



Cristiano Maronna: Liberdade, liberdade, Habeas Corpus sobre nós

No julgamento do RHC nº 123.402, realizado no último dia 23 de março, a 5ª Turma do STJ entendeu que a concessão de salvo-conduto para viabilizar o plantio de maconha para fins medicinais depende de prévia análise de critérios técnicos que não cabem ao juízo criminal, especialmente em sede de Habeas Corpus. Segundo a 5ª Turma do STJ, essa incumbência está a cargo da própria Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) que, diante das peculiaridades do caso concreto, poderá autorizar ou não o cultivo e colheita de plantas das quais se possam extrair as substâncias necessárias para a produção artesanal dos medicamentos.

Spacca



Infelizmente para a cidadania brasileira, há um contingente

cada vez maior de pessoas, incluídos aí operadores do direito, que amam odiar o Habeas Corpus, buscando de todas as maneiras restringir a sua incidência e o seu alcance, sob os mais variados argumentos, mas sempre com a mesma orientação político-criminal liberticida.

Há, por outro lado, uma jurisprudência consolidada, construída ao longo de anos, mercê da impetração de centenas de HCs em todos os rincões do Brasil, que solidificou o entendimento de que é cabível o manejo do *writ* para concessão de salvo conduto viabilizando o plantio de cannabis para produção artesanal de medicamentos.

Os principais vetores dessas mudanças são os próprios familiares e pacientes de maconha medicinal^[2]. Já são quase três centenas de decisões judiciais em favor do direito de autotutela da própria saúde por meio do uso de cannabis para fins terapêuticos.



No que diz com a autorização prevista no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 11.343/06, vale sublinhar que a própria Anvisa reconheceu sua incompetência para autorizar cultivo de cannabis no Brasil, por ausência de previsão legal.

Nesse sentido, a Diretoria Colegiada da Anvisa determinou o arquivamento do processo 25351.421833/2017-76, que tinha como objeto a "Proposta de Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) que dispõe sobre os requisitos técnicos e administrativos para o cultivo da planta Cannabis spp. exclusivamente para fins medicinais ou científicos, e das outras providências".

Consta da ata, ainda, que o "diretor-presidente William Dib lamentou que, mesmo após vários julgados autorizando o plantio a pacientes e associações, a agência não possa entregar à sociedade uma regulamentação do tema".

Nessa ocasião, Antonio Barra, membro da Diretoria Colegiada da Anvisa, apresentou voto, cujos trechos a seguir merecem transcrição:

Entendeu-se ser necessária a realização de visitas a estabelecimentos que cultivasse(m) e comercializassem produtos à base desta planta, para que fossem conhecidos as instalações e os procedimentos de controle aplicados a esta atividade. Nessa perspectiva, realizou-se contatos com a autoridade sanitária do Canadá, a Health Canada, com o auxílio da Assessoria de Assuntos Internacionais (Ainte), para se organizar uma visita técnica à estabelecimentos canadenses especialistas no plantio de Cannabis sativa.

Entretanto, a diretoria decidiu, por unanimidade, negar a missão internacional, uma vez que a autorização para cultivo de plantas que possam originar substâncias sujeitas a controle especial é de competência do Ministério da Saúde, o qual, na época, não havia se manifestado. Sendo assim, para atuação da Anvisa, deveria haver uma delegação ou qualquer outro marco legal, no sentido de atribuir a esta Agência a responsabilidade e autonomia para definir o modelo regulatório, autorização, fiscalização e controle dessa atividade nova, o cultivo.

Fica claro, portanto, que a decisão proferida pela Diretoria Colegiada da Anvisa acima referida consolidou o entendimento de que a referida agência, segundo ela mesma, não possui competência para regulamentar o plantio e o cultivo da planta Cannabis.

O argumento de que os interessados em obter autorização para cultivo de cannabis devem formular pedido à Anvisa, a quem competiria a análise dos critérios técnicos, é falso. Qualquer pedido administrativo nesse sentido está inexoravelmente fadado ao fracasso.



Na decisão concessiva de liminar em favor da Associação Brasileira de Apoio Cannabis Esperança (Abrace), autorizando-a a efetuar o cultivo e a manipulação da cannabis exclusivamente para fins medicinais, a eminente Juíza Federal da 2ª Vara Federal da Paraíba, observa que a Anvisa, na contestação, "confessa que não há ainda regulamentação suficiente para que se admita o cultivo de plantas para a finalidade pretendida nesta demanda: (...) Evidente que, entendendo a Anvisa haver necessidade de regulamentação própria, eventual pedido administrativo de autorização para o cultivo da Cannabis para fins medicinais que fosse formulado pela autora estaria fadado ao insucesso" (autos nº 0800333-82.2017.4.05.8200, j. 27/04/2017).

O Habeas Corpus possui natureza jurídica de ação penal popular constitucional e se presta, mercê de longa tradição doutrinária e jurisprudencial, a realizar o controle da legalidade de toda a persecução criminal, desde a fase preprocessual até depois do trânsito em julgado, tutelando a liberdade em sentido amplo, inclusive preventivamente. Seu rito procedimental é perfeitamente compatível com o pleito de concessão de salvo conduto, com base em prova pré constituída. Nesse diapasão:

Constante dos autos documentação mínima e indispensável à análise das teses formuladas no bojo da impetração, o habeas corpus há de ser conhecido.(...)

(TJ/MG, 7ª Câm. Crim., HC nº 10000140333345000, rel. Sálvio Chaves, j. 03/07/2014).

Num país como o Brasil, carente de justiça, especialmente social, que hoje conta com a terceira maior população prisional do planeta, submetida a um estado de coisas inconstitucional em que a sistemática violação de direitos fundamentais é a regra, restringir o âmbito de cabimento ou de incidência do remédio heroico equivale a receitar dieta de baixa caloria a uma pessoa anêmica.

Averbe-se que o manejo do Habeas Corpus para a concessão de salvo conduto a pacientes para cultivar *cannabis* no contexto de tratamento de saúde vem sendo realizado com pleno êxito nos últimos anos, conforme comprovam as mais de trezentas decisões nesse sentido proferidas no Brasil. E isso se deve ao fato de que há omissão inconstitucional dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no que diz respeito à regulação da matéria.

Diante da omissão regulatória, o recurso ao *writ* para tutelar o direito à saúde, garantindo-se o cultivo da cannabis para continuidade do tratamento de doenças graves por meio da concessão de salvo conduto, é a única opção dos pacientes que se encontram expostos à repressão penal, porque sujeitos à incriminação com base na Lei de Drogas.

Dito de outro modo, em face da omissão estatal em regular a autorização para cultivo de cannabis, prevista no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 11.343/06, a conduta dos pacientes cultivadores corre o risco de enquadramento típico nos arts. 28, §1º ou 33, §1º, II, da Lei de Drogas. Nunca é demais lembrar que a aplicação prática da Lei de Drogas e a definição de quem se enquadra na posse para uso pessoal ou no tráfico, no mais das vezes, se dá com base em cegueira hermenêutica deliberada, processo interpretativo ilegal e inconstitucional por meio do qual inverte-se o ônus da prova e presume-se a traficância[3].



O risco de enquadramento típico desafia o manejo do remédio heroico, cujo procedimento é perfeitamente adequado à concessão de salvos condutos, como comprovam as quase três centenas de decisões concessivas de habeas corpus assegurando o cultivo de cannabis para fins terapêuticos, proferidas no Brasil desde 2016.

Calha trazer à colação as palavras do ministro Gilmar Ferreira Mendes, do Supremo Tribunal Federal: "é muito fácil não conhecer de um habeas corpus; atrás, muitas vezes, da técnica de não conhecimento de habeas corpus, se esconde um covarde" (HC nº 164.493/PR, j. 23/03/21).

Os medicamentos à base de *cannabis* custam muito caro e não são disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde^[4] e mesmo quando há decisão judicial determinando o seu fornecimento, pacientes vivem o drama da descontinuidade do tratamento.

De outra banda, não se pode olvidar que o regime global de controle de drogas baseado nos tratados internacionais assegura o uso medicinal. O Preâmbulo da Convenção Única sobre Drogas, de 1961, reconhece "que o uso médico dos entorpecentes continua indispensável para o alívio da dor e do sofrimento". A Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, igualmente, assegura o acesso a drogas para fins medicinais.

Nessa toada, no final de 2020, na 63ª sessão da Comissão de Drogas Narcóticas (CND, na sigla inglesa para *Commission on Narcotic Drugs*), responsável pelo monitoramento da implementação das três convenções internacionais de controle de drogas, foi aprovada a reclassificação da *cannabis*, que foi retirada da lista de substâncias mais perigosas e com reduzido potencial terapêutico (lista IV da Convenção de 1961), conforme recomendação anterior da Organização Mundial da Saúde, no sentido do reconhecimento da utilidade terapêutica da cannabis: "as preparações de cannabis mostraram potencial terapêutico para o tratamento da dor e outras condições médicas como a epilepsia e a espasticidade associada com a esclerose múltipla"^[5].

A Secretaria de Cooperação Internacional da Procuradoria-Geral da República, em memorando endereçado às Câmaras de Coordenação e Revisão e à Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, "informa sobre decisão ONU de remoção da cannabis da lista internacional de substâncias proibidas", apontando que o "MPF vem sendo chamado a se manifestar sobre o uso medicinal da cannabis, em aspectos como comercialização, produção (salvo-condutos), importação, inclusão em lista do SUS após aprovação da Anvisa, entre outros. Assim, tendo em vista que a classificação internacional impacta as medidas de controle que as instituições do Estados-partes devem tomar em relação às substâncias, entendo relevante informar Vossas Excelências, para apreciação sobre a pertinência de propiciar discussão aprofundada sobre a matéria". O documento registra que o voto contrário do representante brasileiro na CND "divergiu daquele sustentado pelas principais democracias do mundo. A decisão histórica da CND em acatar a Recomendação 5.1 da OMS teve grande repercussão e poderá impactar legislações e os sistemas de justiça ao redor de mundo".



Merecem lembrança os três votos já proferidos no Recurso Extraordinário nº 635.659, em que três ministros do Supremo Tribunal Federal — o relator Gilmar Mendes, mais Edson Fachin e Luis Roberto Barroso, cerca de um quarto da Corte — declararam inconstitucional a incriminação da posse de *cannabis* para uso pessoal e seu cultivo para produção de pequena quantidade para uso pessoal, incluindo a hipótese de finalidade terapêutica.

Há, ainda, a ADI 5.708/DF que tramita no STF, proposta pelo Partido Popular Socialista (hoje Cidadania) com o objetivo de que todos possam plantar e cultivar *Cannabis* para fins de bem-estar terapêutico, sem que tal conduta possa ser enquadrada em norma penal, na qual a Procuradoria-Geral da República observa que:

*"uma vez evidenciada a **mora das autoridades competentes no desempenho de sua função regulamentar** — aqui relativa à específica questão do **plantio da Cannabis para fins medicinais** –, com reflexos sobre o dever constitucional de **proteção da saúde atribuído ao Estado, entende-se viável a intervenção jurisdicional tendente a fazer cessar o estado de omissão inconstitucional"** (doc. 13 — grifos da reprodução).*

A equivocada decisão da 5ª Turma do STJ baseou-se em premissa falsa — a de que a Anvisa possui competência para autorizar cultivo de *cannabis*, o que a própria agência refuta, conforme demonstrado acima.

Apesar da vergonhosa omissão estatal no que diz respeito à regulamentação do cultivo de *cannabis*, em relação ao Legislativo federal, ao Executivo federal e ao STF, o Judiciário, em especial a primeira e segunda instâncias, vem dando mostras de sensibilidade. Oxalá as juízas e os juízes brasileiros mantenham a postura ativa e corajosa, cômicos de seu papel de garante de direitos fundamentais, a despeito das fake news e do negacionismo travestido de discurso jurídico. E que o HC continue a proteger a liberdade contra a coação ilegal de agentes estatais. Liberdade em sentido amplo. Liberdade de estar vivo e com saúde.

[1] Título inspirado na obra homônima de Nélío Machado “Liberdade Liberdade Habeas Corpus Sobre Nós”, Nélío Roberto Seidl Machado. 1994. Volumes 1 e 2. Editora Impresso no Brasil.

[2] POLICARPO, Frederico et al. A "fumaça do bom direito": demandas pelo acesso legal à maconha na cidade do Rio de Janeiro. Platô: Drogas e Políticas, v. 1, p. 7-38, 2017., 2017. Ver também FIGUEIREDO, Emílio et al. Entre a criminalidade e a constitucionalidade: o cultivo e produção de *cannabis* para fins terapêuticos, Boletim IBCCRIM, 286 – Setembro/2016.

[3] MARONNA, Cristiano. Apontamentos a respeito do debate sobre a descriminalização da posse de drogas para uso pessoal no Brasil. In: FIGUEIREDO, Regina et al (org). Drogas & sociedade contemporânea: perspectivas para além do proibicionismo. São Paulo: Instituto de Saúde, 2017. p. 222.



[4] <https://www.metropoles.com/brasil/comite-trava-uso-do-canabidiol-no-sus-custo-seria-de-r-80-mi-por-ano>, acesso em 31/3/21.

[5] Organización Mundial de la Salud (2019), Anexo 1: Extrato del Informe del 41er Comité de Expertos sobre Fármacodependencia: Cannabis y sustancias relacionadas con éste,

https://ww.who.int/medicines/access/controlledsubstances/Annex_1_41_ECDD_recommendations_cannabi
acesso em 12/03/21, tradução livre para o português.

Date Created

17/04/2021