



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2021.0000853112

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500496-03.2019.8.26.0288, da Comarca de Ituverava, em que são apelantes YOUSSEF ANTÔNIO OLIVEIRA CHERAIN e DANILO BRANDÃO DA CUNHA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "deram provimento aos recursos para absolver Youssef Antônio Oliveira Cherain e Danilo Brandão da Cunha da imputação de tráfico com fulcro no art. 386, VII, do CPP, e, em relação à posse de arma de uso permitido, absolver o primeiro com esteio no art. 386, III, do CPP. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AMABLE LOPEZ SOTO (Presidente sem voto), JOÃO MORENGHI E PAULO ROSSI.

São Paulo, 19 de outubro de 2021.

VICO MAÑAS
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação Criminal nº 1500496-03.2019.8.26.0288

Apelantes: Youssef Antônio Oliveira Cherain e Danilo Brandão da Cunha

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Ituverava

Voto nº 43.401

Tráfico – cultivo de maconha – dúvida quanto à destinação da droga – plausibilidade de plantio para extração de princípio ativo utilizado como medicamento – réu atuante em ONG voltada à causa do uso da maconha para fins terapêuticos – irmã com prescrição médica de tratamento com a substância – corréu que agia como ajudante - falta de regulamentação, pela ANVISA, do art. 2º, parágrafo único, da Lei 11.343/06 – possibilidade de atuação em estado de necessidade – incerteza a favorecer os acusados – absolvição

Posse de arma de uso permitido – ausência de munição compatível para pronto uso – atipicidade - absolvição

Youssef Antônio Oliveira Cherain e Danilo Brandão da Cunha foram condenados pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Ituverava a 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, como incursos no art. 33, §§ 1º, I, e 4º, da Lei 11.343/06. O primeiro foi também condenado a 01 (um) ano de detenção, em regime aberto, e a multa de 10 (dez) diárias, no piso, por incidir no art. 12 da Lei 10.826/03. Substituídas as sanções corporais de ambos por prestação de serviços à comunidade e proibição de frequentar certos locais.

Irresignados, pretendem a absolvição por atipicidade das condutas e, no tocante ao tráfico, também por estado de necessidade e inexigibilidade de conduta diversa.

Contrarrazões às fls. 1060/1065.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

A D. Procuradoria da Justiça opina pelo não provimento dos recursos.

É o relatório.

Segundo a denúncia, policiais militares receberam informação de que autores de roubo cometido há pouco escondiam-se em chácara conhecida como ponto de narcotraficância. Para lá rumaram e se depararam com os acusados, bem como com a companheira de Danilo e outro homem.

Sobre mesa da sala, havia vários fragmentos de maconha em processo de secagem. No interior de caixa, os PMs apreenderam sementes do vegetal. Nos fundos da casa, em vasos improvisados, estavam plantadas 74 mudas de “Cannabis”.

Youssef alegou que, com a ajuda do corréu, cultivava a erva para fins medicinais. Ele assumiu ainda a propriedade de arma, calibre .24 e numerada, bem como de esferas metálicas utilizadas como munição, tudo recolhido no local.

Interrogado, Youssef reiterou que cultivava maconha para fins medicinais. Aprendeu tudo em tutoriais online, após recomendação de médico para tratamento de sua irmã autista. Repassava o extrato de “Cannabis” para profissional de farmácia, que confeccionava o medicamento nas medidas adequadas. Recebeu apoio de ONG e passou a vender o produto a baixo custo. Os lucros voltavam-se à própria organização não governamental. Danilo apenas cuidava de animais da chácara. O revólver apreendido era herança de sua avó, jamais usado.

Danilo confirmou que sua função na propriedade rural



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

era o manejo dos animais. Não interferia na produção da maconha. Via o coacusado manipulando as plantas, mas nada sabia sobre o processo envolvido. Residia em outro imóvel no mesmo terreno e era pago com comida. A arma era usada como decoração.

Matheus Resende Galhardo estava no sítio na ocasião. Sempre visitava o local, mas ignorava o cultivo de maconha. É usuário da erva. Sabia que Youssef tinha irmã autista e que era ativista pelo uso medicinal da “Cannabis”.

O policial militar Ewerton Antonini ratificou os termos da exordial. Diligenciou na chácara, conhecida como ponto de venda de entorpecentes e esconderijo de criminosos, porque havia notícias de que assaltantes ali se refugiavam. Lá estavam os recorrentes, a companheira de Danilo e Matheus. Danilo trazia pochete com sementes de maconha e declarou que ajudava Youssef no cultivo pra finalidades terapêuticas. Dentro de forma de bolo havia folhas da erva. Também apreendeu caderno com anotações de contabilidade. Nos fundos da casa, havia vasos com maconha plantada. Os apelantes repetiram que tudo se destinava a fins medicinais. Youssef admitiu a propriedade de arma, que teria recebido da avó.

No mesmo sentido o depoimento do PM Ivan Fidelis.

O auto de exibição e apreensão às fls. 20/25, as fotografias às fls. 104/105, a certidão de cumprimento de diligência investigativa às fls. 106/108, a perícia do local (fls. 616/622), e o laudo químico-toxicológico (fls. 631/632), além da prova oral, não deixam dúvida sobre o plantio de maconha na chácara.

Também certa a autoria. Os denunciados ocupavam o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

sítio e reconheceram que ali havia cultivo de “Cannabis”.

A questão a ser esclarecida é sobre a destinação da erva. O cultivo tinha por finalidade a venda para usuários de droga ou para fins terapêuticos, como alegado pela defesa?

Necessário consignar que, ao revés do que figura na sentença, Youssef comprovou sim, documentalmente, o autismo da irmã, a prescrição do uso da substância para seu tratamento e os fortes vínculos com ONG voltada a facilitar o fornecimento da substância para fins medicinais (fls. 479/481, 782/795, 815/821 e 824/863).

Nesse ponto, válida a crítica tecida no parecer acerca da inércia da defesa em arrolar testemunhas provenientes da ONG, e que poderiam, com grande facilidade, atestar a atuação de Youssef na entidade. Só o fez extemporaneamente, o que acarretou o indeferimento das oitivas, a pedido do MP. De todo modo, juntadas declarações de secretário e do presidente da organização em tela, atestando o engajamento do réu na entidade (fls. 672/674, 677, 695/698 e 782/795).

Nesse cenário, demonstrado que as alegações de Youssef não eram absolutamente descabidas, mas verdadeiras no essencial, e inexistindo investigações que revelassem que o cultivo de “Cannabis” se destinava para outros fins que não o terapêutico, a dúvida deve favorecer os réus, aceitando-se a arguição de que o propósito do plantio era emprego em atividade de relevante valor social.

Note-se que as ponderações do Juiz de que o local era conhecido como ponto de comércio ilegal de entorpecentes fundaram-se nas palavras dos milicianos, despidas de qualquer comprovação. Ademais, não apreendidos petrechos a indicar preparo da erva como estupefaciente.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Caderno de anotações poderia ter relação com a própria destinação medicinal.

Em suma, se é certo que não se pode descartar, com absoluta segurança, que o cultivo era voltado exclusivamente ao tratamento de enfermidades, também não se pode afastar completamente tal possibilidade.

Não se ignora que o destino que se dá à droga não infirma a tipicidade da conduta. O dolo, elemento subjetivo do crime do art. 33, § 1º, I, da Lei 11.343/06, é genérico. Basta a vontade livre e consciente de praticar uma das ações previstas no tipo, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, como no caso. Desnecessário o fim de comércio, tanto que o dispositivo criminaliza as ações “ainda que gratuitamente” perpetradas.

Entretanto, o art. 2º, parágrafo único, da mesma Lei 11.343/06, dispõe que “pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo [dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas], exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados”, nas condições que especificar.

Como a União, por meio da ANVISA, ainda se mostra omissa na respectiva regulamentação, cabe ao Poder Judiciário suprir a lacuna, quando a ele trazida demanda que o exigir. E o Supremo Tribunal Federal esboçou a linha a ser seguida ao estatuir, quando do julgamento do RE 801676/PE, 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”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Logo, tendo em conta o exposto acima, a militância de Youssef em prol do uso terapêutico do extrato de Cannabis, a condição de sua irmã e o tratamento a ela indicado, não se revela despropositado supor que os apelantes atuaram em estado de necessidade. Se há dúvida razoável a respeito da excludente, deve ser resolvida em benefício dos réus, como exaustivamente ressaltado no parecer da Procuradoria, ainda que seja no tocante à caracterização de causa de exclusão da ilicitude.

Frise-se que a recente aprovação dada pela ANVISA (RESOLUÇÃO RE Nº 1.525, DE 14 DE ABRIL DE 2021) a produtos a base de canabidiol, – ou THC, princípio ativo retirado da Cannabis, não obsta a identificação da excludente na hipótese, dado o altíssimo custo para aquisição do medicamento industrialmente preparado.

Nessa linha, inúmeros julgados, dos quais destaco os seguintes:

“É possível, excepcionalmente, a autorização para o cultivo de cannabis sativa com finalidade estritamente medicinal. A Turma concedeu salvo-conduto para assegurar aos impetrantes a possibilidade de manterem, em casa, plantação de maconha para fins medicinais, sem risco de prisão. Conforme consta dos autos, a filha dos impetrantes, adolescente de 17 anos, por ser portadora de Síndrome de Silver-Russel e hemiparesia distônica à direita, desenvolveu quadro clínico de dores crônicas, espasmos e inúmeras convulsões diárias. Após tentativas frustradas com remédios convencionais, o médico neurologista responsável pelo tratamento prescreveu medicamentos com princípios ativos derivados da cannabis sativa, com os quais, depois de autorizada a importação pela ANVISA, foi obtida significativa melhora no estado de saúde da jovem. Em virtude da grande dificuldade para a obtenção desses remédios, a família passou a cultivar a planta em casa. De início, os desembargadores ressaltaram que já existem vastas pesquisas



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

internacionais que reconhecem as propriedades antiepiléticas da droga e a recomendam como alternativa viável e segura para casos de crises refratárias às terapias usuais. Quanto à conduta dos pais, reputaram configurado o estado de necessidade como excludente de ilicitude, na medida em que cultivam a planta com estrito propósito de debelar grave enfermidade da filha. Em relação à existência de autorização para importar o medicamento, salientaram que o processo é excessivamente caro, lento, burocrático e incapaz de satisfazer às necessidades do tratamento. Desse modo, como o Estado ainda não oferece recursos necessários para garantir uma vida digna à adolescente, os magistrados concluíram que, excepcionalmente, deve ser assegurada a medida requerida com o devido controle dos órgãos competentes” (TJDF, RSE 0005294-23.2017.8.7.0016, DJU de 11 de outubro de 2.017, relator George Lopes).

“O art. 2º da Lei de Drogas (nº 11.343/2006) dispõe sobre a proibição de plantio, cultura e colheita de maconha. Mas em seu parágrafo único assim enuncia: ‘Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos’ nas condições que prevê (aqui grifado).

Acontece que decretos e portarias editados para regular o tema, em especial Portaria da ANVISA, omitiram-se sobre a possibilidade de autorização do cultivo da cannabis para fins medicinais, pelo que cumpre ao Poder Judiciário examinar caso a caso o tema em questão.

É preciso salientar, com destaque, que a ANVISA já aprovou medicamento contendo a mesma substância, canabidiol, em condições específicas.

É verdade que a planta in natura, como no caso deste habeas corpus, não pode ser considerada medicamento autorizado pela ANVISA. Mas essa autorização por órgão oficial, que diz respeito à **mesma substância**, permite a conclusão de que realmente a planta da maconha, que a paciente tem em casa, possui força capaz de reduzir os sofrimentos da autista, cuja família



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

não possui condições para adquirir o medicamento.

Vale dizer, o THC ou canabidiol não é substância proibida, pela simples razão de que existe autorização da ANVISA, em nada mudando, no meu entender, o fato de o óleo da maconha, com propriedades benéficas, ser extraído na própria residência” (TJSP, HC nº , Rel. Designado Des. Carlos Bueno, 10ª Câmara Criminal, j. 31.01.2019).

“HABEAS CORPUS - CULTIVO MEDICINAL DA CANNABIS SATIVA L (MACONHA) - Pretensão de expedição de salvo-conduto 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” (TJSP, HC nº 0011944-38.2019.8.26.0000, Rel. Des. Nelson Fonseca Junior, 10ª Câmara de Direito Criminal, j. Em 19/09/2019).

A absolvição do tráfico, pois, surge como a solução mais prudente e adequada.

Absolve-se Youssef também da posse de espingarda.

Na condição em que se encontrava, descaracterizado o objeto como arma de fogo, já que não poderia ser utilizado como tal, não se configurando o próprio elemento objetivo do delito.

Desmuniçada, sem nenhuma possibilidade de sê-lo – não há informação de que as bolas de chumbo apreendidas poderiam ser usadas como projéteis compatíveis (fls. 256/258) -, a espingarda não exibia qualquer potencialidade lesiva e não poderia, portanto, colocar em perigo o bem jurídico tutelado pela norma penal, ou seja, a incolumidade pública.

Vale ressaltar que não se trata de, com base no princípio da ofensividade ou da lesividade ao bem jurídico protegido, afastar



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

a ocorrência dos chamados crimes de perigo abstrato ou presumido.

A regra, todavia, deve nortear a interpretação da lei penal, prevalecendo quando se verificar porte de arma sem condições de pronto uso, na medida em que ausente qualquer risco à incolumidade pública, ainda que potencial, objetividade jurídica da infração.

Nesse sentido, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que “se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há falar-se em artefato idôneo a produzir disparo, por isso, não se realizando a figura típica de porte ilegal de arma” (AgRg no AG nº 1.087.205/GO, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 25/3/2011).

Frente ao exposto, dá-se provimento aos recursos para absolver Youssef Antônio Oliveira Cherain e Danilo Brandão da Cunha da imputação de tráfico com fulcro no art. 386, VII, do CPP, e, em relação à posse de arma de uso permitido, absolver o primeiro com esteio no art. 386, III, do CPP.

VICO MAÑAS

Relator