



Em  Sociedade

# **O Poder Judiciário como balcão de direitos: reflexões sobre as estratégias jurídicas para a garantia do uso medicinal da maconha.**

*Lucia Lambert<sup>1</sup>  
Luana Martins<sup>2</sup>*

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), na linha de pesquisa “Políticas de Segurança Pública e Administração institucional de conflitos”. E-mail: lucia\_lambert@hotmail.com

<sup>2</sup> Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), na linha de pesquisa “Políticas de Segurança Pública e Administração institucional de conflitos”. E-mail: luanamartins@hotmail.com.br.



## Resumo

A regularização do uso da maconha para fins medicinais, como nos casos de tratamentos de pacientes epiléticos, é um tema que está em pauta atualmente no Brasil. No âmbito do Congresso Nacional, a distinção feita pelos parlamentares entre este tipo de uso da droga – o medicinal, em contraposição ao recreativo – aponta para as distintas formas de tratamento dos usuários na nossa sociedade. Essa questão ganha especial relevância a partir do ano de 2015, com a retirada do CBD, que é um dos canabinóides presentes na planta de Cannabis, do rol de substâncias proscritas pela Anvisa. Em um contexto em que os poderes Executivo e Legislativo apresentam obstáculos à regularização do uso da maconha para fins medicinais no país, tal medida representa indubitavelmente um avanço. Mas como o Judiciário vem tratando dessas questões? No presente artigo, pensando a partir desse cenário, buscamos refletir sobre a maneira pela qual a distinção entre as categorias “uso medicinal” e “uso recreativo” da maconha é articulada e mobilizada pelo órgão judiciário. Além disso, expomos como advogados têm desenvolvido diferentes estratégias jurídicas para apresentar esses casos frente a magistrados e promotores, com o intuito de atingir as suas finalidades específicas, como conseguir um salvo conduto para que uma pessoa possa ter a sua própria plantação de maconha, o que reduz os custos do tratamento com o CBD, ou então garantir para os seus clientes, no âmbito dos processos, uma medida liminar que estabeleça que esses custos sejam bancados pelo Estado. Portanto, o nosso objetivo aqui é começar a pensar sobre as fronteiras tênues marcadas por termos como “drogas” e “medicamentos”, “legal” e “ilegal”, “uso recreativo” e “uso medicinal”, refletindo dessa maneira sobre como as distintas categorias que são articuladas no âmbito dos processos judiciais sobre esse tema, mais do que meras categorias jurídicas que têm um significado específico para dentro do direito, referem-se a questões morais, presentes na nossa sociedade, que estão associadas a essas distinções.

**Palavras-chave:** judiciário; usos; maconha medicinal; saúde pública; doença.

## Abstract

The regularization of the use of marijuana for medical purposes, as in the cases of treatment of epileptic patients, is a topic that is currently in the agenda in Brazil. In the context of the National Congress, the distinction made by parliamentarians between this type of drug use - the medical, as opposed to the recreational one - points to the different ways of treating users in our society. This issue gains particular importance from the year 2015, with the withdrawal of the CBD, which is one of the cannabinoids present in the cannabis plant, from the list of prohibited substances by Anvisa. In a context in which the Executive and Legislative powers present obstacles to regularization of marijuana use for medical purposes in the country, this measure undoubtedly represents a step forward. But how has the Judiciary been addressing these issues? In this article, thinking about this scenario, we seek to reflect on the way in which the distinction between the categories "medicinal use" and "recreational use" of marijuana is articulated and mobilized by the judicial body. In addition, we show how lawyers have developed different legal strategies to present such cases against magistrates and prosecutors in order to achieve their specific purposes, such as securing a safe conduct so that a person can have his or her own marijuana planting, which reduces the costs of treatment with the CBD, or to guarantee to its clients, within the scope of the proceedings, an injunction that establishes that these costs have to be banked by the State. So our goal here is to start thinking about the faint boundaries marked by terms like "drugs" and "medicines", "legal" and "illegal", "recreational use" and "medicinal use", thus reflecting how different categories that are articulated in the judicial proceedings on this subject, rather than mere legal categories that have a specific meaning within the law, refer to moral issues present in our society that are associated with these distinctions.

**Keywords:** judiciary; uses; medical marijuana; public health; disease.



## INTRODUÇÃO

Discussões acerca da lei de drogas, a Lei nº 11.343/06, têm sido recorrentes em diversos segmentos, tais como pesquisas acadêmicas, jornais, redes sociais, e, ainda, nos poderes públicos, entre eles o legislativo e o judiciário, cada um com questões e problematizações específicas. Dentre todas as discussões, talvez as de maior destaque sejam as que giram em torno da legalização – ou não – do uso das drogas, principalmente no que se refere a questões de segurança pública.

Uma das críticas recorrentes a esta lei diz respeito ao tratamento distinto conferido ao “traficante” e ao “usuário”, tendo em vista que a lei não estabelece um critério objetivo para classificar um ou outro. Assim, cabe ao juiz de cada caso qualificar o que seria “tráfico” ou “uso”, tendo por base o §2º do artigo 28 da referida lei, que diz: “para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”, o que terá consequências muito distintas, já que não há previsão de pena de privação de liberdade para o “usuário”, e a pena mínima para o “traficante” é de cinco anos de reclusão.

Essa qualificação, antes de chegar ao juiz, passa pelo policial militar que realizou a apreensão da droga. Posteriormente, pela Polícia Civil que é responsável pelo inquérito civil, e, ainda, há um parecer de um promotor de justiça, membro do Ministério Público.



Todos eles têm de distinguir o “uso” do “tráfico”, seguindo os critérios do artigo anterior. Assim, serão, sobretudo, as “circunstâncias sociais e pessoais” que serão levadas em conta para estabelecer essa distinção, em termos jurídicos.

Sem querer incorrer no risco de apresentar essa distinção como algo simples e puramente legalista, apenas apresentamos essas pequenas questões para chegarmos ao ponto que nos interessa, e para deixar mais claro as discussões atuais sobre a lei de drogas. Neste artigo, nos preocupamos em pensar de que maneira uma outra distinção vem se construindo no judiciário, a que legitima um determinado uso chamado *medicinal* e proíbe um uso considerado *recreativo*, distinguindo *droga* de *medicamentos*, acreditando que essas classificações, mais do que meras categorias jurídicas que têm um significado específico para dentro do direito e do processo, falam de uma moralidade que está associada a essas distinções.

Toda essa questão ganhou relevância, principalmente, a partir do documentário “Illegal” (2014) que retrata a vida de pessoas com doenças graves, ou com dores fortes, que faziam uso *medicinal* da maconha, dando enfoque ao uso do canabidiol (CBD), um dos canabinoides presentes na planta, por crianças portadoras de síndromes raras, que causam um número altíssimo de convulsões diárias. O filme revela, nesse ponto, a eficácia, observada pelos pais dessas crianças, na redução das convulsões diárias e na melhora da qualidade de vida após o uso da substância, e, por outro lado, acompanha a dificuldade de acesso a ela.

Essa dificuldade acabou por gerar uma articulação de familiares que pressionaram os órgãos públicos para permitir que o CBD fosse retirado da lista de substâncias proscritas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), o que ocorreu em janeiro de 2015, como resultado dessas mobilizações, por meio da Resolução 3/2015. No ano seguinte, uma nova Resolução (66/2016), reclassificou outro canabinoide importante da planta, o tetraidrocanabidiol (THC), retirando-o da lista de proibição, o que possibilitou a sua importação, desde que atendidos os procedimentos estabelecidos pela ANVISA.

Isso tudo poderia ser considerado um grande ganho, tendo em vista que foi a primeira vez que foi reconhecido, no Brasil, o efeito terapêutico de um derivado da



maconha. Contudo, foram muitas as dificuldades encontradas com a importação, seja por conta da burocracia demasiada, seja em virtude do alto custo do óleo contendo os canabinoides. É nesse sentido que o poder judiciário começa a se apresentar como um “balcão de direitos” para que seja garantido o uso *medicinal* da maconha, em um contexto no qual se fala em “judicialização da saúde”, diante da alta demanda por medicamentos na Justiça, principalmente após a Constituição Federal de 1988 que menciona o direito à saúde como um direito fundamental a todos.

Nesse ponto, retomamos a lei de drogas, e as referências aos crimes de uso e tráfico de drogas a que ela faz menção para indicar um interessante contraponto que se pode observar atualmente no judiciário. Para que uma conduta seja considerada um crime, em termos jurídico-legais, ela precisa ofender um “bem jurídico tutelado”, ou seja, ela de alguma maneira deve ofender algo tutelado pelo direito. A lei de drogas apresenta crimes nos quais o “bem jurídico tutelado” é a “saúde pública”, conforme é ensinado tanto nas faculdades de direito, quanto nas práticas compartilhadas no judiciário – claro que não de forma unânime –, assim, o “tráfico” e o “uso” – ilegal – são considerados crimes por ofenderem à “saúde pública”. Por outro lado, quando se fala em uso *medicinal* da maconha, acionando-se o judiciário para garantir o seu acesso, a demanda se constrói justamente no sentido de “garantir a saúde”, como um direito previsto na Constituição Federal, e que não deve ser negado a ninguém.

Dessa maneira, se constituem judicialmente dois usos distintos de uma mesma substância – no caso a maconha – um deles é *ilegal e criminoso*, tendo em vista a ofensa à saúde pública; e o outro, *legal e medicinal*, que o judiciário legitima como forma de garantir o direito constitucional à saúde. Essa questão, de alguma maneira, antecipa a discussão que será apresentada ao longo do artigo, ao mesmo tempo em que torna mais clara a nossa proposta exposta no resumo de entender de que maneira o judiciário vem tratando as questões relativas à regularização do uso da maconha para fins *medicinais*. Assim, pensando a partir deste contexto, pretendemos expor neste artigo, dados introdutórios sobre a maneira pela qual estas questões vêm sendo tratadas no judiciário, a partir da análise dos documentos jurídicos produzidos por advogados, promotores e juízes.



## A PESQUISA

Antes de explorarmos essa questão de forma mais objetiva, reservamos esse espaço para apresentar a pesquisa em que estamos engajadas que deu origem a esse artigo, apresentando também, desde já, as estratégias jurídicas que têm sido exploradas para garantir do uso *medicinal* da maconha pela via do judiciário.

Nesse projeto de pesquisa<sup>3</sup>, aprovado na Chamada CNPq/ MCTI N° 25/2015 Ciências Humanas, Sociais e Sociais Aplicadas, compreendemos a reclassificação do CBD como um passo importante para o acesso ao direito à saúde, mas que apenas indica a série de desafios a serem enfrentados pelo paradigma médico-jurídico em que se apoia a lei de drogas brasileira. Afinal, ainda são muitas as restrições ao acesso ao medicamento.

Para além das restrições, como a produção da planta cannabis, de onde é extraído o CBD, continua proibida, a única via de acesso é a importação, que é altamente burocratizada e com alto custo para o solicitante. Assim, o problema é que, embora sejam vários os pedidos à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), que regula as substâncias de uso controlado e proscritas no país, essas restrições representam um entrave ao acesso. Nesse cenário, um dos principais problemas identificados é a resistência da Anvisa em considerar aspectos exteriores ao paradigma médico-jurídico em que se apoia. Por conta disso, redes de apoio compostas por familiares, pacientes e simpatizantes têm surgido para ampliar o debate e garantir o acesso ao CBD e outros extratos da planta cannabis.

Este estudo, ainda em andamento, surgiu a partir de um grupo de pesquisa que busca pensar de que maneira as questões que giram em torno da *maconha medicinal* têm se articulado em diferentes grupos: ativistas, médicos, pacientes, e também o judiciário. Dessa maneira, apesar do nosso foco ser aqui no judiciário, isso não significa que desconsideramos os outros atores que movimentam este debate. Neste momento, nos

---

3 Projeto coordenado pelo Prof. Dr. Frederico Policarpo de Mendonça Filho, da Universidade Federal Fluminense, e contando com a participação de outros pesquisadores dessa mesma universidade, também vinculados ao Instituto de Estudos Comparados em Administração de Conflitos (INCT- InEAC).



preocupamos em apresentar dados referentes a decisões escritas, ou seja, documentos que servem aos processos judiciais que tratam do uso *medicinal* da maconha. Em um segundo momento da pesquisa, realizaremos entrevistas com os profissionais da área jurídica envolvidos na administração desses processos, de forma apresentar outro tipo de dado.

## AS ESTRATÉGIAS JURÍDICAS

Diante desse cenário, perguntamos: como essas questões têm chegado ao Judiciário?

Como explicamos na introdução, a ANVISA reclassificou o CBD e o THC de forma a permitir a sua importação para fins *medicinais*, desde que atendidas as determinações específicas. No entanto, como há muitos entraves burocráticos e, sobretudo, financeiros, o acesso não é simples, e por essa razão, surgem demandas judiciais para garantir o acesso aos *medicamentos*, mobilizando advogados e defensores a interpelarem pelos pacientes seus direitos.

Considerando que há um direito “certo” que não está sendo garantido, tendo em vista a impossibilidade financeira – e por vezes burocráticas – as demandas começaram a surgir com o pedido de que o Estado pudesse arcar com os custos da importação e do provimento do óleo, o que deveria vir instruído com um laudo médico que prescrevesse o uso do CBD ou do THC. Entretanto, apesar de muitos terem seus pedidos julgados favoráveis, 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.

E é assim que surge uma nova estratégia mais ousada, o *habeas corpus*. O pedido agora não é pela importação, mas sim pelo autocultivo, tendo em vista que o *medicamento* pode ser obtido por meio da extração do óleo da planta, que pode ser cultivada dentro de casa. Assim, o que se começa a alegar é que não faz sentido esperar pela importação, quando a demora é crucial, de algo que pode ser obtido em sua própria casa. No entanto, essa prática pode levar o indivíduo à prisão, tendo em vista a proibição expressa na legislação brasileira em relação ao cultivo de maconha. Nesse sentido, o *habeas corpus*



preventivo se estabelece como 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. Entendimento que vem sendo aceito pelos juízes que foram acionados por advogados ativistas representando mães, pais e pacientes.

Exposto de forma breve o cenário – de algo que está em constante atualização – o nosso objetivo é lançar luz sob a forma pela qual o judiciário vem legitimando esse uso *medicinal* da maconha, em oposição a outros usos. Para isso, nosso foco será na análise de casos que chegaram na justiça por meio do *habeas corpus*, um “remédio constitucional” que visa garantir a liberdade das pessoas que estão sendo privadas do direito de ir e vir, ou que estão em situação que podem ensejar uma prisão, como é o caso das pessoas que cultivam em suas casas plantas de maconha. Apesar de já existirem casos de concessão de um salvo conduto para o cultivo em todo Brasil, focaremos nossa análise nos casos do Rio de Janeiro, de forma a delimitar a pesquisa. Dessa forma, queremos compreender como o judiciário constrói usos *legais* ou *ilegais* de uma mesma substância por meio da análise dos documentos produzidos judicialmente.

## O SALVO CONDUTO PARA CULTIVO

O *habeas corpus* é um instrumento jurídico que tem por escopo garantir a liberdade de ir e vir do indivíduo, que é um direito constitucionalmente declarado. A partir dos materiais analisados, pretendemos observar como o Judiciário vem atuando nesses casos, diferenciando os tipos de usuários de maconha e, na prática, construindo usos legais e ilegais de uma mesma substância.

A partir da análise dos documentos, optamos por separar em subtópicos os pontos mais recorrentes nos textos observados. Esclarecemos, dessa forma, que não iremos analisar caso a caso, tampouco identificar cada peça jurídica, mas agrupar as principais questões nos pontos centrais que estruturam as peças que observamos: o “direito à saúde”, “o princípio da dignidade da pessoa humana” e “a doença”<sup>4</sup>. Assim, expomos as principais

---

<sup>4</sup> Esclarecemos que esse agrupamento não é bem delimitado nos textos, já que cada um desses pontos aparece muito conectado ao outro. Nossa divisão foi feita apenas para tentar tornar a discussão mais clara.



questões que vêm sendo apontadas para legitimar juridicamente o uso *medicinal* da maconha, nos casos em que a demanda se deu por meio de um *habeas corpus*<sup>5</sup>.

### ***O DIREITO À SAÚDE***

Como desde a introdução observamos, o uso medicinal da maconha tem sido legitimado pelo Poder Judiciário, sobretudo, como uma forma de “garantia do direito à saúde”, que está expresso na Constituição em seu artigo 196. Todos os documentos que observamos, de alguma maneira, mencionam este direito, de forma a justificar a concessão do salvo conduto como maneira de garantir “o acesso à saúde”. Nesse sentido, retomamos o interessante contraste: os crimes da lei de drogas que “ofendem a saúde pública” e o uso medicinal que “garante o direito à saúde”.

Aproximando-nos dos documentos analisados, fazemos menção a um dos pareceres do Ministério Público opinando sobre o possível direito envolvido neste caso, onde o promotor diz que “existe um aparente conflito entre a norma penal proibitiva do art. 33, §1º, inciso II6 da Lei Federal nº 11.343/06; e os direitos fundamentais à saúde e à dignidade da paciente”. O membro no Ministério Público conclui que diante desse “aparente conflito”, “merece guarida a dignidade da pessoa humana em detrimento do tipo penal proibitivo insculpido na Lei de Drogas”.

---

5 Na ocasião em que analisamos os documentos, eram cinco casos de habeas corpus no Rio de Janeiro. Esclarecemos que aqui não identificaremos os juízes, promotores ou advogados porque não é nosso objetivo identificar a fala de cada um, neste momento. Todos os textos que nos referiremos foram retirados dos documentos jurídicos destes habeas corpus, seja na forma de um parecer, seja na forma de uma decisão.

6 “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.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

[...]”



Além disso, ele cita o art. 25, §1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como o artigo 196 da Constituição Federal: “O Poder Público Federal incorre **em omissão inconstitucional ao não garantir saúde** ‘mediante políticas públicas e econômicas que visem a **redução do risco de doença** e de outros agravos’” (grifo nosso).

O promotor destaca no parecer que, embora seja uma questão relativamente recente, já ecoam em nossa jurisprudência decisões vanguardistas que, em casos semelhantes já deferiram o direito postulado pelas pacientes. Ele destaca, ainda, que o Ministério Público Federal do Distrito Federal ajuizou Ação Civil Pública com pedido de antecipação de tutela para permitir o uso medicinal e científico da cannabis no Brasil, com o objetivo de assegurar o direito à saúde de diversos brasileiros que sofrem de doenças graves, incapacitantes e degenerativas cujos sintomas, em muitos casos podem ser aliviados apenas com o uso de substâncias derivadas da planta.

Além disso, ele acrescenta, retomando os argumentos do pedido posto pelos advogados, que “o cultivo doméstico e terapêutico próprio do paciente não ofende a saúde pública, ao contrário, traz-lhe dignidade e bem-estar, bem como não onera os órgãos públicos”.

Levando em conta esta última afirmação, passamos para o próximo ponto, que está associado à “dignidade e bem-estar”.

### ***A “DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA”***

Diretamente associado ao direito à saúde, o “princípio da dignidade da pessoa humana” – um princípio também exposto na Constituição – aparece de forma recorrente nos documentos analisados. Por ser um enunciado abrangente, ele aparece em diversas formas. Nesse sentido, destacamos as seguintes referências: qualidade de vida, dignidade, bem-estar, direito à vida, condições essenciais mínimas para uma vida saudável. Todo esse conjunto engloba o referido princípio da “dignidade da pessoa humana”, considerado “inafastável e irrenunciável”.



Em um dos processos, um juiz cita a Declaração dos Direitos Humanos e grifa os direitos que ele considera aplicáveis ao caso que ele analisa: “A Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu parágrafo 1º do art. 25 afirma:” “Todo o homem tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.”

Em seguida, ele cita um texto constitucional referindo-se à “dignidade da pessoa humana” como sendo um dos fundamentos do “Estado Democrático de Direito”: “assegurar ao homem um mínimo de direitos que devem ser respeitador pela sociedade e pelo poder público, de forma a preservar a valorização do ser humano”.

Destacamos também o fato de que a maioria das demandas nestes casos dizem respeito a pais que requerem o uso para seus filhos “doentes”. Nesse sentido, encontramos uma decisão em que o juiz faz referência a “qualidade de vida *da criança*”: “A presente medida se faz necessária para garantir a qualidade de vida da criança conforme estudos e documentos juntados”.

Outro juiz, indo mais além, destaca a função dos pais – determinada pela Constituição – de assegurar à criança o direito à vida e à saúde: “A Constituição Federal, em seu **artigo 227 atribui à família assegurar à criança o direito à vida e à saúde**. E, nesse caso, além desses valores, há a incidência do **princípio da dignidade da pessoa humana**. Todos eles sobrelevam à proibição legal que obstará a pretensão dos pacientes. Desta forma, os genitores, ora pacientes, estão cumprindo o dever fundamental de assegurar com absoluta prioridade o **direito à vida com melhor qualidade**, dentro de suas possibilidades, à sua filha” (grifo nosso).

Ele acrescenta: “Conforme bem elucidado pelo I. Representante do MP, cujas razões adoto como fundamento da presente, a conduta perpetrada pelos pacientes encontra limite em seu próprio âmbito familiar e na sua finalidade de **uso medicinal** daquela substância de maneira exclusiva da menor de idade. Ademais, a finalidade da Lei de



Drogas é o combate ao tráfico de narcóticos e não o **impedimento de se buscar o eficaz tratamento da saúde**” (grifo nosso).

### A “DOENÇA”

Por fim, ainda gostaríamos de acrescentar outro ponto interessante que também perpassa todos os documentos que analisamos: “a doença”. Toda a construção do “direito à saúde” está estruturada na “doença”, atestada pelos laudos médicos que são anexados às demandas. Assim, para se legitimar o uso *medicinal*, deve haver uma “doença”, para que a “maconha” deixe de ser “droga”, ela precisa ser “remédio” (FIGUEIREDO, POLICARPO, VERISSIMO, 2017), e, por sua vez, proporcionar “bem-estar”, “saúde”, “qualidade de vida”, “dignidade”.

Por sua vez, quem realiza a demanda, não se qualifica como um mero “usuário”, mas sim como um “doente”. Destacamos, mais uma vez, a decisão de um juiz, que explica: “Ressalta-se que este juízo não acolhe qualquer alegação de inconstitucionalidade do tipo penal do art. 28 da Lei 11.343/067, mas sim analisa a questão sob a ótica da atipicidade da conduta do ora paciente, uma vez que a conduta de plantar para fins estritamente medicinais não encontra-se abrangida no tipo penal em questão.”

Neste caso, é destacado o uso *medicinal*, que, de acordo com a decisão, não estaria relacionado ao “tipo penal” do artigo 28, que é exatamente o que diz respeito ao “uso” de *drogas*. O indivíduo para se legitimar como um “usuário” específico deve acionar um determinado tipo de uso, o *medicinal*, que deve estar ancorado, minimamente, em um laudo com prescrição médica. Ou seja, ele se legitima perante o poder público, não a partir da interpretação da polícia no ato da sua apreensão, que é posteriormente referendada pelo

---

<sup>7</sup> “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1o Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

[...]”



poder judiciário, como nos casos em que se distingue o “tráfico” do “uso”, mas previamente, a partir de uma interpretação favorável do juiz que lhe concede um salvo conduto para o cultivo para consumo pessoal.

Em outras palavras, o judiciário por meio do julgamento desses *habeas corpus* legitima um determinado tipo de uso da maconha, isto é, um determinado tipo de usuário, não qualquer um. Além de demarcar as distintas moralidades envolvidas no tratamento dessas questões, esse tratamento diferenciado conferido pela justiça aos pacientes que fazem uso *medicinal* da maconha denota a importância do paradigma médico, ao lado do paradigma jurídico, na definição aplicação das políticas de drogas no Brasil. Afinal, para ser legitimado enquanto usuário pelo Estado, o indivíduo deve possuir, no mínimo, um laudo médico responsável pela prescrição do tratamento, ou seja, deve ser “doente”. É a primazia do paradigma médico-jurídico na definição da política de drogas no Brasil a que fizemos referência anteriormente.

Nesse sentido, e explicando melhor o que queremos expor:

É, portanto, o exercício arbitrário do saber biomédico, bem como do direito, que até o momento foram decisivos. No primeiro caso, isso se deve ao fato de que são profissionais da área da saúde que definem que apenas dois, o CBD e o THC, dentre uma centena de canabinoides presentes na planta, ou ainda seu uso em conjunto, que têm propriedades terapêuticas. Já no caso do direito, é a área que define os usos permitidos – e proibidos – da maconha como também quem pode e não pode ter acesso à planta. Portanto, é a articulação entre essas duas áreas, o direito e a biomedicina, que permanece definindo o que é “remédio” ou “droga”, quem é o “doente-paciente”, distinguindo-o ou não do “doente-dependente químico”, bem como quem é o “usuário” e quem ganha o rótulo de “traficante”. (FIGUEIREDO; POLICARPO; VERISSIMO, 2017, p. 20)

Dessa forma, retomamos as distinções que exploramos no início deste texto, retomando a classificação entre quem é “usuário” ou “traficante”, no sentido de que, da mesma maneira, o judiciário é o órgão que vem legitimando o uso *medicinal* em detrimento de outros tipos de “uso”. Ao *doente*, pela ausência de sua *saúde*, é concedido o uso legítimo, o uso para fins *medicinais*, como forma de se garantir o direito à saúde, dever do Estado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS



Por meio do *habeas corpus*, os pacientes caracterizam a necessidade do uso *medicinal* da cannabis, pleiteando um salvo conduto para que possam cultivar a planta em casa, sem que elas sejam apreendidas, e sem que eles possam ser privados de sua liberdade por uma eventual caracterização de um crime – seja como “usuário” ou “traficante”. No âmbito desses processos, os juízes, apoiados em laudos (médicos e jurídicos) e prescrições médicas, vêm permitindo que, em casos específicos, as pessoas que necessitam de algum tipo de tratamento terapêutico com a cannabis possam cultivar as plantas em casa, que devem ser voltadas exclusivamente para o seu uso pessoal e *medicinal*.

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.

A judicialização do direito à saúde é um fenômeno no Brasil que aponta para o protagonismo do poder judiciário na distribuição de bens relativos à saúde, tais como o fornecimento de medicamento, disponibilização de exames e cobertura de tratamentos para doenças. Ele se insere em um fenômeno mais amplo, da progressiva constitucionalização dos direitos sociais na década de 1980, entre eles o direito à saúde que se torna com a Constituição Federal de 1988 um “direito fundamental de todos e dever do Estado”. Isto é, todos os brasileiros, independente de vínculo empregatício passaram a ser titulares do direito à saúde.

Diante de uma realidade em que a proibição do cultivo pessoal representa uma barreira para que uma série de pacientes tenham acesso aos medicamentos e tratamentos à base de cannabis, apenas alguns desses casos chegam no judiciário e, por meio do *habeas corpus*, alguns juízes e promotores vêm intervindo de maneira pontual nessa questão, que está diretamente ligada à política de drogas implementada no Brasil hoje. E nesse sentido, abrimos um parêntese para destacarmos o papel de ativistas, tanto na figura dos advogados, quanto dos pais e *pacientes*, nesta articulação, tendo em vista que eles são os principais responsáveis pelas demandas ao judiciário, fazendo com que este órgão lide com estas questões.



Assim, de maneira pontual e prévia, juízes e promotores vêm sendo chamados a analisar demandas desse tipo, que chegam na justiça despertando a atenção e empatia dos operadores jurídicos. As solicitações se dão para convencê-los acerca da legitimidade de um pedido que envolve a garantia da saúde, dignidade e bem-estar de pessoas, incluindo de crianças, que vivem um dia a dia tão difícil em razão de serem portadoras de doenças graves<sup>8</sup>.

Dito isso, a maneira como o judiciário vem tratando essas questões dizem muito sobre a sua forma de constituição e funcionamento. Pensar nos casos dos *habeas corpus* preventivos para a garantia do cultivo pessoal da maconha para uso *medicinal* é, nesse sentido, pensar em uma forma de atuação pontual do judiciário, em que ele exerce previamente, ou seja, não no contexto de um processo judicial instaurado pelo estado contra alguém, um juízo acerca da legitimidade de um pedido que envolve a garantia do direito à saúde e, nesse caso específico, uma prática proibida pela legislação brasileira, especificamente na Lei de drogas.

A análise das decisões judiciais nesses casos específicos revela que, apesar de serem diversas as interpretações judiciais possíveis nos casos ligados ao tráfico de drogas, o judiciário, reproduzindo as suas práticas cotidianas, ancoradas no “livre convencimento” (FONSECA, 2011), atua subsidiariamente na execução das políticas públicas do estado, como no caso da política de droga.

Ou seja, atuando de forma antecipada, e de alguma forma reinterpretando uma legislação que mostra resistência e dificuldade de ajuste a uma realidade de fatos que se traduz, para dentro do judiciário, nas diversas demandas pelos medicamentos à base de cannabis, o magistrado, em conjunto com o promotor do Ministério Público, define que o indivíduo é um usuário legítimo, com base em um determinado tipo de uso – o uso *medicinal* da maconha –, concedendo-lhe o direito de cultivar a substância para uso próprio.

---

<sup>8</sup> Neste sentido, aparece a ideia de “compaixão”, que não trabalharemos aqui, mas fazemos menção a um artigo já referido: “Nesses casos, prevaleceu a tese de que não se pode negar ao “doente” o acesso ao “remédio”. Em suma, prevaleceu a ideia de compaixão.” (FIGUEIREDO; POLICARPO; VERISSIMO, 2017, p. 20)



Como já falamos, no caso mais comum do indivíduo ser apreendido com plantas de maconha, caberia ao policial realizar, em primeira mão, um juízo de valor acerca da classificação desse indivíduo como “usuário” ou “traficante”, de acordo com os critérios subjetivos da Lei 11.343. Essa classificação deve ser posteriormente confirmada pelo juiz, que na maior parte dos casos privilegia a percepção do policial responsável pela apreensão da droga. Já falamos do que essa diferenciação de classificações significa na prática: produção de mais desigualdade, através da reprodução pelo estado de práticas desiguais. Em outras palavras, mais criminalização de determinadas pessoas, a quem é atribuído pelo estado, de antemão, o papel de criminoso. Nesse caso, de traficante.

Contudo, no caso do *habeas corpus* é o juiz que, desde o início, realiza esse exame, definindo, no âmbito do processo, se a pessoa é usuária de cannabis, conquistando para si o direito de cultivá-la, sem a possibilidade de a qualquer momento, diante de uma possível repressão policial, receber o tratamento conferido a um “traficante”. Como vimos, o que é determinante no âmbito desses processos para a inserção da pessoa (pleiteante) dentro da categoria de usuária legítima é a reivindicação de um determinado tipo de uso – em detrimento de outros.

O uso *medicinal* que é reivindicado está ancorado nas autoridades e nos saberes médicos, que são também definidores, ao lado dos saberes jurídicos, da política de drogas em vigor no Brasil hoje. Essa é uma forma de demonstrar que os paradigmas médicos e jurídicos continuam sendo aqueles preponderantes no que diz respeito às questões relativas à política de drogas no Brasil. Ou seja, essa questão continua sendo abordada de forma normativa, e num tipo de conhecimento reputado como científico, mas que não dialoga com as diversas pesquisas científicas disponíveis sobre o tema atualmente, que apontam para a eficácia do uso terapêutico da maconha.

Assim, aqui buscamos apresentar, de forma ainda introdutória, como estas questões vêm sendo tratadas no judiciário e como usos de uma mesma substância são classificados como “legais” ou “ilegais”. Dessa maneira, passando da ofensa à saúde pública à garantia do direito à saúde, conquista-se o salvo conduto para o autocultivo, e legitima-se determinado uso da maconha.



## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, T.; ERICHSEN, R (direção) **ILEGAL: a vida não espera**. Brasil: 3FilmGroup.tv e Superinteressante, 2014.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Paradoxos e Ambiguidades da Imparcialidade Judicial**. Porto Alegre: Sergio Fabris Ed, 2013.

BOITEUX, Luciana. Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. **Rev. Jur., Brasília**, [online] v. 11, n. 94, p. 1-29, jun./set. 2009. Disponível em: <[http://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/boiteux\\_trafico\\_-constituicao\\_-rev\\_juridica\\_2009-1.pdf](http://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/boiteux_trafico_-constituicao_-rev_juridica_2009-1.pdf)> Acesso em: 23 ago. 2017.

BRASIL (2015). Anvisa, RDC 3, de 26 de janeiro de 2015. **Diário Oficial da União**, 28 jan. 2015. fls. 53–57.

\_\_\_\_\_(2016). Anvisa, RDC 66, de 18 de março de 2016. **Diário Oficial da União**, 21 mar. 2016. fls. 28–32.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_(2006). Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 ago. 2006.

FIGUEIREDO, E.; POLICARPO, F.; VERISSIMO, M. A “fumaça do bom direito”: demandas pelo acesso legal à maconha na cidade do Rio de Janeiro. In: **Revista da Plataforma Brasileira de Política de Drogas**. v.1. n.1. 2017. p.13-38.

FIORE, Maurício. Prazer e Risco: uma discussão a respeito dos saberes médicos sobre uso de ‘drogas’. In: LABATE, Beatriz et al (Org.). **Drogas e Cultura: novas perspectivas**. [online] 2008. Salvador: EDUFBA. p. 141-153 Disponível em: < [http://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/drogas\\_e\\_cultural.pdf](http://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/drogas_e_cultural.pdf) > (acessado em 23/08/2017)

FONSECA, Regina Lúcia Teixeira Mendes da. **Do princípio do Livre Convencimento Motivado**: Legislação, doutrina e interpretação de juízes brasileiros. Rio de Janeiro, Brasil: Lumen Juris, 2011.

GERALDO, P. H. B.; BARÇANTE, L. F. de S. A (des)confiança na Polícia: uma comparação entre a relação do Ministério Público e a Polícia no Brasil e na França. In: **Anais do 38º Encontro Anual da ANPOCS** (Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais). Caxambu, Minas Gerais, 2014.



LEITÃO, Luana Couto Assis. et al. Judicialização da saúde na garantia do acesso ao medicamento. **Revista de Salud Pública**, Bogotá, v. 16, n. 3. 2014.

PAMPLONA, Fabrício. Quais são e pra que servem os medicamentos à base de Cannabis? **Revista da Biologia**, v. 13, n. 1. 2014. p. 28–35.

POLICARPO, Frederico. Os discursos acerca das drogas e os idiomas experienciais de consumidores na cidade do Rio de Janeiro: apontamentos sobre a continuidade e descontinuidade no consumo de drogas. **Cuadernos de Antropología Social**. n° 31. 2010. p. 145–168.

TORCATO, Carlos Eduardo Martins. O uso de drogas e a instauração do proibicionismo no Brasil. **Sau. & Transf. Soc.** Florianópolis, v. 4, n. 2. 2013. p.117-125.

VARGAS, Eduardo Viana. Fármacos e outros objetos sócio-técnicos: notas para uma genealogia das drogas. In: LABATE, Beatriz et al (Org.). **Drogas e Cultura: novas perspectivas**. 2008. Salvador: EDUFBA. p. 41- 64. Disponível em: [http://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/drogas\\_e\\_cultural1.pdf](http://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/drogas_e_cultural1.pdf) Acesso em: 23 ago. 2017.