

## 22 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E CANABIDIOL: CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO EEFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

Breno Cesar de Souza Mello

(Aluno do 5º período do Curso de Direito da UFJF; Integrante do projeto de pesquisa *Direitos Fundamentais em função da Dignidade Humana*, financiado pelo CNPq, coordenado pela Profª Cláudia Toledo – projeto em andamento)

Isabel Godinho de Lima

(Aluna do 4º período do Curso de Direito da UFJF; Integrante do projeto de pesquisa *Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial na realidade latino-americana: Brasil, Argentina, Colômbia e México*, financiado pela UFJF-CNPq, coordenado pela Profª Cláudia Toledo)

Cláudia Toledo

Professora Associada da UFJF

(Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria do Direito pela UFMG; Pós-doutorado em Filosofia do Direito pela UFSC; Pós-doutorado em Filosofia do Direito pela Christian-AlbrechtsUniversität zu Kiel, Alemanha)

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais; Direito à Saúde; *Canabidiol*.

Hodiernamente, têm havido recorrentes demandas ao Judiciário de substâncias oriundas da planta *Cannabis sativa L*, comumente titulada como maconha, para fins medicinais. Todavia, por não haver autorização ampla pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa – órgão responsável pela realização do controle dos medicamentos em uso no território nacional) e legalização das drogas oriundas da *Cannabis sativa L* com a finalidade medicinal, muitas pessoas vêm demandando-as (como é o caso do *Canabidiol*) como uma maneira de exercer, garantir e tutelar o direito à saúde. Esse Direito se encontra no rol extensivo de Direitos Fundamentais no *corpus* constitucional brasileiro, contido na segunda espécie do gênero Direitos Fundamentais - Direito Fundamental Social à Saúde. Vale dizer que essa opção legislativa – não legalização da droga para fins medicinais - faz com que os particulares, em certos casos, transcendam a órbita do legal, utilizando tal substância (*Canabidiol*) de forma clandestina para que seu direito à saúde seja resguardado.

O presente trabalho, dessa forma, visa a demonstrar que a não autorização ampla e legalização, para fins medicinais, de substâncias oriundas da droga Cannabis, em específico *Canabidiol*, fere, em muitos casos, o Direito Fundamental Social à Saúde, bem como a dignidade humana e o mínimo existencial. Essa não legalização causa prejuízos não só ao indivíduo que a demanda judicialmente, como também ao Estado, em virtude dos gastos processuais excessivos e das despesas não razoáveis na aquisição da droga demandada através do Judiciário.

A legalização do *Canabidiol* terá, assim, por intuito preservar o direito à saúde, sobretudo à intangibilidade do seu núcleo essencial, isto é, as prestações positivas estatais que se referam às “demandas de primeira necessidade” (relacionadas ao direito à vida), conforme ensina Luciana Gaspar Melquíades Duarte, podendo ainda haver outras demandas, que, em virtude da sua *essencialidade*, também integram o mínimo existencial. Toma-se por marco doutrinário o posicionamento relacionado ao núcleo rígido de tutela e garantia do direito à saúde. Dessa forma, tem-se que o objetivo retor é demonstrar que a autorização ampla e legalização do *Canabidiol*, para fins terapêuticos, deve ocorrer para que não haja a violação do Direito Fundamental Social à Saúde e, consequentemente, ao núcleo essencial.

Já para atingir a proposta traçada, torna-se basilar a distinção de que os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos não são conceituações terminológicas sinônimas, bem como a conceituação de direito fundamental social e dignidade humana. Além disso, serão utilizados os dispositivos constitucionais referentes ao direito à saúde como embasamento legal, uma vez que, segundo Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p.135), a Constituição é maior fonte de tutela e vinculação dos direitos fundamentais, visando à proteção dos bens mais preciosos do ordenamento jurídico, quais sejam: a vida e a dignidade humana. Faz-se ainda necessária a análise da abordagem jurisprudencial do tema, demonstrando a relevância do assunto e a necessidade de se regularizar essa situação, para que não haja, de um lado, afetação do orçamento público pela aquisição da droga, nem, de outro, dano ao direito fundamental à saúde de vários indivíduos.

Com a autorização ampla e a legalização para fins medicinais, como se propõe neste trabalho, empresas poderiam produzi-la nacionalmente, fazendo com que o custo do medicamento seja acessível e não seja necessário importá-lo, como ocorre atualmente –motivo da desarazoabilidade do valor da droga. Nesse ponto, é importante falar ainda que a Anvisa recentemente retirou o produto da lista de substâncias proibidas, liberando a importação com restrição de sua utilização exclusiva aos casos de epilepsia que não respondem bem às terapias convencionais. Essa posição, contudo, não é suficiente, visto que outras doenças ficaram negligenciadas à autorização para o uso do medicamento que vemse mostrando eficaz, empiricamente, como ansiolítico, antipsicótico, neuprotetor, dentre outros. Logo, restringe-se o direito fundamental à saúde, bem como se tem a demanda de vários indivíduos ao Judiciário para poder utilizá-lo, isto é, continua a judicialização, e é necessário importar a droga, que acaba por ter seu valor de mercado ampliado. Vale dizer que se entende judicialização por “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário” (BARROSO, 2014, p.39).

Outra questão a ser analisada, em virtude de sua relação com a temática, é a máxima da proporcionalidade, desenvolvida por Robert Alexy (1985). Entende-se que, ao tomar como base as

três máximas parciais (*adequação, necessidade e proporcionalidade sentido estrito*), a legalização do *Canabidiol* é resultado da solução da colisão entre princípios, quais sejam: devido processo legal – legalidade – e Direito Fundamental Social à Saúde. Tem-se, de um lado, a Anvisa emite uma resolução autorizando a utilização do *Canabidiol* apenas para casos de epilepsia, não podendo os indivíduos que possuem outras doenças utilizá-la em respeito ao devido processo legal, mais especificamente ao princípio da legalidade. De outro, várias pessoas com outras doenças, que necessitam do *Canabidiol* para conseguirem ter uma vida digna, tem o direito à saúde, e, conseqüentemente à vida, violado ou restringido. Dessa forma, na primeira máxima parcial, *adequação*, percebe-se que a legalização do *Canabidiol* é uma medida adequada ao fim almejado, pois o direito à saúde não deve ser restringido ou violado por um parâmetro normativo, seguindo estritamente o princípio da legalidade – devido processo legal - e não todo o Direito – em que se preconiza o direito à vida nas variadas necessidades fáticas, satisfazendo a pretensão de cura e tratamento das demais doenças, conforme estudos terapêuticos relacionados a amenização dos sintomas das mesmas.

Já na segunda máxima parcial, *necessidade*, questiona-se se existe outro meio menos oneroso para atingir o fim almejado. Coloca-se que essas outras doenças, que apresentam pesquisas técnico-medicinais que comprovam a eficácia terapêutica da substância e, no entanto, não são abarcadas pela autorização da Anvisa, não reagem com a mesma potencialidade curativa/tratativa com outros medicamentos e, por isso, é necessária a legalização do *Canabidiol*.

Por fim, tem-se a *proporcionalidade em sentido estrito*. Nesta toma-se como base a ideia de que o Direito deve acompanhar a dinâmica da sociedade, bem como seus avanços tecnológicos e medicinais, logo não se deve ficar preso ao devido processo legal quando o que se tem em questão é o bem mais precioso, qual seja, a vida digna, ou seja, o direito à saúde, nesta situação, deve preponderar.

Vale dizer que com a legalização do *Canabidiol*, cria-se a possibilidade de o medicamento ser produzido nacionalmente, o que reduziria os gastos, bem como o fornecimento de um parâmetro legal, evitando, por conseguinte, a análise subjetiva do profissional na área saúde no que concerne ao fornecimento do laudo médico para requerimento à Anvisa de aquisição do medicamento. Assim, defende-se que haja a legalização do *Canabidiol* com o intuito de efetivar o Direito Fundamental Social à Saúde, uma vez que se terá alcançado a proteção da saúde da população, garantindo-se a dignidade humana que, conforme Ingo Sarlet (2002, p. 62), é:

“(...) a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto quanto todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma

vida saudável , além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”