativamente, com possibilidade de, em caso de demora ou de negativa, apresentar o tema ao Poder Judiciário, porém à jurisdição cível competente, privilegiando a auto-contenção

judicial na seara penal.

3. Contudo, ao me deparar novamente com a matéria na presente oportunidade, passados quase dois anos do julgamento do recurso acima indicado, verifico que o cenário não se alterou administrativamente. De fato, a ausência de regulamentação administrativa persiste e não tem previsão para solução breve, uma vez que a Anvisa considera que a competência para regular o cultivo de plantas sujeitas a controle especial seria do Ministério da Saúde e este considera que a competência seria da Anvisa.

- Ademais, apesar de a matéria também poder ser resolvida na seara cível, conforme anteriormente mencionado, observo que a solução se revela mais onerosa e burocrática, com riscos, inclusive, à continuidade do tratamento. Dessa forma, é inevitável evoluir na análise do tema na seara penal, com o objetivo de superar eventuais óbices indicados por mim, anteriormente, privilegiando-se, dessa forma, o acesso à saúde, por todos os meios possíveis, ainda que pela concessão de salvo-conduto.

4. A matéria trazida no presente *mandamus* diz respeito ao direito fundamental à saúde, constante do art. 196 da Carta Magna, que, na hipótese, toca o direito penal, uma vez que o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, determina a repressão ao tráfico e ao consumo de substâncias entorpecentes e psicotrópicas, determinando que essas condutas sejam tipificadas como crime inafiançável e insuscetível de graça e de anistia.

- Diante da determinação constitucional, foi editada mais recentemente a Lei 11.343/2006. Pela simples leitura da epígrafe da referida lei, constata-se que, a contrario sensu, ela não proíbe o uso devido e a produção autorizada. Dessa forma, consta do art. 2º, parágrafo único, que "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".

- Nesse contexto, os dispositivos de Lei de Drogas que tipificam os crimes, trazem um elemento normativo do tipo redigido nos seguintes termos: "sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar". Portanto, havendo autorização ou determinação legal ou regulamentar, não há se falar em crime, porquanto não estaria preenchido o elemento normativo do tipo. No entanto, conforme destacado, até o presente momento, não há qualquer regulamentação da matéria, o que tem ensejado inúmeros pedidos perante Poder Judiciário.

5. Como é de conhecimento, um dos pilares da dignidade da pessoa humana é a prevalência dos direitos fundamentais, dentre os quais se inclui o direito à saúde, garantido, de acordo com a Constituição Federal, mediante ações que visam 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.

- Contudo, diante da omissão estatal em regulamentar o plantio para uso medicinal da maconha, não é coerente que o mesmo Estado, que preza pela saúde da população e já reconhece os benefícios medicinais da cannabis sativa, condicione o uso da

terapia canábica àqueles que possuem dinheiro para aquisição do medicamento, em regra importado, ou à burocracia de se buscar judicialmente seu custeio pela União.

- Desde 2015 a Agência Nacional de Vigilância Sanitária vem autorizando o uso medicinal de produtos à base de Cannabis sativa, havendo, atualmente, autorização sanitária para o uso de 18 fármacos. De fato, a ANVISA classificou a maconha como planta medicinal (RDC 130/2016) e incluiu medicamentos à base de canabidiol e THC que contenham até 30mg/ml de cada uma dessas substâncias na lista A3 da Portaria n. 344/1998, de modo que a prescrição passou a ser autorizada por meio de Notificação de Receita A e de Termo de Consentimento Informado do Paciente.

6. Trazendo o exame da matéria mais especificamente para o direito penal, tem-se que o bem jurídico tutelado pela Lei de Drogas é a saúde pública, a qual não é prejudicada pelo uso medicinal da cannabis sativa. Dessa forma, ainda que eventualmente presente a tipicidade formal, não se revelaria presente a tipicidade material ou mesmo a tipicidade conglobante, haja vista ser do interesse do Estado, conforme anteriormente destacado, o cuidado com a saúde da população.

- Dessa forma, apesar da ausência de regulamentação pela via administrativa, o que tornaria a conduta atípica formalmente - por ausência de elemento normativo do tipo -, tem-se que a conduta de plantar para fins medicinais não preenche a tipicidade material, motivo pelo qual se faz mister a expedição de salvo-conduto, desde que comprovada a necessidade médica do tratamento, evitando-se, assim, criminalizar pessoas que estão em busca do seu direito fundamental à saúde.

7. Quanto à importação das sementes para o plantio, tem-se que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça sedimentaram o entendimento de que a conduta não tipifica os crimes da Lei de Drogas, porque tais sementes não contêm o princípio ativo inerente à cannabis sativa. Ficou assentado, outrossim, que a conduta não se ajustaria igualmente ao tipo penal de contrabando, em razão do princípio da insignificância.

- Entretanto, considerado o potencial para tipificar o crime de contrabando, importante deixar consignado que, cuidando-se de importação de sementes para plantio com objetivo de uso medicinal, o salvo-conduto deve abarcar referida conduta, para que não haja restrição, por via transversa do direito à saúde.

- Aliás, essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como "fraterna" (HC n. 94163, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe-200 DIVULG 22/10/2009 PUBLIC 23/10/2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851).

- Doutrina: BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria

constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2007; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017; MACHADO, Clara. O Princípio Jurídico da Fraternidade - um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; Direito, Justiça e Fraternidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para expedir salvo-conduto em benefício do paciente, para que as autoridades responsáveis pelo combate ao tráfico de drogas, inclusive da forma transnacional, abstenham-se de promover qualquer medida de restrição de liberdade, bem como de apreensão e/ou destruição dos materiais destinados ao tratamento da saúde do paciente, dentro dos limites da prescrição médica, incluindo a possibilidade de transporte das plantas, partes ou preparados dela, em embalagens lacradas, ao Laboratório de Toxicologia da Universidade de Brasília, ou a qualquer outra instituição dedicada à pesquisa, para análise do material. Parecer ministerial pela concessão da ordem. Precedentes.

(HC n. 779.289/DF, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 28/11/2022)

Naquele órgão fracionário, a compreensão firmada vem sendo seguida até mesmo por meio de decisões monocráticas – a reforçar a consolidação da tese –, como, por exemplo: (RHC n. 163.180/RN, Rel. Ministro **Joel Ilan Paciornik**, DJe 21/7/2023; RHC n. 185.678/SC, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 23/8/2023; RCD no REsp n. 1.991.587/PR, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 27/6/2023).

Aliás, a própria **Vice-Presidência do STJ**, durante o plantão do recesso forense do mês de julho, **concedeu diversas liminares sobre o tema com base na premissa de que estava sedimentado nas duas turmas criminais da Corte**. Ilustrativamente: HC n. 836.176/PR, Ministro **Og Fernandes**, DJe 7/7/2023; RHC n. 183.947/GO, Ministro **Og Fernandes**, DJe 18/7/2023).

Em segundo lugar, não se nota alteração do cenário fático-jurídico a ponto de ensejar a revisão do posicionamento em tão breve data.

A rigor, o único elemento superveniente apontado no voto do relator foi a Nota Técnica n. 35/2023/SEI/COCIC/GPCON/DIRES/ANVISA, com o seguinte

teor, no que interessa:

[...]

Considerando que, até o momento, inexistem evidências científicas robustas que comprovem a segurança, somado ao alto potencial de desvio para fins ilícitos, não é permitida a importação de produtos compostos pela planta *Cannabis in natura* ou partes de plantas, incluindo as flores, em consonância ao que preconizam os Tratados Internacionais sobre Controle de Drogas dos quais o Brasil é signatário e a Lei nº. 11.343/2006, com respaldo nas competências definidas pela Lei 9.782/1999. Em acordo com esse fundamento técnico, a RDC nº 327, de 09 de dezembro de 2019, ao definir produto de *Cannabis*, não incluiu a permissão do uso da planta ou partes da planta, mesmo após processo de estabilização e secagem, ou na forma rasurada, triturada ou pulverizada, ainda que disponibilizada em qualquer forma farmacêutica. A combustão e inalação de uma planta não são formas/vias de administração de produto destinado ao tratamento de saúde.

A partir de 20/07/2023, não serão concedidas novas autorizações/comprovantes de cadastro para a importação da planta *Cannabis in natura*, partes da planta ou flores.

[...]

Sobre o assunto, cabe ressaltar, inicialmente, que a nota afirma não ser “permitida a importação de produtos compostos pela planta *Cannabis in natura* ou partes de plantas, incluindo as flores” e que “A combustão e inalação de uma planta não são formas/vias de administração de produto destinado ao tratamento de saúde”, mas, **em nenhum momento, se contrapõe integralmente ao uso medicinal dos derivados da planta, sobretudo do óleo dela extraído, forma mais corriqueira em que ela é empregada para fins terapêuticos.**

Ademais, a **referida nota técnica não foi emanada pela Diretoria Colegiada da Anvisa**, isto é, pelo órgão que reúne todas as diretorias e que tem competência para editar as resoluções normativas da agência, **mas sim pela Quinta Diretoria** (apenas uma das cinco que a integram). Confirmam-se, a respeito, as competências da Diretoria Colegiada, dispostas no art. 15 da Lei n. 9.782/1999 (grifei):

Art. 15. Compete à Diretoria Colegiada:

I - exercer a administração da Agência;

II - propor ao Ministro de Estado da Saúde as políticas e diretrizes governamentais destinadas a permitir à Agência o cumprimento de seus objetivos;

III - editar normas sobre matérias de competência da Agência;

- IV - aprovar o regimento interno e definir a área de atuação, a organização e a estrutura de cada Diretoria;
- V - cumprir e fazer cumprir as normas relativas à vigilância sanitária;
- [...]

De todo modo, faço lembrar que a nota técnica da Anvisa – agência reguladora atuante em âmbito **administrativo** – não tem o condão de tornar prejudicado inafastável debate – já realizado nas duas turmas criminais desta Corte – sobre o **aspecto penal** da conduta.

É dizer, o que está em discussão neste feito é **saber se pode ser criminalmente reprimida a conduta de plantar *Cannabis sativa* com fins estritamente medicinais**, haja ou não autorização administrativa para tanto.

IV. Cabimento de habeas corpus preventivo

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 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 o paciente tenha sua conduta enquadrada no art. 33, § 1º, da Lei n. 11.343/2006, punível com pena privativa de liberdade, é indiscutível o cabimento do writ**, 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".

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.**

Vale dizer, **o cerne da discussão 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.

Assim, sobressai a importância de se concluir pela possibilidade de se socorrer do habeas corpus para resguardar a liberdade, inclusive de evitar futura ação penal, de modo a não sofrer consequências jurídicas, no âmbito criminal, ao

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.

Trago à colação, a propósito, a didática e precisa manifestação exarada pelo Ministério Público Federal atuante nesta Corte Superior, na condição de *custos legis*, nos autos do **REsp n. 1.972.092/SP** (fl. 571 daqueles autos, 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.

Por esses motivos, **discordo** da afirmação do relator de que “O Poder Judiciário, especialmente em sede de *habeas corpus*, não possui, portanto, competência para substituir a análise da autoridade técnica e permitir, em caso específico, o plantio, cultivo e extração da *Cannabis sativa*, ainda que para finalidade puramente medicinal. Isso porque eventual autorização passa, necessariamente, pela implementação de critérios, controles e procedimentos técnicos específicos reservados à autoridade sanitária”.

Não há como se olvidar, a propósito, que o fim almejado pelo paciente é

que lhe seja concedido salvo-conduto para **o plantio 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 objetiva o paciente é, em síntese, a não incriminação penal por suas condutas, em caso de futura apreensão das plantas em sua residência, cultivadas estritamente para fins medicinais, **sem nenhuma pretensão de substituir a atuação das agências administrativas em suas atribuições técnicas.**

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 **o salvo-conduto buscado pelo paciente visa a, tão somente, afastar o eventual enquadramento dele em alguma norma penal incriminadora.**

Para isso, cumpre examinar a questão sob o ponto de vista da dogmática penal.

V. 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, é a lição de Renato Brasileiro:

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 o parágrafo 1º de cada um deles, 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 lição de Renato Brasileiro sobre o tema:

[...] aquele que semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica para seu consumo pessoal, responde pelo crime do art. 28, § 1º, da Lei de Drogas. Esta figura delituosa não se confunde com aquela prevista no art. 33, § 1º, II, que incrimina a conduta do agente que 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. **Como se percebe, o cultivo de drogas para consumo pessoal diferencia-se desta modalidade de crime equiparado ao tráfico de drogas em virtude da presença de 02 (dois) elementos especializantes, quais sejam: a finalidade deve ser o consumo pessoal, e as plantas devem ser destinadas à preparação de pequena quantidade de substância entorpecente.** (LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*, Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1.059)

No caso dos autos, porém, entendo, depois de uma análise mais cuidadosa sobre o assunto, que a **conduta** para a qual o paciente pleiteou salvo-conduto é **penalmente atípica**, 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 a 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 contidos 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 pretende o paciente com o plantio da *Cannabis*, à toda evidência, 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, para seu próprio tratamento**. 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 do paciente, 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**; ao contrário, vem ao encontro da proteção do bem jurídico tutelado.

VI. Princípio da lesividade

Não sendo o juiz uma máquina de aplicar leis, ou a "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 transmutou 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)

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 contemporáneo*, 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, conquanto 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. Nessa linha de raciocínio, 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, a respeito, 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).

Diante dessas considerações, como bem ponderou o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca no **HC n. 779.289/DF** (DJe 28/11/2022, 5ª T., grifei):

[...] o bem jurídico tutelado pela Lei de Drogas é a saúde pública, a qual não é prejudicada pelo uso medicinal da cannabis sativa. Dessa forma, ainda que eventualmente presente a tipicidade formal, não se revelaria presente a tipicidade material ou mesmo a tipicidade conglobante, haja vista ser do interesse do Estado, conforme anteriormente destacado, o cuidado com a saúde da população.

- Dessa forma, **apesar da ausência de regulamentação pela via administrativa, o que tornaria a conduta atípica formalmente** – por ausência de elemento normativo do tipo –, **tem-se que a conduta de plantar para fins medicinais não preenche a tipicidade material**, motivo pelo qual se faz mister a expedição de salvo-conduto, desde que comprovada a necessidade médica do tratamento, evitando-se, assim, criminalizar pessoas que estão em busca do seu direito fundamental à saúde.

Assim, o plantio de *Cannabis* com finalidade exclusivamente medicinal não constitui crime, por **falta de tipicidade material e subjetiva**.

VII. Supostos problemas do cultivo doméstico da Cannabis apontados pelo relator

O ilustre relator elenca, em seu voto, algumas preocupações decorrentes

do cultivo doméstico da *Cannabis* como fatores que impediriam o acolhimento do pedido do paciente: **a)** a ausência de condições adequadas de segurança e precisão para a extração caseira do óleo de *Cannabis*; **b)** o potencial de desvio das substâncias para fins ilícitos e a dificuldade de fiscalização; **c)** a possível origem ilícita das sementes da planta, cuja importação seria proibida (embora não mencionada expressamente no voto escrito, foi externada verbalmente na sessão de julgamento); **d)** a existência de opções lícitas para adquirir os derivados da *Cannabis* e que tornariam desnecessário o cultivo doméstico; **e)** os prejuízos à saúde constatados em países, como Portugal, que permitiram o uso doméstico da *Cannabis*; **f)** a ausência de requerimento administrativo da autorização para plantio aos órgãos competentes.

Não me parecem tais objeções suficientes, entretanto, para inviabilizar o acolhimento do pedido, conforme passo a demonstrar individualmente.

VII. a) Ausência de condições adequadas de segurança e precisão para a extração caseira do óleo de *Cannabis*

Não ignoro, por certo, que possam ocorrer imprecisões de dosagem da extração caseira do óleo, à míngua de conhecimentos técnicos aprofundados em farmacologia, embora, no caso concreto em exame, insta enfatizar que o paciente é médico graduado.

Entendo, porém, que tal razão não é bastante para atribuir tipicidade subjetiva e material à conduta pretendida, nos moldes delineados no tópico anterior, tanto pela ausência de vontade livre e consciente de praticar o fim previsto na norma penal, qual seja, a extração de droga, para entorpecimento pessoal ou de terceiros (dolo de praticar o crime de tráfico), quanto pela inexistência de lesividade, porque a conduta do paciente, 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.

Oportuno frisar, nesse ponto, que, havendo prescrição médica para a utilização do extrato, 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 pelo próprio paciente, dentro da sua autonomia e da capacidade de escolher o melhor tratamento de saúde, e que, portanto, foge da competência criminal (desde que consumido unicamente por ele, 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". No que interessa:

Art. 17. A prescrição realizada pelo profissional e a solicitação de Autorização pelo paciente ou seu responsável legal representam a ciência e o aceite por ambos da ausência de comprovação da qualidade, da segurança e da eficácia dos produtos importados, bem como pelos eventos adversos que podem ocorrer, sendo o profissional prescritor e o paciente ou seu responsável legal totalmente responsáveis pelo uso do produto.

Art. 18. A prescrição realizada pelo profissional e a solicitação de Autorização pelo paciente ou seu responsável legal representam a ciência e o aceite por ambos da ausência de comprovação da qualidade, da segurança e da eficácia dos produtos importados, bem como pelos eventos adversos que podem ocorrer, sendo o profissional prescritor e o paciente ou seu responsável legal totalmente responsáveis pelo uso do produto.

Um paralelo bem ilustra a questão: **o preparo caseiro de produtos naturais com propriedades terapêuticas é milenar e absolutamente corriqueiro no cotidiano das sociedades**. Por acaso alguém cogitaria vedar criminalmente a **confeção doméstica de chás e outros produtos de caráter medicinal** – ou mesmo alimentar –, extraídos das inúmeras plantas e ervas naturais existentes e cotidianamente usadas, **pelo simples fato de não haver total precisão na dosagem** obtida artesanalmente?

A própria mandioca-brava, vale lembrar, é altamente tóxica se não preparada adequadamente, mas nem por isso se concebe a possibilidade de punir

criminalmente o seu preparo caseiro para alimentação. Da mesma forma, a babosa tem inúmeras propriedades terapêuticas reconhecidas, mas também pode ser prejudicial ao organismo a depender do uso que dela se faça.

A preocupação do eminente relator com a saúde individual do paciente é louvável, mas penso que **cabe somente a ele – devidamente assistido por seu médico de confiança – avaliar se é conveniente ou não o tratamento por meio do óleo de canabidiol extraído artesanalmente**, assim como ocorreria com qualquer outro produto natural, desde um simples chá de camomila para acalmar os ânimos até um eventual chá de boldo para remediar as aflições digestivas.

VII. b) Potencial de desvio das substâncias para fins ilícitos e dificuldade de fiscalização

Também não desconheço, tampouco descarto, a possibilidade de haver desvio do plantio de *Cannabis* para fins ilícitos, como bem ponderado pelo relator ao mencionar a “Operação Seeds contra um esquema de emissão de laudos médicos falsos para o cultivo de maconha em casa”.

Entendo, porém, que a possibilidade de desvios e abusos, embora deva ser sempre considerada, não pode, por si só, impedir o uso regular e benéfico dos produtos derivados da *Cannabis sativa* por parte daqueles que efetivamente deles necessitam para a sua saúde.

Patologias sempre podem e devem ser combatidas pelos órgãos de controle e fiscalização, mas, como bem pontuou o Ministro **Carlos Ayres Britto** no julgamento da **ADPF n. 130**, em que se discutia a não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988, sobretudo no que toca à censura: “não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso” (Tribunal Pleno, DJe 16/6/2009).

A mencionada precariedade da estrutura de fiscalização de eventuais desvios, em meu sentir, não é suficiente para obstar o acolhimento da pretensão do paciente. Nesse ponto, o relator acrescenta que “A obrigação de fiscalizar sem estrutura é agravada pelo fato de que os salvos-condutos são concedidos pelo

Judiciário sem prazo determinado. O Tribunal, ao analisar o pedido, deveria, certamente, verificar a necessidade de estabelecer o prazo para a utilização do medicamento, mas, comumente, não o faz. Mesmo porque o uso de qualquer medicamento deve ser aferido pelo médico, periodicamente, quanto à sua eficácia”.

Compreendo, porém, que falta de fixação de prazo para o salvo-conduto decorre, principalmente, da **natureza crônica e duradoura das enfermidades usualmente remediadas com o extrato da *Cannabis***, a exemplo da depressão e da ansiedade, de modo que não costuma haver prazo exato de tratamento, tal como poderia ocorrer, por exemplo, em doenças agudas.

VII. c) Possível origem ilícita das sementes da *Cannabis*

Embora não conste em seu voto escrito, durante a sessão de julgamento o eminente relator externou a preocupação de que a autorização para plantio poderia levar à obtenção das sementes da *Cannabis* de forma ilícita, visto que a sua importação fora vedada pela Anvisa.

Neste particular, observo inicialmente que não cabe ao Judiciário, salvo se provocado, analisar a maneira como, exatamente, fará o paciente para plantar a *Cannabis*: se comprará no exterior e trará consigo, se importará ou se comprará no mercado interno, trata-se de questão que não está em debate.

De todo modo, não se pode olvidar que, conforme decidido pela Terceira Seção desta Corte nos **EResp n. 1.624.564/SP**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe 21/10/2020, “Embora a semente seja um pressuposto necessário para a primeira ação, e a planta para as demais, **a importação (ou qualquer dos demais núcleos verbais) da semente não está descrita como conduta típica na Lei de Drogas**” (grifei), uma vez que não contém o THC, substância responsável pelos efeitos psicoativos da maconha.

A Terceira Seção ainda decidiu – em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – que **a importação de pequena quantidade de sementes de *Cannabis* é atípica também para fins de configuração do crime de**

contrabando (RHC n. 115.605/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 3ª S., DJe 3/12/2020).

Tal questão, aliás, já foi ponderada pela Quinta Turma no **HC n. 779.289/DF** (Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 28/11/2022):

[...]

7. Quanto à importação das sementes para o plantio, tem-se que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça sedimentaram o entendimento de que a conduta não tipifica os crimes da Lei de Drogas, porque tais sementes não contêm o princípio ativo inerente à *cannabis sativa*. Ficou assentado, outrossim, que a conduta não se ajustaria igualmente ao tipo penal de contrabando, em razão do princípio da insignificância

- Entretanto, considerado o potencial para tipificar o crime de contrabando, importante deixar consignado que, cuidando-se de importação de sementes para plantio com objetivo de uso medicinal, o salvo-conduto deve abarcar referida conduta, para que não haja restrição, por via transversa do direito à saúde.[...]

Assim, a concessão de habeas corpus para cultivo da planta, a meu ver, não acarreta estímulo ou conivência implícita com nenhuma prática ilegal em relação à obtenção das sementes.

VII. d) Existência de opções lícitas para adquirir os derivados da *Cannabis* e que tornariam desnecessário o cultivo doméstico

Segundo o relator, “Não se pode perder de vista, ainda, que existem opções lícitas para aquisição do medicamento, o que reforça o distanciamento que deve o direito penal guardar da questão, em respeito ao princípio da subsidiariedade”.

Peço vênia, todavia, para discordar da afirmação em duas dimensões diversas.

Primeiramente, porque, como já pontuei ao justificar o cabimento do habeas corpus, **a existência de outras alternativas para adquirir os medicamentos produzidos a partir da *Cannabis* não exclui a necessidade de discutir sobre a possibilidade (ou não) de incriminação, em âmbito penal, da**

conduta do paciente.

Em segundo lugar, porque, no meu entender, **o relator deu ao princípio da subsidiariedade do direito penal sentido oposto ao que compreendo ter o referido princípio.**

Deveras, sob a égide do princípio da **intervenção mínima**, a **ação penal tem natureza sempre subsidiária** e o direito penal é “a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, é dizer que somente pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema”, razão pela qual “se denomina a pena como a ‘*ultima ratio* da política social’ e se define a sua missão como proteção *subsidiária* de bens jurídicos” (ROXIN, Claus. *Derecho Penal – parte general*. Madrid: Civitas, 1997, p. 65-66, traduzi).

Para Roxin, a intervenção mínima decorre do **princípio da proporcionalidade, em sua vertente de proibição do excesso**, o qual é violado se “o Estado lança mão da afiada espada do Direito penal quando outras medidas de política social possam proteger igualmente ou até com mais eficácia um determinado bem jurídico” (*op. cit.*, p. 65-66).

A subsidiariedade, portanto, é postulado que, em vez de contrariar, na verdade reforça a pretensão do paciente, conforme expus no item VI deste voto. Isso porque ela afasta o uso do direito penal incriminador para tutelar conduta que não tem gravidade suficiente para justificar a sua incidência, e o que estamos a discutir é, justamente, se deve ou não incidir o direito penal contra o paciente.

É dizer, a menção do relator ao “distanciamento que deve o direito penal guardar da questão, em respeito ao princípio da subsidiariedade”, significa, na verdade, que a conduta do paciente **não deve ser penalmente incriminada**, e não que seja indevido examinar os aspectos penais do fato, precisamente para afastar eventual responsabilidade criminal pela prática dele.

VII. e) Supostos prejuízos à saúde constatados em países, como

Portugal, que permitiram o uso doméstico da *Cannabis*

Também não me parece haver agido com o costumeiro acerto o ilustre relator ao invocar matéria jornalística da Folha de São Paulo de 19/12/2019, intitulada “Internação por surto psicótico ligado a maconha cresce 30 vezes em Portugal”, para afirmar que “O prejuízo à saúde já pode ser observado em países que permitiram o uso doméstico de *Cannabis*”.

De início, penso haver um equívoco de premissa: **a dita reportagem não trata, em absoluto, do cultivo doméstico da *Cannabis sativa* para fins medicinais, tema objeto do presente feito.** O que se discute na matéria e no estudo por ela mencionado é apenas **o uso recreativo da maconha com finalidade psicoativa**, permitido em Portugal desde 2001 e que, no Brasil, está sendo discutido pelo Supremo Tribunal Federal no Tema n. 506 da Repercussão Geral, atualmente com placar de **5 x 1 a favor da descriminalização**.

Ademais, a própria matéria jornalística pondera, com base na opinião do psiquiatra Luis Fernando Tófoli, professor da Unicamp e especialista no tema, que:

Na opinião do pesquisador, levando em consideração que os estudos epidemiológicos não encontraram maiores taxas de esquizofrenia em populações que consomem mais maconha, é possível que os psiquiatras portugueses começaram a se dar conta da importância de se perguntar sobre consumo de maconha para pessoas com diagnóstico de psicose.

“Estar atento para essa correlação é importante, embora ainda não esteja clara ainda qual é a relação causal entre o uso de maconha e o diagnóstico de psicose.”

Segundo ele, pode ser tentador, para quem defende políticas proibicionistas, relacionar a flexibilização da lei de porte de drogas em Portugal com o aumento no percentual de psicóticos hospitalizados com relato de consumo de maconha.

“Isso é ainda menos provável, uma vez que para tal seria fundamental examinar um bom número de anos antes do início da descriminalização e não apenas a partir dela. **A melhor evidência disponível sobre a descriminalização das drogas não parece apontar qualquer relação com aumento ou diminuição do consumo.**”

No entanto, Tófoli afirma que o artigo português acende um alerta e indica que é preciso fazer outros estudos comparativos em outros países. “Da forma como está, ele não permite afirmar (e nem negar) que mudanças no uso adulto da maconha tenham causado esses efeitos”, diz ele. (Disponível em: <https://www1.folha.uol.com>

[.br/equilibrioesaude/2019/12/internacao-por-surto-psicotico-ligado-a-maconha-cresce-30-vezes-em-portugal.shtml](https://equilibrioesaude/2019/12/internacao-por-surto-psicotico-ligado-a-maconha-cresce-30-vezes-em-portugal.shtml). Acesso em: agosto/2023)

Conforme ressaltado pelos próprios pesquisadores responsáveis pelo estudo, uma das possíveis causas para o aumento é que “houve mais registros do uso de maconha como diagnóstico secundário (ou seja, ao receber um paciente em surto psicótico, o médico passou a perguntar mais se ele era ou não usuário de maconha)”.

É dizer, embora não deva ser desprezado, o estudo português, em razão da sua metodologia, não permite dele extrair, categoricamente, a conclusão pretendida pelo relator, uma vez que os resultados obtidos podem ser explicados por outros fatores.

De todo modo, a despeito dos relevantes e necessários debates sobre os riscos do consumo abusivo da maconha, sobretudo entre jovens, **reitero que não é disso que trata a discussão travada nestes autos**, limitada unicamente ao **uso medicinal – prescrito e acompanhado por profissional habilitado** – dos produtos extraídos da planta, cujo potencial terapêutico é mundialmente reconhecido, a ponto de o neurocientista Sidarta Ribeiro afirmar que **"a maconha é o remédio do século XXI"**, comparando a exploração das propriedades medicinais da planta 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).

Não vejo, portanto, como basear a decisão desta Corte sobre o plantio de *Cannabis* com finalidade exclusivamente medicinal em estudo realizado que **trata de tema diverso** e cuja metodologia **não permite concluir com segurança sobre os prejuízos à saúde mencionados pelo relator**.

VII. f) Ausência de requerimento administrativo de autorização para plantio aos órgãos competentes

Identifico, no voto do relator, por fim, um último argumento usado para rechaçar a pretensão do paciente: ele não haveria comprovado a realização de requerimento administrativo para obter dos órgãos competentes a autorização de plantio.

Faço lembrar, todavia, que, conforme já amplamente debatido no julgamento dos dois paradigmas sobre o tema na Sexta e na Quinta Turma (**REsp n. 1.972.092/SP** e **HC n. 779.289/DF**), simplesmente **não há como realizar o referido requerimento administrativamente aos “órgãos competentes”**, porque a Anvisa já afirmou não ter atribuição para analisar esse tipo de pedido e o Ministério da Saúde, a quem a Anvisa afirmou competir o exame, também não regulou a matéria administrativamente.

Assim, exigir tal requerimento do paciente é obrigá-lo ao impossível, além de, permito-me insistir, **não afastar a necessária discussão sobre as implicações criminais da conduta por ele pretendida, à luz da dogmática penal**

VIII. 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 possa se adequar formalmente aos tipos penais previstos nos arts. 28, § 1º, e 33, § 1º, II, da Lei de Drogas – o que justifica, conforme esclarecido no início deste voto, o cabimento de habeas corpus, diante do risco potencial de responsabilização criminal do paciente –, **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 o 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 laudo subscrito por profissional médico especializado (fls. 28-29)**, não há dúvidas de que deve ser obstada a repressão criminal sobre a conduta praticada pelo paciente.

Proponho, por fim, uma reflexão aos eminentes pares: **enquanto o Supremo Tribunal Federal caminha a passos largos para reconhecer a inconstitucionalidade do crime de portar maconha para consumo pessoal recreativo (Tema n. 506 da Repercussão Geral), é razoável que compactuemos com a responsabilização penal do paciente por pretender o cultivo da *Cannabis sativa* com finalidade exclusivamente medicinal e amparada em prescrição médica?**

Vale lembrar que, 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.

Constata-se, portanto, que a descriminalização do uso medicinal da maconha (e até mesmo recreativo) consiste em verdadeira **tendência mundial, seguida, inclusive, pelos Estados Unidos da América, país marcado por haver inaugurado o que se passou a conhecer por “war on drugs”** no governo do Presidente Richard Nixon. Naquele país, dos 50 estados da federação, **23 já admitem o consumo recreativo da maconha; 14 autorizam apenas o uso medicinal; 7 legalizaram o uso do óleo de canabidiol** e somente 6 ainda criminalizam completamente a maconha (nesse sentido, as matérias disponíveis em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-03/legalizacao-maconha-avanca-progressivamente-eua>; e <https://g1.globo.com/saude/noticia/2023/08/26/maconha-veja-paises-que-derrubaram-restricoes-e-o-que-o-cenario-indica-como-possivel-tendencia-para-o-brasil.ghtml>. Acesso em set/2023).

Assim, 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 pretende o paciente com o plantio da *Cannabis sativa* para fins unicamente medicinais.

IX. Dispositivo

À vista do exposto, com a devida vênia, **divirjo** do relator para restabelecer a sentença que **concedeu salvo-conduto** ao paciente a fim de que possa cultivar "15 (quinze) mudas de cannabis sativa para uso exclusivo próprio e

enquanto durar o tratamento" (fl. 55).

Fica vedada a comercialização, a doação ou a transferência a terceiros da matéria-prima ou dos compostos derivados da erva.

O benefício não impede o controle administrativo do processo de plantio, cultura e transporte da substância, fora dos termos ora especificados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 802866 - PR (2023/0047241-7)

RELATOR : MINISTRO MESSOD AZULAY NETO
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)
IMPETRANTE : DIOGO PONTES MACIEL
ADVOGADO : DIOGO PONTES MACIEL - PR089490
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : RENAN ANDRE ABDALLA DE SOUZA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

ADITAMENTO AO VOTO

Na sessão de julgamento do dia 13 de setembro de 2023, o Colegiado da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, decidiu pela possibilidade de concessão de *habeas corpus* preventivo para o cultivo doméstico de *Cannabis sativa* para fins medicinais.

Após voto, por mim proferido, pela denegação do salvo conduto, em que fui acompanhado pelo Ministro João Batista Moreira, o Ministro Jessuíno Rissato apresentou divergência, no que foi acompanhado pelos demais membros da Corte.

Em razão da relevância da matéria e dos argumentos trazidos no julgamento, apresento aditamento ao voto proferido na Sessão do dia 09 de agosto de 2023 para que se faça constar alguns esclarecimentos.

De início, firmo duas premissas básicas.

A primeira se refere à delimitação da questão julgada.

Nos autos dos *habeas corpus* analisado pela Terceira Seção, não se discutia o uso medicinal do *canabidiol* e seus conhecidos efeitos terapêuticos.

Os benefícios da substância à saúde são amplamente conhecidos e se mostram, a cada dia – com o avanço da medicina –, uma importante ferramenta no combate a doenças graves.

O objeto da discussão, em verdade, estava restrito à juridicidade do plantio de

Cannabis sativa in natura em ambiente doméstico com finalidade medicinal.

É imprescindível, portanto, que fique clara a distinção. Se, por um lado, não se desconhece os efeitos medicinais da substância, por outro, a preocupação externada se concentra na forma como o *canabidiol* seria disponibilizado no meio social e o papel do Poder Judiciário, especialmente na esfera criminal, no tratamento do tema.

E a segunda premissa se relaciona com a tese, levantada pela divergência, de que a afetação da temática à Terceira Seção não se justificaria, uma vez que a jurisprudência estaria consolidada no âmbito do Tribunal.

Aqui, como consignado no voto de minha relatoria, lembro que, embora os precedentes do Superior Tribunal de Justiça caminhassem no sentido da concessão do salvo conduto, não se pode dizer que a jurisprudência estava consolidada. Apesar de haver precedentes nas duas Turmas, a matéria nunca havia sido afetada à Terceira Seção. E, a partir de questão de ordem suscitada, na Quinta Turma, pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, a questão foi trazida para discussão no âmbito deste Colegiado.

Após essa necessária contextualização, entendo, nos termos das razões trazidas no voto proferido, que não cabe ao Poder Judiciário, em sede de *habeas corpus*, conceder salvo conduto para o plantio de *Cannabis sativa* para a finalidade pretendida, uma vez que tal postura revela ativismo judicial injustificado, seja porque a atribuição é estranha ao juízo criminal, seja em razão da possibilidade de se tutelar o direito à saúde por meios lícitos.

Não desconheço que os precedentes pela concessão da ordem para autorizar o plantio são recentes. Também não ignoro que a mudança de posicionamentos, principalmente da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pode causar certa insegurança jurídica. Todavia, igualmente, não se pode ignorar que o ativismo judicial revela cenário de insegurança, não só jurídica, mas também institucional, uma vez que interfere no espaço de atuação de outros Poderes da República.

No caso dos autos, a interferência parece grave, porquanto, a pretexto de tutelar o direito à saúde, a decisão repercute na esfera de atribuição não somente do Poder Legislativo, mas também do Poder Executivo.

O contexto normativo sobre a matéria não indica conclusão pela existência de direito subjetivo à autorização de cultivo da droga para fins medicinais. Pelo contrário, a norma – art. 2º, §2º, Lei 11.343/06 – reservou a atribuição à União que, a partir de

regulamentação própria e análise de critérios técnicos, pode permitir o manejo dos vegetais com objetivos medicinais ou científicos.

Assim, a concessão de salvo conduto para o plantio, via *habeas corpus*, parece desbordar da esfera de competência constitucional conferida a este Colegiado.

Ademais, como se sabe, externei preocupação com a segurança e com a precisão da dosagem do medicamento. E, neste ponto, a divergência, apesar de reconhecer a ausência de segurança, de qualidade, de eficácia ou de equivalência técnica e terapêutica da substância preparada de forma artesanal, atribuiu o risco exclusivamente ao paciente.

O entendimento ignora elemento essencial à compreensão da controvérsia: a tutela estatal da saúde pública. O Estado tem o dever constitucional de regular a saúde. Por conseguinte, não cabe exclusivamente ao livre arbítrio do paciente decidir a medicação que deve utilizar. Se não fosse assim, qualquer pessoa poderia ir à farmácia, sem receita, e pedir, por exemplo, medicação de uso controlado.

E o argumento vai além. Faz uma comparação da extração do óleo da maconha com o preparo caseiro de chás naturais com propriedades terapêuticas.

Além da abstração, há uma clara desproporção na comparação. Há uma diferença grande entre o consumo de um chá caseiro e a utilização de uma substância entorpecente proibida, que, inclusive, para a finalidade pretendida, depende de prescrição médica. Em outras palavras, não se pode querer comparar o efeito fitoterápico de um chá caseiro aos desdobramentos de um medicamento de uso controlado.

Sobre essa questão, cabe, ainda, uma observação. As receitas médicas que instruem os processos não indicam o plantio da *Cannabis* para a extração do óleo. As prescrições recomendam a utilização do *canabidiol* em dosagens específicas. Não há, pois, receita médica que sugira o manejo doméstico da planta.

Não se pode perder de vista que se trata de substância considerada ilícita pela lei brasileira. E, quanto a isso, não me parece ter relevância a experiência de outros países que, por meio do processo legislativo democrático, escolheram legalizar a maconha. Fato é que, no Brasil, a substância é proibida, de modo que não cabe ao Judiciário substituir o juízo de outras esferas de poder para liberar atividade que tem alta potencialidade lesiva ao bem jurídico tutelado pela norma nacional.

Desperta, também, certa perplexidade a alegação de que não caberia ao

Judiciário, salvo se provocado, analisar a maneira como o paciente teria acesso às sementes para realizar o plantio. Dizer que a questão não está em debate não afasta a evidente contradição de que o Judiciário está autorizando o exercício de uma atividade sem que exista uma forma lícita de realizá-la.

Sobre a obtenção de meio lícito para o plantio, repito, como o fiz no voto, que, recentemente, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária emitiu nota técnica em que proibiu expressamente a importação da *Cannabis in natura* - Nota Técnica nº 35/2023/ANVISA (grifei):

“(…)

Considerando que, até o momento, inexistem evidências científicas robustas que comprovem a segurança, somado ao alto potencial de desvio para fins ilícitos, não é permitida a importação de produtos compostos pela planta *Cannabis in natura* ou partes de plantas, incluindo as flores, em consonância ao que preconizam os Tratados Internacionais sobre Controle de Drogas dos quais o Brasil é signatário e a Lei nº. 11.343/2006, com respaldo nas competências definidas pela Lei 9.782/1999. Em acordo com esse fundamento técnico, a RDC nº 327, de 09 de dezembro de 2019, ao definir produto de *Cannabis*, não incluiu a permissão do uso da planta ou partes da planta, mesmo após processo de estabilização e secagem, ou na forma rasurada, triturada ou pulverizada, ainda que disponibilizada em qualquer forma farmacêutica. A combustão e inalação de uma planta não são formas farmacêuticas/vias de administração de produto destinado ao tratamento de saúde.

A partir de 20/07/2023, não serão concedidas novas autorizações/comprovantes de cadastro para a importação da planta *Cannabis in natura*, partes da planta ou flores (...).

(…)”

Por fim, não se mostra adequado dizer que as partes estariam dispensadas de realizar prévio requerimento administrativo aos órgãos que possuem atribuição para autorizar o plantio, uma vez que a Anvisa já teria afirmado não ter atribuição para analisar esse tipo de pedido e o Ministério da Saúde, a quem a Anvisa afirmou competir o exame, também não regulou a matéria administrativamente. Esse, enfim, é o argumento que materializa o ativismo, visto que, a partir de uma suposta omissão, o Judiciário substitui outros Poderes para dar a resposta que pressupõe correta, em desacordo com o juízo técnico científico.

Ante todo o exposto, com as devidas vênias e com todo respeito à posição do Colegiado, reafirmo minha visão sobre a temática e registro essas considerações em

complementação ao voto anteriormente proferido.

É o aditamento ao voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2023/0047241-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 802.866 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00150650920228160013 00167747920228160013 150650920228160013
167747920228160013

EM MESA

JULGADO: 13/09/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretário

Bel. **GILBERTO FERREIRA COSTA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DIOGO PONTES MACIEL
ADVOGADO : DIOGO PONTES MACIEL - PR089490
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : RENAN ANDRE ABDALLA DE SOUZA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Habeas Corpus - Habeas Corpus - Preventivo

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retomado o julgamento, após o voto-vista divergente do Sr. Ministro Jesuíno Rissato, concedendo o habeas corpus, no que foi acompanhado pela Sra. Ministra Laurita Vaz e pelos Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca e Antonio Saldanha Palheiro, a Terceira Seção, por maioria, concedeu a ordem em habeas corpus, a fim de reestabelecer a decisão de primeiro grau que garantiu ao paciente o salvo-conduto, para obstar que qualquer órgão de persecução penal turbe ou embarace o cultivo de 15 (quinze) mudas de cannabis sativa para uso exclusivo próprio e enquanto durar o tratamento, com determinação de comunicação ao Ministério da Saúde e à Anvisa, nos termos do voto do Sr. Ministro Jesuíno Rissato, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Relator e João Batista Moreira (Desembargador Convocado do TRF da 1ª Região), que denegavam a ordem em habeas corpus.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Messod Azulay Neto (Relator) e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1).

Votaram com o Sr. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) (Relator para acórdão) a Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca e Antonio Saldanha Palheiro.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

C54221215502245461-1

2023/0047241-7 - HC 802866

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2023/0047241-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 802.866 / P R
MATÉRIA CRIMINAL

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

C54221215582124546141@ 2023/0047241-7 - HC 802866