



Processo : 0015173-10.2016.8.19.0031 (2018.700.546908-0)
Classe : APELAÇÃO CRIMINAL
Assunto : Habeas Corpus - Cabimento / DIREITO PROCESSUAL PENAL
APELANTE : RICARDO NEMER SILVA
ADVOGADO : EMILIO NABAS FIGUEIREDO
APELADO : MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Relator : ADRIANA RAMOS DE MELLO
Sessão : 21/09/2018 10:00

Súmula

Presentes ao julgamento os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Acordam os Juízes que integram a Turma Recursal dos Juizados Especiais Criminais, por unanimidade, em conhecer do habeas corpus e conceder a ordem nos termos do voto do Exmo. Relator, com a ressalva da juíza Elen De Freitas Barbosa que concede a ordem sem a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da lei 11.343/2006.

Presidente: PAULO CESAR VIEIRA DE CARVALHO FILHO

Participaram do julgamento os Exmos. Srs.: PAULO CESAR VIEIRA DE CARVALHO FILHO, ADRIANA RAMOS DE MELLO e ELEN DE FREITAS BARBOSA.

ADRIANA RAMOS DE MELLO
Relator



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
I Turma Recursal Criminal
Habeas Corpus: 0015173-10.2016.8.19.0031
Impetrantes: RICARDO NEMER SILVA e EMILIO NABAS FIGUEIREDO
Paciente: RICARDO NEMER SILVA

EMENTA: USO DE DROGAS - ARTIGO 28, LEI 11343/06 - VIOLAÇÃO AO DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA - ARTIGO 5º, INCISO X, CF- INCONSTITUCIONALIDADE - RE 635659 (STF). CONCESSÃO DA ORDEM PARA DETERMINAR A EXPEDIÇÃO DE SALVO CONDUTO EM FAVOR DO PACIENTE, AFIM DE QUE AS AUTORIDADES POLICIAIS SE ABSTENHAM DE ATENTAR CONTRA A LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DO PACIENTE E QUE FIQUEM IMPEDIDOS OS SEUS AGENTES DE APREENDEREM AS PLANTAS DO TIPO *CANNABIS SATIVA* DESTINADAS AO SEU CONSUMO PESSOAL E TERAPÊUTICO.

V O T O

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado por RICARDO NEMER SILVA e EMILIO NABAS FIGUEIREDO em favor de RICARDO NEMER SILVA requerendo a concessão de liminar com o fim de determinar a expedição de salvo conduto, consistente em ordenar que agentes policiais abstenham-se de atentar contra a liberdade de locomoção do paciente e que fiquem impedidos de apreenderem as plantas do tipo *cannabis sativa*, cultivadas para uso próprio em sua residência, pois constituiriam seu tratamento medicinal. Pleiteia ainda, ao final, a decretação de inconstitucionalidade do § 1º do art. 28 da Lei nº 11.343/2006.



Alegam os impetrantes que o paciente faz uso terapêutico de substância entorpecente conhecida por *cannabis sativa*, tendo juntado aos autos laudos médicos, sendo ainda ativista em prol da descriminalização do uso da droga, juntando certificados de palestras concedidas, reportagens jornalísticas, etc.

Narra que teve em outra oportunidade sua casa invadida sem mandado judicial, momento em que foram apreendidas plantas que cultivava para uso pessoal. Após período fora da cidade voltou à antiga residência, tendo iniciado novamente o cultivo para uso pessoal, pelo que requer o salvo conduto anteriormente mencionado.

O Juízo *a quo*, em 19 de dezembro de 2016, denegou a ordem pleiteada, em consonância com o parecer ministerial desfavorável, ao argumento de que o paciente já faz uso de medicamento industrializado, o qual contém a substância *canabidiol*, não havendo motivo para que se excepcione o regramento jurídico em vigor e permita-se o cultivo para consumo próprio.

O paciente interpôs recurso inominado da decisão *a quo*, o qual, pelo princípio da fungibilidade e instrumentalidade das formas, foi recebido em 01/08/2017 como recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, X do CPP.

O Ministério Público ofereceu denúncia em desfavor de todos os envolvidos como incurso nas penas dos artigos 288, parágrafo único e 330 ambos do Código Penal e artigo 41-B § 1º, II da Lei 10671/03 na forma do artigo 70 do Código Penal.



O Membro do *Parquet* que oficia na Turma Recursal Criminal, manifestou-se opinando pela Remessa dos autos ao E. Tribunal de Justiça esclarecendo que o somatório das penas máximas dos crimes constantes da denúncia e noticiados nesta ação mandamental excede a alçada dos Juizados Especiais Criminais.

Ao mesmo passo, com o oferecimento e recebimento da denúncia alterou-se a autoridade coatora, passando esta a ser o Juízo da Vara Criminal de Maricá. Encaminhado os autos à promotoria vinculada, o *Parquet* sustentou perda do objeto em face do ajuizamento da ação penal e a reforma da decisão que recebeu o recurso inominado como recurso em sentido estrito por entender que a instância revisora deveria ser a Turma Recursal e não o Tribunal de justiça. Outrossim, os autos foram remetidos ao JECrim para apresentação de contrarrazões.

O *Parquet* ofereceu contrarrazões ao recurso sustentando que não há mais interesse do recorrente no feito, eis que o pleito liminar foi denegado e o inquérito policial seguiu seu transcurso regular, tendo sido o recorrente denunciado pela prática de crime mais grave, qual seja, o de tráfico ilícito de entorpecentes.

Aduz ainda o não cabimento do remédio constitucional em tela, uma vez que o art. 28 da LD não comporta sanção privativa de liberdade, logo, não estaria ameaçado o direito de ir e vir do paciente. Sustenta, por fim, que superadas as preliminares, não se vislumbra inconstitucionalidade na incriminação do crime de cultivo de droga para uso pessoal.



Ante o exposto na contestação, o Ministério Público pugnou por nova remessa dos autos ao Tribunal de Justiça, pois o crime do art. 33 da LD pelo qual teria sido denunciado o paciente no curso do trâmite do presente *writ* não se enquadraria na competência do JECrim.

Ocorre que, conforme informações atualizadas, a ação penal em questão foi trancada ao fundamento de ausência de justa causa diante da falta de prova para a tese acusatória (fls. 439/440).

Novo parecer ministerial pugnando pela parcial acolhida do recurso. Sustenta o *Parquet* a constitucionalidade da criminalização do delito do art. 29 da LD, por compreender que o bem jurídico tutelado pelo delito em questão é a saúde pública e não a incolumidade individual. No entanto, entende que dadas as peculiaridades do caso concreto em questão, especialmente em os receituários médicos acostados aos autos não há falar em adequação típica, devendo ser concedido o salvo conduto, de modo a impedir a responsabilização penal do agente pela conduta criminosa descrita no art. 28, §1º da LD.

Pois bem.

Conheço do presente *habeas corpus*, e, no mérito, concedo a ordem para reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 28, § 1º da Lei de Drogas e para expedir salvo conduto em favor do paciente, pelas razões a seguir expostas.



Isso porque, conforme bem salientado pelo *Parquet*, não há adequação típica no caso em apreço, devendo ser tutelado o direito à liberdade de locomoção do paciente.

Quanto à necessidade de concessão do salvo conduto, fato é que, ao meu sentir, a sentença *a quo*, ao pugnar pela desnecessidade de excepcionar-se o ordenamento jurídico, haja vista que a prescrição médica designa não o consumo da planta *in natura*, mas de medicamento industrializado, ignora que o paciente narra que o custo do referido medicamento industrializado que contém a substância *canabidiol*, indicada para o tratamento de sua condição, é de alto custo o que, dentre outros fatores, levou o paciente ao cultivo para uso pessoal e produção artesanal do medicamento necessário.

Ignora-se também o fato de que, além do uso medicinal, o paciente é ativista no combate à criminalização da droga, bem como atua em pesquisas científicas sobre o uso e os efeitos da substância, conforme diversos documentos acostados aos autos. Outrossim, ao reverso dos fundamentos elencados pelo juízo *a quo*, ainda que não acolhida a tese da inconstitucionalidade do delito do art. 28 da LD, restou plenamente justificada a necessidade de excepcionar-se o ordenamento pátrio.

Em relação à constitucionalidade da previsão do art. 28 da LD, é de se destacar que o Ministro Gilmar Mendes, relator do Recurso Extraordinário nº 635659, com repercussão geral reconhecida, votou pela inconstitucionalidade do referido dispositivo.



De acordo com o entendimento adotado pelo Ministro, a criminalização estigmatiza o usuário e compromete medidas de prevenção e redução de danos. Destacou que se trata de uma punição desproporcional do usuário, ineficaz no combate às drogas, além de infligir o direito constitucional à personalidade.

O Magistrado acrescentou, ainda, que a descriminalização do uso não significa a legalização ou liberalização da droga, que continua a ser repreendida por medidas legislativas sem natureza penal, assentando que podem haver outras medidas adequadas para lidar com a questão.

A fim de declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da referida Lei, o Ministro afirma que a norma possui vícios de desproporcionalidade, tendo em vista que dados indicam que em países nos quais o consumo foi descriminalizado, não houve aumento significativo do uso.

“Direito de Personalidade. Por fim, o ministro entende que a criminalização acaba interferindo no direito de construção da personalidade dos usuários, principalmente os jovens, mais sujeitos à rotulação imposta pelo tipo penal, classificados como criminosos por uma conduta que, se tanto, implica apenas autolesão. “Tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao desenvolvimento da personalidade em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional”, afirma. ”¹

Em que pese o argumento do Ministério Público, o não reconhecimento da atipicidade do fato vai de encontro aos

¹<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298109>



princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade, destacando que, diretamente, o único lesado é o próprio usuário que porta a droga.

Além disso, o fundamento da inconstitucionalidade do artigo 28, da Lei de Drogas, está no direito de privacidade, expressamente previsto na Constituição:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (...)”.

Na mesma linha, encontra-se o artigo 4º da Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão:

Artigo 4º- A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei.

Assim, considerando o âmbito exclusivo da vida privada, não atingindo terceiros, deixa de subsistir espaço para a atuação do Estado. Nesse ponto, em consonância também com o Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, a criminalização do uso de maconha para uso pessoal fere o direito à privacidade. Esse direito, frisou, pertence à esfera do cidadão imune à interferência de terceiros, inclusive do Estado. Ele considerou, ainda, que a criminalização é uma clara violação à autonomia individual.



Em suma, da fundamentação supra resta evidente a patente inconstitucionalidade da incriminação do uso de drogas para uso pessoal, o que em tese tornaria desnecessária a concessão de salvo conduto, haja vista que a ausência de crime deveria corresponder à ausência de risco à liberdade de locomoção do paciente. A realidade, porém, aponta justamente para a existência do risco à liberdade de locomoção do paciente, eis que ainda não se trata de entendimento pacífico, bem como dado ao extenso histórico processual aqui narrado no relatório.

Não se olvida que a impetração aqui tratada tem por escopo a proteção de direitos fundamentais do paciente, não só a liberdade de locomoção, mas a saúde, a dignidade humana e a liberdade de expressão, justificando-se no justo receio que tem o paciente de sofrer coação ou ameaça de coação ao seu direito de ir e vir e de ter apreendida a matéria prima para a confecção artesanal de seu medicamento.

Não é demais ressaltar que o impedimento de cultivo de drogas para uso próprio traz efeitos muito mais nefastos e indesejados para a coletividade, incriminando apenas conduta autolesiva. É dizer, é utópico pensar que reprimindo o cultivo para uso próprio está-se reprimindo o próprio uso da droga. Ao reverso, especialmente tratando-se de meio de tratamento de doença, a repressão apenas fará com que o usuário busque meios alternativos - e ilícitos - para a obtenção do produto, como inclusive já fez e reportou o paciente. Outrossim, é óbvio que a aquisição da droga no mercado paralelo, justo à traficantes, expõe o lado pernicioso do tratamento terapêutico,



fomentando o tráfico ilícito e todas as consequências sociais desfavoráveis que dele advém, especialmente a violência urbana.

Por todo o exposto, **VOTO** no sentido de conhecer do presente *habeas corpus*, e, no mérito, conceder a ordem para reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 28, § 1º, por ofensa ao artigo 5º, X, CF, ao princípio da proporcionalidade, da intervenção mínima e da fragmentariedade, determinando a expedição de salvo-conduto em favor do paciente, afim de que as autoridades policiais abstenham-se de atentar contra a liberdade de locomoção do paciente e que fiquem impedidos os seus agentes de apreenderem as plantas do tipo *cannabis sativa* destinadas ao seu consumo pessoal e terapêutico.

Rio de Janeiro, 21 de setembro de 2018.

Adriana Ramos de Mello
Juíza Relatora
I Turma Recursal Criminal

