

**SALVO-CONDUTO
PLANTIO DE CANNABIS SATIVA
PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA
AFASTAMENTO
INDISPONIBILIDADE NO SUS
ELEVADO CUSTO DE IMPORTAÇÃO
GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
JURISPRUDÊNCIAS FAVORÁVEIS
DESPROVIMENTO DO RECURSO**

ESTADO DO RIO DE JANEIRO PODER JUDICIÁRIO CONSELHO RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL Apelação n. 0038716-51.2020.8.19.0209 IX JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DA REGIONAL DA BARRA DA TIJUCA - COMARCA DA CAPITAL. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: R. F. B. Relatora: Dra. Juliana Benevides de Barros Araujo SENTENÇA CONCESSIVA DE ORDEM EM HABEAS CORPUS - SALVO-CONDUTO PARA PLANTIO ARTESANAL DA CANNABIS SATIVA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - AFASTADA - AUSÊNCIA DE IMPORTAÇÃO DE MATÉRIA PRIMA OU DERIVADOS - CONSTITUCIONALIDADE ARTIGO 28, DA LEI Nº 11.343/2006 - COMPETÊNCIA JECRIM - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS FAVORÁVEIS - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. RELATÓRIO Cuida-se de Apelação interposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro buscando a reforma da sentença de fls. 478/486, proferida em sede de habeas corpus e que, deferiu o pedido apresentado na inicial nos seguintes termos: "(...) CONCEDO SALVO-CONDUTO em favor de R. F. B. a fim de que as autoridades coatoras, bem como qualquer agente de segurança pública, sejam impedidas de proceder à prisão em flagrante do paciente pela produção artesanal de no máximo 108 (centos e oito) plantas da Cannabis Sativa, em estágios diferentes de floração, sendo realizado o cultivo em 2 espaços de sua residência, um quarto de 10m² (dez metros quadrados) e parte do terraço (12m² - doze metros quadrados), durante o período de dois anos, para fins estritamente medicinais, bem como fiquem impedidas de apreenderem ou destruírem as plantas, assim como o material necessário para a produção do óleo de cannabis, encontrado no endereço do paciente, a saber: RUA DR. R. V. Nº - AP. - R. D. B. - RIO DE JANEIRO - RJ - CEP:.. O presente salvo conduto tem validade por dois anos, fixando-se o dia 04/11/22 para seu termo final, seguindo o prazo concedido pela ANVISA." A sentença ainda concedeu: "o porte, o transporte/remessa de plantas e flores para teste de quantificação e análise de canabinóides por meio de guia de remessa lacrada confeccionada pelo próprio paciente aos órgãos e entidades de pesquisa, ainda que em outra unidade da federação, para que seja possível a feitura da parametrização laboratorial e o exercício de fruição plena de seus direitos constitucionais.". Ainda no mencionado decisum foi rejeitada a arguição de inconstitucionalidade do artigo 28, da lei nº 11.343/2006. Sustenta o Ministério Público, inicialmente, em preliminar, a ausência de interesse de agir, em razão do não cabimento da interposição de habeas corpus à situação apresentada, eis que o inciso LXVIII, do artigo 5º, da CRFB circunscreve as hipóteses de cabimento aos casos de lesão ou perigo de lesão à liberdade ambulatorial, o que não seria o caso por se tratar de crime, em tese, previsto no artigo 28, da lei nº 11.343/2006, em relação ao qual não existe a previsão de imposição de prisão privativa de liberdade. Nesse caso, assevera, deveria ser aplicado entendimento já exposto pelo STF quanto ao não cabimento de habeas corpus na hipótese deste crime. Já no mérito, argumenta ser típica a conduta a ser praticada pelo recorrido, pois prevista em dispositivo legal e válido - §1º, do artigo 28, da lei nº 11.343/2006, cuja constitucionalidade deve ser reconhecida. Assim, aduz ter havido equívoco da sentenciante, pois teria entendido que a utilização da Cannabis Sativa para fins terapêuticos se diferenciaria da elementar consumo pessoal prevista no elemento objetivo e a juíza teria entendido que a norma proibitiva visaria, exclusivamente, inibir o consumo recreativo da droga. Alega, por seu turno, que o fim só se mostra relevante para a adequada capitulação da conduta, se artigo 28, §1º - consumo pessoal ou não sendo esta a hipótese, artigo 33, §1º, ambos os dispositivos da lei nº 11.343/2006. Prossegue o recorrente sustentando inexistir real conflito entre o direito social à saúde e a proibição de plantação de cannabis sativa por particular, considerando que a utilização de medicamentos à base de cannabis sativa ainda é incipiente no mundo inteiro encontrando-se em fase experimental no Brasil, país que autoriza a importação de medicamentos produzidos no exterior. Argumenta que o recorrido já possui autorização para a importação de medicamento e que o tratamento está legalmente assegurado através de ato normativo da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Assevera que, em verdade, a concessão da ordem pela sentença constitui risco à saúde pública e privada, porque não seria possível a um particular por conta própria produzir remédios à base de substâncias proscritas no país - qualquer delas -, sem supervisão e isso gere a presunção de que se está atendendo ao direito social à saúde de alguém, ainda que própria. Entende que os órgãos do Poder Judiciário não possuiriam meios de fiscalização e de controle, tanto da plantação quanto da produção do remédio, não havendo como se garantir que o interessado zelará pela correta técnica de produção, o que seria, em verdade a seu entender, verdadeira forma de despreocupação com a saúde. Ressalta que a ANVISA prevê, por meio da Resolução nº 327/2019 procedimentos para a concessão da Autorização Sanitária para a fabricação e a importação, bem como estabelece requisitos para a comercialização, prescrição, a dispensação, o monitoramento e a fiscalização de produtos de Cannabis para fins medicinais. Destaca que a normatização apresentada na resolução se destina a empresas, não podendo ser dada, como ocorreu na sentença a particulares e que se assim não ocorreu houve

verdadeiro "silêncio eloquente" ao se legislar sobre a matéria, não sendo o caso de mora estatal. Apresenta para fundamentar seu entendimento o decidido no Recurso em Habeas Corpus nº 123.402/RS. Em contrarrazões, às fls. 541/582, o impetrante/recorrido sustenta a correção da sentença guerreada, argumentando, inicialmente a adequação da via do habeas corpus para obter a autorização pretendida de plantio de Cannabis Sativa Lineo e o equívoco dos fundamentos que são apresentados no RHC 123.402/RS, usado como parâmetro pelo recorrente. Assim, sustenta que, diferentemente do mencionado no julgado, a ANVISA não realiza o processamento da autorização que busca, conforme consulta que realizara anteriormente junto àquela agência, de modo que o salvo-conduto é medida que se mostra essencial. Aduz ser falacioso o argumento da necessidade de estabelecimentos de critérios técnicos por órgãos com tal especialidade para fins de plantio da planta, pois já vem ocorrendo o estabelecimento de parâmetros por meio de decisões judiciais, não tendo sido diferente no presente caso, com a limitação da quantidade de plantas devidamente dimensionada na sentença atacada. Argumenta que a medicação à base de canabidiol não está disponível no SUS, conforme RELAÇÃO NACIONAL DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS - RENAME, que então apresentara às fls. 166/384. Alega que, em verdade, consta na pauta da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde - CONITEC (responsável pela assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde) à época recomendação de não incorporação do canabidiol. Sustenta que recorrido tem como especial fim de agir a produção da Cannabis para fins medicinais, o que não estaria englobado no tipo previsto no §1º, do artigo 28, da lei nº 11.343/2006, que não trataria do consumo terapêutico. Ilustra o argumento com a possibilidade de prescrição, aquisição, transporte, guarda e a importação de medicação à base desta planta, por meio de permissão da ANVISA. Ademais, ressalta a inconstitucionalidade do artigo 28 e §1º, da lei nº 11.343/2006, com julgamento do RE nº 635.659, com reconhecimento da repercussão geral, ainda em andamento pelo STF. Por fim, destaca que não se pode falar em "silêncio eloquente", vez que inexistente regulamentação no país do plantio de cannabis para fins medicinais, inexistindo atribuição da ANVISA neste sentido, que igualmente não informa a quem caberia a regulação desta atividade, não restando alternativa ao recorrido diversa da prestação jurisdicional, razão pela qual requer o improvimento do apelo, com a manutenção da sentença do Juízo de piso. O Ministério Público, em sede de Turma Recursal, às fls. 696/697, entende pela incompetência absoluta da Justiça Estadual, destacando que, na forma do art. 2º, parágrafo único, da Lei 11.343/06, compete à União autorizar, para fins medicinais ou científicos, o plantio, a cultura e a colheita de vegetais dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas. Destaca que os componentes canabidiol e tetrahydrocannabinol usados no preparo utilizado pelo paciente são extraídas da Cannabis Sativa L., que, por sua vez, é matéria-prima para a produção do entorpecente ilegal conhecido como "maconha" a competência seria da Justiça Federal para processar e julgar o habeas corpus em comento, ante o evidente interesse da União em atuar no feito, na forma do artigo 109, I, da CRFB. Ressalta que, em caso de concessão da ordem, o Poder Judiciário estaria substituindo a União no exercício desta competência, sem esquecer que a fiscalização da atividade caberia a autarquia federal - a ANVISA. Aduz que, mesmo não se entendendo desta maneira, não seria do JECRIM a competência para o processamento e julgamento do habeas corpus, vez que a conduta a ser praticada pelo paciente não se amoldaria ao delito do art. 28, §1º, da Lei de Entorpecentes, mas sim, a conduta típica do art. 33, §1º, II, da referida legislação. Assim, a competência seria de uma das varas criminais do TJRJ para processar e julgar o remédio constitucional e, quanto aos eventuais recursos, de um dos seus órgãos fracionários. Requer o MP, portanto, o reconhecimento da incompetência da Justiça Estadual, remetendo-se os autos à Justiça Federal para livre distribuição. Subsidiariamente, requer o reconhecimento da incompetência do JECRIM para apreciação da matéria, devendo os autos serem remetidos à livre distribuição de uma das varas criminais do TJRJ. Em sessão realizada no dia 19/11/2021, o Juiz Relator Manoel Tavares Cavalcanti apresentou voto, às fls. 704/710, conhecendo do recurso e negando provimento. O voto divergente foi apresentado às fls. 698/702, da lavra da Juíza Yedda Christina Ching-San Filizzola Asunção, conhecendo e provendo o recurso, para denegar a ordem. Súmula de julgamento à fl. 703 com pedido de vista da Juíza Daniela Barbosa Assumpção de Souza. Despacho à fl. 712 da lavra da Juíza Daniela Barbosa Assumpção de Souza, datado de 11/07/2023, constando ter sido informada de conclusão em seu nome quando não mais integrava a Turma, apesar de não haver processo nessa situação ao listar os autos conclusos quando do encerramento do seu mandato, em janeiro/2023, informação em idêntico sentido, aliás, que recebera do Chefe da Secretaria da Turma. Assim, devolveu os autos para as providências cabíveis. Certidão da Secretaria à fl. 716 constando que, em atendimento ao pedido de vista de fl. 703, foi lançada a conclusão à Magistrada no dia 27/01/2022. Despacho às fls. 717/719 da lavra do Juiz Flavio Itabaiana de Oliveira Nicolau, datado de 19/07/2023, quando então era Presidente da Segunda Turma Recursal e, em razão do encerramento do mandato do relator naquele julgamento, Juiz Manoel Tavares Cavalcanti, no dia 01/08/2023, determinando a remessa dos presentes autos ao Coordenador das Turmas Recursais, na forma do art. 10, §1º, I, do Regimento Interno das Turmas Recursais. Certidão de redistribuição à fl. 720, nos termos da Resolução 14/2012 e do Regimento Interno do TJ/RJ. ESTADO DO RIO DE JANEIRO PODER JUDICIÁRIO CONSELHO RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL Apelação n. 0038716-51.2020.8.19.0209 IX JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DA REGIONAL DA BARRA DA TIJUCA - COMARCA DA CAPITAL. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: R. F. B. Relatora: Dra. Juliana Benevides de Barros Araujo VOTO Presentes os pressupostos e requisitos para a regular interposição, o recurso deve ser conhecido. I- DAS PRELIMINARES A preliminar de incompetência absoluta, arguida pelo Ministério Público em atuação perante a Turma Recursal, não prospera. A competência para julgar o pedido de habeas corpus preventivo em favor de quem planta, transporta ou usa cannabis sativa para fins terapêuticos, decorre da autoridade apontada como

coatora. Nesse sentido, decidiu a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do CC 171206/SP (Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 16/06/2020): "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. PEDIDO DE SALVO CONDUTO PARA CULTIVO, USO, PORTE E PRODUÇÃO ARTESANAL DA CANNABIS (MACONHA) PARA FINS MEDICINAIS. ALEGAÇÃO DE JUSTO RECEIO DE SOFRER RESTRIÇÃO NO DIREITO DE IR E VIR. NARRATIVA QUE APONTA A POSSIBILIDADE DE AUTORIDADES POLICIAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO PRATICAREM COAÇÃO CONTRA A LIBERDADE DEAMBULATORIAL DOS PACIENTES. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE SALVO CONDUTO PARA IMPORTAÇÃO DA PLANTA OU DE QUALQUER OUTRA CONDUTA TRANSNACIONAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. O presente conflito de competência deve ser conhecido, por se tratar de incidente instaurado entre juízos vinculados a Tribunais distintos, nos termos do art. 105, inciso I, alínea d, da Constituição Federal - CF. 2. O núcleo da controvérsia consiste em definir a competência para prestar jurisdição na hipótese habeas corpus preventivo para viabilizar o plantio de maconha para fins medicinais. Os impetrantes objetivam ordem de salvo conduto para que os pacientes possam cultivar artesanalmente a planta Cannabis Sativa L, bem como usá-la e portá-la dentro do território nacional para fins terapêuticos. 3. Da leitura da inicial do habeas corpus impetrado em favor dos pacientes extrai-se que autoridades estaduais foram apontadas como coadoras, quais sejam: o Delegado Geral da Polícia Civil de São Paulo e o Comandante Geral da Polícia Militar de São Paulo. Destarte, as autoridades estaduais apontadas como coadoras, por si só, já definem a competência do primeiro grau da Justiça Estadual. 4. Ademais, o salvo conduto pleiteado pelo impetrante diz respeito ao cultivo, uso, porte e produção artesanal da Cannabis, bem como porte ainda que em outra unidade da federação. Nesse contexto, o argumento do Juízo de Direito Suscitado de que os pacientes teriam inexoravelmente que importar a Cannabis permanece no campo das ilações e conjecturas. Em outras palavras, não cabe ao magistrado corrigir ou fazer acréscimos ao pedido dos impetrantes, mas tão somente prestar jurisdição quando os pedidos formulados estão abarcados na sua competência. Em resumo, não há pedido de importação a justificar a competência da Justiça Federal, conseqüentemente, não há motivo para supor que o Juízo Estadual teria que se pronunciar acerca de autorização para a importação da planta invadindo competência da Justiça Federal. Ademais, a existência de uso medicinal da Cannabis no território pátrio de forma legal, em razão de salvos condutos concedidos pelo Poder Judiciário, demonstra a possibilidade de aquisição da planta dentro do território nacional, sem necessidade de recorrer à importação. 5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ é firme quanto à necessidade de demonstração de internacionalidade da conduta do agente para reconhecimento da competência da Justiça Federal, o que não se identifica no caso concreto. Frise-se ainda que o tráfico interestadual não tem o condão de deslocar a competência para a Justiça Federal Precedentes. 6. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Estadual." No caso em análise o Impetrante apontou como autoridades coadoras o Delegado de Polícia da 42ª Delegacia de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro e o Comandante do 31º Batalhão de Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, todas autoridades de âmbito estadual. Resta, portanto, estabelecida, a competência da Justiça Estadual para julgamento do habeas corpus em questão. Por outro lado, não se vislumbra hipótese de deslocamento de competência para a Justiça Estadual Comum para julgar e processar o feito, sob argumento de que o HC em tela caracteriza conduta amoldada ao crime de maior potencial ofensivo elencado no artigo 33, §1º, inciso II, da Lei nº 11.343/06. Isso porque a sementeira descrita no artigo mencionado está diretamente vinculada ao artigo 33, caput, que tipifica a conduta do tráfico ilícito de drogas. Destarte, diante dos elementos trazidos aos autos, não se vislumbra hipótese de salvo-conduto para a prática, em tese, de conduta de maior potencial ofensivo, a ensejar o deslocamento da competência para alguma das varas criminais deste Tribunal de Justiça. Também deve ser rejeitada a preliminar de ausência de interesse de agir, aduzida pelo Ministério Público em atuação perante o JECRIM, uma vez que, mesmo no caso previsto no artigo 28, §1º, da Lei nº 11.343/06, o paciente poderá ser, eventualmente, conduzido coercitivamente à Delegacia de Polícia para lavratura de termo circunstanciado, além de ter as plantas apreendidas. Tal risco justifica a impetração do habeas corpus, visando à obtenção de salvo-conduto para evitar a ameaça de deslocamento coercitivo e de autuação pela prática de crime, a despeito da ausência de previsão de prisão no tipo penal. Ademais, tratando-se de HC de caráter preventivo, a hipótese típica dependerá da avaliação subjetiva da autoridade e, dependendo de sua cognição, existe a possibilidade de ser lavrado termo circunstanciado com base no art. 28, §1º, da Lei nº 11.343/06 ou, ainda, auto de prisão em flagrante, com esteio no art. 33, §1º, inciso II, da citada lei. Dessa forma, o direito à liberdade de locomoção da paciente está ameaçado e a ausência da pena de prisão no artigo 28, §1º, da Lei de Entorpecentes não afasta a necessidade e utilidade do habeas corpus. II- DO MÉRITO Antes de adentrar ao mérito propriamente, breves considerações sobre a constitucionalidade do artigo 28, da lei 11.343/2006. Da análise dispositivo mencionado, vê-se que o legislador não descriminalizou a conduta do uso de entorpecentes, tão somente abrandando a sua punição. Assim, ainda que para fim medicinal/terapêutico, na ausência de lei revogadora (artigo 2º, LINDB), a conduta é típica. A adoção de medidas despenalizadoras com relação aos crimes de menor potencial ofensivo foi prevista constitucionalmente e, seguindo a Magna Carta, o legislador adotou no artigo 28, exatamente porque o Estado quer continuar protegendo a saúde pública, de forma mais célere e eficaz, e não negar a relevância penal do tema para afastar a intervenção do direito penal. Registre-se que o bem tutelado neste crime não é a saúde individual da pessoa que consome a droga, mas sim a proteção a saúde pública, buscando assim reprimir e desencorajar a circulação de substâncias entorpecentes que causam sério risco à sociedade. O perigo aqui é social e presumido. Portanto, o legislador no art. 28 da lei especial dedicou a quem porta pequenas quantidades uma resposta penal suave e absolutamente proporcional à lesão social causada. A constitucionalidade do preceito sancionatório é patente, na medida em que o poder legiferante,

ponderando os reflexos sociais e consequências na esfera criminal, definiu tal conduta como crime. De modo que, a conduta in casu é típica. A Lei 11.343/06 adequou as medidas previstas ao delito à recuperação e à reeducação do agente, não havendo desproporcionalidade entre a conduta e a resposta penal, de modo que inexistente inconstitucionalidade no artigo 28, da Lei 11343/2006. Impende frisar que o bem jurídico tutelado pelo dispositivo em análise é a saúde pública, objeto de proteção constitucional, motivo pelo qual me posiciono no sentido de que o direito de inviolabilidade à vida privada e à intimidade, consagrados no art. 5º, X, da Constituição Federal, assim como qualquer direito constitucional, admite ponderação no caso concreto. Os atos praticados na esfera privada, quando repercutem negativamente no meio social, podem ser coibidos pelo ordenamento jurídico. Assim, deve prevalecer o direito à saúde pública em detrimento ao direito do acusado à privacidade. Ademais, continua em julgamento perante o STF o Recurso Extraordinário nº 635659, com repercussão geral (Tema 506), sobre a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio, tendo sido realizada sessão no último dia 02 do corrente mês, momento em que o ministro Alexandre de Moraes propôs a fixação de um critério nacional, exclusivamente em relação à maconha, para diferenciar usuários de traficantes. Propôs o Ministro a presunção de usuário para quem for flagrado com 25g a 60g de maconha ou que tenha seis plantas fêmeas. Anteriormente apresentaram seus votos os Ministros Luís Roberto Barroso - pela descriminalização tão somente da maconha, com porte de até 25g ou plantação de até seis plantas fêmeas, para diferenciar do tráfico e Edson Fachin - considera a previsão inconstitucional tão somente em relação à maconha, entendendo que caberia ao Congresso Nacional estabelecer os parâmetros para diferenciar traficante e usuário. O relator é o Ministro Gilmar Mendes, cujo voto até o momento é pelo provimento do RE, com a descriminalização do tipo no artigo 28, da lei nº 11.343/2006, relativamente a todas as drogas para uso próprio. Porém, propôs o adiamento da votação, considerando que seu voto fora apresentado em 2015. Pois bem, a r. sentença vergastada, às fls. 478/486, CONCEDEU a ordem de SALVO-CONDUTO em favor de R. F. B., nos seguintes termos: "(...) Diante do exposto, defiro o pedido e CONCEDO SALVO-CONDUTO em favor de R. F. B. a fim de que as autoridades coatoras, bem como qualquer agente de segurança pública, sejam impedidas de proceder à prisão em flagrante do paciente pela produção artesanal de no máximo 108 (centos e oito) plantas da Cannabis Sativa, em estágios diferentes de floração, sendo realizado o cultivo em 2 espaços de sua residência, um quarto de 10m² (dez metros quadrados) e parte do terraço (12m² - doze metros quadrados), durante o período de dois anos, para fins estritamente medicinais, bem como fiquem impedidas de apreenderem ou destruírem as plantas, assim como o material necessário para a produção do óleo de cannabis, encontrado no endereço do paciente, a saber: RUA DR. R. V., Nº - AP. - R. D. B. - RIO DE JANEIRO - RJ - CEP:.. O presente salvo conduto tem validade por dois anos, fixando-se o dia 04/11/22 para seu termo final, seguindo o prazo concedido pela ANVISA. Com fulcro na fundamentação já aduzida, rejeita-se, por outro lado, a arguição de inconstitucionalidade do tipo penal previsto no art. 28 da Lei 11343/2006. DEFIRO, também, o porte, o transporte/remessa de plantas e flores para teste de quantificação e análise de canabinóides por meio de guia de remessa lacrada confeccionada pelo próprio paciente aos órgãos e entidades de pesquisa, ainda que em outra unidade da federação, para que seja possível a feitura da parametrização laboratorial e o exercício de fruição plena de seus direitos constitucionais." O habeas corpus preventivo encontra-se devidamente instruído com diversos documentos que demonstram a necessidade do uso terapêutico da Cannabis sativa para o tratamento médico de R. F. B., de modo que bem fez a d. Juíza sentenciante ao conceder a medida em sede liminar, como se verifica da decisão de fls. 130/132. Isso porque, conforme relatado na inicial pelo impetrante/recorrido fora diagnosticado com arterosclerose das artérias das extremidades (CID 10 I70.2) e estado de infecção assintomática pelo vírus da imunodeficiência humana (HIV) (CID Z21). Segundo seu relatado, não tendo havido solução para suas patologias com a medicina oferecida nas farmácias brasileiras, então foi recomendado tratamento com cannabis medicinal, através de óleos. No entanto, prossegue, tais medicações, todas importadas, possuem elevado custo, no caso, conforme orçamentos de folhas 57/58 e 59, alcançando o valor de R\$ 106.080,00 (CENTO E SEIS MIL E OITENTA REAIS), sendo mais acessível e de equivalente eficácia o uso do óleo produzido artesanalmente, o que ele já vem fazendo há um tempo e obtendo alívio de seus sintomas. Concedida a liminar foi então determinado ao paciente (fl. 138) a apresentação em 10 (dez) dias de exames e de documentos suplementares, o que foi feito com a petição e os anexos de fls. 162/415, com posterior parecer contrário do MP e prolação da já mencionada sentença. Destaco que os componentes utilizados nos extratos de Cannabis sativa importados, autorizados pela ANVISA e consumidos amplamente por milhares de pacientes no Brasil, são os mesmos presentes nos extratos de Cannabis sativa artesanais. Ou seja, os extratos de Cannabis sativa que o paciente utiliza, hoje, com bons resultados, são equivalentes aos extratos importados e permitidos pela ANVISA, apenas com maior teor de outros canabinóides - substâncias terapêuticas - presentes na Cannabis sativa, que o paciente necessita conforme prescrição médica. Nesse sentido, uma vantagem do óleo artesanal é a maior adequação do produto às necessidades específicas dos pacientes a que se destinam, bem como à realidade socioeconômica dos pacientes, diante do alto valor do medicamento importado. Ademais, o paciente demonstrou o alto custo da importação do óleo medicinal de que necessita, como se depreende de fls. 57/58 e 59, de forma que a concessão da ordem para que possa produzir em casa o óleo artesanal mostra-se imprescindível à garantia de seu Direito à Saúde, previsto no artigo 196, da CRFB. É de se acrescentar, ainda, que a concessão da ordem permitirá ao paciente providenciar o acompanhamento técnico do auto cultivo e da elaboração do óleo por médicos, psicólogos, antropólogos, biólogos e farmacêuticos, ligados a diversas instituições sociais e de pesquisa, principalmente o projeto FARMACANABIS do Laboratório de Toxicologia da Faculdade de Farmácia da UFRJ, para onde transporta amostras de sua produção para testes (fls. 12 e 60). Registre-se que, caso indeferido este pleito, a caríssima importação da substância inviabilizaria o

tratamento médico do paciente, sendo certo que o Estado não fornece a Cannabis sativa para os pacientes necessitados, assim como é notória a dificuldade e morosidade para a obtenção de medicamentos de alto custo junto ao SUS. O paciente busca amparo no Poder Judiciário para implementar o seu tratamento médico, negado pela Saúde Pública. Nada obstante a vedação prevista na norma penal para o cultivo da planta da qual se extrai a substância entorpecente, o direito à dignidade e à saúde também encontram guarida na Constituição Federal. Diante da ausência de regulamentação legal para a produção particular e artesanal do óleo de cannabis e dos elevados custos para a importação, aquele que necessitar desse tipo de tratamento permanece à mingua e desamparado pelo Poder Público. Tal conflito merece solução e requer a intervenção do Judiciário. O artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 11.343/06 prevê a possibilidade de autorização pela União para a plantação, cultura e colheita de vegetais dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, com finalidade exclusiva medicinal e científica. O Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução CFM nº 2.113/14 (DOU de 16 de dezembro de 2014, seção I, p. 183) aprovou o uso compassivo do canabidiol para o tratamento de epilepsias em crianças e adolescentes resistentes aos tratamentos convencionais. A concessão de salvo-conduto para o cultivo da cannabis para extração do óleo medicinal permanece pendente de uniformização no E. STJ, subsistindo divergência entre as duas turmas com competência criminal nos julgados mais recentes, havendo, outrossim, recentes alterações de posicionamento, inclusive relativamente ao julgado apresentado na fundamentação do recorrente. A 5ª Turma se abstinha do exame de mérito, julgando que a matéria competiria à jurisdição cível, uma vez que a autorização para o plantio incumbe aos órgãos de vigilância sanitária, especialmente a ANVISA, que poderá autorizar ou não o cultivo das plantas para produção artesanal dos medicamentos, não cabendo à justiça criminal decidir acerca matéria. (STJ. 5ª Turma. RHC 123402-RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 23/03/2021 - Info 690). Em recente julgado, no entanto, houve alteração neste entendimento, como segue: 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. SUPERÇÃO 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 PENAS 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.). A jurisprudência vigente da 6ª Turma é favorável à concessão de salvo-conduto para permitir que pessoas com prescrição médica para o uso do canabidiol cultivem plantas de

maconha e dela façam a extração do óleo. (STJ. 6ª Turma. RHC 147.169, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 14/06/2022, e STJ. 6ª Turma. REsp 1.972.092, Rel. Min. Rogerio Schietti, julgado em 14/06/2022). Filio-me à corrente capitaneada pela C. 6ª Turma do E. STJ, uma vez que, embora eventual autorização para o plantio possa ser concedida na esfera administrativa pelos órgãos competentes, a tipicidade ou atipicidade penal da conduta vincula-se não apenas à eventual autorização do órgão administrativo competente, mas também e principalmente pela delimitação do elemento subjetivo do tipo, cuja competência inarredável é da justiça criminal. Nesse sentido, destaco dois recentes julgamentos do dia 14/06/2022, ambos unânimes, da 6ª Turma do E. STJ. O Recurso em Habeas Corpus nº 147169/SP (2021/0141522-6), relator o Ministro Sebastião Reis Júnior, cuja ementa dispõe: RECURSO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SALVO-CONDUTO. CULTIVO ARTESANAL DE CANNABIS SATIVA PARA FINS MEDICINAIS. PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA, FRAGMENTARIEDADE E SUBSIDIARIEDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. OMISSÃO REGULAMENTAR. DIREITO À SAÚDE. 1. O Direito Penal é conformado pelo princípio da intervenção mínima e seus consectários, a fragmentariedade e a subsidiariedade. Passando pelo legislador e chegando ao aplicador, o Direito Penal, por ser o ramo do direito de mais gravosa sanção pelo descumprimento de suas normas, deve ser ultima ratio. Somente em caso de ineficiência de outros ramos do direito em tutelar os bens jurídicos é que o legislador deve lançar mão do aparato penal. Não é qualquer lesão a um determinado bem jurídico que deve ser objeto de criminalização, mas apenas as lesões relevantes, gravosas, de impacto para a sociedade. 2. A previsão legal acerca da possibilidade de regulamentação do plantio para fins medicinais, art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006, permite concluir tratamento legal díspar acerca do tema: enquanto o uso recreativo estabelece relação de tipicidade com a norma penal incriminadora, o uso medicinal, científico ou mesmo ritualístico-religioso não desafia persecução penal dentro dos limites regulamentares. 3. A omissão legislativa em não regulamentar o plantio para fins medicinais não representa "mera opção do Poder Legislativo" (ou órgão estatal competente) em não regulamentar a matéria, que passa ao largo de consequências jurídicas. O Estado possui o dever de observar as prescrições constitucionais e legais, sendo exigível atuações concretas na sociedade. 4. O cultivo de planta psicotrópica para extração de princípio ativo é conduta típica apenas se desconsiderada a motivação e a finalidade. A norma penal incriminadora mira o uso recreativo, a destinação para terceiros e o lucro, visto que, nesse caso, coloca-se em risco a saúde pública. A relação de tipicidade não vai encontrar guarida na conduta de cultivar planta psicotrópica para extração de canabidiol para uso próprio, visto que a finalidade, aqui, é a realização do direito à saúde, conforme prescrito pela medicina. 5. Vislumbro flagrante ilegalidade na instauração de persecução penal de quem, possuindo prescrição médica devidamente circunstanciada, autorização de importação da ANVISA e expertise para produção, comprovada por certificado de curso ministrado por associação, cultiva cannabis sativa para extração de canabidiol para uso próprio. 6. Recurso em habeas corpus provido para conceder salvo-conduto a Guilherme Martins Panayotou, para impedir que qualquer órgão de persecução penal, como polícias civil, militar e federal, Ministério Público estadual ou Ministério Público Federal, turbe ou embarace o cultivo de 15 mudas de cannabis sativa a cada 3 meses, totalizando 60 por ano, para uso exclusivo próprio, enquanto durar o tratamento, nos termos de autorização médica, a ser atualizada anualmente, que integra a presente ordem, até a regulamentação do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006. E o REsp 1.972.092, Relator o Ministro Rogerio Schietti, cuja ementa cito: 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 objetiva 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, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 30/6/2022.)" Nesse diapasão, sopesando os elementos conflitantes, não tenho dúvida de que prepondera o direito à saúde e à dignidade do paciente, razão pela qual, ante a inércia do poder público (que, nada obstante, pode autorizar administrativamente o plantio), o salvo-conduto afigura-se a medida razoável e necessária para, delimitando a atipicidade penal da conduta, afastar a persecução penal e garantir e preservar o direito subjetivo do paciente à saúde, ameaçado por eventual ação repressiva do Estado. Pelo exposto, VOTO no sentido de conhecer e de NEGAR provimento ao recurso. Rio de Janeiro, 28 de agosto de 2023. JULIANA BENEVIDES DE BARROS ARAUJO JUÍZA RELATORA 2 Segunda Turma Recursal Criminal Apelação n. 0038716-51.2020.8.19.0209 2 Apelação nº 0038716-51.2020.8.19.0001 2

0038716-51.2020.8.19.0209 - APELAÇÃO CRIMINAL

CAPITAL 2a. TURMA RECURSAL DOS JUI ESP CRIMINAIS

Juiz(a) JULIANA BENEVIDES DE BARROS ARAUJO - Julg: 29/08/2023 - Data de Publicação: 31/08/2023