



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 908865 - SP (2024/0147027-9)

RELATOR : **MINISTRO OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP)
IMPETRANTE : RENATO PEREIRA NASCIMENTO
ADVOGADO : RENATO PEREIRA NASCIMENTO - SP248923
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : YOUSSEF ANTONIO OLIVEIRA CHERAIN (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de YOUSSEF ANTONIO OLIVEIRA CHERAIN, alegando constrangimento ilegal por parte do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO na Apelação Criminal n. 1500769-79.2019.8.26.0288.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado

como incurso no artigo 33, §1º, inciso II, da Lei nº 11.343/06, porque, segundo consta na denúncia, no dia 01 de agosto de 2019, por volta das 15h20min., no Sítio Alvorada, popularmente conhecido como "Chácara do Cheiratuti", localizado à margem esquerda da Estrada Vicinal Jerônimo Nunes Macedo, altura do km 1, sentido aeroporto, aos fundos da Faculdade FAFRAM, nesta cidade e comarca de Ituverava/SP, o acusado cultivava, para fins de tráfico ilícito, 54 (cinquenta e quatro) pés de "maconha" (cannabis sativa L), matéria-prima para a preparação de drogas, com peso de 10.000g (10kg), com alturas mínima de 61cm e máxima de 173cm, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fl. 223).

Em primeira instância, foi absolvido (fls. 223/227).

Em sede de apelação, interposta pelo Ministério Público, sobreveio a condenação a 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso (fls. 228/243). O recurso especial interposto não foi admitido (fls. 274/277).

A impetração sob análise sustenta a necessidade de absolvição diante de dúvida a indicar a possibilidade de atuação em estado de necessidade, que defende favorecer o acusado.

Aponta a identidade de circunstâncias com apreensão realizada 34

(trinta e quatro) dias antes em que absolvido em decisão transitada em julgado.

Sustenta a plausibilidade do plantio para extração do princípio ativo como medicamento, anotando que a irmã do paciente realiza tratamento, com prescrição médica, utilizando a substância, e que ele possui prescrição médica para uso próprio.

Argumenta que,

Diante da necessidade em produzir o óleo medicinal para seu tratamento e principalmente de sua irmã, e (...) da ausência de recursos para importar o medicamento, para garantir o direito seu direito fundamental à sua saúde, o paciente mantinha as plantas exclusivamente para extração do óleo, pois somente quem passa por problemas de saúde severo que sabe a necessidade e o tratamento mais adequado para cada um (fl. 31).

Subsidiariamente, sustenta fazer jus à incidência do redutor do §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Requer, em liminar, a suspensão da execução da pena e, no mérito, o restabelecimento da sentença de primeiro grau que absolveu o paciente ou, subsidiariamente, a aplicação da causa de diminuição, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Indeferida a liminar (fls. 326/328), vieram informações (fls. 334/377), ao que se seguiu a manifestação do Ministério Público Federal (fls. 382/399) pelo não conhecimento do *writ* e, no mérito, pela concessão de ofício da ordem, para absolver o paciente ou, subsidiariamente, para aplicar a minorante da figura privilegiada.

Às fls. 401/427, a Defesa juntou aos autos cópia de decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região em 12/06/2024, que, em recurso em sentido estrito, concedeu a ordem

para que sejam obstadas quaisquer medidas policiais e judiciais das autoridades impetradas contra Youssef Antonio Oliveira Cherain em razão da posse e utilização, para fins unicamente terapêuticos, das plantas e sementes de Cannabis sativa, mediante apresentação de atestado médico atualizado e autorização da Anvisa, limitado o cultivo de 15 (quinze) mudas de Cannabis a cada 3 (três) meses, totalizando 60 (sessenta) mudas ao ano (fl. 411).

É o relatório.

DECIDO.

A ordem deve ser concedida.

No caso concreto sob análise, o Tribunal de origem assim consignou (fls. 239/242 - grifamos):

5. Pois bem. Da conjugação da prova amealhada tem-se que Youssef Antonio cultivava cinquenta e quatro pés de maconha sem autorização da autoridade competente, fato que o próprio increpado admitiu nas duas etapas da persecução penal.

É verdade que **se comprovou que o réu ocupa cargo de Vice-Presidente em associação fundada para auxílio no tratamento de pessoas portadoras de autismo e que Youssef Antonio extraía óleo essencial de canabidiol das plantas que cultivava e o distribuía gratuitamente aos pacientes que dele necessitavam.**

No entanto, consoante o próprio irrogado afiançou - e restou ratificado pelas testemunhas arroladas pela Defesa - Youssef Antonio **não possuía a necessária autorização legal ou regulamentar** para o plantio de maconha.

Constituindo essa circunstância elementar do tipo penal capitulado no artigo 33, § 1º, inciso II, da Lei nº 11.343/06, uma vez ausente a devida autorização do órgão competente (União, conforme artigo 2º, parágrafo único, da lei de regência), tem-se que **a conduta do increpado é típica.**

Frise-se haver notícias de que **o réu se envolveu nessa prática delitiva por ao menos três vezes: aos 24.06.2019 (fatos apurados nos autos do Processo nº 1500496-03.2019.8.26.0288, no qual Youssef Antonio restou absolvido pela C. 12ª Câmara Criminal em sede de apelo), em 01.08.2019 (presente caso) e aos 07.01.2020 (fatos analisados no âmbito do processo-crime nº 1500121-65.2020.8.26.0288, em trâmite perante a E. 1ª Vara da Comarca de Ituverava).**

A reiteração do comportamento do irrogado leva a crer que ele confia na impunidade; ainda que o cultivo de maconha se dê para fins terapêuticos e que o increpado acredite que o consumo de canabidiol amenize sintomas em crianças autistas, fato é que Youssef Antonio tinha ciência de que o plantio que realizava era irregular, informal e não autorizado pela União, e ainda assim preferiu persistir na conduta.

E nem se alegue que o réu agiu acobertado pelo estado de necessidade porque auxiliaria a própria irmã com a extração do óleo de canabidiol, uma vez que **não restou comprovado nos autos que o tratamento da irmã por essa via consubstanciaria método indispensável à sobrevivência dela (somente se observou melhora em seu quadro clínico).** É sabido que a grande maioria dos pacientes diagnosticados com autismo não se valem de cannabis como forma de tratamento, mas sim de fármacos disponíveis no mercado e acessíveis a toda a população.

Ademais, como bem registrou a ilustre insurgente nas razões recursais, reconhecer que os portadores de autismo possam ser medicados com o referido óleo, sob o fundamento de agirem em estado de necessidade, é abrir portas para perigoso precedente, permitindo que os responsáveis por esses pacientes passem a cultivar

indistintamente a planta da maconha, ao arrepio da lei.

Soma-se a isso o fato de que o estado de necessidade é incompatível com os crimes permanentes (dentre eles o tráfico de drogas), exatamente porque a lei exige como requisito o perigo atual, a inevitabilidade do comportamento lesivo e a não razoabilidade de exigência do sacrifício do direito ameaçado.

Tais circunstâncias indicam que o réu não agiu em estado de necessidade, em razão da evitabilidade de sua conduta”(fls.565).

Destarte, o réu praticou voluntária e conscientemente a conduta inculpada no artigo 33, § 1º, inciso II, da Lei de Drogas, sem que estivesse acobertado pela excludente de ilicitude aventada. Como visto, Youssef Antonio cultivou cinquenta e quatro pés de maconha sem a imprescindível autorização legal ou regulamentar para tanto, conduta por ele mesmo admitida (e corroborada pelas próprias testemunhas ditas “de Defesa”).

O arcabouço probatório apresenta-se sólido e faz emergir a conduta ilícita perpetrada pelo recorrido, fornecendo esteio para a condenação.

A partir disso, colhe-se da moldura fática traçada na origem que: (i) o paciente **cultivava cinquenta e quatro pés de maconha** sem autorização da autoridade competente; (ii) o acusado é vice-presidente de associação destinada ao **auxílio no tratamento de pessoas com autismo**; (iii) nessa condição, ele **cultivava e extraía óleo essencial de canabidiol** das plantas **para distribuição gratuita** aos pacientes que dele necessitavam; (iv) embora não possuísse autorização legal, **em processo por fatos anteriores e análogos, foi absolvido** pelo Tribunal de Justiça local, restando pendente, ainda, processo por fatos análogos posteriores, e (v) a **irmã do paciente realiza tratamento por essa via, apresentando, em consequência, melhora no quadro** clínico, ainda que não se tenha comprovada a indispensabilidade para sua sobrevivência.

Incontroverso, portanto, que a finalidade do cultivo dos pés de maconha **não era a traficância**, mas, sim, a sua utilização para fins terapêuticos, mediante distribuição gratuita.

A **finalidade exclusivamente medicinal** encontra abordagem particular no ordenamento jurídico, já que a Lei n. 11.343/2006 estabelece que a União pode autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no *caput* do art. 2º para uso exclusivamente medicinal, permitindo concluir

tratamento legal dispar 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 (RHC n. 147.169/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/06/2022, DJe de 20/06/2022).

No entanto, até o momento, referido dispositivo não foi regulamentado.

Dessa forma, aqueles que necessitam de tal terapêutica muitas vezes se veem obrigados a recorrer à importação de canabidiol como a única alternativa possível. Essa situação frequentemente resulta na interrupção do tratamento ou até mesmo na sua impossibilidade devido aos custos elevados.

Nesse sentido, esta Corte, no julgamento do REsp 1.972.092/SP, entendeu pela possibilidade da utilização do *habeas corpus* preventivo com objetivo de obter o salvo-conduto para importação, cultivo e produção artesanal do extrato de canabidiol,

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 (REsp n. 1.972.092/SP, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/06/2022, DJe de 30/06/2022).

A possibilidade excepcional de concessão de *habeas corpus* para fins de cultivo medicinal de *cannabis sativa* deve-se à omissão do órgão regulador na regulamentação do cultivo em si, pois tal conduta é expressamente autorizada no art. 2º, parágrafo único, da Lei de Drogas.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PEDIDO DE SALVO-CONDUTO. PLANTIO DE MACONHA PARA FINS MEDICINAIS. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO PARA IMPORTAÇÃO DO MEDICAMENTO CONCEDIDA PELA ANVISA E PRESCRIÇÃO MÉDICA RELATANDO A NECESSIDADE DO USO. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ESPECIALIDADE DO MÉDICO PRESCRITOR. QUESTÃO ALHEIA AOS LIMITES DE COGNIÇÃO DO HABEAS CORPUS. QUANTIDADE AUTORIZADA PARA O CULTIVO. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AOS DITAMES FIXADOS EM CASOS SIMILARES. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

- 1. Hipótese em que o Agravado buscou a permissão para importar sementes, transportar e plantar Cannabis para fins medicinais, sob a afirmação de ser indispensável para o controle de sua enfermidade.*
- 2. Considerando que o art. 2.º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006, expressamente autoriza o plantio, a cultura e a colheita de vegetais dos quais possam ser extraídas*

substâncias psicotrópicas, exclusivamente para fins medicinais, bem como que **a omissão estatal em regulamentar tal cultivo tem deixado pacientes sob o risco de rigorosa reprimenda penal**, não há como deixar de reconhecer a adequação procedimental do salvo-conduto.

3. À luz dos princípios da legalidade e da intervenção mínima, não cabe ao Direito Penal reprimir condutas sem a rigorosa adequação típico-normativa, o que não há em tais casos, já que o cultivo em questão não se destina à produção de substância entorpecente. Notadamente, o afastamento da intervenção penal configura meramente o reconhecimento de que **a extração do óleo da cannabis sativa, mediante cultivo artesanal e lastreado em prescrição médica, não atenta contra o bem jurídico saúde pública**, o que não conflita, de forma alguma, com a possibilidade de fiscalização ou de regulamentação administrativa pelas autoridades sanitárias competentes.

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

5. Verifica-se a regular habilitação do médico responsável pelo tratamento do Agravado perante o órgão fiscalizador do exercício da profissão, conforme destacado pelo Ministério Público nas razões do presente recurso. Dessa forma, a questão afeta à área de especialização do médico remonta a um tema que escapa dos preceitos da presente via. Aliás, ao tratar dessa específica questão no emblemático julgamento do REsp n. 1.972.092/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, estabeleceu a Sexta Turma: "[e]m acréscimo, faço lembrar que, por ocasião do julgamento do Tema n. 106 dos Recursos Repetitivos, este Superior Tribunal decidiu que o fornecimento de medicamentos por parte do Poder Público pode ser determinado com base em laudo subscrito pelo próprio médico que assiste o paciente, sem necessidade de perícia oficial. Basta, para tanto, que haja 'Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS' (EDcl no REsp n. 1.657.156/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1ª S., DJe 21/9/2018)." (fl. 25 do voto condutor do acórdão).

6. No que se refere à quantidade autorizada para o cultivo com fins medicinais, após melhor análise do caso, verifica-se que, de fato, a autorização de importação concedida pela Anvisa e o receituário fornecido pelo médico do Paciente não indicam o número de plantas necessárias para a extração do fármaco. E conforme pontuado pelo Agravante, a quantidade cujo plantio se pretende, ao ser analisada com a perspectiva do tratamento dado ao tema no âmbito desta Corte em situações similares, mostra-se dispare.

7. Com o objetivo de adequar e uniformizar o tratamento do tema, porque não verificada situação excepcional, adequado fixar a diretriz estabelecida pela Sexta Turma no julgamento do RHC n. 147.169/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, de modo a autorizar "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."

8. Agravo regimental do Ministério Público do Estado de Minas Gerais provido em parte.

(AgRg no HC n. 779.634/MG, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/10/2023, DJe de 5/10/2023 - grifamos).

Nesse sentido, da relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, por unanimidade, o REsp n. 1.972.092/SP, interposto pelo Ministério Público Federal, ao qual foi negado provimento, mantendo-se a decisão do Tribunal de origem, que havia concedido *habeas corpus* preventivo. Então,

ambas as turmas passaram a entender que o plantio e a aquisição das sementes da Cannabis sativa, para fins medicinais, não se trata de conduta criminosa, independente da regulamentação da ANVISA (AgRg no HC n. 783.717/PR, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Terceira Seção, julgado em 13/9/2023, DJe de 3/10/2023).

Confira-se, ainda:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CULTIVO DOMÉSTICO DA PLANTA CANNABIS SATIVA PARA FINS MEDICINAIS. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. UNIFORMIZAÇÃO DO ENTENDIMENTO DAS TURMAS CRIMINAIS. RISCO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DIREITO A SAÚDE PÚBLICA E A MELHOR QUALIDADE DE VIDA. REGULAMENTAÇÃO. OMISSÃO DA ANVISA E DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. ATIPICIDADE PENAL DA CONDUTA.

1. O conjunto probatório dos autos aponta que o uso medicinal do óleo extraído da planta Cannabis sativa encontra-se suficientemente demonstrado pela documentação médica, pois foram anexados Laudo Médico e receituários médicos, os quais indicam o uso do óleo medicinal (CBD Usa Hemp 6000mg full spectrum e Óleo CBD/THC 10%).

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

fins medicinais, não se trata de conduta criminosa, independente da regulamentação da ANVISA.

3. Após o precedente paradigma da Sexta Turma, formou-se a jurisprudência, segundo a qual, "uma vez que o uso pleiteado do óleo da *Cannabis sativa*, mediante fabrico artesanal, se dará para fins exclusivamente terapêuticos, com base em receituário e laudo subscrito por profissional médico especializado, chancelado pela ANVISA na oportunidade em que autorizou os pacientes a importarem o medicamento feito à base de canabidiol - a revelar que reconheceu a necessidade que têm no seu uso - , não há dúvidas de que deve ser obstada a iminente repressão criminal sobre a conduta praticada pelos pacientes/recorridos" (REsp n. 1.972.092/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 30/6/2022).

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

5. *Agravo regimental provido, para conceder o habeas corpus, a fim de garantir aos pacientes o salvo-conduto, para obstar que qualquer órgão de persecução penal turbe ou embarace a aquisição de 10 (dez) sementes de Cannabis sp., bem como o cultivo de 7 (sete) plantas de Cannabis sp. e extração do óleo, por ser imprescindível para a sua qualidade de vida e saúde. Oficie-se à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e ao Ministério da Saúde.*

(AgRg no HC n. 783.717/PR, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Terceira Seção, julgado em 13/9/2023, DJe de 3/10/2023 - grifamos).

Ademais, imperioso destacar que, no presente caso, o emprego do óleo extraído se dava em **benefício de segmento vulnerável** da população, detentor de **proteção especial** pelo Estado, qual seja: **pessoas com deficiência**. Não se pode olvidar que a Lei n. 12.764/2012 garante às pessoas com transtorno do espectro autista - como os beneficiários, *in casu*, da conduta imputada ao paciente - o acesso a ações e serviços de saúde com vistas à **atenção integral a suas necessidades** (art. 3º, III) - robustecendo ainda mais o dever estatal correspondente ao direito à saúde.

O Ministério Público Federal, em seu parecer, destacou (fl. 398):

Considerando, pois, (i) que a licitude dos medicamentos à base de canabidiol já foi reconhecida pela RDC n.º 327/2019 da ANVISA e a sua importação por pessoas físicas autorizada pela RDC n.º 335/2020 da mesma agência, (ii) que a União, por vezes, é obrigada a arcar com altos custos de importação para fornecer medicações à base de canabidiol, e (iii) que o Poder Judiciário tem concedido salvo-conduto para autorizar, em situações excepcionais similares à presente, o cultivo de plantas de cannabis sativa para fins terapêuticos, recomendável, na presente hipótese, a concessão do writ de ofício, a fim de reverter, à luz das particularidades do caso, a condenação do paciente, absolvendo-o do crime previsto no art. 33, § 1º, II, da Lei n.º 11343/06.

Forçoso anotar, aqui, que os demais fundamentos lançados pelo Tribunal *a quo* não infirmam o posicionamento ministerial.

Com efeito, a existência de processo penal anterior em desfavor do paciente, em que restou absolvido, por conduta idêntica, não nos *leva a crer que ele confia na impunidade*, mas, sim, que, com maior razão, acredita na não punibilidade da conduta - o que é absolutamente diverso, inclusive sob a ótica da conformação do dolo.

De outra ponta, conforme também indicado pelo MPF, *Constou (...) que a irmã de Youssef é autista e faz uso do óleo de canabidiol, por ele extraído, em seu tratamento, tendo sido atestada melhora em seu quadro clínico (relatório médico acostado a e-fls. 220-221)*. O relatório médico apontado, do mês imediatamente anterior à ocorrência que deu ensejo ao processado sobre o qual ora se debruça o Judiciário, indica não apenas a melhora reconhecida pelo próprio acórdão, mas também a ausência de responsividade a outros tratamentos - indicando a correlação da utilização medicinal do canabidiol à promoção da sua saúde.

Soma-se a este quadro a sobrevinda do noticiado salvo-conduto obtido pelo paciente perante a Justiça Federal em 12/06/2024, o que não apenas ratifica a adequação de sua conduta aos requisitos para a prática, como reforça a sua finalidade lícita e demonstra a busca pela sujeição aos ditames legais.

À luz dos elementos fáticos traçados, portanto, a situação dos autos se amolda ao decidido por este colegiado no bojo do já mencionado REsp 1.972.092/SP (Rel. Min. Rogério Schietti Cruz), cuja *ratio decidendi* torna o precedente aplicável ao caso sob análise:

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 Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 30/6/2022 - grifamos)

Verifica-se, assim, na espécie, a ausência de demonstração da *vontade livre e consciente de praticar o fim previsto na norma penal*, bem como da própria tipicidade material, na medida em que, a partir de tudo o que dos autos consta, emerge tão somente a já indicada finalidade de promoção da saúde pública, com aptidão concreta na conduta para tanto, quando o delito tipificado visa, com tal proibição sob sanção penal, justamente sua proteção.

Assim, na hipótese, diante das particularidades do caso, a incidência do Direito Penal revela-se descabida - o que não exclui o controle e eventual responsabilização administrativa ou em outra seara que não a *ultima ratio*, única tratada nestes autos.

Ante o exposto, concedo a ordem de *habeas corpus* para, acolhendo o parecer do Ministério Público Federal, absolver o paciente, restabelecendo a decisão de primeiro grau.

Assinalo que a presente decisão não se confunde com a concessão de salvo-conduto para o cultivo pretendido, cingindo-se ao caso concreto sob análise.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 26 de setembro de 2024.

Ministro OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO
(Desembargador Convocado do TJSP)
Relator