

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O USO MEDICINAL DO CANNABIDIOL: A QUESTÃO DO TRÁFICO DE DROGAS
E OS EFEITOS JURÍDICOS NA SOCIEDADE**

Amanda Elise dos Santos

Presidente Prudente/SP
2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O USO MEDICINAL DO CANNABIDIOL: A QUESTÃO DO TRÁFICO DE DROGAS
E OS EFEITOS JURÍDICOS NA SOCIEDADE**

Amanda Elise dos Santos

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Florestan Rodrigo do Prado.

Presidente Prudente/SP
2015

SANTOS, Amanda Elise dos.

O Uso Medicinal do Cannabidiol: a Questão do Tráfico de Drogas e os Efeitos Jurídicos na Sociedade / Amanda Elise dos Santos - Presidente Prudente: Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, 2015.

79 f.

Monografia de conclusão de Curso de Direito – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo – Toledo: Presidente Prudente – SP, 2015.

1. Cannabidiol 2. Tráfico de drogas 3. Direito fundamental I. Título

**O USO MEDICINAL DO CANNABIDIOL: A QUESTÃO DO TRÁFICO DE DROGAS
E OS EFEITOS JURÍDICOS NA SOCIEDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Florestan Rodrigo do Prado
Orientador

Mário Coimbra
Examinador

Rodrigo Lemos Arteiro
Examinador

Presidente Prudente/SP, 22 de outubro de 2015

“É Deus que te faz entender toda poesia
Que torna mais valiosa a vida
E prova que ainda dá pra ser feliz
Apenas atenda quem chama

E perceba
Que só Ele pode compreender o seu
interior
As suas dores afastar
O seu sonho realizar
A sua vida transformar”.

Guilherme de Sá.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar não poderia deixar de agradecer a Deus, que é o alicerce de todas as relações da minha vida, em quem eu mais confiei para não desistir de continuar lutando para vencer na vida.

Com o maior amor do mundo, venho agradecer a minha família, em especial a minha mãe que sempre me ouviu e me deu forças para continuar sem abaixar a cabeça nenhum minuto se quer, mesmo com os obstáculos que vieram pela frente.

Agradeço também ao meu pai por também me apoiar e incentivar em todos os caminhos que decidi seguir, sempre me mostrando um lado positivo das coisas. E ao meu irmão que se preocupou todas as vezes que estive triste, sempre querendo que eu estivesse feliz.

Agradeço ainda, imensamente, o meu namorado Vinicius, que em todas as horas, e em todos os dias esteve ao meu lado, nunca deixando que eu me perdesse no caminho turbulento, e não deixando que eu desanimasse nenhum minuto sequer. Foi quem segurou as minhas lágrimas, e quem fez de tudo para ver os meus sorrisos e as minhas vitórias.

De forma muito importante, agradeço ao meu mestre, professor Florestan Rodrigo do Prado, por ter aceitado o convite de me orientar e ter acreditado no potencial desse trabalho. Muito obrigado por toda dedicação, paciência e por todo conhecimento que humildemente me ministrou.

E não menos importante agradeço também a todos os meus professores que contribuíram de alguma forma, seja com conversas aconselhando e dividindo um pouco de suas experiências para nos ajudar a fazer concluir cada etapa do curso da melhor forma possível.

RESUMO

O presente trabalho, elaborado como requisito parcial para a conclusão do Curso de Direito e obtenção do Grau de Bacharel perante o Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”, tem como objetivo realizar uma análise didática sobre o conhecimento da substância Cannabidiol. A sua origem no país, o fato de ter sido considerada marginalizada e proibida. Os benefícios que ela já trouxe no tratamento de graves doenças neurológicas, em contraposição com as pessoas que são contra a utilização dela, colocando o Estado como julgador desse impasse. Mostrando o papel do Estado-Juiz em assegurar acima de tudo a dignidade das pessoas que necessitam da substância e de suas famílias que vêm nesse o último recurso para o tratamento. Também é abordado no trabalho o primeiro caso conhecido no país de utilização dessa substância. A evolução que esse assunto já obteve, e as premissas que podem ser melhoradas, levando em consideração o desencadear de descobertas que podem ser alcançados com a Portaria da ANVISA que passa a autorizar a utilização dessa substância. Abordou-se também sobre a polêmica questão da descriminalização do uso de drogas, e seus efeitos que geram na sociedade brasileira.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana; Cannabidiol; Estado-Juiz; Direito de Ação; Tráfico de drogas; Descriminalização

ABSTRACT

This study, prepared as a partial requirement for the completion of law studies and obtaining the Degree of Bachelor to the University Center "Antonio Eufrásio of Toledo," aims to conduct a didactic analysis of the knowledge of Cannabidiol substance. Its origin in the country, the fact that it was considered marginalized and prohibited. The benefits it has brought to treat serious neurological disorders, as opposed to people who are against the use of it, placing the state as judge of this impasse. Showing the role of the Judge State to ensure above all the dignity of people in need of sustenance and their families who see that the last resort for treatment. It is also addressed in the work the first known case in the country of use of the substance. The evolution that this matter has already achieved, and the assumptions that can be improved, taking into account the outbreak of discoveries that can be achieved with the passing of ANVISA Ordinance to authorize the use of that substance. It also addressed on the controversial issue of decriminalization of drug use, and their effects that generate in Brazilian society.

Keywords: Dignity of human person; cannabidiol; Judge-state; Action law; Drug trafficking; decriminalization

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	11
2.1 A Origem Da Planta Cannabis Até Chegar Ao Brasil.....	11
2.2 O Fato De Ter Sido Considerada Marginalizada, E O Motivo De Sua Proibição No País	13
2.3 A Polêmica Que Engloba O Parecer Científico E O Parecer Popular Sobre O Assunto	14
3 O CANABIDIOL.....	18
4 O TRÁFICO DE DROGAS.....	20
4.1 A Saúde Pública Dos Usuários	22
4.2 Tipificação Do Crime De Tráfico	28
4.3 Equiparação Ao Crime Hediondo.....	29
4.4 Penas Cominadas Ao Tipo	30
5 A QUESTÃO DA DESCRIMINALIZAÇÃO	33
6 ESTUDO DE CASOS	38
6.1 Menino Que Sofre De Neuroblastoma	38
6.2 Criança Que Sofre Com Síndrome De West.....	39
6.3 Menina Que Sofre Com Síndrome De Lennox-Gastaut	40
6.4 Menina Com Má Formação Cerebral Sofre De Convulsões	41
7 A BASE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	46
8 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	50
9 A INSUFICIÊNCIA DA PROTEÇÃO ESTATAL	56
10 CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA	61

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios das civilizações busca-se a proteção do mais forte para o mais fraco, com a finalidade de defesa de seus interesses.

Contudo, o Estado tomou para si o dever de cuidar de seus membros, como forma de evitar que eles resolvessem seus conflitos intersubjetivos da forma que entendessem, colocando em risco a paz social e os bons costumes relevantes juridicamente.

Nasceu a partir daí a proteção do Estado, chamado de auto tutela administrativa, onde é dever da Administração que preste os serviços necessários para a vida pacífica em sociedade. Mas quando essa atividade do estado se torna ineficaz, é necessário que o indivíduo que se sente prejudicado em seus direitos invoque a proteção do Poder Judiciário para a resolução das lides. Conhecido como direito de ação, onde o indivíduo que sentir violado em seus direitos individuais ou coletivos, tenha o acesso à jurisdição, previsto em nossa Constituição Federal de 88.

Existe na esfera jurídica várias garantias de direitos que podem ser invocadas quando os mesmo estiverem sendo violados, mas que infelizmente são desconhecidos pela maioria da população que por não ver concretizados os próprios direitos em seu dia-a-dia preferem aceitar a buscar maior clareza a respeito.

Os Princípios Constitucionais são importantes garantias enfatizadas pela nossa Constituição ao longo de seus artigos. Portanto, importante é adentrar no mundo dos Princípios para entendermos melhor a forma de defesa que pode ser invocada para a defesa das necessidades subjetivas dos seres humanos.

Nossa Lei Maior desde o início buscou seguir algumas premissas como base, sendo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana um vetor máximo de interpretações, considerando que o ser humano está em constante evolução, e que existe um mundo individual e um mundo social que devem andar sempre em perfeita sintonia, para que a dignidade das pessoas seja sempre alcançada, esse importante princípio já vinha descrito de varias formas na Bíblia.

Em outro momento esse princípio é assegurado em nossa Carta Magna do ano de 1988, sendo caracterizado como um princípio fundamental do Estado de Direito. Demonstra-se dessa forma a importância de se garantir a todo ser

humano a sua dignidade, de forma a viver uma vida digna, respeitado seus direitos para tanto.

Assim, surge para o Estado uma responsabilidade de resguardar e proteger a dignidade de seus membros, para que os mesmo tenham assegurados os seus direitos para viver de forma digna e com a segurança de que se esses direitos forem violados por qualquer um, o Estado estará pronto para defendê-los.

No entanto, o mundo hoje se transforma em um grande campo de batalha, onde os seres humanos vivem em constante guerra entre si mesmos, que violam a todo instante os direitos uns dos outros buscando sempre a satisfação própria em detrimento do outro, e contra o Estado, que ao invés de estar assegurando o Princípio basilar de sua Constituição, fere a todo momento os direitos de seus membros considerando a inércia de seus atos ou diante de atitudes escassas.

Considerados os fatos, até quando os seres humanos das diversas sociedades vão pagar o preço da falta de recursos do Estado para garantir a todos os seus devidos direitos?

Diante desse dilema, surgiu na modernidade uma substância, que apesar de não ser considerada nova para a população em sua integralidade, foi observado em sua essência grandes avanços na área médica para tratamentos de doenças crônicas, o Cannabidiol. O mesmo gerou grande polêmica entre o direito das pessoas em buscar os caminhos que entenderem necessários, para tentarem amenizar as dificuldades encaradas pelas doenças, e as pessoas mais radicais que não acreditam nessa substância, entendendo que ainda é uma forma de dependência da droga.

Estando o Estado no meio dessas duas vertentes, ainda deixa faltar recursos para apoiar os direitos de uma vida digna para as pessoas que necessitam e acreditam nessa substância.

Deste modo, houve a necessidade de maior conhecimento da substância Cannabidiol, desde sua origem até as novas descobertas para a ciência, que possibilitaram o tratamento em doenças crônicas. Isso para a apreciação das autoridades na insistente discussão sobre a sua autorização de liberação ou não. Desencadeando-se o primeiro registro de utilização da substância no Brasil por uma família, através da apreciação do Poder Judiciário, mostrando-se célere na apreciação desta polêmica situação.

Isto posto, mostrou-se clara a posição que o Estado adotaria para o futuro da população que tanto necessitou do reconhecimento dessa substância, passando o mesmo a tutelar os interesses dessas pessoas habilitadas ao tratamento com o Cannabidiol, agora autorizado pela legislação brasileira.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O Capítulo a seguir mostra a evolução da planta da maconha na legislação pátria e no mundo, com a finalidade de entender, ao final, a evolução e a mudança no tratamento da planta pela população do país.

2.1 A Origem Da Planta Cannabis Até Chegar Ao Brasil

A maconha é uma planta herbácea, possuindo mais de 400 substâncias químicas em seu conteúdo, dois quais 60 dessas são os chamados canabinoides, segundo estudos do Instituto Nacional de Saúde. Com relatos de origem na Ásia do Sul e Central, era utilizada para confeccionar cordas e tecidos, mas também encontraram em manuscritos chineses a sua utilização para fins medicinais e em rituais religiosos.

Foi utilizada por metade do mundo durante milênios, até chegar a América do Norte através de Cristóvão Colombo, com fins industriais. Entretanto, foi no início do século XX que o seu uso recreativo se tornou comum, e foi considerada tão prejudicial como a cocaína e a heroína, passando o seu uso a ser considerado ilegal (CARLINI, 2005, s.p.).

No início do século XVII a produção da planta de maconha foi incentivada em vários países por suas fibras poderem ser utilizadas na produção de roupas, cordas e velas de navios. Houve uma Assembleia na colônia de Jamestown na Virgínia, trazendo a primeira lei sobre a planta, que tornou obrigatório aos produtores da região produzir o cânhamo indiano, como também é conhecida a planta. (CARLINI, 2005, s.p.).

Alguns outros estados, como a Pensilvânia, Virgínia, utilizaram o cânhamo como moeda de troca, e até mesmo para pagar impostos. Considerando tudo isso, o cânhamo atingiu 40.000 toneladas de produção, sendo a terceira maior safra agrícola cultivada na América na época. (CARLINI, 2005, s.p.).

No Brasil, a origem da maconha tem seu início junto com a história do descobrimento do país. Intimamente ligados descobrimento do Brasil, e o início da

maconha no país, os portugueses, nos cordames de suas embarcações e velas dos navios já traziam nelas a fibra do cânhamo, de que eram produzidas, e através do escravos africanos que foram trazidos para o país.

Portanto, se constata que a maconha é considerada uma planta exótica, pois não é originária do Brasil. Consta em documento oficial do governo brasileiro - Ministério das Relações Exteriores, de 1959, de Pedro Rosado: "A planta teria sido introduzida em nosso país, a partir de 1549, pelos negros escravos, como alude Pedro Corrêa, e as sementes de cânhamo eram trazidas em bonecas de pano, amarradas nas pontas das tangas". Constatado foi que no século XVIII a maconha tornou-se uma preocupação do reinado português, mas essa preocupação era em relação ao incentivo que a coroa dava a produção da planta (CARLINI, 2005, s.p.).

Com o passar do tempo o cultivo da planta se disseminou entre os negros escravos, chegando até os índios que passaram a cultivá-la para uso próprio. Passou-se então a dar menos enfoque a esse cultivo pelo fato de que não foi disseminado na classe alta dos brancos, estando mais restrita a classe subdesenvolvida dos negros e índios, começando nesse episódio a marginalização do uso da planta Cannabis, considerando que seu uso se dava nas classes menos favorecidas da sociedade da época.

Destarte, mesmo na metade do século XIX vieram à tona os efeitos mais exóticos da planta, trazidos por um médico chamado Jean Jacques Moreau. E no ano de 1888, foi constatado em um formulário de receita médica os fins medicinais, de acordo com a época, da planta (CARLINI, 2005, s.p.).

Tempos depois a maconha continuou a ser citada em formulários e catálogos médicos, como exemplo os médicos Araújo e Lucas, que no ano de 1930 explicaram as suas propriedades terapêuticas (1930, s.p.):

Hypnotico e sedativo de acção variada, já conhecido de Dioscórides e de Plínio, o seu emprego requer cautela, cujo resultado será o bom proveito da valiosa preparação como calmante e anti-spasmódico; a sua má administração dá às vezes em resultados, franco delírio e allucinações. É empregado nas dyspepsias (...), no cancro e úlcera gástrica (...) na insomnia, nevralgias, nas perturbações mentais ... dysenteria chronica, asthma, etc.

E foi nessa época de 1930 que surgiram repressões policiais contra o uso da planta da maconha, sendo a proibição amparada pela Convenção Única de

Entorpecentes da ONU, do ano de 1961, sendo o Brasil o país signatário dessa convenção.

2.2 O Fato De Ter Sido Considerada Marginalizada, E O Motivo De Sua Proibição No País

A questão da marginalização da planta da maconha vem da história, e está relacionada com as questões sociais, raciais e políticas, do que realmente com os fatores científicos. Ou seja, o ponto mais enfatizado pela população não diz respeito á ciência, aos benefícios que essa planta poderá trazer no ramo dos estudos científicos, mas sim, com as suas características históricas, com a moral trazida por ela, onde a mesma era utilizada pelas camadas mais baixas da sociedade (BURGIEMAN / UNES, 2012, s.p.).

Nascendo do preconceito entre raças, considerando a relação de usuários dessa planta, o povo chinês, índios, árabes e negros. Também nascendo a proibição por causa da concorrência da economia entre as indústrias que produziam tecidos sintéticos e papel, no século XX, e queriam derrubar a concorrência que existia com o cânhamo.

Podemos citar também a influência dos Estados Unidos, a maior potência do planeta que tinham estratégias de dominação. E ainda o fato religioso que influenciava na proibição, considerando na época que a busca por prazeres diversos era algo proibido para as pessoas.

No Brasil, o início da proibição da utilização da planta se deu através das Câmaras Municipais, onde seus usuários já eram perseguidos e criminalizados pelo mesmo grupo de pessoas que perseguiam os vadios, as pessoas de rodas de samba, grupos étnicos, na cidade do Rio de Janeiro, Santos e Campinas. Mas foi no ano de 1930 que a perseguição pelas pessoas que cultivavam e usavam a planta foi estimulada, sendo o exército o autor de destruir as plantações e fazer as prisões dessas pessoas, essa situação assim se transformou pelo fato de estar surgindo a elaboração da nova constituição do país.

A atitude seguinte tomada pelo governo brasileiro foi incluir a maconha como substância de controle do Estado, elaborando campanhas de controle com a finalidade de erradicação total da utilização da planta.

Logo mais as leis surgiram e enfatizaram no país a proibição da maconha, e decretaram as penas de encarceramento para os usuários e para os portadores da droga.

Entretanto, esse pensamento de igualdade entre usuário e portador de drogas mudou com o avanço da Lei 11.343/06, que passou a diferenciar essas duas figuras, estabelecendo sanções diferentes para cada um deles.

2.3 A Polêmica Que Engloba O Parecer Científico E O Parecer Popular Sobre O Assunto

Não demorou muito para que o assunto sobre a utilização de uma substância derivada da planta da maconha se transformasse em polêmica no Brasil e no mundo inteiro.

O Estado brasileiro se divide em buscar uma nova era de evoluções no campo da ciência e quebrar os tabus da população ou continuar enraizado na história de preconceitos que envolvem a planta.

A população menos informada ainda sofre com a ideia de que a liberação da maconha será um risco para o país e para o mundo, considerando que a mesma é um tipo de droga e deve ser combatida a fim de evitar prejuízos no âmbito da saúde mental das pessoas que a utilizam, sentimental das famílias desses usuários que sofrem as consequências, e no âmbito do aumento da violência do país.

Este parecer da população também está apoiado na legislação brasileira, que caracterizou a maconha como uma droga ilícita na Portaria nº 344/98 que lista o rol de drogas proibidas no país, e no artigo 28 da lei de Drogas nº 11.343/06, que aplica sanções a quem “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal...”. Ou seja, o Estado buscou desde o princípio tratar esse assunto da maneira mais rígida, considerando a carga

trazida pelos fatores históricos acima elencados, e o fato dos três poderes Executivo, Legislativo e Judiciário buscarem uma resposta para a população sobre a crescente violência relacionada às drogas, e impunidade dessas pessoas no país.

Diante de todo o exposto, esse é o parecer de grande parte da população que acreditam que os efeitos negativos da maconha são maiores que os efeitos positivos.

De outro lado, temos o parecer científico, junto com pequena parte da população que entende a necessidade de um maior aprofundamento de estudos científicos para compreender melhor os benefícios que o Cannabidiol, derivado da planta da maconha, vem trazendo e poderá com maior clareza trazer para a população mundial, e principalmente para as pessoas que sofrem diariamente com doenças crônicas.

Essa discussão sobre a liberação ou não do Cannabidiol foi amplamente debatida no ano passado (2014) pelo Senado e por defensores desse posicionamento. Eles defendem que não justifica deixar centenas de pessoas sofrendo com a falta do remédio por causa da proibição da legislação vigente que não autoriza a utilização dessa substância pois é considerada ilegal pela portaria nº 344/98 da ANVISA.

Sabendo ser dever do Estado a garantia de uma vida digna, com direito à saúde para a população, pois a mesma é financiada pela própria população que através dos impostos pagos ao Governo acredita que quando necessário terá o retorno de suas necessidades. Esse é um direito social, e está previsto na Constituição de 1988 em seu artigo 196 que diz:

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.

Portanto, diante disso a população tem o direito, e ainda mais o dever de buscar a proteção devida do Estado quando necessitar dos mais diversos recursos para a satisfação de uma saúde com qualidade e dignidade.

Através do acesso à justiça, diversas famílias buscaram que seus direitos à saúde fossem reconhecidos perante o Estado, demonstrando a real

necessidade do medicamento que mesmo sendo feito com uma substância derivada da planta da maconha, era essencial para a vida digna das pessoas doentes.

Adentramos então em um campo mais sensível a qualquer olhar de um ser humano, a busca das pessoas que estão gravemente doentes, a qualquer sinal, pequeno que seja, de um tratamento eficaz para os diversos tipos de doenças que sofrem, e que considerando o grande sofrimento diariamente sofrido por eles, se torna uma grande chance da vida com dignidade que tanto buscamos.

Ademais, seria justo que o Estado entendesse esse sofrimento e aceitasse que a substância Cannabidiol deixasse de ser considerada proibida e passasse a integrar um estudo mais avançado da ciência, além de abrir a possibilidade dessas famílias saírem do obscuro mundo da importação clandestina dessa substância, e tivesse o livre acesso para darem início ao tratamento das doenças.

O primeiro pedido judicial para o uso da substância Cannabidiol registrado, foi o da família de uma menina de apenas 6 anos, chamada Anny Fischer. Ela sofre de epilepsia rara, só conseguindo interromper as séries diárias de convulsões, há pouco mais de um ano, após o início do tratamento com o Cannabidiol (SILVA, 2014, s.p.).

A família da menina conseguiu uma liminar na justiça para que pudessem importar e utilizar medicamentos derivados da maconha no tratamento da doença da filha. Anny tinha cerca de 30 a 80 convulsões por semana, desde os primeiros meses de vida. Sendo que nesses casos graves a criança sofre danos neurológicos onde não se encontra melhoras mesmo no uso de medicamentos anticonvulsivantes. Sendo que a maioria das crianças que sofrem com essa mesma doença não conseguem ter uma vida normal, não conseguindo falar, andar, nem mesmo se alimentar (SILVA, 2014, s.p.).

O quadro de Anny foi acompanhado pelo neurocientista e psiquiatra Dr. José Alexandre Crippa, que já pesquisava sobre o tema, relatando que o Cannabidiol possuía benefícios no tratamento de doenças como Parkinson, esquizofrenia, e até mesmo no combate de dependentes químicos (SILVA, 2014, s.p.).

Os pais da menina recorreram à importação do Cannabidiol dos Estados Unidos, com a ajuda de amigos. A mãe da menina aprendeu a utilizar a

substância que foi importada em forma de pasta, com um pai americano que utiliza da mesma para o tratamento de sua filha, relatado no Facebook (SILVA, 2014, s.p.).

Os efeitos da substância no tratamento de Anny foram os melhores possíveis, sendo que em um mês a menina teve uma redução de suas crises convulsivas para apenas duas (SILVA, 2014, s.p.).

Percebe-se aí que o amor de uma família, o amor de uma mãe, ultrapassa as barreiras da legalidade de seu país para dar ao seu filho o maior bem estar possível, para que todos da família, mas principalmente a criança possa ter uma vida digna.

Portanto, lembrando os preceitos de nossa Constituição de 88, chegamos ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, alcançado pela autorização da utilização da substância no tratamento da menina.

3 O CANNABIDIOL

O Cannabidiol é uma das substâncias químicas que encontramos na Cannabis indica, que constitui 40 % da planta. O Cannabis indica e o Cannabis sativa são os extremos designados da planta denominada na linguagem popular como maconha. (NIN, 2014, s.p.).

Na parte da planta conhecida como Cannabis indica, encontramos maior porcentagem de Cannabidiol e menor quantidade de THC (Tetraidrocanabinol), sendo esta última a substância que gera dependência e psicopatia (NIN, 2014, s.p.).

Portanto sendo a Cannabis indica mais recomendável para a extração da substância Cannabidiol, que funciona como uma substância no tratamento contra a ansiedade, deixando o paciente que a utiliza relaxado, acalmando a atividade química e elétrica excessiva do órgão. Sendo recomendável por possuir a característica de não possuir os efeitos colaterais que os outros medicamentos com a mesma finalidade possuem, como exemplos, a tontura, sonolência e a perda de memória (NIN, 2014, s.p.).

Uma característica importante dessa substância é que, ao contrário do que muitas pessoas pensam equivocadamente, ela não gera aos pacientes que se utilizam da mesma os efeitos típicos do uso da maconha pelas pessoas viciadas.

Contudo, não se pode equivocar na quantidade de THC encontrada na Cannabis indica, visto que se houver a quantidade de THC, mesmo que em pequenas doses, pode-se obter efeito diverso do esperado pelo tratamento científico da substância Cannabidiol em doenças crônicas.

Portanto, é necessário um cuidado na escolha da substância adequada para a utilização no tratamento, sendo muito importante o apoio de pessoas que conheçam o modo de produção e aplicação da mesma. Ou seja, se mostra necessário o apoio do Estado para com a sua população.

Sendo o Brasil um dos líderes da pesquisa do uso terapêutico da maconha, mas ainda com grandes dificuldades de desenvolver o trabalho pelo fato de que era proibido na legislação, pelo motivo de compor a maconha que é considerada uma substância proibida na Lei de Drogas nº 11.343/06, por sofrer restrições por parte da Anvisa (Agência Nacional de Saúde).

Desta forma, podemos entender que se a substância da maconha fosse legalizada para o uso medicinal e pesquisas, para extrairmos o Cannabidiol, haveria maior facilidade no estudo e acesso da população como paciente, que necessita dessa atenção do Brasil.

Não podemos negar que já houve vários avanços nesse sentido por parte do Brasil, sendo que a Anvisa, desde o mês de Abril do ano de 2014 já permitiu que a substância seja importada de outros países para o tratamento de certas doenças, sendo necessária a prescrição médica. Outro avanço foi o fato de que o Conselho Federal de Medicina (CFM) autorizou no dia 11/12/2014 que três especialidades de médicos prescrevessem a substância Cannabidiol. Contudo, esta será exclusivamente para o tratamento da doença epilepsia, em crianças e adolescentes.

4 O TRÁFICO DE DROGAS

O termo “tráfico” foi muito utilizado na história antiga do Brasil e da África, quando se tratava da circulação dos negros escravos, levados de um país ao outro como se fossem objetos.

Cotidianamente, a utilização do termo, pode ser enquadrada em diversos tipos de expressões, relatando a forma ilícita de que essa conduta é feita, como o tráfico de pessoas, de animais, de plantas, e principalmente o tráfico de entorpecentes.

O tráfico de drogas, também conhecido como tráfico de entorpecentes ou narcotráfico, é caracterizado pelo comércio de substâncias de circulação ilícita por diversos países.

A utilização das substâncias consideradas drogas vem de origem tão antiga, quanto a própria descoberta de sua definição. Levando em conta que sempre foram utilizadas tais substâncias em rituais religiosos, movimentos culturais, tratamentos, e principalmente efetivando a busca do prazer próprio, considerando os seus efeitos entorpecentes.

O significado popular encontrado no dicionário do termo tráfico de drogas diz respeito a “Negociar substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”.

O início desse comércio ilegal se dá na década de 80, e na Guerra do Vietnã tivemos um consumo excessivo pelos soldados, onde 40% consumiam heroína e 80% consumiam a maconha.

Hoje a rentabilidade desse comércio é superior a R\$ 500 bilhões, ultrapassando o adquirido com o comércio internacional de petróleo que fica em terceiro lugar, se colocando em segundo lugar o narcotráfico na posição do comércio mundial, apenas atrás do tráfico de armas, que continua imperando na atualidade, demonstrando a força do comércio ilegal no mundo (SANTIAGO, 2011, s.p.).

A Portaria nº 344/98 da ANVISA faz a distinção do conceito de drogas e de entorpecentes. Sendo “Droga - Substância ou matéria-prima que tenha finalidade medicamentosa ou sanitária; Entorpecente - Substância que pode determinar dependência física ou psíquica relacionada, como tal, nas listas

aprovadas pela Convenção Única sobre Entorpecentes, reproduzidas nos anexos deste Regulamento Técnico”.

Ainda, além do conceito dado pela ANVISA, existem outros conceitos sobre as substâncias consideradas drogas. O seguinte conceito sendo mais amplo e de maior compreensão pela população em geral, encontrado no site Antidroga:

Droga é toda e qualquer substância, natural ou sintética que, introduzida no organismo modifica suas funções. As drogas naturais são obtidas através de determinadas plantas, de animais e de alguns minerais. Exemplo a cafeína (do café), a nicotina (presente no tabaco), o ópio (na papoula) e o THC tetrahidrocanabiol (da maconha). As drogas sintéticas são fabricadas em laboratório, exigindo para isso técnicas especiais. O termo droga, presta-se a várias interpretações, mas comumente suscita a idéia de uma substância proibida, de uso ilegal e nocivo ao indivíduo, modificando-lhe as funções, as sensações, o humor e o comportamento.

O artigo 33 da Lei 11.343/06 sobre Drogas retrata o tratamento sobre o significado da atitude de traficar para a legislação brasileira:

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:

O conjunto de traficantes em um determinado local ou Estado do Brasil costuma funcionar exatamente como a estrutura de uma empresa, onde existem divisões de tarefas e pessoas com cargos diferentes, normalmente com quatorze cargos, ainda com a possibilidade de ascensão dos respectivos cargos.

Logo no topo da hierarquia vem os “dono do morro”, que são o cargo mais alto da “empresa” de drogas, e são as pessoas que coordenam e controlam todo o esquema. Logo abaixo deles vem os “gerentes-gerais” ou também conhecidos como “frentes”, que são os homens de confiança dos donos, responsáveis pelas vendas de drogas e a quem os outros gerentes devem obedecer. Abaixo desses vem os “gerentes de boca de fumo”, sendo a quem os funcionários abaixo deles prestam contas. E por último, os “vapores”, são os mais jovens no ramo, encarregados de venderem diretamente as drogas para os usuários.

No país a quantidade de presos condenados pelo crime de tráfico de drogas cresce de forma exagerada a cada ano, sendo que o número cresceu 30%

nos dois últimos anos, ultrapassando o número de 106.491 no ano de 2010 para 138.198 no ano de 2012, correspondendo estes a um quarto de todos os condenados carcerários, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional.

Sendo uma consideração importante que deve ser ressaltada o fato de que grande parte desses condenados são também usuários de drogas, ou utilizam o tráfico como um meio de manterem seus vícios nas drogas que comercializam.

4.1 A Saúde Pública Dos Usuários

De início, o significado de saúde pública se baseia em uma área que busca a proteção da saúde da população, buscando sempre a melhoria das condições desta, com programas e campanhas de conscientização, promovendo estilos de vida saudáveis das pessoas, com o conhecimento de profissionais das áreas da medicina, enfermagem, biologia, sociologia, estatística, veterinária, entre outras áreas.

A busca da conclusão dos objetivos estabelecidos para a melhoria do desenvolvimento dessa saúde pública fica dependente dos programas que os governos devem periodicamente elaborar, através de seus respectivos poderes Legislativos, eleitos para tais atitudes de elaboração.

Os organismos responsáveis pela manutenção da saúde pública estão sempre atentos a fim de conhecerem as todas as necessidades da população, os riscos que possam vir a surgir a colocar e jogar essa manutenção, e quais os fatores para o surgimento de tais riscos.

Sendo conhecidos tais riscos e os seus fatores de surgimento, esses organismos estabelecem as prioridades e formulam novos programas de saúde para a busca de soluções desses conflitos na área.

Cabe ressaltar que o tratamento sobre as drogas nesse momento, deve ser pela ótica racional, colocando em primeiro plano a questão da saúde pública, considerando que as drogas são um dos principais problemas de saúde pública no mundo, e ainda que todas as pessoas conheçam esse problema, o consumo só vem aumentando em grandes proporções a cada dia.

Segundo estudos de dados do Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC), “3 % da população mundial consumiram drogas em 2013, dos quais cerca e 1,7 milhões são brasileiros que usaram maconha ou haxixe” (CLAUDIA, 2014, s.p.).

Deve-se deixar de lado as questões morais e os tabus da população, estes que buscam sempre mascarar a realidade brasileira sobre os seus usuários, e que se voltam para o preconceito e a discriminação com o usuário, que acaba se tornando uma vítima da própria sociedade em que vive.

A dependência nos dias atuais é tratada pela Organização Mundial de saúde, reconhecendo esta que a dependência é principal causa de problemas familiares e disseminação de organizações criminosas que se sustentam pelo vício dessas pessoas, pelo fato da, cada vez maior, disseminação da utilização do consumo de drogas (JUNQUEIRA, 2010, p. 247).

No ordenamento jurídico brasileiro o legislador nos oferece uma arma contra atitudes consideradas ilícitas, o Direito Penal, que em seus artigos relacionados com as leis, busca respostas racionais para o problema, através da criminalização ou descriminalização de atitudes, o abrandamento das leis, mudanças ou incremento de rigor nas punições.

Entretanto é de grande importância lembrar que o instituto do Direito Penal deve ser o último recurso da esfera punitiva utilizado legislador para relacionar com a punição dos usuários e dependentes de drogas, pois é incontestável que a questão é mais sobre a saúde e conscientização dessas pessoas do que uma forma de punir alguém que conhecendo os riscos das drogas que utiliza pouco se importa com a própria punição.

Importante ressaltar a distinção da figura do usuário de substância entorpecente, que pela ótica da sociedade radical fica conhecido como “drogado”, “maconheiro”, “cheirador”, entre outros adjetivos pejorativos que ao invés de afastá-los do caminho ilícito, só empurra os mesmos para cada vez mais fundo neste caminho.

Podemos avaliar esta espécie de preconceito com os usuários de entorpecentes pela sociedade em uma pesquisa feita pela Fundação Perseu Abramo, que constatou uma aversão da população brasileira com os usuários, onde os mesmo se encontram em segundo lugar em um ranking feito para saber os grupos societários mais repudiados no Brasil, apenas estando atrás dos ateus.

De modo que em uma breve reflexão podemos perceber como essa espécie de discriminação com o usuário, feita pela sociedade o afeta de maneira prejudicial ao seu subconsciente, que muitas vezes ao tentar abandonar esse hábito ou buscar ajuda, encontram na maioria das vezes as portas fechadas.

Sendo a discriminação e o preconceito com os usuários um fator negativo na tentativa de recuperação de suas vida normais, e de modo que ainda muitos não se aceitam como dependentes, fica muito mais difícil a busca para ajudar na ressocialização destes.

Apesar de essa aversão da população ser uma espécie de proteção e segurança contra esse tipo societário, não se pode deixar de lado a situação em que o país de encontra nos dias atuais, considerando que o problema das drogas já se tornou uma epidemia generalizada.

Desta forma, devemos colocar de lado o rótulo de pecado para esta conduta para alcançar o verdadeiro objetivo de prevenção. Evitando que esse rótulo de pecado alimente mais a vontade da juventude e das pessoas a seguir um caminho de rebeldia, de reprovabilidade, diferente do que a sociedade comum espera de pessoas comuns, socialmente aceitáveis. Ou seja, essa forma de visualizar o problema, só impulsiona a vontade de seguir no caminho contrário, ao invés de favorecer o corpo social.

Em suma, vale mais olhar tal problema pelo lado da proteção da saúde pública, buscando dessa maneira soluções racionais para o traficante, para o usuário e sua família, aos poucos amenizando e exterminando a questão dessa rede de renda ilícita e destruição. Com maior atuação do Poder Judiciário, no sentido de criar jurisprudências, e tecer críticas á legislação vigente sobre o tema.

O artigo 2º da lei 9.784/99 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, afirma:

A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Demonstrando que o dever de proteção e segurança por parte da Administração Pública deve levar em conta o bem jurídico tutelado por esta, qual

seja, o interesse público. Sendo essa proteção ainda deficiente quando se trata da proteção as drogas.

Havia em nosso país o Sistema Nacional Antidrogas, sendo este substituído pelo novo Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas – o Sisnad. Trazendo este, três principais objetivos na leitura da lei, sendo eles: evitar o uso indevido das substâncias de drogas ilícitas; trazer de volta com a reinserção social o dependente dessas substâncias; e por fim, contar a ação do tráfico ilícito de drogas.

Com estes três objetivos elencados pela leitura da lei, conseguimos vislumbrar que a lei busca extinguir a circulação das substâncias que são proibidas pela lei, busca apresentar para o dependente um novo caminho com melhor aproveitamento de sua saúde, demonstrando que o caminho das drogas é prejudicial para a vida dele, da família e da sociedade em geral, e em seu último objetivo, busca o fim do tráfico ilícito de drogas com a repressão deste.

Dentre outros, um dos objetivos estabelecidos pela Política Nacional sobre Drogas aprovada pela Resolução nº 3 do CONAD de 27 de outubro de 2005, foi a busca de uma conscientização da sociedade em geral e, principalmente, dos usuários dessas substâncias que a utilização destas reforça e alimenta as atividades e organizações criminosas, que possuem como a principal fonte de renda o narcotráfico (MARCÃO, 2008, p. 22).

Segundo a lei 11.343/2006, consideram-se drogas “as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo poder Executivo da União” (art. 1º, parág. Único). Assim são denominadas essas substâncias pelos malefícios que trazem á saúde da população, e ainda trazem consigo problemas sociais, capazes de destruir uma família inteira.

Essa Lei é considerada uma norma penal em branco heterogênea, ou seja, é preciso buscar uma complementação da lei em seu artigo 1º, sendo o dispositivo que traz as definições sobre drogas para ter eficácia, pelo fato de que periodicamente o Poder Executivo lança listas atualizadas sobre as substâncias ilícitas (MARCÃO, 2008, p. 3).

Existe no artigo 1º da referida lei atual uma necessidade de diferenciação entre o dependente e o usuário, prevendo o artigo 3º, VI, da resolução do CONAD (Conselho Nacional Antidrogas): “diferenciar o usuário e o dependente

de drogas das pessoas envolvidas no tráfico ilícito de drogas, promovendo revisão legislativa que contemple, efetivamente, tal diferença, especialmente do ponto de vista criminal...”.

Traz também uma divisão entre os Títulos, no qual o III trata do usuário, que mais abrandado pela lei recebe medidas de reinserção na sociedade, enquanto no título IV trata das condutas de repressão ao tráfico ilícito dessas substâncias.

Dependente, pelas palavras do autor Sérgio de Oliveira Médici é “aquele que está subordinado às substâncias entorpecentes, sujeito às drogas, sob o poder dos tóxicos”, e dependência é “o estado de quem está sujeito, sob o domínio, subordinado aos entorpecentes”.

Desta forma, o usuário é o sujeito que se utiliza de substâncias ou drogas ilícitas consideradas proibidas pela autoridade, e que causem dependência psíquica ou física, mas não está sob o domínio dos efeitos destas, possuindo ainda o controle sobre suas atitudes e vontades (MARCÃO, 2008, p. 2-3).

A União é a única que pode conceder a licença para o plantio, cultivo e a colheita das plantas que o artigo 2º da lei 11.343/06, através do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia (SNFMF). Tal licença será concedida mediante prévia explicação para os fins científicos e medicinais, com o prazo estabelecido antecipadamente. Sendo ainda todo o procedimento fiscalizado pelo SNFMF (MARCÃO, 2008, p. 18).

Portanto, fica claro que as substâncias que a lei considera ilícitas, são assim consideradas em todo o país, exceto as que a lei expressamente autoriza para serem utilizadas como matéria-prima de produção, ou mesmo como drogas com a finalidade científica e medicinal.

As plantações de cultivo ilícito serão, segundo o parágrafo 3 do artigo 32 da lei 11.343/06, imediatamente destruídas pela autoridade de polícia judiciária, sendo recolhido uma quantidade suficiente para exame pericial para a prova do crime.

As organizações de saúde são responsáveis pela elaboração de metas que possibilitam certa eficiência no tratamento do problema crônico de saúde pública, mas estas geram efeitos na economia e na segurança pública do país, como acontece no caso do tratamento dos usuários de entorpecentes e do tráfico ilícito de drogas.

O Sisnad tem o objetivo dado pela lei de fiscalização dessas organizações de saúde, buscando a distinção entre a repressão ao uso indevido e a reinserção na sociedade dos usuários e dependentes de entorpecentes.

Conforme redação do artigo 3º da referida lei:

Artigo 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

I- A prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II- a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas

O Brasil promulgou no ano dia 23 de maio de 1969 a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, com reservas em seus artigos 25 e 66, de modo que deixa clara a importância dos tratados como fonte de Direito Internacional.

A Convenção de Viena dos direitos dos tratados do ano de 1969 ratificou em seu artigo 32.3 que os países podem fazer reservas a respeito da utilização de plantas com princípios psicotrópicos incluídas na lista I, quando estas forem utilizadas expressamente por pequenos grupos em rituais mágicos ou religiosos, com exceção as disposições referentes ao comércio internacional das substâncias ilícitas. Sendo a reserva feita no momento da assinatura, ratificação ou adesão.

A referida Convenção também estabelece que “o uso de substâncias psicotrópicas para fins médicos e científicos é indispensável e que a disponibilidade daquelas para esses fins não deve ser indevidamente restringida”, isto ficando claro em seu artigo 7º letra A:

a- Proibir o uso, exceto para fins científicos e para fins médicos muito limitados, por pessoa devidamente autorizada, em estabelecimentos médicos ou científicos que estejam diretamente sob o controle de seus Governos ou hajam sido por eles especificamente aprovados” (Decreto nº 79.388, de 14 de março de 1977).

A partir de mandamentos supranacionais, fica evidente que o Brasil fica livre para estudar e produzir substâncias novas derivadas de plantas que ainda são desconhecidas, mas que podem gerar grandes avanços na área medicinal para sua população nacional.

4.2 Tipificação Do Crime De Tráfico

O crime de tráfico está elencado no artigo 33 da Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006, onde são previstas outros tipos de penas para as infrações descritas, que diferem da pena privativa de liberdade.

Tal artigo foi debate de grande discussão quanto ao fato de suas condutas serem intituladas como crime ou não, sendo as três principais opiniões as seguintes (GRECO FILHO, 2009, p. 112):

a- a primeira opinião sugere que as condutas previstas neste artigo não são infrações penais, não é crime, muito menos se trata de uma contravenção penal. Considerando que a Lei de Introdução ao Código Penal estabelece pena de reclusão e detenção quando a conduta configurar um crime, e pena de prisão simples ou multa quando for contravenção penal. Isto é, como o artigo não estabelece nenhuma dessas penas para suas condutas, haveria aí uma descriminalização. Entretanto, o fato de não ser considerado na esfera penal não exclui a ilicitude na esfera civil e administrativa;

b- a segunda opinião sugere que não houve a descriminalização, pois apesar das condutas não serem punidas com pena de reclusão, detenção, ou prisão simples, o capítulo é intitulado como “dos crimes e das penas”, demonstra que existe uma sanção penal a conduta. Sendo esta sanção penal conhecida como “infração sui generis”, que não se trata de crime ou mesmo de infração penal, consistindo em uma nova modalidade penal, que ainda não geraria os efeitos secundários, como revogação do sursis ou do livramento condicional, nem geraria a reincidência;

c- a terceira e mais radical opinião, sugere que se trata de crime, considerando que o legislador tinha essa intenção ao estabelecer no artigo os efeitos da reincidência, do procedimento do JECRIM, e pelo próprio título que só trata do artigo 28, “dos crimes e das penas”.

O artigo 28 ainda que considerado crime pela maioria da doutrina, sofre um grande problema a respeito dos efeitos secundários das penas. Levando em conta que este não fala em pena privativa de liberdade, podemos entender que a ilicitude do fato cometido é considerada baixa, e ainda mais baixa que as contravenções penais, onde para algumas é cominada a prisão simples.

Isto posto, não seria estranho equiparar os efeitos das mais tênues contravenções penais aos efeitos do artigo 28. Considerando que a contravenção penal não configura falta grave durante o cumprimento da pena, e não impede o Sursis (penal ou processual), e ainda não gera a reincidência em outra condenação por crime (GRECO FILHO, 2009, p. 110).

Ou seja, demonstrado que a contravenção penal não gera esses efeitos secundários, estaria ofendendo o Princípio da Proporcionalidade um delito considerado menos grave, e menos reprovável que este gerar tais efeitos.

Desta forma entendeu-se que mesmo formalmente sendo um crime, materialmente gera efeitos diferentes dos crimes, sendo que não poderia extrapolar os efeitos das contravenções penais, considerando a proporcionalidade. Gera então os seguintes efeitos: não caracteriza a reincidência na prática de crime que não esteja previsto no artigo, mas geraria reincidência na prática de contravenção penal; não gera falta grave; não revoga obrigatoriamente o sursis, a não ser que pelos motivos subjetivos (GRECO FILHO, 2009, p. 110).

Por fim, levando em conta o que a lei traz em todos os seus artigos, querendo a diferenciação entre o usuário e o traficante, podemos unir ao Princípio da Proporcionalidade o fato de que a lei busca um tratamento mais tênue para o usuário, querendo a sua reinserção na sociedade. Diante disto estaríamos em desconformidade com a lei se fossem empregados os efeitos secundários da pena.

4.3 Equiparação Ao Crime Hediondo

Destaca-se que o referido crime de tráfico de drogas é equiparado por nossa Constituição Federal em seu artigo 5º, LXVII, ao tratamento dos crimes hediondos, por entender a gravidade da conduta e a reprovação social que a mesma causa na população, com seu grande potencial lesivo:

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por ele respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evita-los, se omitirem.

Desta forma, sendo orientação escolhida pelo legislador da nossa Constituição Federal, são aplicados todo o rigor, as sanções e regras estabelecidas pela Lei dos Crimes Hediondos nº 8072/90, não interessando se o crime praticado é privilegiado ou não.

Uma discussão também contemporânea é sobre essa questão de o crime de tráfico privilegiado merece ter a natureza hedionda ou não. A questão abrange o fato de que existe nesse caso especial, uma causa de diminuição da pena. A discussão ainda tramita nos Tribunais, mas o primeiro julgamento sobre a questão defende a ideia de que é mais importante a tipificação hedionda estabelecida pelo legislador constituinte, pouco importando as causas de diminuição da pena desse crime equiparado.

4.4 Penas Cominadas Ao Tipo

A regra geral que o ordenamento jurídico brasileiro adotou foi a da liberdade, sendo esta garantida pela Constituição Federal em seu artigo 5º, LII, presando sempre pelo Princípio da Presunção de Inocência do acusado.

Em contrapartida, temos a excepcionalidade das medidas cautelares de natureza pessoal, previstas por nosso Código de Processo Penal, que estão ligadas à pessoa do acusado.

Entretanto, muito diferente dos seguimentos de nossa Lei Maior, o que temos no dia a dia é a aplicação da ultima ratio, esta sendo a pena privativa de liberdade.

No caso do artigo 28 da Lei 11.343, não existe mais a previsão das penas privativas de liberdade para o sujeito que cometer algum dos ilícitos previstos no artigo, demonstrando que o Código Penal evoluiu muito durante os tempos.

Vale destacar que a prisão é uma espécie de pena que não está somente ligada ao direito penal, existindo outros ramos do direito que tem essa mesma espécie, como por exemplo no caso do direito civil na prisão por alimentos.

Desta forma, percebemos que existe sim a evolução no ramo do direito penal no artigo 28 da referida lei, por entender o legislador que podemos buscar a sanção de uma conduta ilícita de formas diferentes que não seja a prisão em prima

face, sendo que estas outras formas de sanção devem ser olhadas do ponto de vista racional e humanizado.

O autor Greco Filho apud Salo (2009, p. 115) relato sobre o assunto que:

Não ocorreu processo de descriminalização do porte para consumo pessoal de drogas porque o Art 28 da Lei de Drogas mantém as condutas dos usuários criminalizadas, alterando apenas sanção prevista, impedindo, mesmo em caso de reincidência (Art 28, § 3º), a pena de prisão “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 as 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.

Antes da mudança de pena do artigo, tínhamos a sanção da prisão que mais tinha a finalidade de afirmar a criminologia do agente, levando-o a clandestinidade, ao invés de buscar a sua reinserção na sociedade através de programas de finalidade socioeducativas.

Estão descritas no artigo 27 da lei as penas previstas para as condutas praticadas do artigo 28, de forma que estas podem ser aplicadas cumulativamente ou substituídas a qualquer momento, observando sempre o Princípio do Contraditório do agente.

São elas: a- advertência sobre os efeitos das drogas; b- prestação de serviços á comunidade; c- e comparecimento a programa ou curso educativo.

Esses tipos de penas aplicadas são de cunho construtivo, se diferenciando do caráter de repressão que passa o direito penal. Sendo ainda que o juiz ao impor a pena, se entender necessário poderá substitui-las a qualquer momento que seja antes do fim destas, no período máximo de cinco meses ou dez meses para os que sejam reincidentes, segundo a própria lei, possibilitando sempre o contraditório (GRECO FILHO, 2009, p. 115).

Observa-se que o legislador busca sempre um caminho mais pacífico para o agente que cometer tais condutas do artigo 28, entendo que ainda que seja uma grande dificuldade a reinserção dessas pessoas na sociedade, ele preserva que a esse ser humano devemos dar uma nova chance, sem jogá-lo de imediato de frente com uma pena privativa de liberdade.

A lei possibilita ao juiz que ele possa substituir a pena a qualquer momento que entender necessário, mas este não poderá acrescentá-las. Desta maneira, se foi aplicada uma das penas previstas, esta poderá ser substituída por outra, só não poderá ser aumentada com outra pena a ser aplicada. Observando-se que a pena de advertência se exaure em apenas um ato do juiz, não podendo ser substituída pelas outras, e que se forem aplicadas duas penas cumulativas em fase de condenação não será possível aumentar com uma terceira pena (GRECO FILHO, 2009, p. 115).

Ainda podem na sentença ser cumuladas as sanções, devendo o juiz sempre justificar tal adoção de medida que é mais gravosa, aconselhando que sempre esta seja aplicada para os casos que forem os agentes reincidentes, e a cumulação das três sanções para os casos que forem mais gravosos, respeitando aqui o Princípio da Proporcionalidade das sanções.

Avaliando-se enfim, as condutas do artigo 28 encontramos cinco núcleos do tipo, sendo elas adquirir, guardar, trazer consigo, ter em depósito, e transportar, caracterizando o tipo misto alternativo, onde mesmo ocorrendo a prática de várias condutas estas são entendidas como apenas uma violação da norma, e por isso sendo aplicada apenas uma sanção.

5 A QUESTÃO DA DESCRIMINALIZAÇÃO

A questão dos debates sobre a descriminalização ou não das drogas a muito tempo é alvo de inúmeras controversas, e sempre que discutida agrega novos argumentos, trazendo novas formas de visão desse assunto.

Para que sejam admitidas no Supremo Tribunal Federal (STF) as questões devem representar um viés de repercussão geral, sendo este segundo as palavras do glossário jurídico do STF:

A Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional 45...O objetivo desta ferramenta é possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica (...)

Entendendo o Supremo Tribunal Federal que a questão sobre a constitucionalidade da criminalização do artigo 28 da Lei 11.343/06 era de caráter de grande repercussão geral, decide julgar sobre o assunto no país. Julgamento este que está sendo postergado por várias vezes pela tamanha dimensão que os reflexos do julgamento irão ocasionar, demonstrando que é mesmo uma questão de decisão complexa.

O julgamento em pauta se baseia em se as condutas do artigo 28 continuam ou não sendo consideradas ilícitos penais, e penalizadas, pois atualmente as condutas são apenas sancionadas com a advertência, prestação de serviços à comunidade, ou medida educativa obrigatória. Sendo claramente medidas brandas, mas ainda assim não evitando o caráter da natureza delitiva da conduta.

A votação sobre o julgamento da questão se iniciou no dia vinte de agosto de 2015, sendo o primeiro voto do ministro e relator Gilmar Mendes que votou a favor da descriminalização do artigo 28, aceitando ser inconstitucional tal artigo, mas colocando algumas ressalvas. Após, o ministro Luiz Fachin solicitou a vista do processo, sendo a sessão encerrada nesses parâmetros sem previsão de nova pauta do STF.

O voto do Ministro Gilmar Mendes foi feito com a ressalva de que não haverá redução de texto. Isto posto, as condutas do artigo 28 continuam ilícitos na

esfera administrativa e na esfera cível, havendo ainda a advertência, comparecimento a curso educativo, e prestação de serviços á comunidade, mas estas condutas deixarão de importar na esfera penal, segundo dados publicados no site da revista Veja.

A ideia central do Ministro em seu voto foi de que o usuário de drogas deve ser levado no mesmo momento até o juiz, para que este investigue qual a posição do usuário, se o porto é para consumo próprio ou se é para o tráfico, sendo este último uma conduta que ainda continuará se tratando de ilícito penal, havendo o crime, sendo estes dados retirados do site da revista Veja.

O terceiro Ministro a dar seu voto na questão foi Luís Roberto Barroso, que se voltou exclusivamente para a descriminalização da utilização da maconha, deixando de lado as outras espécies de drogas, com a ideia de estabelecer um critério para a distinção entre o usuário e o traficante.

O caso da descriminalização do uso pessoal de drogas vem sendo debatido desde o ano de 2011, sendo evidente a complexidade de opiniões controversas que seguram desde quatro anos atrás a decisão final desse julgamento. Também a decisão final dada pelos Ministros repercutirá em cerca de duzentos e quarenta e oito processos que aguardam decisão no Tribunal, tal informação recolhida do site da Folha de São Paulo.

A grande repercussão dessa matéria gera posições entre estudiosos e a população. A posição que entende que as condutas do artigo devem continuar sendo criminalizadas defende que a descriminalização só geraria a perda da finalidade coercitiva e punitiva que as sanções trazem para o controle de uma conduta que pode gerar grave riscos á saúde da população em geral, devendo estas punições gerar uma intimidação ao sujeito que desejaria entrar nesse meio. Ainda essa descriminalização demonstraria ao sujeito que esta seria uma conduta normal a ser praticada, e não reprovável pelo próprio Estado, possibilitando mais acesso ás drogas, e menos ajuda para as pessoas que desejam sair dessa vida.

Ainda, o bem jurídico tutelado por essa posição se destaca na saúde pública que deve ser protegida, e não apenas a saúde de um sujeito, não caracterizando apenas a autolesão, e sim, a lesão a saúde pública do Estado que vem sendo ameaçada atualmente pelo aumento dos casos de condutas envolvendo drogas ilícitas.

Já a posição dos que defendem a descriminalização entendem que não há risco ao bem jurídico da saúde pública do Estado, visto que uma quantidade pequena de substância não tem o condão de afetar a população toda, sendo apenas caracterizada a autolesão, não podendo esta ser punida visto o Princípio da Alteridade, que proíbe a incriminação de atitude meramente subjetiva do sujeito. Também defendem que esse tipo de sanção aplicada não reprime a vontade do sujeito, ao contrário só faz instigar a cometer e reiterar a conduta, dificultando ainda mais a vontade do legislador de reinserção do agente na sociedade.

Diante da evolução do direito penal que parece ser apenas repressivo, o atual momento do artigo 28 que não prevê a pena privativa de liberdade para as condutas, parece mais estar diante de um abrandamento de sanções pode ser caracterizado tal abrandamento como uma despenalização, mas visto que ainda é considerado um ilícito na esfera penal, não demonstra a vontade do legislador na descriminalização.

Desta forma, com toda a repercussão e protestos á favor e contra o assunto sobre as drogas, a discussão da descriminalização do uso próprio da droga parece mais ser uma vertente de que se não conseguimos evitar a proliferação do consumo ilícito de drogas com sanções na esfera penal, talvez utilizando a forma contrária na liberação se consiga o objetivo esperado de organização do consumo, considerando que nem a demonstração dos efeitos negativos á saúde e a sociedade em geral impedem tais condutas de utilização de drogas.

Entretanto, antes de analisar o fato da descriminalização ou não para o consumo próprio de drogas, deve-se considerar um importante fator que dá ensejo a todas as discussões existentes sobre o assunto, o Brasil está realmente preparado para a liberação das substâncias entorpecentes?

Vamos considerar alguns aspectos importantes para avaliar uma breve análise sobre o país e seu preparo. Começando pela questão da educação brasileira, segundo a Unesco, das seis metas mundiais estabelecidas, o Brasil apenas cumpre duas. Essas metas foram estabelecidas pela ONU (Organização das Nações Unidas) no ano 2000, e dado o prazo de 15 anos com o objetivo do cumprimento das metas pelos países signatários no final do prazo, sendo que neste ano de 2015 as duas metas cumpridas foram a igualdade de gênero nas escolas, e universalizar o acesso a educação primária (1º a 5º ano do ensino fundamental). (GUILHERME, 2015, s.p.)

Outro dado sobre a questão da educação brasileira é sobre a posição que o Brasil ocupa no ranking da lista de países de melhor qualidade na educação no mundo, sendo o Brasil ocupante da posição 60ª, com um total de 76 países. O ranking foi definido com o resultado de testes aplicados em todos esses países sobre matemática e ciências. O objetivo dos testes aplicados é ter conhecimento do nível educacional desses países, sendo que os testes são feitos com adolescentes na faixa dos 15 anos de idade, quando já se espera um nível básico de ensino, informação retirada do site da G1.

Mais uma importante questão a ser considerada, é sobre a infraestrutura do Brasil. Essa questão está diariamente em discussão da população e jornais, tratando da falta de ordem em organizar o dinheiro público para satisfazer todas as áreas necessitadas do país.

E novamente em um ranking, agora sobre a infraestrutura de um total de 144 países, o Brasil ocupa a posição 120ª, segundo o Fórum Econômico Mundial, demonstrando em números que a infraestrutura do Brasil não é boa, sendo insuficiente, extraíndo-se tais informações do site do Estadão.

A respeito dos hospitais brasileiros que já nos dias atuais enfrentam grande crise, sem estrutura para atender os pacientes, tanto na esfera pública quanto na privada, exige da população que necessita dos atendimentos, muita paciência para enfrentar a grande espera do atendimento esperando que este seja de qualidade, e ainda exige dos profissionais a mesma paciência para conseguir lidar com os poucos recursos existentes para atender a grande demanda.

Neste sentido, não é difícil enxergar como seria a situação dos hospitais e médicos brasileiros após a descriminalização do uso das drogas. O caos estaria maior, e os recursos mais escassos para essa área do país que precisará se remodelar para o atendimento de muitos mais pacientes com os efeitos colaterais que as drogas podem causar.

Por fim, outra questão importante para análise fica por conta da política e corrupção instauradas através de grandes escândalos públicos, não sendo de hoje um grande problema para qualquer setor do país.

Neste sentido existem sempre dois lados da moeda, a corrupção que vem a tona através das notícias para a população em geral, e a maior parte dela que fica escondida ainda na esfera pública que é de conhecimento de pessoas e políticos corruptos.

Complexo é imaginar se as decisões dadas por nossos representantes que são eleitos com o objetivo de melhorar a condição do país, não são dadas apenas por jogo político, buscando apenas aquela vantagem própria para a sua candidatura ou se mandato.

Ainda, a questão da descriminalização atingirá o lado jurídico do país, considerando que a maior parte das pessoas que foram presas nos últimos tempos foi a respeito do tráfico de drogas, desta forma, o fato de ocorrer essa quantia aceita para o consumo pessoal, gera um ensejo a revisão dessas sentenças nesses processos, considerando os que detinham pequena quantia que foi apreendida na posse dessas pessoas.

Importante ressaltar que além da questão de descriminalização das drogas que discute o STF, também deverá ser levada a discussão a distinção clara e precisa entre os conceitos de usuário e traficante, que ainda é nebuloso pela doutrina, sendo está levando em conta a quantidade de drogas que servirá para distinguir ambos os casos.

A respeito dessa quantidade de drogas, segue um outro parâmetro a ser analisado com cautela, levando em conta que este deverá ser analisado não pelos magistrados ou ministros, nem mesmo pela polícia, mas sim, por cientistas e médicos que entendem de forma mais próxima da exata que cada tipo de entorpecente possui a sua quantidade devida para ser considerada de uso pessoal, ou seja, ao STF determinar uma quantidade que será considerada de uso pessoal, esta poderá ainda ser um tráfico, pela grande potência da droga.

Deste modo, fica a dúvida: será que o Brasil e a sua população estão realmente prontos para essa grande mudança sobre a descriminalização do uso próprio de drogas? Fator que irá sem dúvida alguma abalar as estruturas de uma país que ao parecer de fatos verídicos ainda enfrenta grandes dificuldades que merecem maior atenção no momento para a busca de uma solução.

6 ESTUDO DE CASOS

Passa a ser imprescindível o conhecimento de casos reais sobre famílias que enfrentam os problemas de graves doenças crônicas, e que estão a todo tempo em nosso cotidiano, demonstrando a real necessidade de um aprofundamento no tratamento com o Cannabidiol, como uma busca efetivação da vida digna dos doentes.

6.1 Menino Que Sofre De Neuroblastoma

Recentemente, houve o caso do menino Kalel Santiago que mora em Porto Rico. Foi diagnosticado aos 10 meses de idade com uma rara forma de câncer conhecida como neuroblastoma, passando por quimioterapias, radioterapias e cirurgias, e suportando tudo pelos dois anos de sua vida.

Após esse difícil evento na vida do menino, foi diagnosticado com um autismo severo e permanente, resultando na incapacidade de falar.

O pai Abiel Gomez Santiago relatou em uma entrevista a Yahoo News : “Enquanto ele estava no hospital, percebemos que ele não falava mais e tinha um comportamento que não estava certo, como uma tremedeira nas mãos, e andando nas pontas dos pés.”

A família tomou conhecimento de um tratamento com um potência real e uma capacidade de potencial incrível, chamado de óleo de cannabis.

Após passar por um programa de capacitação, a família do menino foi autorizada a receber uma pequena garrafa do óleo, cujo tratamento de Kalel era tomar duas doses do óleo, duas vezes ao dia.

Relatou os pais que após dois dias de tratamento o menino voltou a falar.

Na escola o professor gravou a voz do menino pelo celular, dizendo as vogais AEIOU pela primeira vez em sua vida. Disse o pai sobre o acontecimento: “Você não pode imaginar a emoção que tivemos, ouvindo a voz de Kalel pela

primeira vez. Foi incrível. O professor conseguiu gravar no celular dele e enviou para minha esposa”.

Conforme o passar do tempo, Kalel surpreendeu seus pais passando a falar normalmente, inclusive fazendo a utilização de consoantes.

Uma experiência jamais imaginada por seus pais aconteceu quando o menino disse que amava sua mãe.

É passível de entendimento a emoção que essa família passou ao recuperar a oportunidade de seu filho, que tão novo foi privado de uma vida normal por conta de uma grave doença que o atingiu, viver normalmente como as crianças de sua idade devem viver.

Destarte, esse relato foi importante para mais uma vez a população entender a importância que a liberação do uso medicinal da maconha poderá trazer para muitas famílias no mundo com os mais variados problemas de doenças crônicas.

Este caso ocorrido se encontra na reportagem do no website Yahoo News.

6.2 Criança Que Sofre Com Síndrome De West

Houve mais um caso de necessidade de asseguarção do direito fundamental da saúde, no caso onde uma criança que sofre da doença Síndrome de West, caracterizada por suas epilepsias constantes, na cidade de Garanhuns no estado de Pernambuco, chegando a mesma a ter 134 convulsões em muito menos de um mês.

Foi apresentado no requerimento da ação para a concessão do medicamento Hemp oil, este constituído á base de canabidiol, um laudo médico constatando que essa doença de que a criança necessitada sofre é um tipo raro de epilepsia, a qual já foi testados outros diversos tipos de remédios para o tratamento, mas que não surtiram nenhum efeito para a melhora da criança. Ainda nesta laudo médico foi comprovado que em diversos estudos científicos com o óleo a base do canabidiol trouxeram efeitos positivos no tratamento da epilepsia, trazendo uma esperança de melhora de vida para os pacientes.

No mês de março de 2015 a mãe solicitou a Anvisa que pudesse fazer a importação do remédio para o tratamento da criança, sendo que esta autorização foi concedida no mês de maio de 2015.

Ocorreu que em razão de este medicamento não ser disponível na rede pública de saúde e devido a urgência na necessidade do tratamento da criança, a família arcou com os custos no início do tratamento, considerando que as doses importadas chegam ao custo no valor de R\$ 41.000,00 (quarenta e um mil reais) anualmente.

O Ministério Público Federal (MPF) ingressou com a ação de requerimento do medicamento, de forma que este fosse concedido pelo Sistema Único de Saúde (SUS), sendo julgado procedente o pedido liminarmente, onde o Estado de Pernambuco e a União tiveram o prazo de 30 (trinta) dias para a concessão do remédio, sob pena de multa diária no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Contudo se comprovadamente em documentos não fosse possível a importação do medicamento, o Estado e a União teriam a opção de depositar o valor da importação do medicamento de três meses judicialmente.

Ainda, foi estabelecido que no prazo de 90 (noventa) dias o Ministério Público Federal deverá apresentar um novo laudo médico constando o desenvolvimento clínico da criança e a evolução da doença.

Este caso ocorrido se encontra na reportagem do no website Diário de Pernambuco.

6.3 Menina Que Sofre Com Síndrome De Lennox-Gastaut

No país do México, mais um caso sobre a luta de uma família entre a necessidade da utilização do uso do medicamento Canabidiol no tratamento da doença crônica e a proibição da utilização e comercialização dessa substância por lei do Estado.

A menina de apenas 8 anos Graciela que mora na cidade de Monterrey localizada no norte do país do México, possui uma doença chamada de Síndrome de Lennox-Gastaut, caracterizada por uma grave forma de epilepsia, a qual por esse motivo sofre com cerca de 400 (quatrocentas) convulsões diárias.

Os pais da menina, buscando que ela tivesse uma vida o mais próximo do normal, sem o sofrimento que passa todos os dias com as dores das convulsões, buscaram os mais diversos tipos de tratamentos, muitas vezes estes sendo fortes, e até chegaram a fazer uma cirurgia cerebral na menina, mas nenhuma das tentativas nem ao menos amenizaram a situação frágil vivida pela mesma.

A família ao saber de alguns resultados na utilização do Cannabidiol em outras pessoas requereu ao Poder Judiciário a autorização da utilização para o tratamento da doença da criança. O juiz que presidiu autorizou a utilização da substância no caso, entrado em contradição com a situação atual do país que vive em uma grande luta contra o tráfico de drogas.

O pai da menina, Raúl Elizalde, disse em entrevista a AFP, após uma reunião com a Comissão para a Proteção de Riscos Sanitários, que é a agência governamental que regula tais importações, que aconteceu no dia 8 (oito) de setembro de 2015, que a família da criança está muito feliz com a decisão concedida. Agora estão aguardando receita médica do medicamento para que possam importar dos Estados Unidos ou da Noruega.

Ainda, o Ministério da Saúde do país se comprometeu a ajudar os pais da menina a importar o remédio que é produzido pela farmacêutica britânica GW Pharmaceuticals, mas que ainda continua em fase de testes, pois apesar de ser um óleo fabricado a base da maconha tem o intuito de diminuir os ataques sofridos pelas pessoas com doenças crônicas.

Relatou o Ministério da Saúde, também como alerta para a população "Cabe esclarecer que esta autorização sanitária não significa o aval para o uso da maconha em nenhuma de suas formas."

Este caso ocorrido se encontra na reportagem do no website G1.globo.

6.4 Menina Com Má Formação Cerebral Sofre De Convulsões

Mais um caso real da necessidade do Cannabidiol no tratamento de convulsões diárias de uma criança, sendo, entretanto desta vez ocorrendo muito mais próximo de nós, na cidade de Presidente Prudente/SP.

A menina Julia Sato de apenas 6 anos de idade, sofre de convulsões desde que os três meses de vida, devido ao fato de nascer com má formação cerebral.

A mãe da menina conta:

Nós a levamos ao médico e fizemos uma ressonância e, então, foi diagnosticado que ela tinha lisencefalia, que é uma má formação cerebral. Ela não tem as ondas cerebrais, que não deixam o formato do órgão liso. Foi aí que a nossa luta começou.

Os pais da menina, no mês de abril de 2014 assistiram a uma reportagem que falava do tratamento a base da planta do Cannabidiol, que apesar de ser proibido pela portaria da Anvisa, uma família havia conseguido a autorização judicial para usa-lo em tratamento de doença.

Decidiram a partir disso, buscar uma nova esperança para a doença da filha, um novo método para controlar os diversos espasmos diário que ela passava, através de um medicamento derivado da planta da maconha.

A família da criança conseguiu no dia 25 do mês de agosto de 2014 na Vara da Infância e Juventude do Poder Judiciário de Presidente Prudente, o direito de receber o Cannabidiol para o tratamento da criança.

Tal pedido concedido pelo juiz José Wagner Parrão Molina que reconheceu que a menina realmente necessita do tratamento, “sob pena de comprometimento de sua saúde, uma vez que as terapias convencionais não se mostraram eficazes no controle das crises epilépticas e estabilização do quadro neurológico”, justifica o magistrado.

Entretanto a família ainda custeou o medicamento durante dois meses, mas não pôde continuar a custeá-lo devido ao alto custo do mesmo de cerca de R\$ 5 mil cada caixa do remédio, precisando interromper o tratamento por não possuir condições de pagar. Fato ainda que apenas em março de 2015 o Estado concedeu o medicamento para a menina.

Importante ressaltar que na ação movida pela família da menina contra o Estado foi pleiteada a “concessão da antecipação da tutela para fornecimento contínuo do medicamento hemp oil (RSHO) – cannabidiol (CBD) na quantidade de 0,5 centímetros diluído em 1 milímetro por dia, enquanto durarem as doenças”.

O pai de Júlia, que é taxista com 31 anos, afirma que a situação é agravante, pois sem a utilização do medicamento a menina tem cerca de 50 crises de convulsões diariamente.

Relatou o pai:

Quando ela usa este medicamento, as crises quase não acontecem. Sem ele, é praticamente o tempo todo com esse sofrimento. Para calcular as convulsões, minha esposa criou uma tabela em que marcamos quantas ela tem a cada hora, pois as enfermeiras já estavam se perdendo devido à grande quantidade.

Na decisão interlocutória de concessão dos efeitos da tutela antecipada deferida pelo juiz, determinou que o Estado conceda o medicamento para o tratamento da criança, durante o tempo que necessitar, e com avaliações médicas semestrais, sob pena de multa de R\$ 500 diários, limitando-se ao montante de R\$ 50 mil, pelo não cumprimento da determinação judicial.

Ainda na decisão, o juiz estabeleceu o prazo de 60 dias para que o Estado cumpra a determinação judicial, e advertiu que o descumprimento desta caracterizará o “crime de desobediência”.

A mãe da menina, Alessandra Andrea Aguiar Sato, que é artesã, desabafa, demonstrando o seu inconformismo frente à atitude omissiva do Estado diante da grave situação sofrida pela família:

Há momentos em que eu me sinto envergonhada de ser brasileira. O governo não nos ajuda. Além do cannabidiol, nós gastamos, em média, R\$ 800 com outros remédios para ela por mês, fora o custo da energia elétrica de R\$ 700, pois a minha filha precisa dos aparelhos para auxiliar na respiração e eles ficam ligados 24 horas por dia. Nós já não temos mais condições de fazer compras em supermercados. Compramos apenas o básico, conforme vai faltando.

Ela conta que mesmo depois de passado um ano da decisão do juiz que concedeu a liminar autorizando o Estado a conceder o medicamento a Julia, este apenas concedeu uma única caixa do remédio em março deste ano, e que após isso a família não podia arcar com a custa para a continuação do tratamento.

Explica a mãe:

Na época, nós ainda mantivemos por mais dois meses por conta própria, mas depois não conseguimos mais. O DRS [Departamento Regional de Saúde] alegou que o médico só havia feito o pedido uma única vez do medicamento. Mas, assim que fui informada de que a receita era apenas para uma única vez, eu já entrei em contato com o médico e ele passou o tratamento por tempo indeterminado.

Entretanto, mesmo a mãe estando com o novo pedido em mãos, nem chegou perto da possibilidade de ter a continuidade do tratamento, devido a grande burocracia que envolve mesmo a situação de quem já possui autorização judicial para o recebimento do medicamento.

Ficando ela sem a possibilidade de resolver a situação da filha, conta:

Pediram-me para esperar, por cerca de três meses. Ao passar este período, retornei lá e me disseram que o procedimento na Anvisa [Agência Nacional de Vigilância Sanitária] havia mudado, então, eu precisava entrar no site e preencher todos os requisitos solicitados para depois voltar no departamento. Fui atrás da documentação necessária e mais uma vez me pediram para esperar. Tudo leva muito tempo e agora nós ficamos assim, sem saber o que será feito. Enquanto isso, o tempo passa e minha filha continua com as crises.

Além desse empecilho da burocracia, os pais da menina tem mais um problema sobre a questão financeira da família, considerando que eles tem uma outra filha de apenas 3 anos, Belíssia, que também necessita de grande atenção dos pais e ainda gera grandes gastos, pelo fato da pouca idade que possui.

O pai das meninas explica:

Eles enviaram para um mês e ficamos super felizes. Ela ficou bem melhor, até a levávamos para passear. Mas, depois, como não veio mais, nós começamos a pagar. Porém, não temos condições de manter esse medicamento. É muito caro e temos outra filha de 3 anos. Para poder dar o remédio, nós teríamos de vender nossa casa ou carro.

O pai ainda mostra que o sentimento que move a família de Júlia, que se sentem na situação de impotência frente a dor e sofrimento passados pela criança:

Eu me sinto impotente. Ver minha filha sofrer e não poder fazer nada para mudar isso. Falei para minha esposa que, por mim, venderíamos a casa e o resto das nossas coisas para poder manter essa medicação, porque percebemos que com o remédio é possível possibilitar uma melhor condição de vida pra ela. E a nossa maior dor é ver que, quando ela não está convulsionando, está dormindo, pois, sem o cannabidiol para evitar as crises, ela permanece dopada. Essa é a pior dor que um pai pode sentir o sofrimento do filho.

Desta forma, se agrava ainda mais a situação dos pais que poderiam ter a possibilidade de criar suas duas filhas de forma igual, disponibilizando sua atenção e cuidados para ambas, mas pelo fato destes estarem enfrentando a difícil situação da doença de Júlia, ainda mais agravada pela falta do medicamento, ficando comprometida a situação de necessidade de atenção para Belíssia.

Devida a falta de estrutura e mecanismos de resolução dos problemas de saúde do Estado, este acaba comprometendo o direito de vida digna das duas meninas filhas do casal.

Pelo caso exposto fica claro a posição omissa do Estado frente aos problemas que estão por vir pelas pessoas que necessitam de forma comprovada, do tratamento a base do Cannabidiol, mas que sem as condições financeiras de arcar com os altos custos do medicamento nada podem fazer diante dessa autorização falha do Poder Público.

Diz o pai de Júlia:

Nós temos o documento em mãos e, ainda assim, somos tratados dessa forma. Deixam-nos esperando e impossibilitados de conseguir o remédio. Queremos que o Estado cumpra a parte dele e que os responsáveis por esse não cumprimento da ordem sejam punidos.

E ainda, em relação ao Poder Judiciário, este encontra dificuldades de resolução de um conflito que o Estado não resolve, mas devido a sua grande morosidade acaba complicando ainda mais a situação dessas famílias, que acabam sem ter a quem e onde recorrer, se não aguardar a situação de seus filhos e familiares se agravar cada vez mais.

Em contraposição, a Assessoria de Imprensa da Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo, busca justificar a burocracia enfrentada pela família:

Por se tratar de um medicamento importado, é necessário o cumprimento de algumas burocracias federais para viabilizar a compra, incluindo autorizações de importação por parte da Anvisa, desembaraço alfandegário por parte da Receita Federal, entre outras, o que torna inviável o cumprimento dos prazos determinados pelo Judiciário.

Mesmo com todas as dificuldades enfrentadas pela família de Júlia, o pai não perde a esperança, acreditando no tratamento com o medicamento a base do Cannabidiol e relata: “Mesmo com essa situação delicada, a nossa esperança de que o medicamento possa ajudar a nossa filha é grande”.

Este caso ocorrido se encontra na reportagem do no website G1.globo.

7 A BASE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Os direitos fundamentais, em um primeiro conceito simples, se tratam de “posições jurídicas reconhecidas e protegidas na perspectiva de direito constitucional interno dos Estados.” (SARLET, 2012, p. 250) Desse modo, os direitos fundamentais são princípios mínimos básicos estabelecidos para todos os seres humanos justamente pelo fato de serem seres humanos, concedidos da forma que entender melhor por cada Estado, em suas próprias constituições.

Grande parte da doutrina entende que os direitos fundamentais advêm da dignidade da pessoa humana, estabelecendo assim uma diretriz que deve ser seguida, sendo que quando há a garantia das várias espécies dos direitos fundamentais formaliza-se uma forma de viver com as garantias básicas para uma vida digna do ser humano. (Trindade, 2011, p. 4)

Mas é certo que o conceito concreto dos direitos humanos é de difícil alcance pela doutrina, pelo fato de que não podemos restringir a gama de garantias que um só conceito traz a respeito de tão importante princípio.

Para a teoria jusnaturalista, os direitos fundamentais são preceitos que advêm até mesmo anteriormente a nossa Constituição, sendo considerados direitos pré-positivos, que se estabelecem pela própria existência da vida humana, antes mesmo do Estado garanti-los.

Já para a teoria positivista, os direitos fundamentais são normas mínimas postas estabelecidas por nossa Constituição, não restringindo no entanto as direitos que estão implícitos na Constituição, como no exemplo do artigo 5º, §2º desta.

E ainda para a teoria realista, os direitos fundamentais são aqueles adquiridos pelos seres humanos desde o início dos tempos, através da história. (TRINDADE, 2011, p. 5)

A partir do momento em que esses direitos foram reconhecidos e concretizados nas Constituições, sempre passaram por muitas modificações e mutações, tanto a respeito de seu conteúdo, quanto em sua titularidade, eficácia e efetivação, por este motivo fala-se em um *processo de autêntica mutação histórica vivenciado pelos direitos fundamental*. (SARLET, 2012, p. 258).

Diante de tal fato, para a ilustração desse processo de mutação, Karel Vasak começou a difundir a ideia de que essa evolução dos direitos fundamentais poderia ser demonstrada em três “gerações” de direitos, existindo também os que acreditam na existência de mais uma quarta, quinta e uma sexta geração desses direitos. (SARLET, 2012, p. 258)

Vale destacar, em um primeiro momento, que o termo “gerações” sempre foi muito criticado pelos doutrinadores, pelo fato de que considerando que esses direitos vão progressivamente se inovando, existindo uma espécie de complementariedade entre todos eles, e não a ideia errada passada pelo termo “gerações” de que um novo direito substitui gradativamente um mais antigo, de modo que há quem entenda que um melhor termo seria “dimensões” dos direitos fundamentais. (SARLET, 2012, p. 258)

Além disso, existe uma desconformidade de modelos entre Constituições de alguns Estados, em que algumas não protegem uma gama de direitos fundamentais, sendo eles os direitos sociais da segunda dimensão, enquanto outras protegem além destes direitos fundamentais, o que relata Sarlet:

Com efeito, segue havendo constituições que não contemplam uma série de direitos fundamentais, notadamente os assim chamados direitos sociais da segunda dimensão, ao passo que outros diplomas constitucionais já asseguram direitos até mesmo à vida não humana.

Entretanto, os direitos fundamentais podem ainda ser restringidos, quando entram em conflito entre si, mas esta restrição deve sempre ser cerceada de cuidado, pois não se pode fazê-la ultrapassando os limites necessários desses direitos mínimos, devendo a restrição sempre ser cercada pelos preceitos constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade.

Segundo cita o autor Trindade apud Konrad Hesse (2011, p. 6):

A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.

A partir do reconhecimento dos direitos fundamentais, como preceito a ser seguido pelo Estado e sua população ao relacionar com todos os seres

humanos, decorre deste o chamado direito fundamental á saúde, que de igual importância é indispensável para garantia de uma vida digna do ser humano.

O direito fundamental a saúde está positivado em nossa Constituição Federal de 88 em seu artigo 6º, demonstrando o interesse do legislador em frisar a grande importância que tal direito tem frente ao Estado brasileiro, e a sua escolha em estabelecê-lo como necessário para toda a população do país.

Art. 6º 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.

A respeito do direito à saúde, este consagra as relações na esfera de assistência médica, hospitalar, e outras decorrentes da própria saúde, devendo este direito estar em correspondência com o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2012, p. 545).

Em face da conexão existente entre o direito à saúde e o próprio direito à vida, fica exposto que esta é a condição de o sujeito ter direito a ter esses direitos garantidos, vinculando a isso a pré condição da dignidade da pessoa humana, e ainda a própria proteção da integridade física corporal e psíquica da pessoa humana. (SARLET, 2012, p. 576).

Desta forma, estabelecido de grande importância o direito à saúde, mesmo que de forma geral, existem situações onde este direito se destaca em relação a outros direitos fundamentais. Segundo expõe Sarlet (2012, p. 577):

[...] já se vislumbra a razão pela qual, precisamente no caso do direito à saúde, merece tanto destaque a circunstância – comum, em termos gerais (mas com significativas variações) a outros direitos fundamentais (como é o caso da moradia , ambiente, dentre tantos [...])

Diante do exposto, não é difícil vislumbrar a necessidade de todo ser humano a uma saúde de qualidade, posto que é um direito fundamental de toda pessoa para com o seu Estado que assumiu essa posição, de modo que não pode se omitir de garantir tal direito a seus cidadãos.

Em um comparativo com o direito alemão, Sarlet (2012, p. 565) estabelece que:

Neste mesmo contexto, a doutrina alemã entende que a partir do direito à vida e do princípio do Estado Social pode ser reconhecida a obrigação estatal de estabelecer um sistema de saúde pública, muito embora o espaço de conformação do legislador seja tão amplo, a ponto de não ser possível reconhecer um direito originário – posição individual subjetiva sem prévia interposição legislativa – a prestações de saúde. Assim, pelo Tribunal Federal Constitucional Federal alemão, apenas de forma isolada são reconhecidas certas pretensões relacionadas ao direito à saúde com base do direito fundamental à vida, como, por exemplo, o direito a um tratamento não convencional, em caso de doença letal e para a qual não há tratamento médico amplamente reconhecido.

Nessa simples comparação com o direito alemão, percebe-se o modo de importância que este se retrata em caso de doenças de grande complexidade. Deste modo, há que se falar em grande desproporcionalidade entre o direito alemão, e sua percepção em relatar sobre doenças graves, e o direito brasileiro, que continua com uma atitude omissa diante da evolução da ciência e suas novas necessidades na área da saúde. (SARLET, 2012, p. 576).

8 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Já ha algum tempo, a efetivação do direito fundamental e social da saúde gerador por vias jurisdicionais vem ganhando grande relevância devido ao grande número de ações judiciais buscando esse objetivo.

Vem crescendo diariamente o movimento da Judicialização da saúde, pelo fato de que a população cada vez mais busca o Poder Judiciário para que através de uma decisão judicial, este seja de certa forma obrigada a programar políticas públicas que o Estado se omite em criar.

Nossa Constituição Federal em seu artigo 196 deixou clara a importância do direito fundamental e social á saúde frisando que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário ás ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Mediante a este dispositivo a lei nos diz que a saúde é um direito subjetivo de todos os cidadãos, sendo este uma obrigação do Estado, trazendo assim direitos e deveres para ambas as partes, cidadão e Estado. Sendo assim, coexiste junto ao direito de possuir uma efetivação adequada da saúde, o dever de todo a população em contribuir com esse sistema de saúde estatal da forma que sua capacidade financeira permitir, podendo utilizá-lo da forma que precisar. (TAVAREZ, 2012, s.p.).

Na opinião do autor Tavarez apud Castro (2012, s.p.) sobre o que é a saúde:

Corresponde a um conjunto de preceitos higiênicos referentes aos cuidados em relação às funções orgânicas e à prevenção das doenças. "Em outras palavras, saúde significa estado normal e funcionamento correto de todos os órgãos do corpo humano", sendo os medicamentos os responsáveis pelo restabelecimento das funções de um organismo eventualmente debilitado.

Entretanto é visível aos olhos de qualquer pessoa que o sistema público de saúde brasileiro se encontra em situações gravemente precárias, relativas tanto a falta de atendimento, quanto no caso em tela da insuficiência de distribuição de medicamentos gratuitos.

A respeito disso Tavarez apud Ordacgy (2012, s.p.) opina:

A notória precariedade do sistema público de saúde brasileiro, bem como o insuficiente fornecimento gratuito de medicamentos, muitos dos quais demasiadamente caros até para as classes de maior poder aquisitivo, têm feito a população civil socorrer-se, com êxito, das tutelas de saúde para a efetivação do seu tratamento médico, através de provimentos judiciais liminares, fenômeno esse que veio a ser denominado de “judicialização” da Saúde.

Ocorre que do lado do Estado, os poderes Executivo e Legislativo se vêem prejudicados pela grande demanda da população que necessita desse plano de saúde pública, em relação a escassez de recursos necessários para essa efetivação. Sendo tais poderes obrigados a elaborar diferentes tipos de políticas públicas de saúde, de acordo com a proporcionalidade, para conseguir atender as deficiências da saúde da população, não conseguindo dessa maneira ainda abranger a todos os necessitados. Demonstrando que ainda temos uma proteção deficiente da saúde pública.

O jornal Folha de São Paulo publicou no ano de 2010 uma matéria sobre os gastos do governo com a saúde, sendo este aumentado pelo fato das demandas judiciais com o objetivo de conseguir que o direito a saúde fosse resguardado. Apontou que entre os anos de 2003 e 2009, o Ministério da Saúde estava envolvido em 5.323 mil processos na justiça com o intuito de conseguir medicamentos, sendo gastos R\$ 159,03 milhões, destes R\$ 83,16 milhões só no anos de 2009, retirando-se tais informações do site da Folha de São Paulo.

Destarte, esse grande número de ações movidas no Poder Judiciário busca o fornecimento dos medicamentos necessários para a garantia do acesso ao direito fundamental da saúde citado anteriormente na Constituição Federal, através do Poder Executivo, que deve conceder tal medicamento não somente aos autores das ações impetradas, ou seja, deverá conceder a todas as pessoas que dele necessitam, concretizando um tipo de política pública estabelecido, mas sempre com a salva guarda de não exagero de distribuição.

É fato que por ser a saúde um direito fundamental, este se consolida na Constituição Federal, mas fica claro que sendo um direito, e sendo este violado pela não concessão adequada de acesso de toda a população a saúde, fica clara a possibilidade de ingresso com ações judiciais para a efetivação da garantia.

Desta forma, surgem discussões sobre a possibilidade do Poder Judiciário atuar nas funções típicas do Poder Legislativo e Executivo. Mas nasce o

entendimento entre os juizes de que pela omissão destes poderes, não seria justo eles ficarem sem ação diante da possibilidade de habilitação da concessão dos medicamentos que não são fornecidos pelas políticas pública, os quais muitas vezes são a única forma de pessoas terem uma vida digna, sendo gravemente lesados por essa omissão do Legislativo e Executivo (TAVAREZ, 2012, s.p.).

De outro lado, a maior abrangência de concessão desses medicamentos para a população pelas vias judiciais geraria um alto custo aos cofres públicos, de certa forma não previsto pela Administração Pública. Voltando de certa forma ao início do problema, precisando os juizes, ao julgar, passarem a lide por um juízo de admissibilidade, para dividirem os casos que poderá conceder os medicamentos e os casos que não poderá (TAVAREZ, 2012, s.p.).

Sem dúvidas, estabelecendo certos limites, um poder pode exercer as atribuições típicas de outro, sendo essa hipótese estabelecida em vários exemplos dados pela Constituição Federal em seus artigos. Esta função no Poder Judiciário em questão é conhecida como Ativismo Judicial.

O autor Tavarez apud Humenhuk (2012, s.p.) descreve sobre a importância do ser humano levar uma vida digna para o bem de sua saúde:

A saúde também é uma construção através de procedimentos. (...) A definição de saúde está vinculada diretamente a sua promoção e qualidade de vida. (...) O conceito de saúde é, também, uma questão de o cidadão ter direito a uma vida saudável, levando a construção de uma qualidade de vida, que deve objetivar a democracia, igualdade, respeito ecológico e o desenvolvimento tecnológico, tudo isso procurando livrar o homem de seus males e proporcionando-lhe benefícios.

Deve-se levar em conta também que existem casos em que os medicamentos estão na lista de fornecimento das políticas públicas, mas pelo fato de estas não serem bem elaboradas pela gestão, acabam não sendo entregues a grande parte da população, que vislumbra o poder Judiciário como última saída para garantir seus medicamentos.

Nestas hipóteses fica claro que a população muitas vezes sofre com o descaso e a desídia do Poder Público, sendo importante a atuação do judiciário que auxilia nesse problema, buscando meios de resolução por vias judiciais.

Sendo assim “não pode ser punido pela ação administrativa ineficaz ou pela omissão do gestor do sistema de saúde em adquirir os fármacos considerados essenciais, em quantidades suficientes para atender á demanda. Não há dúvida de

que está configurado um direito subjetivo á prestação de saúde, passível de efetivação por meio do Poder Judiciário.” (MENDES, 2013, p. 630).

Ainda nesse sentido, existe também a preocupação a respeito dos medicamentos que a população precisa, mas não são fornecidos pelas políticas públicas. É necessário a análise dos medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) para saber se existe algum que tenha o mesmo princípio ativo do medicamento requerido. Se houver tal medicamento, deve-se entender por qual motivo a pessoa não se utilizou de tal medicamento, se possui alergia, ou efeitos colaterais capazes de afetá-la, tudo isso constando nos autos do processo judicial para que o juiz analise (TAVAREZ, 2012, s.p.).

O problema se destaca quando fica a cargo dos juízes analisar a questão que se coloca de forma técnica para eles, que precisam saber qual a real importância de tal medicamento para o requerente, mais grave ainda fica a questão da tutela antecipada nesses casos, onde ainda não há grande número de produção de provas, resultando em certas sentenças ilógicas.

Há ainda os medicamentos que não estão na lista dos fornecidos pelo SUS e nem os similares a estes, existindo a hipótese de que também não está registrado sequer na lista da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). Sendo esta questão um ponto de discordância entre a doutrina do referido tema, onde de um lado defendem que o juízes não podem fornecer esses medicamentos não registrados, pois estes precisam passar pelo processo de formulação das políticas públicas para serem registrados. Buscando esse posicionamento evitar os buracos nos cofres públicos, em decisões sem cabimento do judiciário, como por exemplo a concessão de um medicamento de altíssimo custo.

De outro lado, temos o posicionamento que busca a efetivação dos direitos fundamentais da vida e da saúde, considerando que os juízes podem sim conceder tais medicamentos quando a população requerente entrar com o pedido via judicial, demonstrado por provas a profunda necessidade do remédio. Considerando no entanto, que esse posicionamento vem cercado das inúmeras ações com o pedido de tutela antecipada para concessão imediata do medicamento (TAVAREZ, 2012, s.p.).

A Constituição Federal expressamente garante a todo cidadão o direito a saúde assegurado pelo Estado. Contudo, quando este não age em conformidade com os preceitos constitucionais, a mesma garante ao cidadão que se sentir lesado

em seu direito fundamental que ingresse com uma demanda no Judiciário, com o pedido de liminar, caso se trate de um caso de importância e urgência médicas, ou no caso do medicamento pleiteado ser de alto custo, de forma que o autor da demanda não consiga adquirir sem comprometer o seu orçamento familiar.

Nas palavras de Tavares apud Mundim (2012, s.p.), ele retrata sobre o significado de Judicialização na saúde:

Judicialização da saúde é um termo empregado para o apelo ao poder judiciário com o objetivo de obrigar o Estado (municipal, estadual ou federal) a fornecer determinado recurso que foi negado (habitualmente algum tratamento) à promoção da saúde. Fazendo valer o aparato legal do país, entre 2003 e 2009, somente o Ministério da Saúde respondeu a 5.323 processos judiciais, com gasto não orçado de R\$ 83,2 milhões em 2009. Drogas importadas, no total de 35, responderam pelo consumo de 78% deste valor, segundo reportagem publicada pelo jornal Folha de S. Paulo em 24/07/2010.

O Supremo Tribunal Federal (STF) com o objetivo de tentar resolver essa questão, diante do, já dito, grande número de demandas sobre o referido tema, buscou prestigiar a efetividade do direito à saúde, reunindo no ano de 2009 em um audiência pública, profissionais da área da medicina e pessoas com experiência no assunto, a fim de expor de melhor forma os aspectos políticos, econômicos e científicos enquadrados nas sentenças judiciais proferidas a respeito.

Essa audiência proporcionou a opinião do Ministro do STF, Gilmar Mendes, que disse a respeito: “a ação conjunta dos entes federativos no cumprimento do mandamento constitucional, especialmente pelo fato que a Constituição incorporou o princípio da lealdade federal na execução de tarefas comuns”. (MENDES, 2013, p. 380). Outra conquista da referida audiência foi a elaboração do Fórum Nacional do Judiciário para Assistência à Saúde, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução nº 107/2010, este buscando a resolução de questões importantes pelo Judiciário sobre o tema da saúde, como por exemplo o fornecimento dos medicamentos requeridos pelos pacientes, autorização de cirurgias, e a disposição de leitos.

Também facilitando as futuras decisões judiciais sobre o fornecimento de medicamentos, o STF julgou decisões se relacionando com as opiniões dadas na audiência pública, determinando caminhos a serem seguidos para solucionar esses casos.

Ainda neste sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou a Recomendação nº 31 com a determinação de que ao receber as demandas com os pedidos referentes a saúde, os magistrados sejam apoiados em suas decisões por médicos e farmacêuticos, para dar melhor segurança e efetividade nas sentenças proferidas; foi criada também a Recomendação nº 43 com a determinação de varas da saúde pública mais especializadas, de forma que os juízes e servidores mais entendidos sobre o assunto, profiram maior segurança na resolução dos problemas (TAVAREZ, 2012, s.p.).

O autor Tavares apud Ventura (2012. s.p.) finaliza que:

O grande desafio é pensar na judicialização da saúde como estratégia legítima, porém a ser orquestrada com outros mecanismos de garantia constitucional de saúde para todos.(...)De fato, a judicialização da saúde traz alterações significativas nas relações sociais e institucionais, com desafios para a gestão e para os diversos campos do saber-fazer, representando efetivamente o exercício da cidadania plena e a adequação da expressão jurídica às novas e crescentes exigências sociais.

Desta forma temos uma colisão de vertentes, entre o direito fundamental da população á saúde, de encontro com os princípios da reserva e da proporcionalidade, correspondendo ao furo que poderá ocasionar aos cofres públicos, prevalecendo, em regra, a grave necessidade da população e a concessão de tutela por parte do Estado (TAVAREZ, 2012, s.p.).

Por fim, importante reconhecer o grande avanço na área da saúde, grande parte pelo apoio do Poder Judiciário, demonstrando que o direito fundamental á saúde merece grande atenção e importância em suas diversas situações.

Tal avanço deve ser contínuo, e não podemos retroagir nos direitos já adquiridos para o benefício da população que necessita desses direitos assegurados.

9 A INSUFICIÊNCIA DA PROTEÇÃO ESTATAL

Quando se trata de proteção do Estado, nos reflete uma garantia do ente supremo de nosso país responsável pela tutela que tomou para si, de proteção dos direitos e garantias de sua população nacional.

Quando tratamos de direitos fundamentais, a própria Constituição Federal de 88 vislumbra em seu texto, que é todo ser humano tem o direito de atuar de forma livre em suas atividades lícitas, sendo o poder do Estado limitado quando entra em confronto com esses direitos, sendo estes o mínimo garantidor a cada cidadão.

Segundo visto, o direito a saúde é considerado um direito fundamental, desta forma, deve ser devido a população que necessita das mínimas garantias para a concessão efetiva desse direito.

O princípio da proporcionalidade, que constitui um dos pilares do Estado democrático de direito brasileiro, desponta como instrumento metódico de controle dos atos – tanto comissivos quanto omissivos – dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados. Nesse contexto, assume relevância a conhecida e já referida distinção entre as dimensões negativa e positiva dos direitos fundamentais, com destaque pra a atuação dos direitos fundamentais como *deveres de proteção* ou *imperativos de tutela*, implicando uma atuação positiva do Estado, obrigando-o a intervir, tanto preventiva, quanto repressivamente, inclusive quando se trata de agressões oriundas de particulares. (SARLET, 2012, p.336).

De acordo com o Princípio da Proporcionalidade aplicado aos atos estatais, estes devem estar de acordo com a necessidade de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, sendo o seu dever garantir a proteção tanto antes desse direito ser violado, como também após essa violação.

No caso da autorização do Poder Público brasileiro para a concessão do óleo á base de Cannabidiol para as pessoas que necessitam do tratamento, mesmo sendo um avanço a concessão do direito fundamental á saúde, ainda existe a dificuldade a respeito de que este medicamento ainda não é produzido pelo Brasil, ou seja, é necessário a importação de outros países que já o produzem, como por exemplo os Estados Unidos.

Nessa perspectiva o Estado em uma conduta omissiva, deixa de prestar atenção na população de seu próprio país, onde a maioria desta é composta

por pessoas de classe média a baixa, mas que nem por isso devem deixar de ser assegurada em seu direito fundamental à saúde.

Deixar de observar importante fato da condição populacional representaria uma espécie de proteção estatal ou até mesmo uma via de efetivação do direito apenas para as pessoas com condições financeiras consideravelmente altas para conseguirem a importação do medicamento, ficando deste modo praticamente impossível o acesso da população com menor condição financeira o acesso a este sem que comprometa o seu rendimento familiar.

Desta forma, passa a ser o canal de acesso das pessoas de menor renda ao medicamento do Cannabidiol o Poder Judiciário, que é o instrumento buscado por essas famílias para que este, demonstrada a necessidade efetiva do tratamento, obrigue o Poder Público de forma coercitiva a concessão do medicamento custeado inteiramente pelo próprio Estado.

Entretanto, como se sabe a atuação do Poder Judiciário brasileiro é bastante lenta, devido a grande demanda de ações que buscam as resoluções de suas lides. De modo que as pessoas que possuem as doenças crônicas tratáveis com o Cannabidiol, são claramente necessitados de rápida atuação para os seus tratamentos, não podendo ficar na espera de que seja cumprida a função de proteção de seus direitos de forma morosa pela Poder Público.

Corroborando com este entendimento Sarlet (2012, p.338):

Para a efetivação de seus deveres de proteção, corre o Estado – por meio de seus órgãos ou agentes – o risco de afetar de modo desproporcional outro(s) direito(s) fundamentais de terceiros. Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais – atuantes, nesta perspectiva, como direitos de defesa. O princípio da proporcionalidade atua aqui, no plano da proibição de excesso, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais. Por outro lado, poderá o Estado frustrar seus deveres de proteção atuando de modo insuficiente, isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos ou mesmo deixando de atuar – hipótese, por sua vez, vinculada (ao menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou chamar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermabverbot*). É por tal razão que também a doutrina brasileira (e, em alguns casos, a própria jurisprudência), em que pese não ser pequena a discussão a respeito, em geral já aceita a ideia de que o princípio da proporcionalidade possui como que uma *dupla face*, atuando simultaneamente como critério para o controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção de direitos fundamentais, bem

como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção. Em suma, desproporções – para mais ou para menos – caracterizam violações ao princípio em apreço e, portanto, antijuridicidade, no sentido de uma inconstitucionalidade da ação estatal.

No plano da constitucionalidade, essa desproporcionalidade entre a ação Estatal de conceder o direito das pessoas ao tratamento com o medicamento, de nada adianta para a maioria da população, que frente a omissão do dever do Estado de garantir meios que assegurem um modo de efetivação de alcance ao Cannabidiol, fica refém de uma situação que não melhora em nada a problemática sofrida por essas pessoas, sendo tal avanço do Estado uma nada jurídico para a proteção do direito fundamental á saúde.

Fica claro ainda que o respaldo de proteção do Estado para com a sua população nacional é além de lento, extremamente burocrático, com garantias quase que inexistentes perante as necessidades reais de todas as pessoas, considerando que de um modo ou de outro, toda a população de alguma forma necessita de algum tipo de proteção estatal.

Sendo assim, fica caracterizado mais que um dever do Estado, mas sim, uma obrigação moral em garantir os mecanismos para efetivação do direito ao acesso de todas as pessoas ao tratamento a base do Cannabidiol, devendo a preocupação do modo de chegar a essa efetivação recair sobre o Estado, e não gerar mais uma preocupação para essas famílias que já passam diariamente por problemas com as doenças crônicas de seus familiares.

Basicamente, os responsáveis pelo comando do país devem se reunir para elaborar políticas públicas que busquem melhores caminhos para que o Cannabidiol passe a ser estudado e pesquisado de forma medicinal no âmbito nacional, investindo as verbas públicas, que no caso são pagas pelos próprios impostos pagos pela população do Brasil.

10 CONCLUSÃO

Segundo a legislação brasileira, a maconha e seus derivados princípios ativos, como o Cannabidiol, eram todos considerados como substâncias ilícitas ao consumo próprio e o seu tráfico, amparada tal proibição na Portaria nº 344/98 que regula todas as substâncias que ficam sob o critério do Estado, ao impor medidas sancionatórias e reguladoras para quem as utiliza para fins que não sejam autorizados.

No ano de 2014 houve grandes discussões sobre a possibilidade de se utilizar o componente da maconha, Cannabidiol, para fins específicos sendo estes pesquisas e estudos médicos, além da utilização do óleo a base do THC para o tratamento de doenças crônicas.

Posteriormente, foi decidido que a utilização do Cannabidiol para o tratamento de doenças crônicas poderia ser importado, a partir de prescrição médica para tal substância.

Ocorre que ao Estado tomar a atitude de reconhecer tal direito de proteção à saúde que é considerado por nossa Constituição Federal um direito fundamental, este se esqueceu de cercar o modo como seus tutelados iriam concretizar tal direito, considerando que não basta conceder o direito a alguma coisa, sem que para este seja dado caminhos para efetivá-lo.

Para tanto, é necessário que antes do Poder Público lançar para a população que existe a possibilidade de tomarem posse de uma nova espécie de medicamento para o tratamento de pessoas com graves doenças, gerando uma espécie de esperança para elas, este precisa estabelecer parâmetros para sua rápida efetivação.

O medicamento à base do Cannabidiol ainda não é produzido no Brasil, sendo necessária a importação de outros países que o produzem e estão notoriamente muito mais à frente do nosso país a respeito da preocupação com seus estudos e investimentos nesse ramo.

Fica evidente que considerando a população brasileira, a maior parte dela não possui renda familiar o suficiente para destinar grande parte dela à importação de tal medicamento para o tratamento de alguma familiar que necessita

de abundante quantidade deste, sabendo-se que o custo para importação deste é considerado alto.

Desta forma, é preciso que o Estado tome atitude, de conceder o Cannabidiol, não apenas aquelas pessoas que ingressam com ações no Poder Judiciário, que muitas vezes mesmo com o pedido de urgência, ainda é moroso, considerando a alta necessidade do tratamento dessas pessoas. Mas sim, a toda a população que comprovadamente através de médicos especializados precisem do tratamento com esse medicamento.

Também deve o Poder Público buscar maiores investimentos e estudos na área científica e medicinal dentro do próprio país, do THC e de muitas outras substâncias existentes, mas que necessitam de maiores evidências de suas utilidades para o benefício de sua população.

Isto posto, com a garantia da saúde de qualidade e cerceada de todas as efetivações necessárias para a vida digna, o Poder Público conseguirá proteger os interesses de toda sua população, que restará em um sentimento de alívio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

Araújo S, Lucas V. **Catálogo de extractos fluidos**. Rio de Janeiro: Silva Araujo & Cia. Ltda, 1930.

BRASIL, Portaria nº 344/98, 12 de maio de 1998

BRASIL ocupa 60ª posição em ranking de educação em lista com 76 países. **Site G1**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2015/05/brasil-ocupa-60-posicao-em-ranking-de-educacao-em-lista-com-76-paises.html>> Acesso em: 20 jun 2015.

BURGIERMAN, Denis Russo; NUNES, Alceu. **A verdade sobre a maconha**. Editora Abril S.A. São Paulo, ano 15, ago. 2002. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/verdade-maconha-443276.shtml>> Acesso em: 15 de jan. 2015.

CANABIDIOL. Site <<http://www.saudemedicina.com/canabidiol/>>. Acesso em: 22/fev/2015

CARLINI, Elisaldo Araújo. **The history of marijuana in Brasil**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0047-20852006000400008&script=sci_arttext, Acesso em: 24 de fev. 2015

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Hélio Pereira. **Direitos e obrigações em saúde**. Brasília: Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2002.

DROGAS. **SITE ANTIDROGAS**. Disponível em: <<http://www.antidrogas.com.br/oquedrogas.php>> Acesso em: 02 setemb. 2015

DROGAS: um dos principais problemas de saúde no mundo. **Site da Universidade Aberta do Sus**. Disponível em: <www.unasus.gov.br> Acesso em: 09 de agost. 2015

FERREIRA, Venilson. **Criança com epilepsia receberá canabidiol do SUS**. Disponível em: <<http://revistagloborural.globo.com/Noticias/noticia/2015/06/crianca-com-epilepsia-recebera-canabidiol-do-sus.html>> Acesso em: 05 de jul 2015

GASTOS do governo com a saúde pública. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.folha.uol.com.br>> Acesso em 15 jul 2015

GUILHERME, Paulo. **Brasil cumpre apenas 2 de 6 metas mundiais para a educação, diz Unesco**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2015/04/brasil-cumpre-apenas-2-de-6-metas-mundiais-para-educacao-diz-unesco.html>> Acesso em: 10 jun 2015

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada: lei n. 11.343/2006**. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Legislação Penal Especial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010

KUMAGAI, Cibele; MARTA, Taís Nader. Princípio da dignidade da pessoa humana. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830>. Acesso em: 16 de mar. 2015.

KUHN, Tarcila. **A história da maconha, a droga mais polêmica do mundo**. Disponível em: <<http://psicodelia.org/noticias/a-historia-da-maconha-a-droga-mais-polemica-do-mundo>>. Acesso em: 26 de fev. 2015.

LIBERAÇÃO do canabidiol para tratamento de doenças foi consenso em debates. **Site do Senado Federal. Brasília-DF**. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/01/14/liberacao-do-canabidiol-para-tratamento-de-doencas-foi-consenso-em-debates>>. Acesso em: 09/fev/2015.

MARCÃO, Renato Flávio. **Tóxicos: leis 11.343 de 23 de agosto de 2006: nova lei de drogas**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENINA epilética vence proibição do uso medicinal da maconha no México. **Site Globo**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2015/09/menina-epileptica-vence-proibicao-do-uso-medicinal-da-maconha-no-mexico.html>> Acesso em: 20 de setemb. 2015

MENINO autista ganha capacidade de falar depois de usar óleo de Cannabis por dois dias. **SITE YAHOO NEWS**. Disponível em: <<http://www.semprequestione.com/2015/06/menino-volta-a-falar-depois-do-tratamento-com-oleo-cannabis.html#.VjHvEberTIU>> Acesso em: 11 agost. 2015

MPF consegue fornecimento de canabidiol para tratar criança com epilepsia. **Site DIÁRIO DE PERNAMBUCO**. Disponível em: <http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/vida-urbana/2015/06/09/interna_vidaurbana,580309/mpf-consegue-fornecimento-de-canabidiol-para-tratar-crianca-com-epilepsia.shtml> Acesso em: 12 de jul. 2015

NIN, Othon. **O que é Canabidiol**. Disponível em: <<http://hempmeds.com.br/o-que-e-canabidiol/>>. Acesso em: 27 de jan. 2015

PERES, Mariane. **Mesmo com ordem judicial há mais de 1 ano, família não recebe canabidiol**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/presidente-prudente-regiao/noticia/2015/10/mesmo-com-ordem-judicial-ha-mais-de-1-ano-familia-nao-recebe-cannabidiol.html>> Acesso em: 10 de out. de 2015

RODRIGUES, Lincoln Almeida. **Dignidade da Pessoa Humana: do conceito a elevação a princípio constitucional.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7095/Dignidade-da-Pessoa-Humana-do-conceito-a-sua-elevacao-ao-status-de-principio-constitucional>> Acesso em: 11 de jan. 2015

SANTANA, Raquel Santos de. **A dignidade da pessoa humana como princípio absoluto.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5787/A-dignidade-da-pessoa-humana-como-principio-absoluto>>. Acesso em: 11 de jan. 2015

SANTIAGO, Emerson. **Tráfico Internacional de Drogas.** Disponível em: <<http://www.infoescola.com/drogas/trafico-internacional-de-drogas/>>. Acesso em: 16 de ago. 2015

SARLET, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). **Drogas: uma nova perspectiva.** 1 ed.. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

SILVA, Gabriela da. **Família encontra ajuda no canabidiol para amenizar convulsões de menina de 6 anos.** Disponível em: <http://www.diariodecanoas.com.br/_conteudo/2014/06/vida/viver_com_saude/59183-familia-encontra-ajuda-no-canabidiol-para-amenizar-convulsoes-de-menina-de-6-anos.html> Acesso em: 12 de dez. 2014.

TAVAREZ, Karoline Vitali. **A judicialização da saúde.** Disponível em: <<http://periodicos.ufes.br/ppgdir-semanajuridica/article/view/9815>> Acesso em: 23 jul. 2015

TRINDADE, João Cavalcante Filho. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em: 29 de set. 2015