

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO MP EM AÇÃO

ANA CLARA RODRIGUES VESPASIANO DOS SANTOS

19082

**DIREITO À SAÚDE: OS REFLEXOS DA JUDICIALIZAÇÃO
DO ACESSO À MEDICAMENTOS À BASE DE *CANNBIS* NO
BRASIL**

Rio de Janeiro

2023

Resumo

O presente artigo trata do direito constitucional à saúde e a judicialização do fornecimento de medicamento à base de cannabis para uso medicinal. O problema da pesquisa consiste em analisar como o direito à saúde têm sido concretizado e os reflexos da crescente judicialização para o acesso à substância. Para pra uma delimitação mais clara do assunto, dividiu-se a pesquisa em três seções, a primeira discorre acerca do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, em segundo, é abordado o uso do medicamento à base de cannabis e sua possibilidade jurídica, e por último, discute-se acerca da judicialização da saúde no Brasil. Ao final, conclui-se que uma maior concretização do direito fundamental à saúde dependerá da adoção de iniciativas por parte do estado, uma vez que enquanto os cidadãos necessitarem recorrer ao Judiciário para fazer valer o direito fundamental à saúde, esse não será plenamente materializado no plano fático brasileiro.

Palavras-chave: Direito à saúde; Canabidiol; Uso medicinal; Judicialização;

Abstract

This article deals with the constitutional right to health and the judicialization of the supply of cannabis-based medicine for medicinal use. The research problem is to analyze how the right to health has been realized and the consequences of the growing judicialization for access to the substance. For a clearer delimitation of the subject, the research was divided into three sections, the first discusses the right to health in the Brazilian legal system, second, the use of cannabis-based medicine and its legal possibility is addressed, and finally, it discusses the judicialization of health in Brazil. In the end, it is concluded that a greater realization of the fundamental right to health will depend on the adoption of initiatives by the state, since while citizens need to resort to the Judiciary to enforce the fundamental right to health, this will not be fully materialized in the Brazilian factual plan.

Keywords: Right to health; cannabidiol; Medicinal use; Judicialization;

INTRODUÇÃO

Trata-se de artigo científico acerca do direito constitucional à saúde e os reflexos da judicialização no uso de medicamentos à base de *cannabis*. O presente estudo se justifica em razão da importância do tema e da necessidade de incentivar o debate, uma vez que com o crescente número de pacientes em busca do acesso ao medicamento, o seu alto valor monetário, bem como a falta de políticas públicas de saúde a essa parcela da sociedade, tem feito com que o Judiciário seja o protagonista na efetivação do direito à saúde.

Diante disso, este breve estudo busca identificar a problemática em torno da judicialização e os seus impactos, considerando a insegurança jurídica vivenciada pelos cidadãos, diante da leniência do Poder Público na criação de normas e políticas públicas voltadas para democratização do acesso ao canabidiol.

Em que pese a previsão constitucional fundamentar as tutelas individuais que objetivam o fornecimento do medicamento pelo estado, a questão esbarra na legitimidade democrática e na escassez dos recursos públicos, importando em prolongada discussão, uma vez que, conforme esclarece Barroso (2009), o protagonismo do Judiciário pode acabar dando prioridade aos que possuem acesso à Justiça, conhecem seus direitos, refletindo, assim, mais um benefício à classe média do que aos pobres.

Nesse contexto, questiona-se a influência do Judiciário a respeito do tema e como deveria ocorrer a efetivação do direito à saúde, notadamente, quanto ao fornecimento do medicamento à base de maconha, que possui um alto custo. Para tanto, é importante analisar o avanço legal e judicial sobre ao uso de remédios à base de Canabidiol.

O direito à saúde é oponível contra o Estado, e sua judicialização decorre da previsão do inciso XXXV do artigo 5º da CF/88. Com isso, o objetivo geral é discorrer acerca do direito à saúde e a judicialização frente ao acesso ao canabidiol, ao passo que, são objetivos específicos: discorrer sobre o direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, analisar o uso do medicamento à base de *cannabis*, assim como a possibilidade jurídica de seu uso e a evolução normativa no país, verificando o papel da judicialização da saúde e seus reflexos sobre o tema.

A metodologia de pesquisa utilizado é a bibliográfica, notadamente livros, revistas jurídicas, artigos científicos, monografias, disposições normativas e jurisprudência. O método, por sua vez, foi o dedutivo, utilizando-se uma cadeia de raciocínio descendente, a partir de uma análise geral para a específica, até a conclusão.

1. O DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito à saúde é um direito fundamental e deve ser garantido pelo Estado aos cidadãos. A Constituição Federal em seu art. 196 prevê que o direito à saúde deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O direito à saúde é uma conquista social brasileira, tendo em vista que a Carta Magna de 1988 conferiu correta importância à saúde, elevando-a como direito social-fundamental, assim como preceitua o artigo 6º da CF/88: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Os direitos sociais são, de acordo com Afonso da Silva (2005, p. 286), “prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a equalização de situações desiguais”.

Nesta senda, assim manifestou o Supremo Tribunal Federal no exame do Agravo de Instrumento AI 452312- Rio Grande do Sul, de 31 de Maio de 2004, cujo relator foi o Min. Celso de Mello:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência hospitalar. (...)

Desse modo, os direitos sociais, os quais a saúde está incluída, decorrem do preceito do direito à vida e da dignidade da humana, sendo, portanto, um direito público subjetivo, exigindo do Estado atuação positiva para sua concretização. O Estado tem obrigação de cumprir comandos que dão base à teoria dos direitos sociais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial em saúde, a vedação de retrocesso social e o dever de progresso em saúde (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2019).

O direito à saúde é previsto em vários dispositivos constitucionais, como nos arts. 7º, IV e XXII, 23, II, 30, VII, 194, 200, 208, VII, entre outros da CF, que reforçam a necessidade de zelar pelo direito à saúde dos cidadãos. Importante mencionar que a União, Estados, Distrito Federal e os Municípios possuem competência comum para “cuidar da saúde e assistência

pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”, conforme descreve o artigo 23, inciso II da CF.

Como mencionado, a Constituição de 1988 destinou esforços para a aplicação da saúde como um direito fundamental de todos. O Sistema Único de Saúde surge como responsável por criar as políticas e os programas relativos à saúde pública, sendo normatizado pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que estabelece as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes à saúde, em todo o território nacional.

Incluído no escopo de atuação do SUS, o fornecimento de medicamentos à população é parte essencial da saúde. A Lei do SUS dispõe que estão incluídas em seu escopo de atuação, “a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica” no art. 6º, I, d, além de “formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção” no art. 6º, VI (BRASIL, 1990).

2.1. Do Fornecimento de Medicamentos pelo Estado

No que tange o gerenciamento da saúde no Brasil, o artigo 198 da Constituição Federal prevê que a prestação dos serviços de saúde no País se dá de forma regionalizada e hierarquizada formando um Sistema Único de Saúde (SUS), organizado de acordo com as seguintes diretrizes: a) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; b) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; c) participação da comunidade.

Assim, restou instituída uma regionalização no fornecimento dos medicamentos. A definição de critérios para a repartição de competências é esboçada através de atos administrativos, sendo o principal deles a Portaria MS/GM nº 3.916, de 30 de outubro de 1998, que estabelece critérios para aquisição, distribuição e entrega dos medicamentos, determinando a adoção de uma relação nacional de medicamentos essenciais.

A Política Nacional de Medicamentos, define da seguinte forma os medicamentos essenciais:

Devem estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que deles necessitem, nas formas farmacêuticas apropriadas, e compõem uma relação nacional de referência que servirá de base para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal, que deverão ser estabelecidas com o apoio do gestor federal e segundo a situação epidemiológica respectiva.

Como reconheceu o Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, ao elaborar a 5ª edição da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), “o acesso aos medicamentos essenciais constitui-se um dos eixos norteadores das políticas de medicamentos (Portaria GM nº 3.916, de 30 de outubro de 1998) e de assistência farmacêutica (Resolução CNS nº 338, de 6 de maio de 2004)” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2007, p. 7).

Com relação às atribuições dos entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos, é estabelecido ao Município definir a relação municipal de medicamentos essenciais, com base na Rename e executar a assistência farmacêutica. Por seu turno, cabe à União em parceria com os Estados e o Distrito Federal a aquisição e distribuição dos medicamentos de caráter excepcional.

A RENAME é a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais e considera como integrantes do relação de medicamentos essenciais aqueles produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população.

Assim, os medicamentos constantes na lista da Rename deverão ser disponibilizados àqueles que necessitam, brasileiros ou estrangeiros residentes no Brasil. Conforme mencionado, é dever do município o fornecimento dos medicamentos listados, contudo, caso o Município não tenha incluído determinado medicamento, incluído pela Rename, na relação municipal, caberá à União realizar a entrega do medicamento.

Apesar disso, não há controvérsia na jurisprudência de que os entes da Federação são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de medicamentos, assim, aquele que necessitar, ao propor uma demanda judicial, poderá o requerente incluir no polo passivo da ação qualquer um deles ou, até mesmo, todos. (LIMA, 2020.)

Para o Supremo Tribunal Federal, considerando jurisprudência farta acerca do tema, de fato, cabe à todos os entes o fornecimento do medicamento, independentemente da legislação e da previsão de descentralização. (SANTANA, SILVA, 2022, p. 54)

Quando um tratamento não pode ser proporcionado diretamente pelo Estado, ou o tratamento não é assegurado pelo SUS, ou ainda, não está contemplado nas leis, deve o poder público, a partir dos critérios médicos, e com base no princípio da isonomia, promover de algum modo o financiamento desse cuidado essencial, objetivando a segurança, a eficácia terapêutica e a qualidade inerentes à política nacional de saúde.

Cada medicamento registrado no Brasil recebe aprovação da Anvisa. A aprovação no Brasil, porém, pode demorar por vários motivos - o canabidiol é exemplo de medicamento que passou por longo processo para aprovação pela ANVISA. Assim, apesar de alguns

medicamentos serem considerados novos, não incorporados na rede pública ou até mesmo sem registrados na ANVISA, isso não impede que sejam prescritos por médicos como melhor alternativa para determinados pacientes.

Portanto, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo (artigo 1.036 do CPC), fixou alguns requisitos para que o Poder Judiciário determine o fornecimento de remédios. A tese afetada pelo STJ, nos autos do Recurso Especial n. 1.657.156-RJ, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, foi a seguinte:

Tema 106 do STJ – “A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:
i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.”

Ademais, a partir da prescrição médica de determinado medicamento, há três possibilidades: i) o medicamento prescrito já foi incorporado na rede pública e é entregue ao cidadão; ii) o medicamento já foi incorporado na rede pública, mas está em falta; iii) o medicamento não foi incorporado na rede pública, podendo estar ou não disponível no país (SANTOS, 2018, p. 43, *apud* SANTANA; SANTOS, 2022, p. 49)

Ressalta-se que a prescrição de medicamentos de alto custo que não estão disponibilizados pelo SUS, como no caso do canabidiol, acabam por suscitar as diversas demandas individuais, que objetivam o fornecimento do medicamento, tornando polêmica questão da legitimidade democrática, à escassez de recursos públicos e à possibilidade de criar privilégios a determinados usuários.

2. O CANABIDIOL PARA TRATAMENTO MÉDICO

Em decorrência de compromissos internacionais firmados, a planta *Cannabis* e seus derivados foram proibidas no país em 1932. Contudo, importante ressaltar que a utilização de determinadas substâncias, ainda que utilizadas como entorpecentes, permaneceram amparadas pelo direito nacional e internacionais se voltadas para fins medicinais e científicos. Apesar disso, a *cannabis* se manteve à margem dos usos medicinais e científicos, e as principais descobertas realizadas ocorreram após as discussões internacionais a respeito do controle das drogas. Nariel Diotto e Alexandra Gato Rodrigues, (2016, p. 15), descrevem o tabu como outro fator que dificulta o uso do canabidiol:

Os tabus que cercam o uso deste medicamento, já que o mesmo deriva de uma droga. No entanto é preciso que se entenda que a planta não é utilizada integralmente, apenas alguns componentes, com comprovada eficácia no combate a doenças. A exemplo do que acontece com o canabidiol, pode-se citar a papoula, que é base da heroína, uma das drogas mais perigosas do mundo, e que tem extraída de si a morfina, um potente anestésico, amplamente utilizado.

Dessa forma, cumpre esclarecer que a substância utilizada como meio terapêutico é um composto químico isolado da planta *Cannabis sativa*, popularmente conhecida como maconha, a qual é proibida no país. O canabidiol ou CBD é um óleo vegetal extraído da planta *Cannabis*, utilizada para o tratamento de doenças psiquiátricas e neurológicas, possui efeito sedativo, atuando diretamente no sistema nervoso central, tratando inúmeras doenças como a epilepsia, autismo e neuropatia.

A problemática sobre o uso terapêutico da *Cannabis sativa* é extremamente atual e cada vez mais debatido. Diversas pesquisas realizadas reconhecem as propriedades medicinais da *Cannabis* e sua eficácia nos tratamentos de determinadas doenças, o que resultou na procura por autorização para o uso, importação e cultivo da erva no país, acirrando a judicialização da questão uma vez que não há a devida regulação.

Apesar de possuir diversos constituintes químicos, os princípios ativos mais conhecidos da *Cannabis* são os fitocanabinoides, encontrados nas flores e de onde são extraídos o tetra-hidrocanabinol (THC) e o canabidiol (CBD). O THC é o principal componente da planta, e é responsável pelos seus efeitos psicoativos, enquanto que o canabidiol, segundo maior substância canabinóide, não possui efeitos alucinógenos, e é encarregado pelos demais efeitos terapêuticos para tratamento de diversas doenças. (PISANTI, 2017)

2.2 Evolução normativa- A possibilidade Jurídica do uso do Canabidiol no Brasil

Inicialmente, cumpre mencionar que o debate a respeito da prescrição e uso do canabidiol e cannabis medicinal no Brasil teve um avanço considerável. Ocorre que essa conquista se deu através de diversas iniciativas de associações e conflitos judiciais.

Em 3 de abril de 2014, de forma inédita, o judiciário brasileiro proferiu a primeira decisão permitindo o uso medicinal da *Cannabis*, abrindo caminho para que o uso do medicamento fosse uma realidade nos dias de hoje.

O caso em comento foi da Anny Fischer, diagnosticada com síndrome de CDKL-15, raro distúrbio neurológico que provocava constantes convulsões na criança. À época, os pais decidiram importar a substância CBD de forma clandestina, e com o tratamento observaram drástica diminuição na frequência das crises convulsivas de sua filha. A partir disso, a família

iniciou uma batalha judicial para importar a substância legalmente.

Em 2015, após a conquista judicial dos pais de Any para importação da substância, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), através de uma decisão colegiada, criou a RDC 17/2015 que permitia a importação por pessoa física, em caráter de excepcionalidade, de produto à base de Canabidiol em associação com outros canabinóides, para uso próprio, mediante prescrição médica. (ANVISA, 2015)

A RDC nº 17 significou um grande avanço no país em relação ao tema, contudo, os problemas ainda permaneciam, uma vez que muitos pacientes não conseguiam o aparato administrativo para importação do medicamento, fazendo com que os interessados buscassem o aval por meio da ação judicial. Diante disso, sobre os aspectos de prazos e procedimentos foi estabelecido um cenário de divergência entre a esfera judicial e o âmbito administrativo.

O ano de 2017 foi marcado pela autorização e registro do Mevatyl, primeiro medicamento à base de cannabis no Brasil. A utilização desse medicamento ainda necessitava da importação, uma vez que não era produzido nem comercializado livremente no país, havendo, portanto, muitas dificuldades burocráticas pouco adiantando que as despesas de importação fossem reembolsadas pela seguradora de saúde. (LEITE, 2019, p. 190)

Em 2019, a ANVISA através da Resolução RDC nº 327/2019 simplificou o procedimento para a concessão da Autorização Sanitária para a fabricação e importação dos produtos de Cannabis com critérios previamente estabelecidos.

Essa resolução é tão importante quanto aquela de 2015 (RDC 17) — que foi atualizada em 30 de março de 2022 e passou a vigorar como RDC 660. Todos esses regulamentos permitem que o mercado brasileiro hoje tenha medicamento específico com CBD e THC em sua composição, produtos como fitoterápicos e fitofármacos, além de compostos importados. (CASTRO, 2023)

Ainda em 2019, os membros Diretores da ANVISA discutiram a respeito de deliberações sobre regulação do cultivo de cannabis no país, contudo, não houve decisão unânime e a proposta restou arquivada. Milena Karla ao analisar o referido arquivamento, lista as principais justificativas utilizadas pelos Diretores:

Para além das propriedades intrínsecas da cannabis, a justificativa para o arquivamento da proposta de regulação do cultivo esteve baseada em três ignorâncias principais. Em primeiro lugar, questionou-se a competência da Anvisa para regular a matéria, sendo vencido o posicionamento do relator que indicava haver pareceres jurídicos e decisões judiciais afirmando essa competência. Em segundo lugar, colocou-se em dúvida se a regulação do plantio efetivamente reduziria o custo de medicamentos à base de cannabis, um dos pressupostos para a apresentação da proposta. Em terceiro lugar, argumentou-se que os impactos em outros setores não foram levados em consideração, o que implicaria incertezas na capacidade técnica e institucional dos órgãos responsáveis pelas atividades de fiscalização (em especial das

áreas de segurança pública e da agricultura), em oposição ao argumento do relator de que esses órgãos foram envolvidos na elaboração da proposta de regulação. (SOARES, 2022, p. 690)

Segundo Milena, a decisão de arquivamento indica um juízo (não declarado) sobre a impossibilidade, ou a falta de interesse, em se responder as questões que envolvem o cultivo no país, revelando a escolha dos tomadores de decisão sobre o que deve permanecer ignorado. (SOARES, 2022, p. 690)

Apesar disso, há no cenário atual, casos de indivíduos e associações que conseguiram autorização judicial para plantar *cannabis* para fins terapêuticos. A título de exemplo, no ano de 2016 a ABRACE obteve a autorização para cultivo e manipulação da maconha para fins medicinais, voltados para os pacientes associados à organização (processos 0802543-14.2014.4.05.8200, 0802271-83.2015.4.05.8200 e 0800333-82.2017.4.05.8200).

No parecer apresentado pela ABRACE, (processo 0800333-82.2017.4.05.8200), o Ministério Público Federal destacou o seu empenho na busca por diálogos e tratativas com entidades públicas, incluindo a ANVISA, com o objetivo de fomentar a produção e o fornecimento do canabidiol em território nacional. A entidade menciona a expressiva alta do dólar, entre os anos de 2015 e 2016, como um dos fundamentos para a batalha jurídica, na medida em que a importação de substâncias medicamentosas é custosa para os particulares que delas necessitam e muitas famílias possuem condições financeiras para arcar com os custos dos medicamentos derivados da maconha.

De fato, apesar das regulamentações no Brasil, o alto custo para importação ou aquisição de medicamentos à base de canabinoides e a ilegalidade para aquisição no mercado interno, que se configura, em regra, tráfico de drogas, impede que muitas famílias no Brasil tenham acesso direto ao medicamento.

Satisfatoriamente, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça concedeu a ordem de ofício em Habeas Corpus (HC 779.289) para permitir que uma pessoa faça o plantio de maconha para extração de óleos medicinais. Tal decisão pacificou a jurisprudência sobre o tema, abrindo portas para a concessão de salvo-conduto em favor de pacientes que, em tese, poderiam ser processados por tráfico de drogas.

De acordo com o Ministro Reynaldo:

“Diante da omissão estatal em regulamentar o plantio para o uso medicinal da maconha, não é coerente que o mesmo Estado que preza pela saúde da população e reconhece benefícios medicinais da *cannabis sativa* condicione o uso da terapia àqueles que possuem dinheiro para aquisição do medicamento, em regra importado. (...)

Dessa forma, apesar da ausência de regulamentação pela via administrativa, o que tornaria a conduta atípica formalmente - por ausência de elemento normativo do tipo

-, tem-se que a conduta de plantar para fins medicinais não preenche a tipicidade material, motivo pelo qual se faz mister a expedição de salvo-conduto, desde que comprovada a necessidade médica do tratamento, evitando-se, assim, criminalizar pessoas que estão em busca do seu direito fundamental à saúde."

Essa realidade ainda faz com que muitos usuários precisem acionar a justiça para que o governo faça subsídio do ativo, elevando cada vez mais a taxa de ações de judicialização da saúde, experimentando a insegurança jurídica presente no processo de judicialização nas suas várias formas, seja para o fornecimento gratuito, seja para autorização de auto-cultivo.

Por fim, menciona-se existência no Congresso Nacional, do Projeto de Lei 399/2015 que tramita há 7 anos, iniciativa do deputado federal Fábio Mitidieri (PSD/SE), e que ainda não entrou na pauta de votações da Câmara dos Deputados. O PL 399/2015 visa ampliar a regulamentação, abrangendo o cultivo, a extração de derivados da *Cannabis*, a fabricação e a comercialização de produtos, além de permitir o plantio de cânhamo para uso industrial e a pesquisa científica.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

No Estado Democrático de Direito não há direitos absolutos. Portanto, em que pese as diversas previsões legais e constitucionais, muitas vezes o Poder Público encontra dificuldade em dar aplicação ao direito à saúde. Assim, diversas ações são propostas perante o Poder Judiciário visando o fornecimento gratuito da *cannabis* medicinal, no entanto, todas estão sujeitas à insegurança jurídica, pois não há qualquer garantia os direitos materiais à saúde serão de fato efetivados.

Com efeito, a administração pública possui um limite orçamentário, o que impede a efetividade e abrangência das políticas públicas relacionadas à saúde, como fornecimento de medicamentos, refletindo a teoria da reserva do possível, muitas vezes arguida pela administração pública. A teoria da reserva do possível indica que os direitos fundamentais e sociais estariam limitados à capacidade financeira do Estado em prover as prestações materiais para concretizá-los. Para melhor elucidar:

Desse modo, o princípio da reserva do possível é uma delimitação fática e jurídica de que o Estado se vale para deixar de conhecer os direitos sociais a quem de direito. Esta é a grande dificuldade aqui suscitada, uma vez que se refere às numerosas alegações pelo Poder Público deste princípio, com o objetivo de se escusar da obrigação da realização dos direitos fundamentais sociais. (AVELINO; MAGALHÃES; LEITÃO, 2020, p. 217).

O argumento da reserva do possível orçamentário é um discurso importante para

impedir que o Estado seja obrigado à cobrir todas as demandas por saúde dos cidadãos, pois haveria nesses casos, uma impossibilidade de fornecimento de medicamentos não previstos em lista predeterminada pelo Poder Público. Tal argumento pode criar obstáculo na efetivação do direito à saúde pelos cidadãos que necessitam do medicamento à base de canabidiol, uma vez que esses derivados não se encontram na lista de medicamentos fornecidos pelo SUS.

Ocorre que o cidadão, individualmente considerado, não pode ser punido pela omissão do gestor do sistema de saúde que não cumprir as obrigações necessárias à completa concretização do direito à saúde, por isso, o titular do direito que se sentir lesado poderá se valer da tutela jurisdicional para obrigar o Estado a efetivar sua obrigação de fazer, quer seja pelo fornecimento de uma medicação, exame ou cirurgia (AVELINO; MAGALHÃES; LEITÃO, 2020, p. 217).

Objetivando a efetividade do direito à saúde, inscritos na Constituição Federal, o Poder Judiciário tem sido constantemente instado a se manifestar, principalmente acerca do fornecimento, pelo poder público, de medicamentos à base de canabidiol. Essa crescente judicialização é um meio de garantir direitos, de se poder usar e cobrar do Estado uma prestação digna de direitos, no sentido de conseguir acessar e usufruir de direitos de cunho universal.

Nesse sentido, o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A deficiência de políticas públicas que concretizam o direito constitucional à saúde – incluídos nessa prestação a assistência farmacêutica e o fornecimento de insumos terapêuticos – é uma clara ameaça ao direito à vida.

Além disso, a intervenção jurisdicional é legítima, e tem sido responsável na efetivação de políticas públicas que visam a garantia do direito à saúde. Segundo Barroso, o fenômeno da judicialização, (2009, p. 24), “significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais”

As crescentes demandas no judiciário de pessoas reivindicando seu direito à saúde, demonstra, de forma positiva, a conscientização da população sobre seus direitos, bem como uma maior aplicabilidade das normas constitucionais que conquistam força normativa através das decisões judiciais.

Ademais, de forma positiva a judicialização permite o fomento de políticas públicas, bem como os diversos avanços que permeiam a temática da liberação do uso de medicamentos à base de Canabidiol no país. Pode-se observar que ao longo dos últimos anos houve uma mudança de paradigma, e atualmente, se têm cada vez mais estudos, prescrições médicas e

discussões no âmbito da política e no judiciário.

A sociedade civil trouxe a problemática à tona, mobilizando os argumentos necessários para uma mudança do discurso, mudança vista a partir dos entendimentos de médicos que atestam o poder terapêutico da maconha e que adentram no judiciário com a retórica da luta por direitos humanos.

Nos últimos anos, houveram sentenças positivas a respeito da disponibilização sobre o uso de canabidiol medicinal, com sua eficácia comprovada cientificamente, tem sido autorizado o fornecimento via SUS além de salvo condutos. O fornecimento é feito através de associações como a ABRACE, organização não governamental com autorização judicial para cultivar, produzir e vender o óleo CDB no país. (DAGORT, 2019).

As judicializações de *habeas corpus* e de autorizações para o auto-cultivo constituem um importante passo na luta pelo acesso à maconha medicinal, sendo uma consequência fática, pois o medicamento à base de canabidiol ainda sofre resistência no contexto do fornecimento gratuito pelo Sistema Único de Saúde.

Por outro lado, frisa-se o aspecto negativo com relação à judicialização da saúde, uma vez que as inúmeras ações também demonstram uma fonte de desorganização administrativa do sistema público de saúde, e conforme destaca Barroso (2009), “o protagonismo do Judiciário pode acabar dando prioridade aos que possuem acesso à Justiça, conhecem seus direitos, refletindo, assim, mais um benefício à classe média do que aos pobres.”

Sobre esse aspecto, Paulo Branco e Gilmar Mendes destacam o seguinte:

As hipóteses em que o procedimento ou o fármaco solicitado não estejam incluídos no rol de medicamentos fornecidos pelo SUS geram uma individualização da demanda e tornam-se um crescente problema à política de saúde pública. Estudo realizado no Estado de São Paulo constatou que 77% dos remédios solicitados em um determinado período não integravam os programas de assistência farmacêutica do SUS.

O levantamento também evidenciou que, geralmente, as pessoas beneficiadas pela intervenção do Poder Judiciário são as que possuem melhores condições socioeconômicas e acesso à informação, o que resulta em uma verdadeira assimetria do sistema. Essa constatação foi feita levando-se em consideração dados como o local de residência dos autores das demandas e o elevado número de ações propostas por advogados particulares — 74% dos casos analisados. (BRANCO; MENDES, 2012. p. 926)

A judicialização da saúde é um meio de garantir direitos, entretanto, as características da judicialização da saúde no Brasil caminha para uma situação contrária ao propósito constitucional, que visa a universalidade do sistema de saúde, e pretere qualquer privilégio à pessoas específicas.

Além disso, a grande problemática de se utilizar a via judicial como o único meio para

se garantir o acesso à substância, é que o elevado número de liminares e mandados judiciais acarretam em gastos sem planejamento demonstrando a negligência por parte do Poder Executivo e Legislativo quanto ao acesso a medicamentos à base de *cannabis*.

Ante o exposto, resta claro a necessidade de implementação de políticas públicas de saúde mais elaboradas, pois muitos cidadãos necessitam da assistência farmacêutica. As falhas administrativas como entraves no procedimento de aquisição ou distribuição de medicamento resultam na judicialização do direito ao acesso à *cannabis* medicinal nas suas várias formas. Assim, são necessárias que sejam tomadas as providências, tanto pelo poder legislativo quanto pelo poder executivo, para que o direito à saúde seja efetivado, democratizando, o acesso a remédios à base de *cannabis*.

4. CONSIDERAÇÕES

Diante de todo exposto, resta evidenciado que, o direito à saúde decorre do preceito do direito à vida e da dignidade da humana, sendo, portanto, um direito público subjetivo, exigindo do Estado atuação positiva para sua concretização, demonstrando a obrigatoriedade de fornecer remédios que foram demandados de forma judicial.

O cidadão, individualmente considerado, não pode ser punido pela omissão do gestor do sistema de saúde que não cumprir as obrigações necessárias à completa concretização do direito à saúde. Por isso, o fornecimento de medicamento à base de canabidiol, está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, que assegura garantias e direitos à vida.

A *cannabis* possui diversas substâncias em sua composição, dentro delas destacam-se o THC responsável pelo interesse recreativo por ter efeitos psicoativos, apesar de também possuir efeitos terapêuticos e o Canabidiol (CBD) que não possui efeitos alucinógenos, mas atuam receptores do corpo humano, neutralizando vários tipos de doenças, em especial, aquelas ligadas ao sistema nervoso.

Ocorre que a possibilidade do uso desse medicamento foi atrasado por muito tempo, em razão do tabu em torno da questão, que ainda subsiste, mesmo que de maneira decrescente. Ao longo dos anos, o país vivenciou as lutas de muitas famílias que buscavam por dignidade e saúde através do tratamento com medicamentos à base de canabidiol ou THC através de ações judiciais.

Diante disso, têm-se a crescente judicialização do direito à saúde que possibilitou demonstrar a deficiência estatal na atuação do fomento ao direito à saúde. Dessa forma, a omissão estatal, acaba por legitimar e autorizar a interferência judicial para fazer valer a

efetividade de um direito consagrado constitucionalmente.

As crescentes demandas no judiciário de pessoas reivindicando seu direito à saúde, é uma consequência da conscientização da população sobre seus direitos. Nesse sentido, a judicialização auxiliou nos diversos avanços que permeiam a temática da liberação do uso de medicamentos à base de Canabidiol no país. Como foi possível observar, após diversas discussões no âmbito judicial, houve uma mudança de paradigma no país acerca do tema, e atualmente, se têm cada vez mais estudos, prescrições médicas, discussões no âmbito da política e manifestações mais ativas por parte da ANVISA.

De fato, a judicialização não caracteriza a forma mais adequada de se obter um medicamento, mas é uma opção para suprir as falhas da Política de Assistência à Saúde. A judicialização da saúde é um meio de garantir direitos, entretanto, as características da judicialização da saúde no Brasil caminha para uma situação contrária ao propósito constitucional, que visa a universalidade do sistema de saúde, e pretere qualquer privilégio à pessoas específicas.

O excesso de judicialização, segundo Barroso (2009), pode prejudicar os demais cidadãos que permanecem dependentes das políticas universalistas. Barroso (2009), aponta que o protagonismo do Judiciário pode acabar dando prioridade aos que possuem acesso à Justiça, conhecem seus direitos, refletindo, assim, mais um benefício à classe média do que aos pobres.

Ainda, a grande problemática de se utilizar a via judicial como o único meio para se garantir o acesso à substância, é que o elevado número de liminares e mandados judiciais acarretam em gastos sem planejamento demonstrando a negligência por parte do Poder Executivo e Legislativo quanto ao acesso a medicamentos à base de *cannabis*.

Pois bem, para a fruição do direito à saúde na perspectiva coletiva, essa deverá ocorrer através de políticas públicas universalizantes e eficientes, como a possibilidade de regulação do cultivo associativo, e principalmente, a partir da inclusão de remédios à base de *cannabis* na lista RENAME, em paralelo com a produção nacional de remédios para que o acesso e o fornecimento pelo Poder Público seja financeiramente viável.

Por fim, a flexibilização do regime proibitivo é medida capaz de fomentar o desenvolvimento científico que facilitará o acesso à saúde e à dignidade de pacientes que necessitam de produtos derivados da *cannabis*. Compete ao estado, portanto, a adoção das medidas necessárias para resolução da questão, pois enquanto o acesso ocorrer pelo Judiciário, não haverá concretização do direito à saúde, pois conforme observado, as decisões atingem o individual e não o coletivo.

5. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Gabriel Fonseca de. **O confronto entre a Tutela Constitucional á saúde e o fornecimento de cannabidiol para uso medicinal: bordagem à luz da atual jurisprudência brasileira**. 2021. 23 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Instituto Brasiliense de Direito Público - Idp, Brasília, 2021. Cap. 1.

AVELINO; Jaíza dos Santos; MAGALHÃES; Rosana Célia Noletto; LEITÃO; Macel Cunha. A judicialização da saúde no Brasil: análise do entendimento do supremo tribunal federal sobre a obrigatoriedade do fornecimento de medicamentos. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**. Paraná, 2020. Disponível em: <https://e-revista.unioeste.br/index.php/csaemrevista>. Acesso em: 28 abr. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2009. 29 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Professor Titular, Uerj, Rio de Janeiro, 2009.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Lei Orgânica da Saúde. Brasília. Senado Federal, 1990.

BRASIL. Ministério Público Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba (Parecer). Manifestação nº. 3201/2017/MPF/PRPB/GAB-JGBS. Procurador Regional: José Godoy Bezerra de Souza, 7 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pb/sala-de-imprensa/docs/parecer-0800333-82-2017-4-05-8200-abrace-cannabis-tratamento-canabidiol> Acesso em: 25 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 271286 RS 2000/11 PP-00101. Relator: Celso De Mello. DJ: 24/11/2000. JusBrasil, 2000. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia-re-agr-271286-rs> Acesso em: 12 mai. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Especial n. 1.657.156/ RJ, Rio de Janeiro. Julgado em 25 out. 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106 Acesso: 26/04/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. *Habeas Corpus* 779.289/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 22 nov. 2022 (Info 758). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1711211554> Acesso em: 05 mai. 2023.

CASTRO. Grasielle. Cannabis medicinal se torna realidade no Brasil, mas esbarra na falta de legislação. **JOTA INFO**. 27 fev. de 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/saude/cannabis-medicinal-se-torna-realidade-no-brasil-mas-esbarra-na-falta-de-legislacao-27022023> Acesso em: 01 mai. 2023.

DAGORT, Angélica. **O posicionamento do Judiciário frente á legalização do cultivo da cannabis para extração medicamentosa e o primeiro caso deferido no Rio Grande do Sul: análise de precedentes**. 2019. 87 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul - Unisc, Sobradinho, 2019

DIOTTO, N.; RODRIGUES, A. G. **O uso do canabidiol em pacientes portadores de epilepsia: a possibilidade jurídica de garantia do direito fundamental à vida**. Derecho y

Cambio Social, 2016.

LEITE, George Lopes; ALENCAR, Frederico. O uso de medicamentos à base de canabinoides no Brasil: um estudo de caso. **Revista de Doutrina Jurídica**, v. 110, n. 2, 2019.

LIMA, Joao Paulo Monteiro. Diretrizes jurisprudenciais do STF e do STJ acerca da concessão de medicamentos pelo poder público. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6185, 7 jun. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82721>. Acesso em: 25 abr. 2023.

MAGALHÃES, LEITÃO, *et al.* **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, v. 20, n. 39, semestral, julho-dezembro, 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Relação nacional de medicamentos essenciais**. 5. ed. Brasília, 2007. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/07_0516_M.pdf Acesso em: 01 mai. 2023.

PISANTI, S. *et al.* **Canabidiol: estado da arte e novos desafios para aplicações terapêuticas. Farmacologia e Terapêutica**, 2017; 133-150. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.pharmthera.2017.02.041>. Acesso em: 29 de abril de 2023.

SANTANA, Fabian Serejo Santana; SILVA, Jordan Souza Silva. Judicialização da saúde e o fornecimento de medicamentos não aprovados pela Anvisa. **Revista Missioneira**. Santo Ângelo, v. 24, n. 1, jan/jun 2022.

SANTOS, Fabiano; BORGES, Mariana. **Poder de agenda**. 1. ed. Brasília: ENAP, 2018. v.1. 105p. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3336>. Acesso em: 24 abr. 2023

SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde**. 2.ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Milena Karla. **Políticas Públicas e usos de evidências no Brasil: conceitos, métodos, contextos e práticas**. 1.ed. Brasília: IPEA, 2022. Cap. 21.