



ISSN: 1988-7833
Noviembre 2015

A (DES)CRIMINALIZAÇÃO DO USO TERAPÊUTICO DA *CANNABIS SATIVA*

Izadora Karam De Oliveira Magalhães

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas/Brasil e advogada inscrita na OAB/PR sob o nº 74044.

Resumo: A maconha é o psicoativo mais utilizado na história. Com mais de 400 substâncias, a cannabis sativa possui 60 tipos de canabinóides, dentre os quais dois se destacam pela finalidade terapêutica: o tetrahydrocannabinol (THC) e o canabidiol (CDB). O THC, não obstante seus efeitos medicinais, possui efeitos cognitivos e psicológicos conhecidos como “barato” da planta, o que traz um entrave ao seu uso. No entanto, o CDB vem recebendo expressiva atenção da medicina. Isso por causa dos seus benefícios em diversas patologias e por não causar, a princípio, dependência química – pois os estudos acerca disto foram inconclusivos. No presente estudo, buscou-se focar nos recentes casos de pacientes que utilizam a maconha de forma medicinal, e que buscam na justiça o direito a importar e/ou cultivar a planta em busca de uma melhor qualidade de vida. Da mesma forma, analisar as decisões judiciais que vem aceitando a importação da substância e sobre quais argumentos. Por fim, a questão da aplicação da excludente de ilicitude do estado de necessidade e da excludente da culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa que nos parece, de fato, configuradas nos casos apresentados.

Palavras-chave: Cannabis sativa. Uso medicinal. Descriminalização. Excludente da ilicitude. Excludente da culpabilidade.

Abstract: Marijuana is the most widely used psychoactive in history. With more than 400 substances, cannabis sativa has 60 types of cannabinoids, among which two stand out for therapeutic purposes: tetrahydrocannabinol (THC) and cannabidiol (CBD). THC, despite its medicinal effects, causes addiction, which brings an obstacle to their use. However, the CBD has received significant attention in medicine because of its benefits in several pathologies. In the present study, we sought to focus on the recent cases of patients who use marijuana for

medicinal form, and seeking justice the right to import and / or grow the plant in search of a better quality of life. Similarly, analyzing judicial decisions that comes by accepting the import of the substance and which arguments. Finally, the applicability of the exclusionary wrongfulness of the state of necessity, which appears, in fact, set in the cases presented.

Keywords: Cannabis sativa. Medicinal use. Decriminalization. Excluding wrongfulness. Excluding the culpability.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho destina-se ao estudo do tratamento dado às pessoas que importam e/ou fazem uso medicinal da *cannabis sativa*, vale dizer, da maconha, buscando identificar quem são essas pessoas e as razões que as levaram a tal atitude, até então, de transgressão.

Desde logo, podemos adiantar que, conforme casos amplamente divulgados pela imprensa, são pessoas que lutam contra patologias crônicas e que fazem o uso terapêutico da planta para alívio de dores, enjoos, entre outros sintomas. Inclusive, visando uma possível legalização do uso medicinal da maconha, criaram uma petição eletrônica ao Congresso Nacional com o intuito de intensificar a luta pelos seus direitos.

Dessa forma, tendo conhecimento destes casos – que abordaremos pormenorizadamente em momento oportuno – e informações trazidas por estes, buscou-se compreender os crimes que tais pacientes estariam cometendo. Assim, o foco desta pesquisa enquadra-se, justamente, na busca pela descriminalização dessa conduta de pessoas que utilizam a maconha de forma medicinal para o tratamento de suas patologias e alívio dos sintomas advindos destas.

Isso porque, tanto ao importar o canabidiol sem autorização da Anvisa, como quando do consumo da maconha, em si, essas pessoas caminham em um gelo fino de diversas acusações. São elas: tráfico internacional de drogas; porte e posse de drogas, entre outras condutas descritas na Lei 11.343/06 (Lei de Drogas). Sendo que, inclusive, o tráfico internacional de drogas é um crime insuscetível de fiança, de graça, anistia ou indulto (Artigo 2º, Lei 8.072/90 c/c artigo 5º, inciso XLIII, da CF/88)

Conforme se verá no presente trabalho, são situações que, a nosso ver, se encaixariam em um estado de necessidade, considerando a proteção ao bem jurídico da vida, o qual objetivam salvaguardar. Além disso, não nos parece correto criminalizar condutas

praticadas ao amparo de garantias constitucionais, tais como a vida e a dignidade da pessoa humana.

Da mesma forma, são condutas que compreendemos também se encaixarem na excludente da culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa. Isto porque, nos casos em análise, não é razoável exigir outra conduta se não a importação e uso dos derivados da maconha, tendo em vista a comprovada melhora no quadro das patologias, bem como afastamento do risco de morte.

A metodologia empregada no presente estudo é a pesquisa bibliográfica, bem como de notícias vinculadas na mídia acerca do assunto e das decisões judiciais que analisam o tema.

Mister salientar que este trabalho não visa discutir a legalização do uso recreativo da maconha, vale dizer, o livre fumo por toda e qualquer pessoa. O foco é, exclusivamente, o uso terapêutico da *cannabis sativa* como meio de salvar a vida daqueles que dela necessitam ou, pelo menos, lhes trazer uma melhor qualidade de vida.

Por fim, a título de atualização, este trabalho foi elaborado ao longo do ano de 2014 como trabalho de conclusão de curso, quando ainda não havia uma decisão acerca da liberação do medicamento à base do canabidiol. No entanto, em janeiro de 2015, após já ter sido apresentado o trabalho, a Anvisa decidiu pela retirada desse medicamento da lista de medicamentos proibidos para ser uma substância controlada e enquadrada na lista C1 da Portaria 344/98, que regula e define os controles e proibições de substâncias no país.¹ A decisão, *prima facie*, não muda o procedimento das famílias, pois, como o medicamento ainda não é fabricado no Brasil, ainda é necessária a importação, com a devida solicitação individual e indicação médica para obtenção da autorização especial pela Agência Nacional da Saúde.

No entanto, essa foi uma mudança muito importante para as inúmeras famílias que hoje dependem desse medicamento, pois incentiva a pesquisa em torno desta substância, consequentemente facilita a condução de estudos que possam levar ao desenvolvimento e o registro de um medicamento em território nacional. Além disso, haverá uma maior agilidade

¹ Canabidiol é reclassificado como substância controlada. Disponível em:

<<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/anvisa+portal/anvisa/sala+de+imprensa/menu+-+noticias+anos/2015/canabidiol+e+reclassificado+como+substancia+controlada>> Acesso em: 22 de setembro de 2015.

no processo de importação do CDB. Atualmente, a avaliação dos pedidos leva quatro dias e a intenção da Anvisa é reduzir para dois dias.

2. A CANNABIS SATIVA

2.1. O USO MEDICINAL DA CANNABIS SATIVA NA HISTÓRIA

A *cannabis sativa* é uma das substâncias psicoativas mais antigas da história. O primeiro tratamento com ervas medicinais que se conhece, chamado de *Pen Tsao*, concebido há 4.700 anos na China, já menciona com destaque a maconha (BURGIERMAN, 2011, p. 67).

Ademais, de acordo com Burgierman (2011, p. 74), para a antiga medicina chinesa, a maconha era considerada como um tônico superior. Isto porque os chineses dividiam as ervas medicinais em três classes: inferior, média e superior.

As ervas consideradas de classe inferior curavam doenças específicas. Já as de classe média alimentavam a vitalidade e fortaleciam as funções do corpo. Por fim, as de classe superior afetariam todo o organismo, ajudando a estabelecer um equilíbrio e melhorariam as defesas do corpo (BURGIERMAN, 2011, p. 74).

Burgierman (2011, p. 67) nos traz que o extrato da *cannabis sativa* também era utilizado como remédio na Índia, desde a antiguidade. E, quando os ingleses chegaram lá logo descobriram as suas virtudes medicinais. Por essa razão, o Império Britânico exportava o extrato da canábis, o qual era vendido em farmácias do mundo todo.

A maconha é resultado de um processo de desenvolvimento, fruto de uma verdadeira evolução (BURGIERMAN, 2011, p. 72). E, segundo os neurocientistas brasileiros Sidarta Ribeiro e Renato Malcher-Lopes: “Não há outra planta medicinal ou droga recreativa que se compare à maconha, tanto em termos de seu alcance étnico-cultural quanto em termos de sua abrangência de sua ação biológica.” (2007 Apud BURGIERRMAN, 2011, p. 73)

Assim, por milênios, quase todos os remédios usados na medicina humana eram seres vivos criados pela seleção natural, assim como a *cannabis sativa*. Esta foi, provavelmente, o anestésico mais usado contra a dor de cabeça até o século XIX (BURGIERMAN, 2011, p. 73).

Nesta ocasião, a lógica e o cenário do mundo alteraram-se, surgindo as grandes indústrias - que passaram a transformar os recursos naturais em produtos padronizados para o comércio - e a aspirina fora inventada (BURGIERMAN, 2011, p. 74).

Não obstante, por volta da década de 90, o uso medicinal da maconha passou novamente a ser considerado. Dessa vez, de forma mais criteriosa, sendo utilizada apenas como uma alternativa terapêutica para pacientes terminais ou com doenças crônicas.

Assim, inicialmente, essas indicações de canabinóides eram feitas, por exemplo, para o tratamento de náuseas e vômitos em pacientes que estavam fazendo quimioterapia e da anorexia em adéticos, como meio de intensificar a fome nestes.

Todavia, o grande impasse enfrentado pelos cientistas encontra-se exatamente no ajuste dos efeitos de seu uso. Nesse sentido, leciona Denis Russo Burgierman:

Esse ajuste é imensamente complexo. [...]. Há talvez uma centena de diferentes canabinoides na maconha, e cada planta tem determinada proporção de cada um deles. Alguns canabinoides são altamente psicoativos; outros, nem um pouquinho. Alguns reduzem a ansiedade; outros a aumentam. Cada flor de canábise afeta as pessoas de uma forma, e cada pessoa tem certa disposição e quantidade de receptores de endocanabinoides – portanto, cada maconha age de maneira diferente em cada usuário. Há quem fume e fique ansioso; outros fumam e relaxam. Alguns fumos são anestésicos; outros aumentam a sensação de dor. (BURGIERMAN, 2011. Pg. 85).

Ainda assim, no ano de 2001, o Canadá se tornou o primeiro país a tornar, de fato, legal o uso da maconha para o tratamento de doenças crônicas e o uso por pessoas em estado terminal².

2.2. CANNABIS SATIVA – OS EFEITOS E A DEPENDÊNCIA QUÍMICA

Após diversos estudos acerca da *cannabis sativa*, constatou-se os efeitos terapêuticos da planta. A maconha possui cerca de 400 compostos químicos, contando com 60 canabinóides, que são princípios ativos específicos.³

² Canadá legaliza uso clínico da maconha. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft3107200101.htm>> Acesso em: 27 de agosto de 2014.

³ Uso medicinal da maconha no Brasil fica mais próximo. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/vida-e-estilo/vida/bem-estar/noticia/2014/05/uso-medicinal-da-maconha-no-brasil-fica-mais-proximo-4503232.html>> Acesso em: 27 de agosto de 2014.

Entre estes, dois destacam-se por suas propriedades medicinais: o tetrahydrocannabinol (THC) e o canabidiol (CBD). Conforme os estudos, esse principal constituinte da droga (THC), os ligantes endógenos e os canabinóides, em pacientes oncológicos possuem uma ação analgésica, antitumoral, trazem o aumento do apetite, proporcionam um relaxamento muscular e a redução da insônia.

Da mesma forma, no caso de pacientes com dor crônica, o uso de canabinóides trata a dor, melhora o humor e o sono. Também, os pacientes com esclerose múltipla ou dor neurogênica não tratável relataram os benefícios dos canabinóides, incluindo redução da ansiedade, da depressão, bem como dos espasmos musculares e da dor.

No entanto, o tetrahydrocannabinol (THC), em que pese seus efeitos terapêuticos, é, também, a principal substância psicoativa da planta, ou seja, que "dá o barato" e que pode causar dependência química. É, portanto, o maior entrave ao seu uso medicinal.

Outro composto com efeito terapêutico e que vem sendo bastante conhecido no Brasil é o canabidiol (CBD). Este vem recebendo atenção específica desde que Katiele e Norberto Fischer, pais de Anny, com cinco anos de idade, conseguiram o direito de importá-lo para controlar as graves convulsões causadas pela síndrome CDKL5 que acomete a menina⁴. Ao contrário do THC, o CBD não tem efeito entorpecente.

Desta feita, o uso terapêutico da *cannabis sativa*, não obstante toda a repercussão midiática que vem se tendo, divide a comunidade médica, científica e também a jurídica. Isso porque, em que pese os inúmeros estudos, não existe uma comprovação fática de que esse uso cause ou não dependência química.

3. O USO TERAPÊUTICO DA CANNABIS SATIVA

3.1. CASOS NO BRASIL

3.1.1. ANNY FISCHER

⁴ Justiça autoriza família a importar remédio derivado da maconha. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2014/04/justica-autoriza-familia-importar-remedio-derivado-da-maconha.html>> Acesso em: 16 de julho de 2014.

No mês de abril do ano de 2014, a justiça brasileira autorizou a família da pequena Anny Bortoli Fischer, com cinco anos de idade à época, a importar dos Estados Unidos um remédio feito com um derivado da maconha, o canabidiol (CDB)⁵.

Esse medicamento, à época, era proibido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, pois estava inserido na lista de substâncias de uso proscrito no Brasil (chamada de F2), por ser derivado da *cannabis sativa* - a maconha. Porém, este era o único remédio que conseguia reduzir as crises da filha do casal que, com os tratamentos convencionais, chegava a ter 60 crises por semana. Com a administração do CDB, Anny praticamente zerou as crises em menos de 9 semanas.

Anny é portadora da síndrome CDKL5, uma doença genética que provoca deficiência neurológica grave, ocasionando uma grande quantidade de convulsões. Os pais da menina afirmam que por meses compravam a substância no exterior de forma ilegal.

A decisão de recorrer à justiça no dia 1º de abril de 2014 deu-se após um lote do produto ter sido retido na alfândega da cidade de Curitiba, no estado do Paraná. Bruno César Bandeira Apolinário, juiz da Terceira Vara Federal do Distrito Federal, na sentença entendeu que a substância se mostrava indispensável para devolver um mínimo de qualidade de vida à garota.⁶

Além disso, Bruno César considerou que o pedido de análise da substância, feito pela Anvisa, colocaria em risco a vida de Anny, uma vez que este procedimento poderia demorar para ser concluído. Desta feita, determinou a antecipação dos efeitos da tutela.

Conforme relatou nos autos o médico Wagner Afonso Teixeira, neurologista da Universidade de São Paulo:

Exauridas as terapias convencionais para a debelação das reiteradas crises convulsivas (...), decidiram os pais recorrer a um tratamento alternativo com o uso do Canabidiol, substância extraída da planta Cannabis Sativa, popularmente conhecida como maconha, em face das notícias veiculadas na literatura especializada sobre a eficácia dessa substância no controle dos sintomas da doença. (Trecho extraído da decisão com link disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br/sjdf/comunicacao->

⁵ Processo nº 24632-22.2014.4.01.3400 da Terceira Vara Federal do Distrito Federal.

⁶ Pais podem importar substância extraída da Cannabis Sativa para tratamento de filha que sofre de doença grave. Disponível em: < <http://portal.trf1.jus.br/sjdf/comunicacao-social/imprensa/noticias/familia-pode-importar-substancia-extraida-da-cannabis-sativa-para-tratamento-de-filha-que-sofre-de-doenca-grave.htm> > Acesso em: 16 de julho de 2014.

[social/imprensa/noticias/familia-pode-importar-substancia-extraida-da-cannabis-sativa-para-tratamento-de-filha-que-sofre-de-doenca-grave.htm](http://portal.trf1.jus.br/sjdf/comunicacao-social/imprensa/noticias/familia-pode-importar-substancia-extraida-da-cannabis-sativa-para-tratamento-de-filha-que-sofre-de-doenca-grave.htm) > Acesso em: 16 de julho de 2014).

Neste relatório, o médico confirma que a paciente Anny Fischer apresentou melhora bastante significativa após a administração do canabidiol, chegando a se ver praticamente livre das crises convulsivas.

Ainda, alerta o magistrado:

Com o sucesso da experiência, considerada pela genitora da paciente um milagre, o médico Wagner Teixeira recomendou a manutenção do medicamento, advertindo que sua retirada pode implicar o retorno das crises motoras e, conseqüentemente, a exposição da autora ao risco de morte. (Trecho extraído da decisão com link disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br/sjdf/comunicacao-social/imprensa/noticias/familia-pode-importar-substancia-extraida-da-cannabis-sativa-para-tratamento-de-filha-que-sofre-de-doenca-grave.htm> > Acesso em: 16 de julho de 2014).

Para Bruno César, no caso em tela, não se trata de debater ou fazer qualquer apologia ao uso terapêutico da substância em questão, mas “de apenas de um de seus oitenta canabinóides, o canabidiol, que não produz os efeitos típicos da planta, no tratamento da grave doença identificada pela sigla EIEE2, de que é portadora a autora.”⁷

Além disso, foi elaborado e juntado aos autos um parecer pelo Departamento de Neurociências e Ciências do Comportamento da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da USP, com autoria do psiquiatra Antônio Zuardi, sobre o canabidiol. Concluiu-se que este, de fato, não produz os efeitos típicos da planta (euforia, despersonalização, distorção sensorial, alucinações, delírios), que são resultantes, em verdade, de outros canabinóides⁸.

Na decisão, o magistrado conclui que:

Uma vez esclarecido o grave estado de saúde da paciente a quem o medicamento se destina e demonstrada a premência da autora na sua

⁷ Processo nº 24632-22.2014.4.01.3400 da Terceira Vara Federal do Distrito Federal com link disponível em: < <http://portal.trf1.jus.br/sjdf/comunicacao-social/imprensa/noticias/familia-pode-importar-substancia-extraida-da-cannabis-sativa-para-tratamento-de-filha-que-sofre-de-doenca-grave.htm> > Acesso em: 16 de julho de 2014.

⁸ Processo nº 24632-22.2014.4.01.3400 da Terceira Vara Federal do Distrito Federal com link disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br/sjdf/comunicacao-social/imprensa/noticias/familia-pode-importar-substancia-extraida-da-cannabis-sativa-para-tratamento-de-filha-que-sofre-de-doenca-grave.htm> > Acesso em: 16 de julho de 2014.

obtenção com vistas à preservação dos ganhos obtidos até aqui com sua administração, inclusive com a drástica redução do risco de morte, entendendo que não há justificativa para a permanência da retenção do produto pela Anvisa. (Trecho extraído da decisão com link disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br/sjdf/comunicacao-social/imprensa/noticias/familia-pode-importar-substancia-extraida-da-cannabis-sativa-para-tratamento-de-filha-que-sofre-de-doenca-grave.htm>> Acesso em: 16 de julho de 2014).

Por fim, na sentença o juiz determinou que a Agência se abstenha de impedir a importação, pela autora, do canabidiol, sempre que houver requisição médica.

Com a decisão, eles trouxeram para o Brasil uma bisnaga de dez gramas do medicamento, suficiente para três meses de tratamento, ao custo de US\$ 500. Eles tiveram que desembolsar cerca de US\$ 100 de taxa de importação, mais a cobrança de outros tributos⁹.

3.1.2. GUSTAVO GUEDES

Em contrapartida, no dia 01 de junho de 2014, uma história parecida com a de Anny não teve o mesmo desfecho. Morreu em Brasília o menino Gustavo Guedes, de 1 ano e 4 meses, vítima de complicações de uma síndrome grave que ataca o sistema nervoso e provoca ataques epiléticos diariamente, a síndrome de Dravet¹⁰.

Meses antes, a família do garoto buscou a justiça com o intuito de obter a autorização da Anvisa para a importação do Canabidiol (CBD), visando amenizar o número de convulsões. A agência, por sua vez, autorizou, em caráter excepcional, a família de Gustavo a importar o medicamento no dia 17 de abril deste ano.

No entanto, o medicamento ficou mais de 10 dias retido na Receita Federal. Em razão dessa demora na retirada, o garoto só conseguiu usar o medicamento por nove dias, quando foi internado no hospital e não resistiu a uma série de convulsões.

⁹ Anvisa estuda facilitar importação de remédios feitos à base de maconha. Disponível em: <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2014/05/anvisa-estuda-facilitar-importacao-de-remedios-feitos-base-de-maconha.html>> Acesso em: 16 de julho de 2014.

¹⁰ Morre bebê que esperava liberação de remédio derivado da maconha. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2014/06/morre-bebe-que-esperava-liberacao-de-remedio-derivado-da-maconha.html>> Acesso em: 16 de julho de 2014.

A morte do menino passará por um processo de investigação conduzido pela própria Agência Nacional de Vigilância Sanitária¹¹.

3.1.3. BENÍCIO

Outro caso semelhante aos supramencionados teve grande repercussão na mídia nacional. O oncologista Leandro Ramires, pai de Benício, com 6 anos de idade, deu a “cara à tapa” e publicou na internet diversos vídeos da evolução do filho com o uso do canabidiol.

Em um dos vídeos, o pai aparece ministrando uma dose de CBD em Benício no meio de uma crise epilética. Nos demais, ele demonstra a notória melhora do filho e a evolução no quadro com a administração da substância. Leandro também publicou um vídeo onde explica como elabora a mistura de canabidiol com iogurte e óleo de gergelim.

“Beni”, como o próprio pai se refere ao menino nos vídeos, foi diagnosticado em novembro de 2011 com a síndrome de Dravet, uma das doenças que determinam um quadro de epilepsia de difícil controle.

Segundo o pai, em recente entrevista a um veículo de comunicação:

Os médicos receitaram diversos medicamentos fortes para a doença de Benício. Mas, mesmo tomando 13 comprimidos por dia, as crises diárias continuavam. Foi então que eu soube que os pais de Anny estavam usando o Canabidiol para medicar a filha. Entrei em contato e eles me passaram o caminho das pedras, a estratégia para trazer ao Brasil. [...]. O produto é fabricado na Califórnia e vem em seringa plástica, na forma de pasta. (Sei que posso ser condenado por três crimes, mas não vou parar. Disponível em: <<http://revistacrescer.globo.com/Crianças/Saude/noticia/2014/08/sei-que-posso-ser-condenado-por-tres-crimes-mas-nao-vou-parar.html>> Acesso em: 08 de agosto de 2014).

Leandro, que, à época, ainda não tinha a autorização da ANVISA para a importação da substância, afirmou categoricamente que:

Não existe autoridade no Brasil que me impeça de dar CBD ao meu filho. Sei que importando o produto posso ser condenado por três crimes: tráfico internacional de drogas, articulação por tráfico e por dar a substância para o meu filho. Não tenho dúvida dos benefícios do CBD. Se for impedido de fazer isso, eu imigro para o Uruguai. (“Sei que posso ser condenado por três crimes, mas não vou parar”. Disponível em: <<http://revistacrescer.globo.com/Crianças/Saude/noticia/2014/08/sei-que-posso-ser-condenado-por-tres-crimes-mas-nao-vou-parar.html>> Acesso em: 08 de agosto de 2014).

¹¹ Morre bebê de família que buscou tratamento com canabidiol. Disponível em: <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,morre-bebe-de-familia-que-buscou-tratamento-com-canabidiol,1504439>> Acesso em: 16 de julho de 2014.

O médico afirma que Benício apresentou uma excelente resposta ao canabidiol. O filho, que antes tampouco olhava nos olhos do pai, passou a entender a função dos objetos, interagir melhor com ele e com as pessoas e dormir à noite toda. O bruxismo também diminuiu.

Para o pai, o mais importante do tratamento é que as crises, que eram diárias, diminuíram drasticamente. Em 76 dias de tratamento, foram apenas seis crises e bem leves.

3.1.4. JULIANA DE PAOLINELLI

No mês de agosto do ano de 2014, a estudante Juliana de Paolinelli, com 35 anos de idade, conseguiu perante a 13ª Vara Federal de Belo Horizonte a autorização para importação de um remédio à base de tetraidrocannabinol, o THC¹². O THC é proibido no Brasil por ser derivado da maconha.

Juliana foi a primeira a conseguir, no Brasil, a autorização do medicamento, que possui grande concentração de THC (45%) e que gera efeitos cognitivos e psicológicos, conhecido como o “barato” da planta. No exterior, essa substância já é utilizada para tratamentos medicinais, em especial de espasmos musculares.

A estudante tem problemas sérios na coluna e uma síndrome que causa dores e espasmos em razão da compressão da coluna. Inclusive, a jovem já utilizou uma bomba de morfina dentro do próprio corpo a fim de controlar as crises de espasmos e as fortes dores. A doença foi diagnosticada no último grau no ano de 1997 e não tem uma explicação clara para as causas.

Após diversas tentativas, sem resposta, com medicamentos tradicionais, a estudante descobriu o Sativex, medicamento à base de THC e CBD, utilizado para combater os espasmos e as dores advindas destes. O remédio é utilizado na forma de spray bucal.

Segundo Juliana: “Diariamente, são ao menos seis crises. Eram espasmos fortíssimos, de o meu joelho bater na boca. Eu precisava ser levada para o hospital amarrada”¹³.

¹² Não foi possível encontrar o número do processo devido a sua recente divulgação. As informações foram extraídas do link, disponível em: <http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2014/08/estudante-comemora-autorizacao-para-usar-remedio-base-de-maconha.html>. Acesso em: 29 de agosto de 2014.

¹³ Estudante comemora autorização para usar remédio à base de maconha. Disponível em <http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2014/08/estudante-comemora-autorizacao-para-usar-remedio-base-de-maconha.html>. Acesso em: 29 de agosto de 2014.

A estudante, em um vídeo publicado na internet sobre sua rotina¹⁴, relata que, enquanto não conseguia a autorização, comprava a maconha para o fumo, pois esta já lhe era suficiente. No entanto, não era uma maconha pura, tinha cheiro forte e outras misturas com substâncias desagradáveis e extremamente prejudiciais à saúde.

O maior medo de Juliana, nesse caso, era ficar à mercê desse tipo de mercado que, do dia para a noite, poderia não existir mais por uma invasão policial ou algo do gênero. Este é o principal problema dos pacientes que precisam lidar com a ilegalidade para utilizar a maconha de forma terapêutica.

Juliana, no vídeo, alega que o preconceito a inibe de muita coisa, e diz: “É só o meu direito que eu estou procurando, não estou pedindo favor pra ninguém. Eu quero poder frequentar os lugares. *Eu quero fazer parte da sociedade* [grifamos]” (informação verbal).¹⁵

Valmir Nunes Conrado, juiz da 13ª Vara Federal de Belo Horizonte, afirmou em sua decisão que esta decorre do fato de que a estudante já havia tentado todos os medicamentos disponíveis no mercado brasileiro, mas que nenhum conseguiu controlar o quadro clínico da paciente.

Segundo o magistrado:

Foi considerado basicamente o laudo médico, que retratava um caso de patologias graves, como problemas sérios na coluna e uma síndrome que causa dores e espasmos em razão da compressão da coluna. Este dava conta que era a única alternativa terapêutica para permitir uma qualidade de vida melhor. A morfina, por exemplo, já estava causando dependência química (Estudante comemora autorização para usar remédio à base de maconha. Disponível em < <http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2014/08/estudante-comemora-autorizacao-para-usar-remedio-base-de-maconha.html>> Acesso em: 29 de agosto de 2014).

¹⁴ Vídeo “Dor”. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=h4aCqpZ2dVU>> Acesso em: 29 de agosto de 2014.

¹⁵ Informação extraída do vídeo “Dor”. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=h4aCqpZ2dVU>> Acesso em: 29 de agosto de 2014. 4’06” a 4’13”.

Com a decisão judicial de, liminarmente, liberar a importação do remédio a base de THC, o juiz deu à Anvisa 5 (cinco) dias para providenciar a devida permissão. Embora decisão ainda seja passível de recurso, a agência já declarou que irá cumprir com o decidido.

A importação do medicamento é pelo período inicial de 12 meses e, especificamente, para o caso de Juliana¹⁶.

3.1.5. OUTROS CASOS

O uso medicinal do canabidiol, substância derivada da *cannabis sativa*, teve grande repercussão nacional. No entanto, muitas pessoas utilizam-se da planta da maconha, especificamente com o seu fumo, para o tratamento de outras enfermidades.

Exemplo desse uso alternativo é Marco, o qual optou por não identificar o seu sobrenome na reportagem encontrada, que, após ser diagnosticado com a síndrome de Crohn em 2010, e também não serem suficientes para acalantar as dores que decorrem dessa doença os medicamentos tradicionais, optou pelo uso da maconha¹⁷.

Esta síndrome trata-se de uma grave inflamação no intestino, que acarreta em fortes dores. Marco, sabendo da possibilidade do tratamento com a maconha, passou a utilizá-la, observando grande melhora em seu quadro.

Segundo ele: "Hoje, a maconha me ajuda a viver. Os dois medicamentos convencionais que eu tomo não são suficientes. Ela (a erva) alivia as fortes dores que eu sinto"¹⁸.

Marco revelou ao site que, embora seja proibido, faz o cultivo da planta na sua própria casa. Isso porque, ao contrário de países como Estados Unidos, Canadá e Holanda, por

¹⁶ Estudante comemora autorização para usar remédio à base de maconha. Disponível em <<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2014/08/estudante-comemora-autorizacao-para-usar-remedio-base-de-maconha.html>> Acesso em: 29 de agosto de 2014.

¹⁷ Uso medicinal da maconha no Brasil esbarra na legislação. Disponível em: <<http://www.dw.de/uso-medicinal-da-maconha-no-brasil-esbarra-na-legisla%C3%A7%C3%A3o/a-17450145>> Acesso em: 18 de agosto de 2014

¹⁸ Uso medicinal da maconha no Brasil esbarra na legislação. Disponível em: <<http://www.dw.de/uso-medicinal-da-maconha-no-brasil-esbarra-na-legisla%C3%A7%C3%A3o/a-17450145>>. Acesso em: 18 de agosto de 2014.

exemplo, no Brasil o cultivo da *cannabis sativa* é ilegal, conforme a Lei 11.343 de 2006, a Lei de Drogas¹⁹.

Ele é, também, um dos vários brasileiros que apoiaram uma petição que pede ao Senado a regulamentação do uso medicinal, industrial e recreativo da maconha no país²⁰

Da mesma forma, na rede social Facebook, ele e outras centenas de pacientes divulgam suas experiências na página "Eu uso maconha medicinal":



Figura 1 – Página da rede social Facebook “Eu Uso Maconha Medicinal”.

¹⁹ Uso medicinal da maconha no Brasil esbarra na legislação. Disponível em: <http://www.dw.de/uso-medicinal-da-maconha-no-brasil-esbarra-na-legisla%C3%A7%C3%A3o/a-17450145>> Acesso em: 18 de agosto de 2014

²⁰ Petição disponível pelo site <http://www.peticaopublica.com.br/pview.aspx?pi=libertas>.

Uma das organizadoras da página, Maria, com 65 anos de idade, revela que utilizou a maconha no ano de 2007 para aliviar os sintomas decorrentes da quimioterapia que realizava em combate a um câncer no intestino.

Conforme relata:

Os médicos não podem recomendar, mas todos com quem conversei foram favoráveis. Se não fosse a maconha, não sei se conseguiria sobreviver. Imagine um paciente com câncer jogado numa cama com dores terríveis, vômito, sem dormir e comer direito. A maconha reduziu meus enjoos e dores, aumentou meu apetite e melhorou meu humor. (Uso medicinal da maconha no Brasil esbarra na legislação. Disponível em: <<http://www.dw.de/uso-medicinal-da-maconha-no-brasil-esbarra-na-legisla%C3%A7%C3%A3o/a-17450145>> Acesso em: 18 de agosto de 2014).

Dessa forma, nota-se que o uso terapêutico da maconha, em ambos os casos, trouxe uma melhor qualidade de vida a esses pacientes, que souberam lidar melhor com suas enfermidades e as dores advindas destas.

3.2. POSICIONAMENTO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

O Conselho Federal de Medicina, após inúmeros estudos e votações acerca do tema, publicou uma resolução²¹, em dezembro de 2014, aprovando o uso compassivo do canabidiol para o tratamento de epilepsias da criança e do adolescente refratárias aos tratamentos convencionais.

Essa resolução restringe a prescrição do canabidiol de forma compassiva, vale dizer, apenas às situações em que os tratamentos convencionais conhecidos não apresentam resultados satisfatórios. O uso compassivo ocorre quando um medicamento novo, ainda sem registro na Agência Nacional de Vigilância em Saúde (Anvisa), pode ser prescrito para pacientes com doenças graves e sem alternativa terapêutica satisfatória com produtos registrados no país.

Por fim, essa resolução também determina que apenas médicos com especialidade em neurologia e em suas áreas de atuação (neurocirurgia e psiquiatria) podem precever o canabidiol, e o registro obrigatório de prescritores e pacientes junto ao CFM para o monitoramento da segurança e efeitos colaterais. Da mesma forma, proíbe expressamente

²¹ Resolução CFM Nº 2.113/2014 (Publicada no D.O.U., 16 de dezembro de 2014, seção I, p. 183).

que o médico prescreva a *cannabis in natura* para uso medicinal, bem como quaisquer outros de seus derivados, que não o canabidiol.

4. O DIREITO

4.1. O DIREITO À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA X USO MEDICINAL DA CANNABIS SATIVA

Conforme versa a nossa Constituição Federal de 1988 em seu primeiro artigo, a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inciso III, da CF/88).

Para Alexandre de Moraes:

Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, *em detrimento da liberdade individual* [grifei]. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2010. Pg. 22)

No mesmo sentido, ressalta Flávia Piovesan (2012, p. 83) que “infiere-se desses dispositivos quão acentuada é a preocupação da Constituição em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, *como imperativo de justiça social* [grifamos]”. Assim, observar tal fundamento é, justamente, atuar de acordo com a justiça.

Assim, como evidentemente se comprova nos casos apresentados, não restam dúvidas que a utilização da *cannabis sativa* devolve àquelas pessoas o mínimo de qualidade de vida e de bem-estar, com a obtenção de uma efetiva dignidade enquanto ser humano.

Isso porque, em cada caso, comprovou-se que a canábica trouxe de volta pequenos detalhes, mas que para seus familiares eram avanços gigantescos, como, por exemplo, nos casos de síndromes de epilepsia, voltar a se vestirem sozinhos, a compreender os objetos e tudo ao seu redor, ou mesmo voltar a ter aquele “olho no olho” com seus próximos, como afirma a mãe da menina Anny Fisher.

Desta feita, foi necessário sopesar o que estava em jogo: interesses do Estado em não liberar o uso de uma planta por esta ser considerada ilícita, mas com comprovados benefícios medicinais; os interesses de indústrias farmacêuticas com grande influência nesse cenário; ou, por fim, a qualidade de vida e prolongamento desta com o uso terapêutico da maconha.

Nesse mesmo viés, a Carta Magna nos traz no *caput* do seu artigo 5º, acerca dos direitos e garantias fundamentais, a garantia “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a *inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*” [grifamos].

Assim, os pacientes acometidos por graves doenças e que procuram por diferentes tratamentos para as suas enfermidades, estão no exercício dessa garantia constitucional, buscando salvaguardar a sua vida. Se, como já frisado, o uso medicinal da canábis prolonga a vida dessas pessoas, afastando o risco de morte natural àquelas patologias, nada mais justo senão a liberação incondicional do seu uso.

Em que pese a própria constituição relativizar o direito à vida quando permite a pena de morte em caso de guerra (art. 5º, XLVII, “a”), e no Código Penal onde admite o homicídio em estado de necessidade (art. 24) e em legítima defesa (art. 25), e também em alguns casos de aborto (art. 128, incisos I e II), este é um direito pleno e incontestável do cidadão.

Assim, muito além de se debater a questão da dependência química ou não que por ventura pode acarretar o uso da canábis, deve-se refletir à luz das normas constitucionais e das garantias individuais que a Carta Magna garante aos seus cidadãos. Até mesmo porque, estão no mercado diversos medicamentos de uso restrito, popularmente conhecidos como de “tarja preta”, que também causam séria dependência e não por isso são considerados ilícitos.

Por fim, conforme já abordado, após a Resolução do Conselho Federal de Medicina de nº 2.113/2014, o canabidiol agora não é mais uma substância de uso proibido, apenas de uso controlado, com restrições e requisitos trazidos nessa mesma norma. Segue a necessidade de autorização especial para a importação, pois o remédio ainda não é fabricado no Brasil.

4.2. O DIREITO PENAL X O USO MEDICINAL DA CANNABIS SATIVA

4.2.1. A CRIMINALIZAÇÃO

De acordo com o artigo 28 da Lei 11.343 do ano de 2006, a Lei de Drogas, quem porta substância entorpecente ou faz o cultivo dela para uso próprio recebe sanções de cunho

socioeducativo. No caso de traficantes, a pena pode variar de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de prisão.

Da mesma forma, com relação aos casos de importação de Canabidiol sem autorização, exemplificados no presente trabalho, os pais que assim procedem praticam o crime de tráfico internacional de drogas.

Assim, conforme versa o artigo 33 da referida Lei de Drogas:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Além disso, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLII, revela que:

Art. 5º - [...].

XLII- a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o *tráfico ilícitos de entorpecentes e drogas afins*, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem [grifamos];

Desta feita, além de responderem criminalmente por crimes, enquanto buscam, tão somente, salvar as suas vidas ou de seus filhos, também estariam sujeitos a regras mais severas de penalização, sendo-lhes, inclusive, retirado o direito à fiança.

Nesses casos, por ministrarem substância proibida aos seus filhos, esses pais também responderiam pelo crime previsto no artigo 38 do mesmo diploma legal:

Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas *ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar* [grifei]:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa.

Assim, esses pais e os demais pacientes que utilizam a *cannabis sativa* de forma terapêutica, caminham em um gelo fino de acusações por esses e outros ilícitos penais, quando tudo o que visam é qualidade de vida e bem-estar.

4.2.2. A APLICAÇÃO DA EXCLUIÇÃO DE ILICITUDE DO ESTADO DE NECESSIDADE

O Direito Penal brasileiro prevê causas de exclusão da ilicitude de condutas que, embora formalmente típicas, materialmente não o são. São as previstas no artigo 23 do Código Penal, quais sejam: o estado de necessidade, a legítima defesa e o estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito.

Segundo Mirabete (1997, p. 171), estas “são normas permissivas, também chamadas tipos permissivos, que excluem a antijuridicidade por permitirem a prática de um fato típico”. Isto é, são normas que permitem a prática de um delito para salvaguardar um bem jurídico de igual ou de maior valor ao sacrificado, a depender das circunstâncias.

Assim, conforme o artigo 24 do nosso Código Penal Brasileiro:

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Desta feita, o estado de necessidade ocorre quando há um sacrifício de um bem juridicamente tutelado, com o objetivo de salvar de perigo atual e inevitável, direito próprio ou alheio, desde que outra conduta não seja razoavelmente exigível ao autor.

Para MIRABETE (1997, p. 173), “o estado de necessidade pressupõe um conflito entre titulares de interesses lícitos, legítimos, em que um pode perecer lícitamente para que o outro sobreviva”. Assim, na referida excludente, há um confronto de bens juridicamente tutelados, onde um se sobrepõe em detrimento do outro, dependendo do caso concreto.

Existem diferentes espécies de estado de necessidade. Quanto à origem do perigo, o estado de necessidade poderá ser defensivo ou agressivo. No primeiro caso, o agente pratica um ato necessário contra coisa ou animal do qual provém o perigo ao bem jurídico. Já no segundo caso, o agente volta-se contra pessoa ou coisa *diversa* daquela que provocou o perigo ao bem jurídico.

Cabe salientar que, no caso do estado de necessidade defensivo, não se inclui “pessoa” posto que, se o perigo for decorrente de um ser humano e contra este voltar-se, estar-se-á diante da excludente da legítima defesa e não do estado de necessidade.

Da mesma forma, o estado de necessidade pode ser classificado quanto ao bem sacrificado em justificante e exculpante. O estado de necessidade justificante ocorre quando há sacrifício de um bem de menor valor para salvar outro de maior valor ou o sacrifício de bem de igual valor ao preservado. Já o exculpante se verifica quando há o sacrifício de bem de valor maior para salvar outro de menor valor, não lhe sendo possível exigir, no caso concreto, outro comportamento.

No entanto, em se tratando deste caso de estado de necessidade exculpante, estamos diante da aplicação da inexigibilidade de conduta diversa, razão pela qual, quando reconhecida, exclui-se a culpabilidade e não a ilicitude.

Ademais, quanto aos requisitos para aplicação dessa excludente de ilicitude, temos a existência de um perigo, de fato, atual, isto é, uma situação presente. Nesse sentido, leciona Guilherme de Souza Nucci:

Não se inclui, propositadamente, na lei, o perigo *iminente*, visto ser uma situação futura, nem sempre fácil de ser verificada. Um perigo que está por acontecer é algo imponderável, não autorizando o uso da excludente. [...]. Por outro lado, quando se fala de perigo atual, está-se tratando de um *dano iminente*, daí por que se autoriza a utilização do estado de necessidade. (NUCCI, 2011, P. 261-262)

Outro requisito para a aplicação da excludente é a involuntariedade na geração do perigo, vale dizer, que o agente não tenha dado causa a este perigo que almeja evitar. Discute-se, na doutrina, se esta excludente poderia ser aplicada no caso de o agente ter provocado por culpa o perigo.

Conforme leciona Mirabete:

Diante da norma do artigo 13, §2º, “c”, do Código Penal, que obriga a agir para evitar o resultado aquele que, com seu comportamento anterior (ainda que culposos), criou o risco da ocorrência do resultado, forçoso concluir que se deve excluir o estado de necessidade também nos crimes comissivos quando o agente provocou culposamente o perigo (MIRABETE, 1997, p. 175).

No mais, outra forte característica para configuração do estado de necessidade é a inevitabilidade do perigo e da lesão. Isto é, que o perigo ao qual se combate seja inevitável,

bem como seja imprescindível a lesão ao bem jurídico de outrem para escapar da situação de perigo.

Segundo Nucci (2011, p. 264), “Podendo afastar-se do perigo ou podendo evitar a lesão, deve o autor do fato necessário fazê-lo. No campo do estado de necessidade, impõe-se a fuga, sendo ela possível. Por isso, o estado de necessidade tem o caráter subsidiário.”

Da mesma forma, para configuração do estado de necessidade, é necessário que a proteção seja a direito próprio ou alheio. Isto quer dizer que, não é possível alegar o estado de necessidade à proteção de bem ou interesse não amparado pelo ordenamento jurídico.

Também, há a necessidade de proporcionalidade do sacrifício do bem ameaçado. Assim, somente se justifica a aplicação da excludente de ilicitude quando for para salvar bem de maior ou igual valor ao do sacrificado. Do contrário, estar-se-á diante do estado de necessidade exculpante, como já visto, sendo, então, causa de exclusão da culpabilidade e não da ilicitude.

Por fim, é também requisito que o agente não tenha o dever legal de enfrentar o perigo, como, por exemplo, no caso do bombeiro frente a uma situação de incêndio. O objetivo desta exigência é evitar que pessoas obrigadas a vivenciar situações de perigo, ao menor sinal de risco, se esquivem do seu compromisso.

E, complementa Nucci que:

Deve-se ampliar o sentido da expressão para abranger também o *dever jurídico*, aquele que advém de outras relações previstas no ordenamento jurídico, como o contrato de trabalho ou mesmo a promessa feita pelo garantidor de uma situação qualquer (NUCCI, 2011, p. 265).

Desta feita, por todo o exposto acima, nos parece que, quem faz uso medicinal da *cannabis sativa*, bem como quem importa sem a autorização da Anvisa, busca, tão somente, salvaguardar o seu direito à vida ou, no caso dos pais que ministram o canabidiol aos seus filhos, o direito à vida destes. Isso porque, nos casos que foram levados ao judiciário brasileiro, em todos, comprovadamente, o uso terapêutico da maconha reduziu o risco de morte.

Assim, os pais e pacientes que, por ventura, forem processados pelos crimes já explanados no tópico anterior, enquanto não for descriminalizada essa conduta, a nosso ver, podem alegar a excludente de ilicitude do estado de necessidade.

Afinal, parece-nos que todos os requisitos estão preenchidos. O perigo é atual, tendo em vista o perigo de morte ao qual esses pacientes estão submetidos todos os dias. Há

involuntariedade na geração do perigo, posto que não escolheram a enfermidade. Não há como evitar o perigo. O direito é próprio ou de terceiro (no caso dos pais).

Da mesma forma, há proporcionalidade no sacrifício, posto que a vida é bem maior do que a proibição do uso da *cannabis sativa*, e nenhum destes tem o dever legal de enfrentar o perigo, pois a ninguém é exigível que se exponham ao risco de morte.

Muito embora o canabidiol tenha sido retirado da lista de medicamentos proibidos, os pais ainda precisam passar por toda uma fase burocrática no pedido de autorização do medicamento, pois o mesmo ainda não é fabricado no Brasil. Assim, ainda é necessária a autorização para a importação pela ANVISA, o que, mesmo os esforços no sentido contrário, requer um certo tempo que, em muitos casos, os pacientes não têm.

Pelo exposto, acreditamos que aqueles pacientes que, justificadamente, necessitam e importam o canabidiol de forma ilegal estariam abarcados pela excludente da ilicitude do estado de necessidade, por todos os motivos acima demonstrados.

No entanto, como reflete Mirabete:

Não podendo o Estado acudir aquele que está em perigo, nem devendo tomar partido *a priori* de qualquer dos titulares dos bens em conflito, concede o direito de que se ofenda bem alheio para salvar direito próprio ou de terceiro ante um fato irremediável (1997, p. 173).

Nossa principal defesa é no sentido da descriminalização dessas condutas. Tudo isso para que esses pacientes saiam da ilegalidade e possam importar e utilizar o medicamento sem demasiadas burocracias. Mas, enquanto isso não ocorre, entendemos que esses pacientes agem no amparo do estado de necessidade, afastando a ilicitude de suas condutas e não devendo responder por esses atos.

4.2.3. A APLICAÇÃO DA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

No tópico anterior analisamos a questão da aplicação da excludente da ilicitude do estado de necessidade nos casos de pacientes que utilizam a *cannabis sativa* de forma terapêutica. Outrossim, também entendemos possível, como tese de defesa, a causa supralegal de exclusão da culpabilidade chamada de inexigibilidade de conduta diversa.

A culpabilidade, por sua vez, é a reprovabilidade de determinada conduta, isto é, um juízo de valor que irá incidir sobre o dolo e a culpa, componentes da tipicidade subjetiva, bem como integrantes e formadores da ação penal (NAHUM, 2002, p. 45).

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:

Trata-se de um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo, seguindo as regras impostas pelo Direito (NUCCI, 2012, p. 300).

Esse juízo de valor, por sua vez, incide sobre os motivos e razões que estruturaram a vontade do agente. Ele também tem como fundamentos, para alguns doutrinadores, o “poder agir de outro modo” ou, para outros mais modernos, “capacidade de comportamento conforme o direito” (NAHUM, 2002, p. 45).

Para NUCCI (2012, p. 304), a culpabilidade pode ser formal ou material. A culpabilidade formal seria a censura merecida pelo autor do fato típico e ilícito, dentro dos critérios que a norteiam. Seria, assim, a fonte inspiradora para o legislador construir o tipo penal em sua sanção. Já a culpabilidade material é a censura realizada no caso concreto, analisando o fato típico e ilícito, conhecendo-se o seu autor e verificando se este não agiu ao amparo de nenhuma excludente da culpabilidade legal ou supralegal.

Desta feita, essa culpabilidade material é aquela que ajuda o magistrado em sua fundamentação da pena, auxiliando-o, por conseguinte, a atingir o seu limite concreto (NUCCI, 2012, p. 305).

Da mesma forma que na ilicitude, o direito penal nos traz causas que excluem a culpabilidade da conduta do agente. Vale dizer, o fato é sim típico, é ilícito, porém não é culpável, não merece um juízo de valor a seu respeito, tampouco reprimenda do direito penal.

Assim, as causas excludentes da culpabilidade classificam-se:

- Quanto ao agente do fato – quando o agente possui doença mental ou desenvolvimento mental incompleto (art. 26, *caput*, Código Penal Brasileiro); quando agiu sob estado de embriaguez decorrente de vício (art. 26, *caput*, Código Penal Brasileiro); ou quando o agente for menor de idade (art. 27 do Código Penal Brasileiro).
- Quanto ao fato – Neste último grupo, estão as causas legais e as supralegais de exclusão da culpabilidade. As causas legais são: coação moral irresistível (art. 22 do

Código Penal Brasileiro); obediência hierárquica (art. 22 do Código Penal Brasileiro); embriaguez decorrente de caso fortuito ou força maior (art. 28, §1º, do Código Penal Brasileiro); erro de proibição escusável (art. 21 do Código Penal Brasileiro); e as descriminantes putativas. Já as causas supralegais de exclusão da culpabilidade são: a *inexigibilidade de conduta diversa* [grifamos], o estado de necessidade exculpante, o excesso exculpante e o excesso accidental.

No presente estudo, cabe-nos o estudo da inexigibilidade de conduta diversa. Por esta se entende, conforme conceitua NUCCI, a situação em que “o agente, dentro da razoabilidade, não pôde agir de modo diverso, seguindo as regras impostas pelo Direito, motivo pelo qual não pode sofrer juízo de censura” (2012, p. 326). Vale dizer, não poderia o agente agir de forma diferente, com observâncias às regras do Direito Penal, pois a própria situação o obriga à prática do delito a fim de salvaguardar um direito que é seu.

De fato, a inexigibilidade de outra conduta constitui-se em um verdadeiro princípio do Direito Penal, quando evita a punição injustificada do agente. Nos casos dos pacientes que usam a *cannabis sativa* de forma medicinal, entendemos também estar diante desta excludente. Afinal, não seria razoável exigir que essas pessoas sofram com as suas patologias, bem como corram risco de morte em detrimento de regras penais relativas às drogas.

Nesse sentido, afirma NAHUM que “não faria sentido ir censurar o agente que cometeu uma ação em circunstâncias tais que levariam a generalidade das pessoas *honestas* cometê-la também” (2002, p. 76). Afinal, seria um contrassenso punir uma conduta que, naquelas condições, qualquer cidadão praticaria para salvar um direito seu.

Da mesma forma, explica que, nos casos de inexigibilidade de conduta diversa, “há uma falta no *poder*: o agente, sob pressão das circunstâncias que se apresentam como tendo acompanhado o processo, *não podia* ter evitado a prática do fato” (NAHUM *apud* DIAS, 1995, p. 75, n. 37)²². Assim, o autor do fato não teria liberdade na escolha de praticar ou não o crime, posto que estava sob pressão de circunstâncias exógenas que lhe tiram essa prerrogativa de “não delinquir”.

Desta feita, nesses casos em que não seria razoável exigir uma conduta diferente, como, por exemplo, esses pais observarem os filhos gradualmente definharem em razão de suas enfermidades, e sendo a culpabilidade o *quantum* que irá determinar a necessidade e graduação da pena, entendemos estar configurada a referida excludente.

²² DIAS, José de Figueiredo. Liberdade, culpa, direito penal – 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 1995.

Assim, a configuração da excludente da inexigibilidade de conduta diversa é realizada da seguinte maneira: primeiro, faz-se uma análise prévia da situação em concreto, objetivamente considerada; após, presentes os requisitos exigidos pela lei, passa-se para outra análise quanto a determinação da validade da opção contrária ao direito (NAHUM, 2002, p.104, *Apud* REALE JR.,1998, p. 154-155)²³.

Por fim, há, então, um balanceamento entre o grau de ofensividade ao bem jurídico e as circunstâncias exteriores do caso (NAHUM, 2002, p. 104).

E, concluindo, Marco Antônio Nahum ensina que:

A inexigibilidade é a desconformação da conduta do agente com o mandamento normativo, em virtude e por influência de fatores exógenos imperiosos reais. Diante desses fatores imperiosos e se considerando a personalidade do agente, reconhece-se que a conduta não é censurável (NAHUM, 2002, p. 106).

Pelo exposto, compreendemos que os casos de pacientes que importam o canabidiol de forma ilegal e usam a *cannabis sativa* como tratamento medicinal também se encaixam na hipótese da excludente da inexigibilidade de conduta diversa. Afinal, nesses casos em concreto, considerando a comprovada melhora no quadro das doenças, bem como o afastamento do risco de morte, não é razoável exigir outra conduta, se não o uso e importação, ainda que ilegal, da substância.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo analisamos o uso terapêutico da *cannabis sativa* tanto em seu contexto histórico como na atualidade. Também, cuidamos de analisar a questão da criminalização dessa conduta, nos dias de hoje, bem como da aplicação, nesses casos, da excludente de ilicitude do estado de necessidade e da excludente da culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa.

Vimos que a maconha é utilizada de forma terapêutica há mais de 4 mil anos, quando, na China, registrou-se o primeiro tratamento com a maconha como erva medicinal. E, que a canábis, para os chineses, era considerada como tônico superior, posto que teria eficácia em todo o organismo.

²³ REALE JR, Miguel. Teoria do delito. São Paulo: RT, 1998.

Além disso, a maconha também era utilizada na Índia e a proliferação a nível mundial do seu uso deu-se quando os britânicos ali chegaram e descobriram os seus diversos efeitos medicinais, ocasião em que começaram a exportar o derivado da maconha e este veio a ser vendido em farmácias do mundo todo.

Da mesma forma, vimos que a maconha foi o analgésico mais utilizado para a dor de cabeça no mundo todo até o século XIX, quando surgiu a aspirina.

Assim, a partir do século XIX o uso medicinal da maconha foi deixado de lado em prol dos remédios fabricados pelas indústrias farmacêuticas. No entanto, estes medicamentos não estão mais sendo suficientes para curar determinadas patologias, tampouco para aliviar seus efeitos secundários. Nesse contexto, a maconha passou novamente a ser estudada e utilizada.

A maconha possui cerca de 400 compostos químicos, contando com 60 canabinóides, que são princípios ativos específicos. Entre estes, dois destacam-se por suas propriedades medicinais: o tetrahydrocannabinol (THC) e o canabidiol (CDB).

Após o caso da menina Anny Fischer, primeira a conseguir autorização da justiça para a importação de um medicamento à base de canabidiol, outros foram surgindo no Brasil. Com a efetiva demonstração dos benefícios que esses derivados podem trazer, muitos pacientes ou pais com filhos com semelhantes ou idênticas patologias, começaram também a buscar os seus direitos perante à Justiça.

Assim, foi em razão desse movimento de pais e de pacientes na busca de seus direitos à importação e ao uso do medicamento derivado da maconha que a Anvisa, em janeiro do ano de 2015, retirou o canabidiol da lista de medicamentos proscritos, passando a ser de uso controlado. No entanto, como esse medicamento ainda não é fabricado no Brasil, ainda é preciso autorização para a sua importação perante à Agência.

Desta feita, para conseguir a autorização da Anvisa para importação do canabidiol é necessário, após a Resolução CFM Nº 2.113/2014, de prescrição apenas por médicos com especialidade em neurologia e em suas áreas de atuação (neurocirurgia e psiquiatria), e o registro obrigatório de prescritores e pacientes junto ao CFM para o monitoramento da segurança e efeitos colaterais. Além disso, imprescindível o esgotamento de todos os tratamentos convencionais conhecidos pela medicina brasileira.

Entretanto, tudo isto envolve um dispêndio de gastos com médicos, sem contar com a espera necessária até a resposta concedendo ou não a autorização. Dessa forma, mesmo a decisão da Anvisa e a resolução do CFM serem um importante avanço, buscando a celeridade

dessas questões, muito há que mudar. Em especial, no que tange à fabricação nacional do medicamento, o que diminuiria, e muito, os gastos desses pacientes.

Assim, é com base nos casos de pacientes que acabam por importar de forma ilegal e que fazem uso de medicamentos derivados da maconha sem a devida autorização, que este trabalho busca a descriminalização das condutas.

Acreditamos que o primeiro e importante passo foi dado, que foi a retirada dos medicamentos derivados da maconha da lista de remédios de uso proscrito da Anvisa. Porém, há que se reduzir a enorme burocracia que esses pacientes ainda enfrentam para garantirem um direito que lhes pertence, qual seja a vida.

O estado de necessidade é a causa de exclusão da ilicitude que ocorre quando há um sacrifício de um bem juridicamente tutelado, com o objetivo de salvar de perigo atual e inevitável, direito próprio ou alheio, desde que outra conduta não seja razoavelmente exigível ao autor

Desta feita, entendemos que os pacientes que importam o canabidiol de forma ilegal estariam acobertados por esta excludente, considerando que buscam, com tal ato, salvaguardar o seu direito à vida e a uma plena dignidade, constitucionalmente assegurados. No estudo, analisamos que tais condutas nos parecem preencher todos os requisitos legais exigidos para aplicação da excludente.

Por outro lado, não sendo este o entendimento dos julgadores, acreditamos que tais condutas também estariam sob o amparo da excludente da culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa. Isso porque esta é a desconformação da conduta do agente com o mandamento normativo, *em virtude e por influência de fatores exógenos imperiosos reais* [grifamos].

E que, diante desses importantes fatores e considerando a personalidade do agente, essa a conduta não seria censurável. Ora, nos casos apresentados de forma exemplificativa neste estudo, compreende-se que tais pacientes e familiares não agiram em desconformidade com o direito pelo simples agir. Mas, foram impulsionados por fatores exógenos, tais quais o risco de vida que estão sujeitos em razão das patologias e uma melhor qualidade de vida, direitos amplamente garantidos em nosso ordenamento jurídico.

Assim, não sendo possível exigir dessas pessoas que deixem de lutar pela vida com o uso de forma terapêutica da maconha, nos parece configurada a referida excludente também.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Vade Mecum compacto** – 11 ed. atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

DIAS, José de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal – 3 ed.** Coimbra: Coimbra editora, 1995.

BURGIERMAN, Denis Russo. **O fim da guerra: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas.** São Paulo: Leya, 2011

MALCHER-LOPES, Renato; RIBEIRO, Sidarta. **Maconha, Cérebro e Saúde.** Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2007

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal : parte geral - 12. ed.** São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional – 25 ed.** São Paulo: Atlas, 2010.

NAHUM, Marco Antônio R. **Inexigibilidade de conduta diversa: causa supralegal excludente de culpabilidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral : parte especial – 7ª Ed.** rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista ds Tribunais, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional – 13 ed. rev. e atual.** São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE JR, Miguel. **Teoria do delito.** São Paulo: RT, 1998.

Canadá legaliza uso clínico da maconha. Disponível em <
<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft3107200101.htm>> Acesso em: 27 de agosto de 2014.

CFM deve dar aval a remédio com canabidiol. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,cfm-deve-dar-aval-a-remedio-com-canabidiol,1537620>> Acesso em: 08 de agosto de 2014.

Decisão caso Anny Fischer. Link disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br/sjdf/comunicacao-social/imprensa/noticias/familia-pode-importar-substancia-extraida-da-cannabis-sativa-para-tratamento-de-filha-que-sofre-de-doenca-grave.htm>> Acesso em: 16 de julho de 2014.

Estudante comemora autorização para usar remédio à base de maconha. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2014/08/estudante-comemora-autorizacao-para-usar-remedio-base-de-maconha.html>> Acesso em: 29 de agosto de 2014

Sei que posso ser condenado por três crimes, mas não vou parar. Disponível em: <<http://revistacrescer.globo.com/Crianças/Saude/noticia/2014/08/sei-que-posso-ser-condenado-por-tres-crimes-mas-nao-vou-parar.html>> Acesso em: 08 de agosto de 2014.

Uso medicinal da maconha no Brasil fica mais próximo. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/vida-e-estilo/vida/bem-estar/noticia/2014/05/uso-medicinal-da-maconha-no-brasil-fica-mais-proximo-4503232.html>> Acesso em: 27 de agosto de 2014.

Uso medicinal da maconha no Brasil esbarra na legislação. Disponível em: <<http://www.dw.de/uso-medicinal-da-maconha-no-brasil-esbarra-na-legisla%C3%A7%C3%A3o/a-17450145>> Acesso em: 18 de agosto de 2014.

Canabidiol é reclassificado como substância controlada. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/anvisa+portal/anvisa/sala+de+imprensa/menu+-+noticias+anos/2015/canabidiol+e+reclassificado+como+substancia+controlada>> Acesso em: 22 de setembro de 2015.