

## **Habeas corpus preventivo: o remédio heroico para tutela do direito à saúde**

### **Preventive Habeas Corpus: the heroic remedy to protect the right to health**

Camila Monelli Laver\*

#### **RESUMO**

Com a insistente omissão da União em regulamentar o plantio, a produção e o transporte da cannabis para fins medicinais, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento do cabimento de habeas corpus preventivo em tutelar o direito fundamental à saúde de pacientes que cultivam a cannabis para o tratamento de suas enfermidades e ou doenças, diante das fracassadas tentativas de melhora clínica com os medicamentos convencionais. Inicialmente, a compreensão da Corte Superior era pelo não cabimento deste remédio constitucional por entender que a competência desta matéria pertencia à esfera cível e administrativa. No entanto, a celeuma que se arrasta há alguns anos sobre o poder-dever da União em regulamentar o parágrafo único do artigo 2º da Lei 11.343/2006 (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad), em razão da divergência do Ministério da Saúde e da ANVISA ao não definirem suas competências nesta regulamentação, bem como as reiteradas impetrações de pedidos de salvos-condutos, fizeram com que o Superior Tribunal de Justiça firmasse nova jurisprudência no sentido de preservar a autocontenção judicial na seara penal. Assim, a impetração do habeas corpus é a medida adequada para afastar a tipicidade penal em relação a conduta de plantar cannabis para fins medicinais, desde que comprovada a necessidade médica do tratamento, evitando-se, assim, criminalizar pessoas que estão em busca do seu direito fundamental à saúde e onerá-las com a burocracia e o alto custo do medicamento, possibilitando que os próprios pacientes ou seus responsáveis cultivem e produzam artesanalmente os medicamentos à base de cannabis sem sofrerem risco de constrangimento e liberdade.

**Palavras-chave:** cannabis medicinal; habeas corpus preventivo; salvo conduto.

#### **ABSTRACT**

With the persistent omission of the Union in regulating the cultivation, production, and transportation of cannabis for medicinal purposes, the Superior Court of Justice has established the understanding of the appropriateness of preventive habeas corpus to protect the fundamental right to health of patients who cultivate cannabis for the treatment of their illnesses, in the face of unsuccessful attempts at clinical improvement with conventional medications. Initially, the Superior Court's understanding was that this constitutional remedy was not applicable, as it believed that the competence for this matter belonged to the civil and administrative sphere. However, the longstanding controversy over the Union's duty to regulate the sole paragraph of Article 2 of Law 11.343/2006 (National System of Public Policies on Drugs – Sisnad), due to the disagreement between the Ministry of Health and ANVISA in not defining their competencies in this regulation, along with repeated petitions for writs of habeas corpus, led the Superior Court of Justice to establish new jurisprudence in order to preserve judicial self-restraint in the criminal field. Thus, the filing of habeas corpus is the appropriate measure to

---

Artigo submetido em 20 de novembro de 2023 e aprovado em 19 de dezembro de 2023.

\* Advogada, formada em Direito pela UniFCV, pós graduanda em Direito Público pela PUC-Minas, mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Estadual de Maringá. Email: [camila.monelli@gmail.com](mailto:camila.monelli@gmail.com).

excludes penal typicity regarding the act of cultivating cannabis for medicinal purposes, provided that the medical need for treatment is proven. This aims to avoid criminalizing individuals seeking their fundamental right to health and burdening them with bureaucracy and the high cost of medication, allowing patients or their caregivers to cultivate and produce cannabis-based medications artisanally without the risk of constraint and loss of freedom.

**Keywords:** medicinal cannabis; preventive habeas corpus; safe-conduct.

## 1 INTRODUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça, em sede do julgamento do habeas corpus nº 779289 – DF, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado e publicado em 22 de novembro de 2022, analisou pedido de habeas corpus a fim da concessão de salvo-conduto para o plantio de maconha com fins medicinais.

*In casu*, a Corte Superior modificou o seu entendimento anterior de necessidade de exame na seara administrativa e possibilidade de obtenção na esfera cível, a fim de privilegiar a autocontenção judicial na seara penal. O novo entendimento, exarado na decisão *sub examen*, constatou, em primeiro lugar, a ausência de regulamentação administrativa para o tema em comento. Outrossim, também foi verificada a onerosidade e burocracia presentes na esfera cível, que poderiam até mesmo impossibilitar a continuidade do tratamento.

Sendo assim, em análise da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, verificou-se que esta não proibiu o uso devido e produção autorizada da *Cannabis* com fins medicinais, sendo expresso em seu art. 2º, parágrafo único, que “pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas”.

Além disso, ao se debruçar sobre os artigos da Lei de Drogas que tipificam crimes, percebeu-se que estes trazem um elemento normativo do tipo redigido, *in verbis*, como “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Sendo assim, havendo autorização ou determinação legal ou regulamentar, não haveria se falar em crime, porquanto não estaria preenchido o elemento normativo do tipo. Outrossim, o bem jurídico penal tutelado pela Lei de Drogas é a saúde pública, que não é prejudicada pelo uso individual e medicinal da *Cannabis sativa*, não se revelando presente tipicidade material ou conglobante, ainda que se admitisse como presente a tipicidade formal.

Especificamente quanto à *Cannabis*, ademais, percebeu-se que, além de inúmeras pesquisas científicas acerca de sua eficácia no tratamento de doenças, a ANVISA ainda classificou-a como planta medicinal, em sede da Resolução da Diretoria Colegiada nº 130, de 5 de dezembro de 2016 (RDC 130/2016) e incluiu medicamentos à base de canabidiol e THC na lista A3 da Portaria n. 344/1998, sendo que a sua prescrição passou a ser autorizada por meio de notificação de receita e termo de consentimento informado do paciente.

Desta feita, a decisão exarada no HC nº 779289 – DF, além de todos os fundamentos desposados acima, levou em consideração o fato de o impetrante do caso concreto ter juntado relatórios médicos de psicólogos e psiquiátricas atestando suas condições de saúde e a recomendação de tratamento com a *Cannabis*, além de autorização da ANVISA para a importação dos produtos necessários ao seu tratamento. Assim, comprovada a necessidade do tratamento e o risco de vir a sofrer constrangimento ilegal, o voto do Relator, por fim, foi pelo não conhecimento do *mandamus*, mas pela concessão da ordem de ofício, a fim de

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

O voto do Ministro Relator foi acompanhado pelos Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDF) e Jorge Mussi.

Assim sendo, nota-se que a discussão apresentada à apreciação da Corte envolve dispositivos constitucionais, notadamente o direito à saúde, disposto no art. 5º, 196 e seguintes, a repressão ao tráfico, presente no art. 5º, XLIII, e os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana, previstos, respectivamente, no art. 1º, II e III, todos da Constituição Federal. Outrossim, também são abarcados dispositivos legais, notadamente da Lei 11.343/2006, especificamente o seu art. 2º, parágrafo único, que dispõe sobre a autorização do plantio de maconha com fins medicinais, e seus dispositivos que tipificam os crimes relacionados ao uso de drogas. Por fim, a discussão também traz em seu bojo a análise de resoluções infralegais dos órgãos do Poder Público, como a RDC 130/2016, da ANVISA e suas demais resoluções envolvendo esse tema.

Diante do exposto, a controvérsia jurídica que se apresenta é se caberia ao Poder Judiciário, diante da omissão do Poder Público em regular o tema, e com fundamento no direito constitucional do acesso à saúde e no princípio da dignidade humana, conceder salvo-conduto para o plantio e cultivo de *Cannabis sativa* com fins medicinais.

## 2 REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA

O Superior Tribunal de Justiça, até meados de 2018, possuía entendimento sedimentado no sentido de não conhecimento de atipicidade quanto à conduta de importação de sementes de *Cannabis sativa lineu* (maconha), e tampouco de aplicação do princípio da insignificância a tais casos, vez que se trataria de delito de tráfico de drogas e uso de substância entorpecente, crimes de perigo abstrato ou presumido. Sendo assim, essas situações configurariam o tipo penal descrito no art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido foi a decisão no Recurso em habeas corpus Nº 57.435 – PE, de relatoria do Ministro Felix Fischer, julgado em 27 de abril de 2017. Em referido julgamento, o Recorrente havia sido denunciado perante a Justiça Federal por ter, em tese, praticado a conduta prevista no art. 33, § 1º, c/c art. 40, I, ambos da Lei nº 11.343/06, de tráfico de drogas. Inconformado, impetrou habeas corpus perante o Tribunal Regional da 5ª Região aduzindo, em suma, a atipicidade da conduta e aplicação do princípio da insignificância. O *mandamus* foi negado, pelo que se interpôs o Recurso em habeas corpus que ora se comenta.

No julgamento em apreço, exarou-se o entendimento de que *as sementes da planta cannabis sativa são consideradas matéria-prima para efeito de configuração de quaisquer uma das ações delituosas previstas no art. 33, § 1º, inciso I, da Lei 11.343/2006*. Quanto à aplicação do princípio da insignificância, outrossim, restou consignado que *a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de sua inaplicabilidade às hipóteses de importação clandestina de sementes de maconha, não havendo se falar em trancamento da ação penal por atipicidade da conduta*.

Sendo assim, a quinta turma do STJ, por unanimidade, negou provimento ao recurso, tendo sido o voto do relator acompanhado pelos ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik.

Esse mesmo entendimento ainda se fazia presente no Colendo Tribunal Superior em 2018, como se pode ver no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.733.645 – SP, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 05 de junho de 2018.

O voto exarado nessa ocasião foi no sentido de seguir a jurisprudência majoritária da Corte Superior, no sentido de que a importação clandestina de sementes *Cannabis sativa linneu* configuraria o tipo penal presente no art. 33, §1º, I, da Lei n. 11.343/2006, sendo *ainda inaplicável o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e de uso de substância entorpecente, por se tratarem de crimes de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de sementes da droga apreendida.*

No julgamento em análise, contudo, o Relator reconheceu que já começavam a aparecer julgamentos, especificamente pela sexta turma do STJ, que permitiram a aplicação do princípio da insignificância à conduta de importação de pequena quantidade de sementes de maconha, mas deixou de aplicá-los, permanecendo alinhado ao entendimento da 5ª turma, da qual fazia parte.

Assim sendo, a decisão foi de negar provimento ao Agravo Regimental por unanimidade, tendo sido o voto do relator acompanhado pelos Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi.

Entretanto, como exposto acima, já em 2018 a jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça passou a se transmutar no sentido de ser possível a aplicação do princípio da insignificância no caso de importação de pequena quantidade de sementes. Esse entendimento, ademais, já vinha sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Para análise, tomar-se-á como acórdão paradigma aquele exarado em sede do julgamento do habeas corpus 163.730/SP, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, julgado em 23 de outubro de 2018 e publicado em 26 de outubro de 2018.

*In casu*, o paciente havia sido denunciado por ter, em tese, cometido as condutas previstas no inc. I do § 1º do art. 33 c/c inc. I do art. 40, ambos da Lei n. 11.343/2006, ante o fato de ter importado 11 (onze) sementes de maconha. A denúncia foi rejeitada em primeiro grau, bem como foi desprovido o Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público, em segundo grau. Em sede do Recurso Especial n. 1.761.768, contudo, o Ministério Público conseguiu provimento para o fim de ser determinado o recebimento da denúncia. Em face dessa última decisão foi interposto Agravo Regimental que foi, por sua vez, desprovido pela 5ª turma do STJ. Em face desse acórdão foi impetrado o Habeas corpus em comento.

No julgamento, entendeu o Supremo Tribunal Federal pela *atipicidade da conduta de importar pequena quantidade de sementes de cannabis sativa para consumo próprio*, seguindo entendimento já exarado em sede dos julgamentos dos HCs 142.987 e 144.161, ambos de relatoria de Gilmar Mendes. A ementa confeccionada foi a seguinte:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. IMPORTAÇÃO DE ONZE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA LINNEU PARA CONSUMO PRÓPRIO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

Nota-se, portanto, que a jurisprudência se encaminhava no sentido de não ser justificada nem mesmo a ação penal em casos de importação de poucas quantidades da semente

Seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça passou a aplicar o princípio da insignificância aos casos de importação de sementes de maconha em pequena quantidade. Nesse sentido, passa-se à análise do Recurso em habeas corpus Nº 115.605 – SP, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 14 de outubro de 2020.

No referido julgamento, o STJ admitiu a aplicação do princípio da insignificância a casos em que a quantidade de sementes de maconha se mostrava diminuta. Outrossim, ainda restou consignado que

[...] ainda que se entendesse pelo enquadramento da conduta na figura típica do art. 28 da Lei 11.343/2006, a importação de apenas 31 sementes de maconha não se apresenta relevante do ponto de vista penal, devendo ser considerada materialmente atípica, em aplicação do princípio da insignificância, consoante entendimento desta Corte.

Sendo assim, a decisão proferida pela Terceira Seção do Colendo STJ foi para determinar o trancamento da Ação Penal versada. Acompanharam o voto do relator os Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Reynaldo Soares da Fonseca.

O mesmo entendimento ainda pode ser visto no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.624.564 – SP, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, julgado em 14 de outubro de 2020. Em referido julgamento, restou consignado que, de acordo com a Lei de Drogas,

as condutas delituosas estão adstritas a ações voltadas para o consumo de droga e aos núcleos verbais de semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de droga, também para consumo pessoal. Sob essa óptica, o ato de importar pequena quantidade de semente configuraria, em tese, mero ato preparatório para o crime do art. 28, § 1.º, impunível, segundo nosso ordenamento jurídico.

Sendo assim, a Terceira Seção do STJ, por unanimidade, acolheu os embargos de divergência em julgamento para determinar o trancamento da ação penal em tela, em razão da atipicidade da conduta.

Nota-se, dos julgamentos analisados até aqui, que a discussão se subsumia à análise quanto à (a)tipicidade da conduta de importação de pequenas quantidades de sementes de *Cannabis sativa*, seja por não se enquadrar em qualquer dos crimes tipificados na Lei nº 11.343/2006, seja pela aplicação do princípio da insignificância. A jurisprudência firmada até então, portanto, era no sentido de que *a conduta de importar pequenas quantidades de sementes de maconha não se adequa formalmente ao tipo descrito no art. 33 da Lei de Drogas e não se ajusta materialmente a outros tipos penais, como, por exemplo, o art. 334-A do Código Penal, em razão do princípio da insignificância.* (123.402 – RS)

A partir de 2020, contudo, outra controvérsia passou a se apresentar aos tribunais superiores: seria possível a concessão de salvo-conduto, mediante a impetração de *habeas corpus*, para o plantio, cultivo, uso e posse de *Cannabis sativa* com fins medicinais? Nessa toada, importante se faz a análise do Recurso em Habeas Corpus Nº 123.402 – RS, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 23 de março de 2021.

Em referido julgamento, constava nos autos que o Recorrente apresentava quadro grave de Epilepsia Refratária, Hipereplexia e Síndrome de Ehler Danos, sendo que o tratamento com óleo de cannabis se mostrou mais eficiente do que as medicações tradicionais. O pedido de salvo-conduto foi acompanhado de documentos médicos demonstrando o efeito positivo do uso da planta e a ineficácia dos tratamentos convencionais.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região concedeu parcialmente a ordem, permitindo a importação das sementes, mas negando a autorização para o plantio, o que motivou a impetração do Recurso perante a Corte Superior.

Na sua *ratio decidendi*, o Ministro Relator destacou *a existência de inúmeros estudos científicos que comprovam a eficácia da chamada terapia canábica no tratamento de doenças*

*relacionadas a epilepsia, paralisia cerebral, dentre outros agravos* e ainda constou que o cenário estaria se encaminhando para a regulamentação do uso de medicamentos elaborados a partir da maconha. Restou consignado, ainda, o fato de a ANVISA ter classificado a maconha como planta medicinal (RDC 130/2016) e ter incluído os medicamentos à sua base na lista A3 da Portaria n. 344/1998.

Outrossim, diante da falta de regulamentação infralegal acerca da exploração e produção de medicamentos à base de maconha estaria a ANVISA adotando providências para permitir o acesso a produtos fabricados à base da maconha para os pacientes que dele necessitassem, entretanto, tal procedimento se mostrava burocrático e caro.

Em que pese todas essas considerações, concluiu o Superior Tribunal de Justiça, na ocasião, que não seria possível atender ao pleito, levando em consideração *a estreiteza cognitiva do habeas corpus e a própria competência do colegiado*. Isso porque a autorização para o cultivo da planta, hábil a impedir a subsunção da conduta ao tipo penal, dependeria de critérios técnicos cuja avaliação incumbiria à ANVISA, não podendo o juízo criminal adentrar em tal seara. Sendo assim, restou entendido que a melhor solução seria, inicialmente, submeter a questão ao exame da autarquia responsável pela vigilância sanitária e, em caso de demora ou de negativa, apresentar o tema ao Poder Judiciário, devendo o pleito ser direcionado à jurisdição cível competente.

O entendimento da necessidade de negativa e/ou demora por parte da esfera administrativa como requisito prévio para a proposição de ação perante o juízo cível, contudo, encontra-se superado atualmente.

Como exposto na introdução do presente trabalho, no julgamento do habeas corpus nº 779289 – DF, em 22 de novembro de 2022, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser possível a concessão de ofício do habeas corpus a fim de garantir o salvo conduto para o plantio de maconha com fins medicinais. Tal entendimento se deu ante a percepção de ausência de regulamentação administrativa para o tema em comento e a constatação da onerosidade e burocracia presentes na esfera cível.

Assim, com fundamento no direito constitucional à saúde e a dignidade de pessoa humana, e considerando a necessidade de sua compatibilização em relação ao mandamento constitucional de repressão ao tráfico, a Corte em apreço decidiu pela ausência de tipicidade material e conglobante da conduta do plantio e cultivo da Cannabis para fins medicinais.

### 3 REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

Conforme explicitado anteriormente, os argumentos favoráveis à concessão de salvo conduto para plantio e cultivo de maconha com fins medicinais giram em torno do princípio da dignidade humana e do direito constitucional de acesso à saúde.

Nesse sentido, importante notar que a discussão em torno do uso medicinal da *Cannabis* leva, necessariamente, a um conflito entre o direito à segurança pública e o mandado de criminalização de condutas que violem bens jurídicos e o direito à saúde (Moreira; Menezes, 2021, p. 75).

Nesse conflito, contudo, afirmam Moreira e Menezes (2021, p. 78) que se deve entender pela “licitude do uso medicinal e terapêutico de substâncias tidas como ilícitas pelo rol da ANVISA para fins medicinais” e que “ao prever a possibilidade do uso medicinal de drogas, a Lei de Drogas cria verdadeira excludente criminal e salvo conduto para o desenvolvimento das atividades de pesquisa e uso terapêutico de drogas”.

Importante notar também que, para os autores em comento, assim como para o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “a ausência ou insuficiência da regulamentação do assunto não é suficiente para impedir a fruição do direito à saúde dos cidadãos acometidos

por enfermidades que possam ser tratadas por intermédio de remédios obtidos por insumos da *cannabis sativa*”. (Moreira; Menezes, 2021, p. 78).

Assim, a conclusão à qual se chega é que se faz necessária uma distinção entre o uso recreativo da maconha, tipificado enquanto crime, e o uso da planta para fins medicinais. Nesse sentido, “ao se analisar as potencialidades da substância, essa deixa de ser um prejuízo e potencial vetor de risco para a saúde pública e passa a ser, a partir do uso científico, medicinal, controlado e supervisionado, um verdadeiro vetor de promoção à saúde da população” (Moreira; Menezes, 2021, p. 79).

Visualizando a celeuma por um viés principiológico penal, poder-se-ia concluir ainda que, de acordo com o princípio da lesividade, “somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado” (Bittencourt, 2022, p. 71); assim, “o estabelecimento de restrições ao comportamento não lesivo ou auto lesivo do cidadão viola diretamente o princípio da lesividade” (Moreira; Menezes, 2021, p. 80).

Nessa toada, ao abordar o tema sob a ótica do direito constitucional à saúde, Marinho e Neves, primeiramente, aduzem que “o Direito à saúde se constitui como um dos pilares mais sólidos da República Federativa do Brasil, sendo assegurado pela Constituição Federal de 1988 no âmbito dos Direitos humanos e sociais” (2022, p. 1265). Como consectário lógico dessa formulação, então, tem-se que, constatada a existência de uma substância apta a auxiliar no tratamento de doenças, com comprovações científicas de sua eficácia, tem-se que se torna direito de todos e dever do Estado a facilitação de seu acesso (Marinho; Neves).

Referidos autores ainda concluem que é parte integrante deste o direito que possuem o paciente e o médico de optarem pelos melhores tratamentos disponíveis no atual estado de desenvolvimento fármaco-científico (2022, p. 1272). Ou seja, “se, como já frisado, o uso medicinal da *Cannabis* prolonga a vida dessas pessoas, afastando o risco de morte natural àquelas patologias, nada mais justo senão a liberação incondicional do seu uso” (Marinho; Neves, 2022, p. 1273).

Diferente não é o entendimento de Pinto *et al.*, que, partindo do pressuposto de ser a saúde um direito universal cuja propiciação incumbe ao estado, seria

possível repercutir acerca do uso medicinal da *cannabis* a partir da ideia da integralidade dos sujeitos e convidar a sociedade como um todo, mas principalmente o poder público a debater as questões relacionadas a importação e comercialização destes itens, partindo do pressuposto que há maior benefício do que risco à saúde das pessoas (2021, p. 71)

No que tange ao estado da arte no campo do judiciário brasileiro envolvendo o acesso efetivo à maconha medicinal e à concessão do salvo-conduto para o seu plantio e cultivo, Lambert e Martins destacam, em primeiro lugar, o fato de que vem sendo criado, na seara judiciária brasileira, uma distinção que legitima o uso medicinal enquanto proíbe o uso recreativo, realizando a distinção entre o que se considera droga e medicamento (2018).

Os autores ainda prosseguem apresentando que, na Lei de Drogas, as condutas consideradas crimes assim o são pois ofendem à bem jurídica saúde pública. De outra banda, ao se falar do uso medicinal da *Cannabis*, o fundamento utilizado para se chegar ao judiciário é justamente o do acesso à saúde (Lambert; Martins, 2022, p. 194).

Assim, com a necessidade de acesso à saúde e do uso da *Cannabis* e a burocracia necessária para se chegar ao medicamento, os autores prosseguem e aduzem que muitos passaram a formular pedidos perante a justiça a fim de que o Estado passasse a arcar com os custos relacionados à sua obtenção, mas, mesmo para aqueles que tinham seus pedidos concedidos, “a demora para a chegada do medicamento é constante, e a espera que se prolonga pode ser determinante para o agravamento de uma situação de saúde” (Lambert; Martins, 2022,

p. 196). É justamente nesse contexto, segundo o pensamento dos autores em apreço, que surge a estratégia da utilização de Habeas corpus.

O Habeas corpus, então, com o fim de sanar as deficiências dos demais meios utilizados anteriormente para o acesso ao tratamento, pleiteia pelo salvo-conduto para o cultivo da planta, da qual posteriormente se poderia retirar o óleo a ser utilizado como remédio. É, assim, “uma estratégia de defesa, que busca garantir ao usuário um “salvo conduto” para que ele possa cultivar a erva para o seu uso medicinal próprio, de forma que não seja gerada a prisão do cultivador e a apreensão das plantas” (Lambert; Martins, 2022, p. 197).

Diante da análise de todo o contexto envolvido, então, a conclusão em referido texto é de que

É um grande passo, diante do cenário por nós descrito anteriormente, em que os pacientes tinham o direito reconhecido pela justiça de importarem a substância para o seu consumo pessoal, mas continuavam enfrentando dificuldades de acesso ao medicamento, diante dos entraves burocráticos e altos custos financeiros da importação (2018, p. 203).

Entretanto, há as correntes de pensamento que diferem do que foi exposto até aqui. Milena Karla Soares, ao analisar as decisões relacionadas à *Cannabis* tomadas no âmbito da ANVISA em 2019, expõe que a flexibilização das regras existentes para registros de medicamentos à base de *cannabis* indicaria uma “aceitação do risco representado pela ignorância da eficácia e segurança, como forma de dirimir a ignorância sobre a qualidade” (2020, p. 64).

A mesma autora ainda afirma que seria recomendável que o debate acerca da regulação do plantio da *cannabis* medicinal prosseguisse na esfera técnico administrativa “antes que a Anvisa seja atropelada, mais uma vez, por determinações judiciais”. (2020, p. 66).

#### 4 POSICIONAMENTO CRÍTICO FUNDAMENTADO

Diante de tudo o que foi exposto até aqui, pode-se concluir que a impetração de *Habeas corpus* com o fim de obtenção de salvo-conduto para o plantio e cultivo da *Cannabis* medicinal se configura como meio efetivo de concretização do direito constitucional de acesso à saúde, expresso textualmente na Constituição Federal em seu artigo 196.

Nesse sentido, importante abordar os argumentos contrários a essa conclusão, rechaçando-os com base na jurisprudência e na literatura acerca do tema. Em primeiro lugar, na seara dogmático-penal, rememora-se que, de acordo com a jurisprudência atual, a conduta de cultivar a *cannabis* com fins medicinais não tipifica qualquer crime previsto na lei de drogas, vez que tais sementes não possuem o princípio ativo da *Cannabis sativa*. Da mesma maneira, a conduta de importação dessas sementes não caracteriza o crime de contrabando, vez que se aplica em tais casos o princípio da insignificância.

Da mesma forma, consoante foi dito alhures, por força do princípio da lesividade, não poderia intervir o direito penal em comportamentos não lesivos ou mesmo que sejam apenas auto-lesivos do cidadão, impondo-o restrições. (Moreira; Menezes, 2021).

Além disso, em que pese a existência de corrente de pensamento que entenda ser necessária uma maior análise acerca da eficácia e segurança da *Cannabis* medicinal, a ser realizada por parte da Anvisa e demais órgãos técnicos, percebe-se que, atualmente, o que se tem é uma verdadeira inércia no que diz respeito à necessária regulamentação do cultivo da planta da maconha na esfera administrativa.

Nesse ponto, importante notar que, caso já houvesse tal regulamentação por parte da ANVISA, certamente grande parte da controvérsia abordada no presente trabalho estaria solucionada, vez que a Lei de Drogas dispõe expressamente em seu art. 2º que somente se

proíbe o “plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas” no caso de ausência de autorização legal ou regulamentar. Assim, por corolário lógico, aqueles que possuem a necessária autorização legal ou regulamentar não estariam sujeitos à repressão estatal.

Ocorre que, como exposto acima, o que se vê atualmente, como bem destacado pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca em julgamento do HC N° 779289 - DF, é que

a ausência de regulamentação administrativa persiste e não tem previsão para solução breve, uma vez que a Anvisa considera que a competência para regular o cultivo de plantas sujeitas a controle especial seria do Ministério da Saúde e este considera que a competência seria da Anvisa.

Assim, percebe-se a ineficácia da esfera administrativa na regulação do tema, o que configura riscos à saúde daqueles que necessitam do tratamento e dependem de autorização da ANVISA ou de demais órgãos.

Assim, apresenta-se como possibilidade, frente à inércia administrativa, a provocação do judiciário. Como esposado anteriormente, decisões anteriores dos tribunais superiores entendiam que era a esfera cível a competente para o julgamento de ações que envolvessem o acesso à *Cannabis* medicinal, devendo ser privilegiada a autocontenção penal. Contudo, o entendimento atual demonstra que a esfera cível se mostra mais onerosa e burocrática, o que também traz riscos à efetivação do tratamento para aqueles que dele necessitam.

Assim, concluindo ser necessária a análise do tema na seara penal, chega-se ao momento atual, no qual se tem a utilização de habeas corpus como meios para a obtenção de salvo-conduto a fim de plantar e cultivar a maconha para fins medicinais sem conduto, ser submetido à repressão estatal penal.

Importante notar que em toda a evolução de entendimento jurisprudencial e literatura acerca do tema exposto até aqui, dois princípios especialmente foram levados em consideração e colocados em posição de precedência até se chegar a jurisprudência atual, quais sejam: o princípio da dignidade humana e o direito constitucional à saúde.

Quanto à dignidade da pessoa humana, nota-se que o Brasil a adotou como um dos fundamentos da república, conforme o inciso III da Constituição Federal. Em que pese as dificuldades de conceituação de termo tão complexo, Ingo Wolfgang Sarlet a define como

a qualidade intrínseca e distintiva de 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 tanto 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (2001, p. 60).

O direito constitucional à saúde, por outro lado, é exposto por Sueli Gandolfi Dallari que

observado como direito individual, o direito à saúde privilegia a liberdade em sua mais ampla acepção. As pessoas devem ser livres para escolher o tipo de relação que terão com o meio ambiente, em que cidade e que tipo de vida pretendem viver, suas condições de trabalho e, quando doentes, o recurso médico-sanitário que procurarão, o tipo de tratamento a que se submeterão entre outros. (1988, p. 59)

Isso porque, pelo princípio da dignidade humana e pelo direito constitucional à saúde, estando um indivíduo doente, não pode o Estado deixar de fornecer a ele todos os meios hábeis a atenuar seu sofrimento, o que inclui a facilitação do acesso à *Cannabis* medicinal. Levando

tais princípios e direitos em consideração, não é justo, portanto, que os pacientes sejam obrigados a permanecerem meses e anos a fio aguardando autorizações administrativas da ANVISA para a importação e cultivo da maconha enquanto suas moléstias continuam causando-lhes dor e sofrimento.

Dessa forma, percebe-se que a concessão, via judiciário, de salvo-conduto para o plantio e cultivo de *Cannabis* medicinal frente à omissão da ANVISA em regular o tema é meio adequado, necessário e proporcional para o respeito à dignidade humana e a efetivação do direito constitucional à saúde.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral – arts. 1º a 120**. 28ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.733.645-SP. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. [...] IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA LINNEU. MATÉRIA-PRIMA PARA PRODUÇÃO DE DROGA. FATO TÍPICO. PRECEDENTES. PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. Paulo Eduardo Reis versus Ministério Público Federal. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília-DF, 05 de junho de 2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201800794396&dt\\_publicacao=15/06/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800794396&dt_publicacao=15/06/2018). Acesso em: 19 de julho de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.624.564. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. IMPORTAÇÃO DE 16 SEMENTES DE MACONHA (CANNABIS SATIVUM). DENÚNCIA POR TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. REJEIÇÃO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RECLASSIFICAÇÃO PARA CONTRABANDO, COM APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AFASTAMENTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. PRETENDIDO TRANCAMENTO DA AÇÃO POR ATIPICIDADE. ACATAMENTO DO ENTENDIMENTO DO STF. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS. Andre Chiodo Silva versus Ministério Público Federal. Relator: Laurita Vaz. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília-DF, 14 de outubro de 2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201602345295&dt\\_publicacao=21/10/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602345295&dt_publicacao=21/10/2020). Acesso em: 19 de julho de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 779289 – DF. PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. 1. UTILIZAÇÃO DO MANDAMUS COMO SUBSTITUTO RECURSAL. [...] SUPERAÇÃO DE ENTENDIMENTO. [...] HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. André Luiz Hespanhol Tavares versus Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília-DF, 22 de novembro de 2022. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202203358860&dt\\_publicacao=28/11/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203358860&dt_publicacao=28/11/2022). Acesso em: 19 de julho de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus Nº 57.435 – PE. PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. IMPORTAÇÃO

CLANDESTINA DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA LINEU (MACONHA). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. OCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. Carlos Eduardo Baia Pedrosa da Fonseca versus Ministério Público Federal. Relator: Felix Fischer. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília-DF, 27 de abril de 2017.

Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201500508073&dt\\_publicacao=08/05/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500508073&dt_publicacao=08/05/2017). Acesso em: 19 de julho de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 115.605-SP. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONTRABANDO. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PEQUENA QUANTIDADE DE SEMENTES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. RECURSO PROVIDO. Rafael Colello versus Ministério Público Federal. Relator: Ribeiro Dantas. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília-DF, 14 de outubro de 2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201902100786&dt\\_publicacao=03/12/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902100786&dt_publicacao=03/12/2020). Acesso em: 19 de julho de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas corpus nº 123.402-RS. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PEDIDO DE SALVO-CONDUTO PARA PLANTIO, CULTIVO, USO E POSSE DE CANNABIS SATIVA L. PARA TRATAMENTO INDIVIDUAL. [...] ANÁLISE TÉCNICA A CARGO DA AGÊNCIA DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. RECURSO NÃO PROVIDO. RECOMENDAÇÃO PARA QUE A ANVISA ANALISE A POSSIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO CULTIVO E MANEJO PARA FINS MEDICINAIS. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília-DF, 23 de março de 2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27RHC%27.clap.+e+@num=%27123402%27\)+ou+\(%27RHC%27+adj+%27123402%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27RHC%27.clap.+e+@num=%27123402%27)+ou+(%27RHC%27+adj+%27123402%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 19 de julho de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 163.730-SP. HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. IMPORTAÇÃO DE ONZE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA LINNEU PARA CONSUMO PRÓPRIO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. Defensoria Pública da União versus Superior Tribunal de Justiça. Relator: Cármen Lúcia **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília-DF, 23 de outubro de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho920940/false>. Acesso em: 19 de julho de 2023.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, 22(1): p. 57-63, 1988.

DE LIMA PINTO, E.; RODRIGUES ESCOBAR, A.; NUNES DA SILVA, C.; ARAÚJO, R. Uso Terapêutico da Cannabis: Uma Reflexão Acerca do Binômio Direito à Saúde e Dignidade Humana. **Legem**, v. 7, n. 2, p. 65-74, 20 dic. 2021.

LAMBERT, Lucia; MARTINS, Luana. O Poder Judiciário como balcão de direitos: reflexões sobre as estratégias jurídicas para a garantia do uso medicinal da maconha. **Revista do Departamento de Ciências Sociais – PUC Minas – V. 1, N. 1; P. 190 – 207, 2018.**

MARINHO, Cassiana Araújo Giroto. NEVES, Isadora Ferreira. REGULAMENTAÇÃO DO USO MEDICINAL E CIENTÍFICO DA CANNABIS NO BRASIL. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**. São Paulo, v.8.n.11. nov. 2022. p. 1264-1283

MOREIRA, Mario Thiago; MENEZES, Rafael Lessa Vieira de Sá. Os tribunais e o plantio, importação e uso medicinal de cannabis: a legalização silenciosa do uso medicinal da maconha. **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**. Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. v. 6, n. 28(2021), p. 72-94. São Paulo: EDEPE, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SOARES, Milena Karla. Ignorância e Políticas Públicas: a regulação de cannabis medicinal no Brasil. **Boletim de Análise Político-Institucional**, n. 24, p. 57-68. Nov. 2020