



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2020.0000864145

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 1016472-58.2020.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que são recorrentes CARLOS ALBERTO MACHADO e HELENICE FERREIRA SILVA, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento ao recurso, para os fins que constarão do voto do Relator designado, Des. Ricardo Sale Júnior, vencido, em parte o Relator sorteado, Des. Willian Campos que julgava prejudicado o pedido de tutela antecipada e dava parcial provimento ao recurso apenas para que o feito tramitasse em segredo de justiça e declara.

Sustentou oralmente o Dr. Antônio de Pádua Pinto Filho e usou da palavra o Exmo. Procurador de Justiça Dr. Francisco José Taddei Cembranelli.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO SALE JÚNIOR (Presidente), vencedor, WILLIAN CAMPOS, vencido, e CLÁUDIO MARQUES.

São Paulo, 15 de outubro de 2020

RICARDO SALE JÚNIOR

RELATOR DESIGNADO

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

15ª Câmara de Direito Criminal

Recurso em Sentido Estrito nº 1016472-58.2020 – Franca

Recorrentes: Carlos Alberto Machado e Helenice Ferreira Silva

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

voto nº 23.836

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – Habeas corpus preventivo impetrado em primeira instância – Cultivo de cannabis sativa para fins medicinais – Pretensão de expedição de salvo-conduto a fim de possibilitar que os recorrentes possam cultivar cannabis sativa, em sua residência, com o objetivo de obter o óleo terapêutico utilizado para o tratamento da sua filha, tratamento este indicado por médico devidamente registrado no CRM – Relatório indicando a eficácia da substância no caso concreto, havendo efetiva melhora no quadro clínico – Previsão legal quanto à possibilidade de cultivo de vegetais dos quais se possam ser extraídas drogas, desde que com finalidade medicinal ou científica, a teor do artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 11.343/06 – Matéria que ainda carece de regulamentação – Proteção do direito à saúde, que deve se sobrepor aos interesses secundários do Estado – Conduta que não se reveste de culpabilidade, de modo que não resta configurado ilícito penal - Inexigibilidade de conduta diversa – Segredo de Justiça que se faz necessário – Questão envolvendo interesse de incapaz, além de representar risco à segurança pública, caso seja publicamente conhecida - Recurso provido, a fim de conceder salvo-conduto aos recorrentes, para que possam cultivar, em seu domicílio, a planta cannabis sativa, com finalidade única e exclusiva de produzir o óleo terapêutico utilizado para o tratamento da sua filha, nos termos de sua prescrição médica, mediante o cumprimento das condições especificadas nesta instância.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto contra a r. decisão de fls. 147/151, cujo relatório se adota, que denegou a ordem de *habeas corpus* impetrado por

CARLOS ALBERTO MACHADO e HELENICE FERREIRA SILVA, através do qual buscavam a concessão de salvo-conduto para o cultivo de *cannabis sativa* para fins terapêuticos, visando a obtenção, de forma caseira, de remédio a partir da respectiva planta, com o objetivo de tratar as crises convulsivas de sua filha, que padece de quadro de epilepsia (CID 10 – G40), evitando-se, assim, eventual enquadramento em crime tipificado na Lei de Drogas.

Irresignados, recorreram os impetrantes, pretendendo, preliminarmente, que seja reinstaurado o segredo de justiça, uma vez que o processo envolve questão de saúde de uma pessoa incapaz, interditada judicialmente. No mérito, pugnam pela concessão do *habeas corpus*, a fim de deferir salvo-conduto em favor dos recorrentes, para que possam dar continuidade ao cultivo da planta *cannabis sativa* para fins medicinais, com o objetivo de produzir o óleo terapêutico utilizado para o tratamento da sua filha, sem risco à sua liberdade (fls. 159/180).

Regularmente processado o recurso interposto, com o oferecimento das contrarrazões a fls. 188, vieram os autos a esta Instância, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo seu não provimento (fls. 221/226). Todavia, em sede de sustentação oral realizada na sessão de julgamento dos presentes autos, em manifestação da lavra do culto Procurador de Justiça, Dr. Francisco Cembranelli, o Ministério Público

posicionou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

O recurso interposto merece provimento.

Inicialmente, afasta-se a tese de não conhecimento da matéria ventilada nos presentes autos, uma vez que a Terceira Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, nos autos do Conflito de Competência nº 171.206/SP, julgado em 10 de junho de 2020, decidiu, por unanimidade, que a competência para julgar pedido de *habeas corpus* preventivo para fins de obter salvo-conduto para aquele que planta, transporta ou usa *cannabis sativa* para fins terapêuticos, pertence à Justiça estadual.

No entendimento do relator do processo, Ministro Joel Ilan Paciornik, as próprias autoridades estaduais apontadas como coatoras (no caso, Delegado da Polícia Civil de São Paulo e o Comandante Geral da Polícia Militar de São Paulo) já definem, por si só, a competência da Justiça estadual. Além disso, não havendo demonstração de internacionalidade da conduta do agente, inviável falar-se em competência da Justiça Federal.

Nesse sentido:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. HABEAS

CORPUS PREVENTIVO. PEDIDO DE SALVO CONDUITO 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 CONDUITO 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 *Canabis 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 coatoras, 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 coatoras, por si só, já definem a competência do primeiro grau da Justiça Estadual.** 4. Ademais, o salvo conduto pleiteado pelos 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” (CC 171.206/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. em 10.06.2020) (grifos nossos).*

Dessa forma, considerando que os recorrentes pleiteiam, apenas e tão somente, o direito de cultivar a planta *cannabis sativa* sem sofrer qualquer privação em suas liberdades individuais em virtude de tal prática, sendo tal cultivo realizado em sua residência, localizada na cidade de Franca, e não restando demonstrado nos autos que os impetrantes pretendam

praticar tal conduta com fins transnacionais, mormente não sendo o caso, também, de pedido de importação da substância, resta evidenciada a competência da Justiça estadual para o conhecimento do pleito.

Feitas essas considerações, passa-se a análise do mérito.

Observa-se dos autos que os recorrentes são pais de Julia Ferreira da Silva, interditada judicialmente, nascida em 07 de maio de 1989, sendo que esta, desde cedo, apresentou problemas de desenvolvimento, com dificuldade de fala e locomoção, sendo diagnosticada com epilepsia (CID 10 – G40).

Alegam, ainda, os impetrantes, que Julia apresentou a primeira crise convulsiva aos 08 (oito) anos de idade, ocasião em que foi hospitalizada na UTI do Hospital Regional de Franca, sendo que tais crises nunca foram controladas, sendo ela atendida por quase todos os médicos neurologistas da respectiva cidade, tendo tomado diversos tipos de medicamentos anticonvulsionantes, porém sem sucesso, vindo a apresentar lesão cerebral em decorrência das crises.

Ao longo dos anos, o quadro clínico da filha dos recorrentes foi piorando, tanto que, em 2014, Julia chegou a ter até 100 (cem) crises seguidas, ocasionando ainda mais lesões em

seu cérebro.

Nessa mesma época, os impetrantes tomaram conhecimento da eficácia do óleo de *cannabis* para o tratamento das crises epiléticas, sendo então receitado à sua filha o medicamento *Real Scientific Hemp Oil* (RSHO), CBD 14-25% 10g.

Todavia, em face do alto custo do referido medicamento - cerca de R\$ 5.5442,52 por mês, com a cotação atual do dólar - os recorrentes ingressaram com ação de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública, obtendo provimento para o fornecimento do respectivo item.

Contudo, segundo alegam os impetrantes, o Estado não cumpriu com o fornecimento da medicação, eis que entregou o medicamento somente em duas ocasiões.

Os recorrentes, em situação de desespero, começaram a pesquisar como produzir o óleo da planta *cannabis sativa* de maneira artesanal, em sua própria residência, sendo que conseguiram ótimos resultados com o uso desta substância feita por eles mesmos, tanto que conseguiram que a filha permanecesse por um período de até 08 (oito) meses sem qualquer crise epilética.

Assim, considerando a melhora substancial no estado de saúde da filha, somado ao fato da impossibilidade

financeira de arcar com a importação do medicamento de altíssimo custo, os insurgentes encontraram no cultivo artesanal da *cannabis* a única alternativa viável para que a sua filha pudesse ter acesso à referida substância, crucial para a melhora de seu quadro clínico, razão pela qual impetraram *habeas corpus* junto ao juízo de primeiro grau, requerendo a concessão de salvo-conduto para que pudesse permanecer cultivando a planta em questão, para fins medicinais.

Todavia, o MM. Juiz *a quo* denegou a ordem, sob o seguinte fundamento:

“O escopo da justiça criminal é a apuração, o conhecimento e a resolução de lides penais.

Não lhe cabe substituir o Estado para, dentro da seara penal, expedir autorização para que um particular possa plantar ou continuar a plantar, pés de maconha, visando obtenção de determinado medicamento, por mais que a matéria de fundo revele aflição para a família da criança doente.

Neste sentido, aliás, o promotor de justiça bem discorreu, ao destacar que, em raras hipóteses, somente a União Federal, por meio de licença especial administrativa, poderia autorizar tal plantio, para fins medicinais e ou científicos (vide fls. 143, do parecer, onde faz alusão a preceitos normativos sobre o tema).

Inclusive, há formas legais de obter-se o medicamento correto, que existe no mercado,

tanto que os impetrantes obtiveram ganho de causa, na Justiça Federal local (vide fls. 04), pese embora não estejam conseguindo implementar, a contento, a obtenção do medicamento, já autorizada pela via judicial, o que já está a confrontar com alegação de estado de necessidade e ou inexigibilidade de conduta diversa.

Bem por isso, embora aqui nem seja o momento para essa discussão, não há que se falar, repise-se, em estado de necessidade e ou inexigibilidade de conduta diversa (teses que só comportariam tempestiva análise, em meio a um processo-crime existente), porquanto existe o medicamento industrializado e forma legal de se obtê-lo, ainda que pela via judicial (inclusive já movimentada pelos pacientes, na Justiça Federal local), mas não pela via de autorização de juízo criminal, para que os pacientes possam infringir legislação penal federal, plantando pés de maconha, visando, de forma caseira e particular, produção do mencionado óleo.

Despiciendo dizer que também não haveria, em caso de deferimento, forma EFICAZ se proceder ao controle e fiscalização do almejado plantio, do que seria efetivamente produzido, que quantidade de óleo se conseguiria obter, do que sobraria, poderia haver desvio de finalidade, seja para eventual utilização da planta, visando preparo de substância entorpecente, para uso próprio e, quiçá, para fins de ilícito comércio. O julgador sempre deve ter cautela, com reflexos de decisões judiciais, mormente em sede monocrática e para casos futuros, abrangendo indistinto número de pessoas.

Cabe, pois, aos impetrantes, buscar a satisfação de seus direitos, enfim, que a decisão judicial que obtiveram, para ter o medicamento, seja

efetivamente cumprida.

Nesta esfera de competência criminal, de contornos legais estritos e com escopo bem definido, como já referido (apuração de infrações penais), decido que não ser o caso de o particular poder plantar pés de maconha - e se noticia que já plantam (e isto configura, em tese, infração penal grave), ainda que para, de forma caseira e artesanal, conseguirem produzir predito óleo, tido como eficaz em determinado tratamento devido à filha.

O medicamento industrializado existe. Os impetrantes já litigam na esfera Federal, para obtê-lo, de forma lícita e já tiveram ganho de causa. Devem buscar, como já referido, o esgotamento da via judicial, para a satisfação de seus interesses e cumprimento de decisão judicial que lhes foi favorável.

No plantio de pés de maconha, não estão, neste momento, acobertados por excludentes de ilicitude (matéria, repise-se, a ser, com profundidade, discutida em momento próprio e dentro de um processo criminal, aqui a ela apenas se referindo, pois constituiu parte do fundamento do pedido inaugural).

O juízo criminal não pode autorizar seja infringida Lei Antitóxica, autorizando plantio (ou sua continuidade) de pés de maconha, atuando como legislador, substituindo o ente federal (vide art. 2º, parágrafo único, cc. o art. 31, da Lei Antitóxica) e contemplando interesses, por mais nobres que possam ser, de particular, ao arrepio de normas legais penais vigentes, expedindo perigosa autorização e salvo-conduto, para que pés de maconha sejam plantados ou continuem a ser cultivados, visando produção caseira,

particular e artesanal, de medicamento para determinado tratamento” (fls. 148/150).

Em que pese a fundamentação adotada pelo Juízo *a quo*, entendo que razão assiste ao pleito defensivo, devendo a r. decisão de primeiro grau ser reformada.

Conforme se observa dos autos, o relatório médico de fls. 33/34, datado de 15 de julho de 2015, subscrito por neurologista infantil devidamente registrada no CRM, indicou o uso de *canabidiol* para a filha dos recorrentes, uma vez que “*as crises não responderam a medicações usuais*”.

Prescreveu-se, então, uma dose diária de 4ml, o que corresponde a 01 (uma) ampola de 1600mg a cada 2,5 doses do medicamento *Hemp Oil* (RHSO) *Cannabidiol* (CBD), consoante relatório médico e receituários de controle especial de fls. 35/41.

Há nos autos, ainda, um relatório médico datado de 22 de setembro de 2016, no qual se consignou que Julia apresentou melhora significativa com o uso de *canabidiol*, na utilização de 12 (doze) tubos mensais (fl. 59).

Por fim, o relatório médico datado de 30 de junho de 2016 indicou que a filha dos recorrentes passou a usar *canabidiol* caseira, feita pelos próprios familiares, frente à

dificuldade de se obter o medicamento supramencionado, e que deveria permanecer no uso da substância por tempo indeterminado, a fim de manter os seus benefícios, bem como o controle das crises (fls. 62).

Diante da farta documentação juntada aos autos, restou plenamente demonstrado que a obtenção do salvo-conduto pelos recorrentes tem a finalidade exclusiva de cultivar a *cannabis sativa* para fins medicinais, e não o seu uso recreativo ou a negociação com terceiros.

Ademais, não obstante os impetrantes tenham iniciado o cultivo do vegetal sem autorização para tanto, não vislumbro má-fé em sua conduta, tanto que buscaram, junto ao Poder Judiciário, a regularização de tal situação, em vez de permanecer na clandestinidade.

Não há que se olvidar que, conforme bem ressaltado pelo Juízo de primeiro grau, já existe um medicamento a base de *canabis sativa* devidamente autorizado pela ANVISA, tanto que, face ao alto custo do produto, os impetrantes ingressaram com ação contra a Fazenda Pública, a qual foi julgada procedente, determinando-se que o Estado fornecesse à Julia 70 (setenta) tubos de *Hemp Oil* (RHSO) *Cannabidiol* (CBD), conforme documento juntado às fls. 42/57.

Todavia, tal prestação não foi realizada a

conteúdo, de modo que os recorrentes receberam, apenas, duas doses do medicamento.

Sabe-se que existem meios legais facultados aos recorrentes para determinar que a Fazenda Pública cumpra a determinação judicial. Contudo, diante dos trâmites burocráticos para tanto, e sabendo que, por vezes, o Estado revela morosidade no cumprimento das ordens judiciais, os impetrantes, vendo-se em situação de desespero, frente à premente e imediata necessidade de prestar o tratamento adequado à filha, recorreram novamente ao Judiciário, dessa vez para obter o salvo-conduto para que possam, eles mesmos, cultivar *cannabis sativa*, a fim de extrair o óleo de *canabidiol* necessário para a melhora do quadro clínico de sua filha.

Registre-se, por oportuno, ser inquestionável a eficácia de extratos da *cannabis sativa*, como o *canabidiol* (CDB), como terapia para inúmeros problemas de saúde, muitos dos quais refratários aos tratamentos tradicionais da indústria farmacêutica.

Tais propriedades terapêuticas da *cannabis sativa* vem sendo exaustivamente comprovadas nos últimos anos, por meio de diversas pesquisas e estudos científicos. Dentre tais trabalhos, impende destacar o primeiro teste clínico em grande escala feito em relação ao canabidiol, cujo resultado demonstrou que tal substância foi capaz de reduzir a frequência das convulsões epiléticas graves em 39% (trinta e nove por cento), conforme estudo

publicado no *The New England Journal of Medicine*, em 24 de maio de 2017¹.

A pesquisa ora em referência confirmou os resultados anteriormente obtidos em um estudo científico realizado pela Universidade da Califórnia, que acompanhou a evolução do tratamento a base de extratos da *cannabis sativa* em 162 (cento e sessenta e dois) voluntários, entre crianças e jovens adultos, em 11 (onze) Centros de Epilepsia espalhados pelos Estados Unidos, publicado em 23 de dezembro de 2015 no periódico *Lancet Neurology*².

Este é, portanto, o cenário fático em que se insere o *habeas corpus* preventivo impetrado pelos ora recorrentes: de um lado, a existência de grave condição médica (epilepsia), suportada pela filha de ambos, acarretando em diversas crises convulsivas, crises estas que provocaram lesão cerebral, tendo Julia sido submetida a diversos tratamentos medicamentosos, que se revelaram incapazes de promover qualquer melhora significativa em seu quadro clínico. De outro lado, tem-se que a utilização do óleo extraído da *cannabis sativa*, rico na substância *canabidiol*, revelou-se a única terapia efetiva para o seu caso, eis que, somente após iniciar o tratamento com tal substância, houve uma efetiva diminuição das crises convulsivas, sendo certo que o Estado não cumpriu com sua obrigação legal de entregar o remédio à base de

¹Disponível em: <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMoa1611618>

² Fonte: <https://www.universityofcalifornia.edu/news/cannabis-based-drug-reduces-seizures-children-treatment-resistant-epilepsy>

tal substância vindo do exterior, não tendo os recorrentes condições financeiras de arcar com os custos do produto, tampouco há como se exigir que aguardem a entrega do remédio pelo Estado, eis que a filha precisa do tratamento diariamente, sob pena de agravar consubstancialmente tal quadro, de modo que a cada dia de espera corresponde a um pior prognóstico na condição médica de Julia.

Frente a essa realidade, passo a tecer as seguintes considerações.

Como é sabido, o parágrafo único do artigo 2º, da Lei nº 11.343/06, permite à União autorizar o plantio, a cultura e a colheita de vegetais dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, dentre elas a *cannabis sativa*, desde que exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, conforme se depreende da redação abaixo transcrita:

“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. ”

A previsão legal para o cultivo de plantas das quais se pudesse extrair substância entorpecentes, com finalidade terapêutica ou medicinal, não foi uma novidade trazida pela Lei nº 11.343/06, sendo que já se encontrava presente na legislação anterior que regulamentava a matéria (Lei nº 6.368/76), conforme dispunha o seu artigo 2º, § 2º, *in verbis*:

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

(...)

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

Ocorre que, muito embora a possibilidade de autorização do plantio e cultivo de *cannabis* esteja prevista no ordenamento jurídico pátrio há mais de 40 (quarenta) anos, a questão segue sem regulamentação ou norma específica.

A partir da análise das normas acima transcritas, fica claro que a finalidade incriminadora da Lei nº

11.343/06 não busca albergar o cultivo de plantas, das quais possam se extrair drogas, com fim medicinal, na medida em que o bem jurídico tutelado pela respectiva normal penal visa à proteção da saúde pública, não tendo como escopo, portanto, prejudicar, de qualquer forma, a efetivação do direito fundamental à saúde, garantido pela Constituição Federal, como também não era esta a finalidade da revogada Lei de Drogas nº 6.368/76.

Em verdade, tais normas evidenciam que, há mais de 40 (quarenta) anos – mais precisamente desde 22 de novembro de 1976, data em que a Lei nº 6.368/76 entrou em vigor, 30 (trinta) dias após sua publicação em 22 de outubro de 1976, nos termos do seu artigo 47 – a União encontra-se em mora para regulamentar tal prática, sendo certo que a ANVISA, enquanto o órgão regulador competente para registrar produtos, substâncias e serviços que podem afetar a saúde da população, detém a competência para complementar a norma penal em branco, por meio de Resolução, porém não o fez até o presente momento.

Não se desconhece, por certo, que a proposta de plantio de *cannabis sativa* para fins medicinais foi rejeitada pela Diretoria Colegiada da ANVISA, a qual, após consulta pública, por meio da Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 327, de 09 de dezembro de 2019, autorizou apenas a fabricação e a importação de produtos de *Cannabis*, excluindo, assim, a regulamentação do plantio do respectivo vegetal.

Ocorre que, a partir da leitura do parágrafo único do artigo 2^a, da Lei nº 11.343/06, conclui-se que o cultivo das plantas ali mencionadas, para fins exclusivamente médicos, não consiste em mera possibilidade do Poder Público, devendo ser interpretada como verdadeiro dever estatal de efetivação do direito fundamental à saúde daqueles que necessitam do referido tratamento, ante a ineficiência do tratamento médico convencional.

Este verdadeiro poder-dever do Estado para regulamentar a questão ora em debate pode ser extraído, também, a partir das Convenções Internacionais sobre drogas, das quais o País é signatário.

A Organização das Nações Unidas (ONU) possui três Convenções sobre tóxicos, que constituem, até hoje, os principais documentos internacionais de referências, servindo de baliza aos Estados-membros no momento de elaborar suas legislações internas sobre o tema.

A primeira delas é a Convenção Única sobre Entorpecentes, assinada em Nova Iorque em 30 de março de 1961, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 05, 07 de abril de 1964, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 54.216, de 27 de agosto de 1964, na qual se percebe o reconhecimento da comunidade internacional a respeito do perigo das substâncias psicoativas, considerando a

toxicomania um mal grave para o indivíduo e um perigo social e econômico para a humanidade. Em que pese tal preocupação, nota-se, também, o reconhecimento do uso médico de substâncias entorpecentes, quando indispensáveis para o alívio da dor e sofrimento, prevendo medidas adequadas para que possa garantir a disponibilidade de sua utilização para tal desiderato medicinal³.

Registre-se, ainda, que o Diploma em questão, em seu artigo 49, inciso II, alínea “f”, estabelece que “*o uso da Cannabis para fins que não sejam médicos ou científicos deverá cessar o mais cedo possível, e, de qualquer, maneira, dentro de 25 anos a contar da entrada em vigor da presente Convenção*”, o que deixa claro, portanto, a finalidade de não proibição da utilização da referida substância quando utilizada com finalidade terapêutica.

Posteriormente, assinou-se a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (Viena - 21 de fevereiro de 1971), aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 90, de 05 de dezembro de 1972, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 79.388, de 14 de março de 1977, na qual a comunidade internacional reconheceu que o uso de substâncias psicotrópicas para fins médicos e científicos é indispensável, sendo que a disponibilidade de tais substâncias com essa finalidade não deve ser indevidamente restringida, trazendo, no bojo do seu artigo

³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1964/D54216.html

5º, regras acerca da limitação do uso para fins médicos e científicos⁴.

Por fim, os países signatários assinaram a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, concluída em 20 de dezembro de 1988, em Viena, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 162, de 14 de junho de 1991, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 154, de 26 de junho de 1991. Muito embora neste documento não seja dado enfoque expresso à questão do uso de substâncias ilícitas para fins medicinais, terapêuticos ou científicos, é certo que, analisando-se o seu teor, constata-se o emprego reiterado da expressão “ilícito”, a partir do qual se infere que, além das substâncias ilícitas, é possível haver, também, algumas empregadas com finalidade lícita (aqui compreendido o uso medicinal e terapêutico), alinhando-se, assim, aos anteriores diplomas internacionais sobre a matéria⁵.

Dessa forma, à luz das normas internacionais sobre o tema, criadas justamente com a finalidade de repercutir no ordenamento jurídico interno dos países signatários, desponta nítido o entendimento de que o cultivo, bem como a utilização de substância extraída da *cannabis sativa*, com fim unicamente medicinal ou terapêutico, não pode ser inserida, de

⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm

⁵ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm

nenhuma forma, dentro das regras que buscam coibir, internacional ou nacionalmente, o tráfico ilícito de entorpecentes.

Da mesma forma, a referida conduta também não pode ser equiparada àquela inserta no artigo 28, da Lei nº 11.343/06, ou mesmo no artigo 33, *caput*, da referida legislação, eis que representaria legítimo descompasso com a própria finalidade da norma, mormente quando ela própria traz, em seu bojo, a possibilidade de se autorizar o plantio, cultura e colheita de *cannabis*, além de outros vegetais, exclusivamente para fins medicinais ou científicos.

Registre-se, por oportuno, que tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 514/2017, que propõe a alteração do artigo 28, da Lei nº 11.343/06, descriminalizando o cultivo de *cannabis sativa* para fins terapêuticos, dando nova redação ao parágrafo primeiro do referido preceito legal, nos seguintes termos:

“Art. 28.
.....

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica, ressalvado o semeio, cultivo e colheita de cannabis sativa para uso pessoal terapêutico, em quantidade não mais do que suficiente ao

tratamento, de acordo com a indispensável prescrição médica“

Atualmente, mais de 180.000 (cento e oitenta mil) pessoas já votaram favoravelmente à proposição, conforme consulta pública disponível no sítio do Senado Federal⁶, sendo que, desde 23 de abril de 2019, o texto aguarda parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Além, disso, encontra-se pendente de julgamento pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.708/DF, em que se busca o reconhecimento da inconstitucionalidade dos dispositivos penais insertos na Lei de Drogas quando aplicados ao uso da *cannabis sativa* para fins medicinais ou de pesquisa científica.

A então Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, manifestou-se nos autos, ocasião em que reconheceu a omissão estatal em regulamentar a questão, aduzindo que *“se o Estado proíbe o cultivo de vegetais que possam originar drogas, com o fito de tutelar a saúde pública, mas deixa de prover, por outro lado, a obtenção de tais vegetais e seus extratos pelas pessoas que deles necessitam para tratamento médico, configura-se a ofensa à Constituição Federal, na medida em que se descumpre o dever de proteção da saúde enquanto*

⁶ Consulta pública ao Projeto de Lei do Senado nº 514 de 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=132047>. Acesso em: 20.10.2020

*direito individual garantido à generalidade das pessoas*⁷.

Com efeito, o direito à saúde consiste em garantia fundamental, constitucionalmente assegurada nos termos do artigo 6º, e do artigo 196, ambos da Lei Maior, sendo que este último preceito é claro ao dispor, *in verbis*:

“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”.

Conforme entendimento pacificado pelo Pretório Excelso, o Estado não possui apenas a obrigação de criar normas capazes de proteger o direito à saúde da população, incumbindo-lhe, também, implementar as condições necessárias à realização concreta de tais normas, de modo a permitir o pleno exercício desse direito fundamental a todos os brasileiros.

Nesse sentido, *“o direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por*

⁷ Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341134645&ext=.pdf>

censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional” (STF, ARE 685230/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 05.03.2013).

Evidente, ainda, que, ao se permitir que os recorrentes possam cultivar a *cannabis sativa* para o tratamento médico de sua filha, não se está apenas salvaguardando o direito constitucional à saúde desta, mas também assegurando a sua própria dignidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inerente à República Federativa do Brasil, podendo ser compreendido, resumidamente, como a capacidade de autodeterminação da vontade, somente atingida quando se garante ao indivíduo um mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo poder público, de forma a preservar a valorização do ser humano, permitindo-o conduzir-se segundo o seu próprio entendimento.

Nas palavras do Professor Ingo Wolfgang Sarlet:

“Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, que o faz

merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”⁸.

Por conseguinte, tem-se que a proteção da dignidade da pessoa humana abrange não só o respeito à liberdade individual, mas também a promoção de outros direitos fundamentais relacionados à própria existência humana, necessários para que o indivíduo possua um mínimo existencial para uma vida saudável.

Ora, sabe-se que a implementação de tais direitos fundamentais, devidamente enumerados na Lei Maior, impõe dois tipos de deveres ao Estado, com vistas a assegurar a dignidade da pessoa humana: o primeiro é o dever de respeito, aqui entendido como a imposição de limites à esfera de atuação estatal. A dignidade da pessoa humana, sob este âmbito, funciona como um verdadeiro limite contra a ação do poder público. O segundo dever a ser observado é o de garantia, compreendido como o conjunto de ações destinadas a promover a dignidade da pessoa humana por meio do fornecimento de condições materiais ideais

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Revista Brasileira de Direito Constitucional n. 09. 2007, p. 383).

para o seu desenvolvimento⁹.

Dessa forma, havendo conflito entre os bens jurídicos tutelados pelo artigo 28 e 33, ambos da Lei nº 11.343/06, em contraponto ao direito à saúde e à própria dignidade da pessoa humana, há que prevalecer estes últimos, eis que, em tal hipótese, é possível aplicar, em caráter excepcional, o princípio da proporcionalidade ou do balanço de bens.

Corroborando tal entendimento, o Egrégio Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que *“na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida”* (AgR no AREnº 801676, Min. Roberto Barroso, j. em 19.08.20140).

No mesmo sentido:

“PACIENTE PORTADORA DE DOENÇA ONCOLÓGICA NEOPLASIA MALIGNA DE BAÇO PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS DIREITO À VIDA E À SAÚDE NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA

⁹ PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 45, p. 216, out. 2003.

SAÚDE DE PESSOAS CARENTES DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF , ARTS. 5º, CAPUT, E 196) PRECEDENTES (STF) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO” (STF, AgRg no RE nº 716.777/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 09.04.2013) (grifos nossos).

Ora, manter a proibição ao cultivo doméstico da *cannabis* para fins medicinais representaria um verdadeiro contrassenso, na medida em que estar-se-ia restringindo o direito à saúde de um indivíduo em nome da saúde pública, em desacordo com o próprio escopo da Lei de Drogas.

Nesse sentido, já decidiu esta Egrégia Corte:

“Habeas corpus” preventivo. Cultivo domiciliar de “Cannabis sativa” para o tratamento medicinal dos filhos, portadores de Transtorno do Espectro Autista. Laudos médicos. Prescrição de óleo rico em canadibiol. Resultados promissores. 2. Substância regulamentada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA. Pendente regulamentação do cultivo domiciliar da planta para fins medicinais. Regulamentação, há mais de cinco anos, pelo Conselho Federal de Medicina. 3. Artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 11.343/06. Possibilidade de plantio, cultura e colheita de vegetais dos quais possam ser produzidas drogas, desde que com fins medicinais ou científicos. 4. Circunstâncias concretas do caso que indicam que o

comportamento não configura ilícito penal, por falta de culpabilidade. Inexigibilidade de conduta diversa enquanto fator supra legal de exclusão da culpabilidade. Ordem concedida” (HC nº 2053254-53.2020.8.26.0000, Rel. Des. Laerte Marrone, 14ª Câmara de Direito Criminal, j. em 17.06.2020)

“HABEAS CORPUS - CULTIVO MEDICINAL DA CANNABIS SATIVA L (MACONHA) - Pretensão de expedição de salvoconduto ao paciente a fim de garantir que ele efetue o plantio de 'Cannabis Sativa' em sua residência para a extração artesanal do óleo da planta, que se mostra eficaz aos fins medicinais que necessita, livre do risco de prisão - Liminar deferida - Indicação médica para uso da substância, com autorização, inclusive, de importação do produto pela ANVISA - Ordem concedida” (HC nº 0011944-38.2019.8.260000 10ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Nelson Fonseca Junior, j. em 19.09.2019)

Diante das considerações aqui ponderadas, conclui-se que não se afigura minimamente razoável exigir dos recorrentes que, em razão da omissão estatal, sacrifiquem a saúde de sua filha, suportando a deterioração do seu quadro clínico, sem o tratamento adequado, impondo-lhe inegáveis sofrimentos físicos e psíquicos.

Na verdade, aos olhos desta relatoria, a atitude dos pais em buscar o Poder Judiciário para resguardar seu direito de cultivar o plantio para extrair a matéria prima dos canabinóides, com o único escopo de melhorar a qualidade de

vida e resguardar a saúde de sua filha, tangencia o exercício regular do direito, uma das causas excludentes de ilicitude prevista no Código Penal Brasileiro.

Sabe-se que, à luz do conceito analítico de crime formulado por Hans Welzel, a ilicitude (ou antijuridicidade), constitui um dos elementos do crime, juntamente com a tipicidade e a culpabilidade, de modo que, na ausência de um destes, não há como restar configurado o ilícito penal.

Aliás, na hipótese dos autos, além de ausente a antijuridicidade, também não se vislumbra a presença da culpabilidade, aqui entendida como o juízo de reprovação da conduta.

Nesse sentido, ao analisar o conceito culpabilidade, assim professa o autor Paulo Queiroz:

“A culpabilidade constitui, portanto, as condições subjetivas que devem concorrer para que seu autor seja merecedor da pena, pois, do contrário, isto é, se inculpável, não sofrerá pena alguma, devendo ser absolvido. Excepcionalmente, apesar da ausência de culpabilidade, o agente sofrerá medida de segurança, caso seja inimputável (CP, art. 26) em razão de doença mental ou perturbação da saúde mental. A culpabilidade é, por conseguinte, um juízo de reprovação que incide sobre o autor de um fato típico e ilícito, por lhe ser possível e exigível, concreta e

razoavelmente, um comportamento diverso, isto é, conforme o direito. Culpabilidade é exigibilidade, inculpabilidade é inexigibilidade”¹¹.

Registre-se que a ausência de punição do agente com base na ausência de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, não representa, de nenhuma forma, qualquer mitigação à função punitiva estatal. Ao contrário, representa uma racionalização do *jus puniendi*, o que vai ao encontro das atuais diretrizes político-criminais, em consonância com o princípio da intervenção mínima, princípio este norteador do Direito Penal.

Diante de todo o exposto, percebe-se que a concessão do salvo-conduto aos recorrentes é medida que se impõe, em observância à garantia dos direitos fundamentais ora em xeque, devendo tais direitos prevalecer sobre o interesse punitivo do Estado, mormente em se tratando de conduta destinada à obtenção de produto com finalidade exclusivamente medicinal e na qual não vislumbro qualquer juízo de reprovabilidade.

A esse respeito, extrai-se oportuno trecho do voto proferido pelo E. Des. Carlos Bueno, da 10ª Câmara de Direito Criminal desta Corte, que, nos autos do HC nº 2211066-32.2018.8.26.0000, julgado em 31 de janeiro de 2019, assim decidiu, de forma escoreita:

¹¹ QUEIROZ, Paulo. Curso de Direito Penal Parte Geral. 11ª ed. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 186.

“(...) A dignidade da pessoa humana, como princípio constitucional, não é, do ponto de vista formal, hierarquicamente superior aos demais princípios constitucionais. Entretanto, exige uma mais humana análise, vez que constitui o pressuposto de toda a ordem constitucional.

O renomado professor Fábio Konder Comparato publicou artigo para a APAMAGIS: “o papel do juiz na efetivação dos direitos humanos”, ed. 2.001, pg. 29.

Examina com o brilho de sempre o conflito entre princípios jurídicos fundamentais. E realça: ao Judiciário é atribuída “a delicada e importante função de julgar, de acordo com os grandes parâmetros de moralidade e Justiça, estabelecidos pela consciência ética coletiva, e expressos no sistema vigente de direitos humanos”.

E fez algumas recomendações, sobre o tema: “na eventual colisão entre dois princípios para a solução da lide, o juiz deve preferir aquele cuja aplicação ao caso representa maior respeito à dignidade humana”. E ainda: “no exercício da função jurisdicional, os magistrados, como todos os demais agentes públicos, devem orientar-se pelos objetivos supremos de nossa organização política, expressos no art. 3º da Constituição Federal, os quais expressam os grandes valores de liberdade, igualdade e solidariedade, em função dos quais constituiu-se, progressivamente, o sistema de direitos humanos”

Evidente que a omissão do Estado em regulamentar o cultivo de *cannabis sativa* para fins medicinais ou

terapêuticos, bem como os outros vegetais a que alude o artigo 2º, da Lei nº 11.343/06, não pode prejudicar o direito à saúde do indivíduo.

Com efeito, os direitos fundamentais têm função mandamental de proteção (ou tutela), de modo que o juiz deve assumir o papel de suprir a omissão ou a insuficiência da proteção outorgada pelo legislador.

É dentro desse contexto que se insere o fenômeno que se convencionou chamar de ativismo judicial, caracterizado por uma efetiva participação mais abrangente do Poder Judiciário na concretização dos valores, princípios e garantias constitucionais, buscando extrair, ao máximo, as potencialidades contidas nas diretrizes do texto da Lei Maior.

Como decorrência dessa participação intensa do Poder Judiciário, observa-se a existência de diversas decisões judiciais *“que formam sua razão de decidir pautada por hermenêutica jurídica expansiva, cuja finalidade se demonstra em garantir o direito das partes de forma rápida, atendendo às soluções dos litígios” oriundos da inércia dos demais poderes*.¹²

O chamado ativismo judicial encontra suas

¹² DEMARCHI, Clovis; COSTA, Ilton Garcia da; MAFRA, Juliete Ruana. Da possibilidade de angariar efetividade aos direitos fundamentais através do ativismo judicial. In: OLIVIERO, Maurizio; ABREU, Pedro Manoel; GARCIA, Marcos Leite (Orgs.). Ativismo judicial e judicialização de políticas públicas: a teoria da separação dos poderes no ambiente transnacional assimétrico. Coleção principiologia constitucional e política do direito. Tomo 02. Itajaí: UNIVALI, 2016, p.9.

raízes na promulgação da Constituição Federal de 1988, a partir da qual passou-se a adotar valores norteadores da ideia de normatividade constitucional, dado o caráter dirigente e programático da Magna Carta, que assumiu o papel de verdadeira ferramenta de transformação da realidade social e política.

Dentro dessa realidade, surgiu o chamado neoconstitucionalismo, caracterizado como um movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional frente às novas diretrizes e objetivos trazidos pela Lei Maior, tendo como objetivo principal *“proporcionar cobertura teórica, conceitual e normativa a esse processo de valorização do texto constitucional, voltado à superação da “debilidade estrutural do âmbito jurídico presente no Estado Legislativo de Direito”.*¹³

Pode-se afirmar, portanto, que a partir do êxito do chamado neoconstitucionalismo, o Estado de Direito passou a ser sinônimo de Estado Constitucional de Direito.

Nesta esteira, os direitos fundamentais ganharam inegável protagonismo, eis que consubstanciam o elemento central do texto constitucional, sendo certo que os instrumentos necessários à sua garantia passaram a ganhar cada vez mais relevo.

¹³ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira. O ativismo judicial e o princípio da legalidade: governo de homens ou governo de leis? In: OLIVIERO, Maurizio; ABREU, Pedro Manoel; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (Orgs.). Constitucionalismo como elemento para a produção do direito. Coleção principiologica constitucional e política do direito. TOMO 01. p.206-226. Itajaí: UNIVALI, 2016, p. 215

Assim, como consequência direta do neoconstitucionalismo, houve o fortalecimento do Poder Judiciário, com vistas a garantir a observância aos direitos fundamentais e sociais consagrados no texto constitucional.

Dessa forma, o ativismo judicial se apresenta como importante instrumento para a realização dos valores e objetivos propostos pelo constituinte, atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo Legislativo.

Nesse sentido, assim se posicionou o autor
Silvio Dobrowolski:

“(...) o Judiciário, nos tempos atuais não pode propor-se a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos. Sem pretender um “governo de juízes”, observando, todavia, as normas legisladas e a separação dos poderes, a Justiça tem de elevar-se à condição de autêntico poder, cumprindo essas tarefas ao modo especificado. Não é admissível um Judiciário que permaneça encastelado, a decidir, comodamente, apenas conflitos privados sem maior expressão, perante a realidade sócio-política dos dias presentes. É compreensível uma justiça “quase nula”, ao tempo dos iluministas, quando as populações eram rarefeitas, a tecnologia incipiente e os recursos estatais destituídos de maior potencialidade. Atualmente, quando os meios da técnica e a atividade econômica e social possuem aptidão para causar graves efeitos

lesivos às populações massificadas, e perante um crescimento desorbitado da atuação estatal, capaz de violar direitos de incontável número de pessoas, é preciso um Judiciário que não se abstenha perante esses poderes agigantados, mas que tenha condições para enfrenta-los em patamar de igualdade”.¹⁴

Face às razões acima esposadas, outra solução não se mostra possível que não a concessão do salvo-conduto em favor dos recorrentes, a fim de possam continuar cultivando *cannabis* em sua residência, para fins medicinais , para o tratamento de saúde de sua filha.

Tal decisão busca assegurar o direito à saúde, constitucionalmente assegurado a todos os indivíduos, indistintamente, preservando-se, assim, o próprio Estado Democrático de Direito, pautado pelo respeito aos direitos humanos e às garantias fundamentais, concretizando, assim, os valores insertos na própria Constituição, atribuindo-lhes real efetividade.

Ressalte-se, ainda, que a concessão do respectivo salvo-conduto não impede a responsabilização criminal dos recorrentes, vez que a autorização se restringe única e exclusivamente à produção das substâncias necessárias para a realização do tratamento da filha dos insurgentes, nos termos da prescrição médica, de modo que, caso se desvirtuem dos limites aqui traçados, deverão sofrer as consequências penais cabíveis.

¹⁴ DOBROWOLSKI, Silvio. A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo. Revista Sequência, v. 16, n. 31, p. 92-101. Florianópolis: UFSC, 1995, p. 99.

Imperioso se faz, ainda, a imposição de algumas condições, a fim de se resguardar a segurança da coletividade, bem como evitar eventuais excessos. Assim, concedo e o salvo-conduto em favor dos recorrentes, devendo ser observadas as seguintes condições: a) comprovação anual da continuidade e da imprescindibilidade do tratamento, circunstâncias estas que devem ser devidamente atestadas por médico com registro junto ao CRM; b) o plantio deve se limitar à quantidade estritamente suficiente para que se obtenha o necessário para a ingestão diária prescrita, que deve ser formal e trimestralmente relatada ao Delegado de Polícia, informando-se, ainda, a quantidade de sementes ou mudas utilizadas no período, bem como dados a respeito do quantitativo de óleo extraído; c) os restos de todo o processo (do cultivo até a extração) devem ser utilizados apenas como adubo, e não descartados com o lixo comum; sendo certo que o descumprimento de quaisquer dessas condições importará na revogação do salvo-conduto.

Por fim, defere-se o pleito para que o feito tramite em segredo de justiça, tendo em vista que o caso em questão envolve direito de incapaz, interditado judicialmente, devendo-se velar por seu direito à intimidade. Além disso, há que se ponderar que, tornando-se pública a informação de que os recorrentes obtiveram salvo-conduto para o plantio de *cannabis* para fins medicinais, é inegável o risco à sua segurança, bem como à segurança da própria coletividade, tudo a indicar a necessidade

do sigilo, a teor do artigo 189, incisos I e III, do Código de Processo Civil, aplicado ao direito penal por força do artigo 3º, do Código de Processo Penal.

Assim sendo, e nestes termos, dá-se provimento ao recurso, a fim de conceder salvo-conduto em favor dos recorrentes, a fim de que possam cultivar, em seu domicílio, a planta *cannabis sativa*, com finalidade única e exclusiva de produzir o óleo terapêutico utilizado para o tratamento da sua filha, nos termos de sua prescrição médica, mediante o cumprimento das seguintes condições: **a) comprovação anual da continuidade e da imprescindibilidade do tratamento, circunstâncias estas que devem ser devidamente atestadas por médico com registro junto ao CRM; b) o plantio deve se limitar à quantidade estritamente suficiente para que se obtenha o necessário para a ingestão diária prescrita, que deve ser formal e trimestralmente relatada ao Delegado de Polícia, informando-se, ainda, a quantidade de sementes ou mudas utilizadas no período, bem como dados a respeito do quantitativo de óleo extraído; c) os restos de todo o processo (do cultivo até a extração) devem ser utilizados apenas como adubo, e não descartados com o lixo comum;** ficando as autoridades encarregadas (Polícia Civil, Polícia Militar, Polícia Federal e/ou Guarda Municipal) impedidas de proceder à prisão dos insurgentes por tal prática, determinando-se, por fim, que o feito tramite em segredo de justiça.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ricardo Sale Júnior
Relator Designado



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Recurso Em Sentido Estrito nº 1016472-58.2020.8.26.0196

Comarca: Franca

Recorrentes: Carlos Alberto Machado e Helenice Ferreira Silva

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO Nº 54.103

Respeitada a convicção da douta maioria, dela ousei divergir por entender que seria o caso de julgar prejudicado o pedido de tutela antecipada e dar parcial provimento ao recurso apenas para que o feito tramite em segredo de justiça, mantendo-se, no mais, a r. decisão recorrida.

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto contra a decisão de fls. 147/151, que denegou o Habeas Corpus impetrado por **CARLOS ALBERTO MACHADO** e **HELENICE FERREIRA SILVA**, por meio do qual pretendiam a concessão de salvo-conduto para o cultivo de *Cannabis Sativa L* (maconha), visando a obter remédio caseiro destinado a tratamento de crises convulsivas da filha, que padece de doença grave (epilepsia – CID 10 – G40), evitando-se, assim, eventual enquadramento em crimes tipificados na Lei de Drogas.

Inconformados, recorrem os impetrantes, pugnando, preliminarmente, seja reinstaurado o segredo de justiça. Pretendem, a título de tutela antecipada, o deferimento do salvo-conduto até o julgamento final da ação, a fim de que o tratamento da filha dos recorrentes seja mantido sem risco à sua liberdade. Buscam, ao final, a concessão da ordem, para que se permita a continuidade do cultivo das plantas e da produção do óleo terapêutico utilizado para o tratamento de da filha dos pacientes (fls. 158/179).

Apresentadas as contrarrazões pelo representante do Ministério Público (fls. 188, reiterando o parecer de fls. 141/146), e mantida a decisão combatida (fls. 208), a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo não



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

provimento do recurso (fls. 221/226).

É o Relatório.

Diante do Relatório Circunstanciado de Investigação dando conta de que os pés de maconha já foram arrancados e não mais existem na residência dos recorrentes (fls. 199/203), resta prejudicada a apreciação do pleito de tutela antecipada.

Consta dos autos que a filha dos pacientes, desde a infância, sofre de crises convulsivas nunca controladas por meio dos medicamentos tradicionais, razão pela qual foi receitado pela médica Carolina Funayama o medicamento Real Scientific Hemp Oil (RSHO), CBD 14-25% 10g. Devido ao alto custo da medicação (cerca de R\$ 5.5442,52 por mês, com a cotação atual do dólar), os recorrentes ingressaram com ação de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública, obtendo provimento para o fornecimento do medicamento. Ocorre que o Estado não cumpriu com o fornecimento da medicação, que se deu em cerca de apenas duas ocasiões. Segundo os recorrentes, a filha apresentou melhora fundamental em seu estado de saúde com o uso do medicamento e a produção caseira e artesanal do remédio, tendo o auto cultivo da *cannabis* sido a única opção que encontraram para suprir o medicamento. Ressaltam a impossibilidade financeira de arcar com a importação do medicamento de altíssimo custo, receitado por especialistas na área médica.

Respeitados os argumentos expostos nas razões de inconformismo, pelo meu voto, a decisão recorrida foi acertada e deve assim prevalecer.

Com efeito, nos termos do artigo 2º, § único, c.c. artigo 31, ambos da Lei de Drogas, cabe somente à União, por meio de prévia licença administrativa, autorizar, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, o plantio, a cultura e a colheita das substâncias tuteladas pelo referido diploma legal, para fins exclusivamente medicinais ou científicos.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assim, não compete ao Juízo Criminal adentrar à seara sobre a concessão – ou não – de autorização do manejo de maconha para fins de tratamento médico, haja vista que tal medida demanda, além da prévia análise técnico-científica, a tomada de providências futuras por parte da autoridade competente.

No caso em tela, embora sensível condição de saúde de sua filha, verifica-se que os recorrentes não possuem a necessária licença administrativa para o cultivo da *cannabis* ou para a produção de seu óleo medicinal, estando tal conduta, ao menos *a priori*, em desacordo com determinação legal e regulamentar, nos termos do artigo 33, §1º, e artigo 34, ambos da Lei nº 11.343/06.

Destarte, ressalvada a hipótese de obtenção de prévia licença administrativa, nos termos da legislação aplicável, eventual restrição à liberdade de locomoção em decorrência do plantio, cultivo e colheita de *cannabis*, conforme ocorre no caso, não pode ser considerada ilegal ou abusiva.

Tampouco há que se reconhecer que os recorrentes tenham agido sob o manto do estado de necessidade ou da inexigibilidade de conduta diversa.

De fato, verifica-se dos autos que, face à indicação médica para o quadro epilético de sua filha, os pacientes obtiveram autorização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária para a importação do medicamento industrializado Real Scientific Hemp Oil (RSHO), CBD 14-25% 10g, no período de um ano (fls. 26/29).

Ainda, em ação de rito ordinário promovida perante a Justiça Federal, receberam sentença favorável a fim de que a União custeasse a importação de 70 tubos do referido medicamento, para um ano (fls. 42/57 - processo nº 0003116-61.2015.4.03.6113).

Ora, ainda que o custo do medicamento seja elevado, ou mesmo que o ente público não tenha cumprido devidamente com sua obrigação de fornecê-lo, caberia aos recorrentes buscar a satisfação de seu direito judicialmente



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

reconhecido por meio das medidas processuais cabíveis. Ou, ainda, diante da urgente necessidade da droga, importá-la com a devida autorização, sem prejuízo do pleito de ressarcimento dos valores dispendidos em face do ente administrativo, caso assim fosse o caso.

Contudo, não poderiam os recorrentes dar-se ao manejo de substância prescrita sem a devida autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, sob risco de ofensa ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública.

Como se vê, a despeito da existência de perigo atual a direito próprio ou alheio não provocado pela vontade dos agentes, não ficou demonstrada a inevitabilidade do ato ilícito, e tampouco a inexigibilidade de conduta diversa pelos recorrentes.

Cumpre frisar que não se está, nesta seara, a negar o Direito à Saúde resguardado pela Carta Magna, nem dizer que os pacientes não têm o direito a auto cultivar a *cannabis* ou a extrair seus óleos medicinais, ainda mais diante do incontestável quadro clínico de sua filha.

No entanto, enquanto o auto cultivo da *cannabis* for tipificado penalmente, e enquanto tal tipo penal for considerado constitucional pelos Tribunais Superiores, tais condutas somente poderiam ser resguardadas da seara criminal caso praticadas com a devida autorização e em acordo com as determinações legal e regulamentar, o que, contudo, não é a hipótese.

Deste modo, por bem lançada, a decisão recorrida deve ser mantida na íntegra por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por fim, envolvendo o feito direito de incapaz (fls. 24), defere-se o pleito para que tramite em segredo de justiça.

Diante do exposto, pelo meu voto, julgava prejudicado o pedido de tutela antecipada e dava parcial provimento ao recurso apenas para



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que o feito tramite em segredo de justiça, inalterada, no mais, a r. decisão recorrida.

WILLIAN CAMPOS
Desembargador Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	39	Acórdãos Eletrônicos	RICARDO SALE JUNIOR	12F273B9
40	45	Declarações de Votos	WILLIAN ROBERTO DE CAMPOS	13083688

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 1016472-58.2020.8.26.0196 e o código de confirmação da tabela acima.