



UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES – NITERÓI

DIOGO MARINHO E SÁ
10602023-2

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DAS
DROGAS**

MONOGRAFIA
BACHARELADO EM DIREITO

NITERÓI

JUNHO DE 2013



DIOGO MARINHO E SÁ
10602023-2

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DAS DROGAS

Monografia apresentada à banca examinadora da Universidade Cândido Mendes – Niterói, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Professor Doutor André Nicollit

DIOGO MARINHOSA E SÁ
A INCONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DAS DROGAS

Monografia apresentada à banca examinadora da Universidade Cândido Mendes – Niterói, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Nota: _____

Aprovado ()

Aprovado com louvor ()

Aprovado com restrições ()

Reprovado ()

Data: ___/___/___

Professor André Nicollit
Universidade Cândido Mendes

Professor
Universidade Cândido Mendes

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço ao meu ilustríssimo orientador que ocupa o lugar de fonte inspiradora, André Nicollit; em seguida aos meus nobres amigos que sempre estiveram ao meu lado e me apoiando no difícil e preconceituoso caminho de discussão deste tema, Pedro Merçon, Vinicius Vieira e Luka Melero; aos meus pais pela compreensão, Ricardo Sá e Paula Marinho; a LEAP Brasil e a todos seus integrantes; aos advogados da Marcha da Maconha do Rio de Janeiro, Gerardo Santiago e André Barros, ao sociólogo e vereador Renato Cinco pelas diretrizes sociais, a minha namorada, Bruna Kreisher, pelas traduções textuais e incentivos e, por fim, a todos aqueles que de alguma maneira se envolveram com os projetos do blog Legalize o Boldo e do Jornal *on-line* Jornal Canábico.

RESUMO

A humanidade convive com as drogas a cerca de cinco mil anos, antes mesmo de Cristo, já se tinha experiências documentadas do uso de drogas, como por exemplo o álcool. O uso de drogas deve ser tido como algo normal e cotidiano do ser humano em busca daquilo que o satisfaça, tendo em vista não tão somente as problemáticas sociais, bem como, também, a satisfação pessoal e de bem estar.

Sabe-se que o problema aqui deriva do intenso controle das atividades individuais, bem como, também, o forte interesse econômico que envolve o tema. Passando pelo interesse das indústrias de papéis nos Estados Unidos e pelo controle social, principalmente dos negros e pobres, no Brasil.

Desta forma, vê-se que a proibição das drogas transcende o que chamamos de liberdade individual, saúde e violência a terceiros. Sendo certo que o primeiro deveria ser garantido pelo Estado, que erroneamente possui um vasto histórico de supressão ao mesmo em prol de um suposto “bem comum”, ora distorcendo os discursos médico, ora pagando para forja-los.

Os estudos das drogas, juridicamente falando, deve-se ater tão somente aos direitos individuais e direitos humanos, sob a perspectiva de que não se pode ter uma ofensa a terceiro sem que a ação cause dano a sua esfera jurídica individual.

O tema do presente trabalho apesar dos grandes debates e inúmeras pesquisas mundo a fora, se torna muito limitado quando pensamos no âmbito nacional, tendo em vista que em diversos Estados o tema das drogas já se encontra bem avançado, como é o caso de República Tcheca, Federações dos Estados Unidos, Portugal, Espanha, Holanda dentre outros.

Neste artigo busca-se questionar as leis de drogas e seus tratados junto a ONU face as constituições federais, bem como, também, em face de todos os tratados de direitos humanos e, principalmente, em face da Declaração Universal de Direitos Humanos.

Desta forma, o presente artigo busca elucidar o histórico do surgimento das drogas, suas descobertas e sua evolução proibicionista, como, também, elucidação dos ditos direitos humanos e suas inconstitucionalidades face a tratados e convenções internacionais.

Buscando, por fim, como solução do tema, o questionamento de suas inconstitucionalidades e incongruências face aos remédios constitucionais.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DAS DROGAS

| | |
|--|----|
| Introdução..... | 06 |
| Capítulo 1 - As drogas e proibição..... | 09 |
| 2.1 Na história..... | 10 |
| 2.2 No Brasil..... | 13 |
| Capítulo 2 - Dos Direitos Fundamentais..... | 19 |
| 2.1 Dignidade da Pessoa Humana..... | 22 |
| 2.2 Do Direito a Vida..... | 23 |
| 2.3 Do Direito a Liberdade..... | 25 |
| 2.4 Do Direito a Igualdade..... | 26 |
| 2.5 Do Direito a Saúde..... | 29 |
| Capítulo 3 - As Convenções da ONU e as violações às declarações universais de direitos... 31 | |
| 3.1 Da violação ao princípio da lesividade..... | 32 |
| 3.2 Da violação ao princípio da proporcionalidade..... | 33 |
| 3.3 Da violação ao princípio da legalidade..... | 34 |
| 3.4 Da violação ao princípio vedação de dupla punição..... | 36 |
| 3.5 Da violação ao princípio da isonomia..... | 37 |
| 3.6 Da violação ao princípio da intervenção mínima..... | 39 |
| 3.7 Da violação às garantias do estado de inocência..... | 40 |
| 3.8 Da criminalização da posse para uso pessoal e a violação ao princípio da lesividade..... | 41 |
| Capítulo 4 - Do Controle de Constitucionalidade..... | 43 |
| 4.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade | 45 |
| Conclusão..... | 49 |
| Referências Bibliográficas..... | 54 |
| Anexo A – Sentença em Acórdão 25674 da Suprema Corte Italiana | |

INTRODUÇÃO

O primeiro contato, de que se tem registro, do homem com a droga nos remete a Grécia Antiga. *Phármakon*, que possui duplo significado, quer dizer, ao mesmo tempo, remédio e veneno. Contudo, a origem do termo droga é controversa. Sua origem pode ser do persa, *droa* (odor aromático); do hebraico, *rekab* (perfume); ou do holandês antigo, *droog* (folha seca).

Assim, somos remetidos há tempos longínquos aonde, mesmo antes da escrita de Homero, podemos achar relatos do uso do álcool através da fermentação, por acidente ou propositalmente, de uvas deixadas em um buraco de uma rocha, ou em vasilhames, expostas ao sol e a reação da desconhecida, a época, fermentação. Após a ingestão, acidentalmente, por um homem, de tal fermentação notou-se que o mesmo perdera o cansaço e ganhara coragem e, assim, se descobria o álcool.

Deste ponto até a proibição, de fato, das drogas existiram outras descobertas importantes: a papoula, há pelos menos oito mil anos no Mediterrâneo Ocidental; a morfina, isolada em 1804 pelo farmacêutico alemão Friedrich Wilhelm Adam Serturner; a heroína, descoberta em 1874 e registrada pelo laboratório Bayer; a maconha, originária da Ásia Central que possui como registro mais antigo são marcas feitas por cordas, produzidas através da fibra do cânhamo, em um vaso de doze mil anos; a folha de coca que até 1860, quando foi sintetizada por Albert Niemann, era usada pelos índios sul-americanos nas regiões do Peru, Bolívia e Colômbia.

No começo do século XIX, era possível achar grande parte das drogas, hoje conhecidas, em farmácias e drogarias, inclusive, também, era possível encomendá-las via correio diretamente dos fabricantes. Insta salientar que, obviamente, existiam e, ainda, existem casos de dependência de morfina, heroína e ópio, contudo o tema ainda não era assunto jurídico, político ou social.

Os Estados Unidos da América, que na época despontava como uma das principais economias capitalistas, teve importante papel na expansão da política mundial de combate às drogas, através das conferências de Xangai e Haia, ambas realizadas em território americano,

obrigando seus signatários a coibir o uso de substâncias opióides e da cocaína que não fossem para usos medicinais. Uma tentativa clara de frear o crescimento inglês, um dos seus principais concorrentes no continente asiático.

Vale lembrar que nove anos após a conferência de Haia, 1911, tentou-se implantar em território americano a Lei Seca. Um enorme fracasso, não só pelo seu tempo de duração, 13 anos, como, também, pelo aumento do consumo do álcool, em pior qualidade, que era ingerido de maneira mais concentrada e pelo aumento em 30% das taxas de assassinato. Formação de uma rede de corrupção, geração de violência e sonegação fiscal foram outras de suas consequências, logo, a conclusão a que se chega, é que nenhuma norma é capaz de suprimir costumes culturais e, assim o fazendo, irá ferir a liberdade individual e a dignidade da pessoa humana.

A Lei Seca então foi revogada, em 1933, mas a agência de estado criada com a finalidade de repressão ao álcool não foi extinta. Precisando de um novo alvo para continuar existindo e apoiados pela moral cristã-judaica que, dentre seus preceitos, visa a contenção dos prazeres que não sejam aqueles resultantes de sua fé ou que não sejam provenientes de deus, voltou-se para o combate da *Cannabis*, popularmente conhecida como maconha. Incluída pelo, até então, secretário Harry Anslinger no rol das substâncias restritas, que já contava com os opióides e a cocaína. Não podendo esquecer, é claro, que o clima do Estados Unidos não favorece o cultivo da maconha e, assim, chegasse por fim aos interesses econômicos tendo em vista, que, a fibra de maconha já era usada há milênios para produção de tecido, cordas, velas de barcos e papel.

Desta forma, com o apoio da igreja, das indústrias e, por fim, da burguesia e sua aversão relativa a determinados grupos étnicos e seus costumes, a proibição das drogas passa a servir como pretexto de controle social, sob a justificativa da busca pela retomada dos bons costumes.

No Brasil, não foi diferente, a proibição das drogas chega, também, sob um aspecto de controle social na medida em que a primeira lei, por aqui editada, datada de 1830, foi uma postura da Câmara Municipal do Rio de Janeiro penalizando a venda e o uso do ‘pito do pango’, sendo o vendedor multado, e os escravos, e mais pessoas que dele usarem, em 3 dias de cadeia. [Segundo ditado popular da época, “maconha em pito faz negro sem vergonha”. A diferenciação de pena entre o ‘vendedor’ – normalmente brancos comerciantes – e a direta referência do uso pelos escravos chamam a atenção para uma possível primeira tentativa das autoridades de controlar a população negra e o consumo da maconha. Tal ato não obteve o](#)

resultado esperado e a legislação sobre a maconha só voltou a ser alterada mais de cem anos depois, através da inclusão da planta na lista de substâncias proscritas em 1932. Porém, mesmo antes de sua proibição, a maconha era diretamente associada às classes baixas, aos negros e mulatos e à bandidagem.

A origem do problema social das drogas no Brasil tem fatores semelhantes aos da história do proibicionismo nos EUA, como as transformações urbanas e a consolidação de uma nova prática médica. Como no Brasil não havia um movimento moral religioso tão forte, a criação de uma opinião pública favorável à proibição das drogas foi obra exclusivamente do estamento médico, como resposta às fortes pressões externas.

Indo, desta forma, contra os direitos fundamentais presentes não só na Constituição brasileira, como, também, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Desta feita, tem-se, que, a dignidade da pessoa humana, fundamento da República, conforme artigo 1º da Constituição brasileira de 1988, torna a pessoa o fundamento e fim da sociedade e do Estado democrático de Direito. Contudo, difícil é precisar o sentido da expressão dignidade humana, porém a chamada *tria* dos cinco componentes é adequada a realidade brasileira, quais sejam: individualidade, libertação da angústia da existência, autonomia individual, dignidade social e igualdade de tratamento normativo.

No que tange, ainda, o artigo 1º da Constituição é possível perceber que a dignidade da pessoa humana além de ser fundamento da República, também é o princípio norteador dos direitos fundamentais presentes nos demais artigos constitucionais. Neste cerne, prevê o artigo 5º *caput* da Constituição, dentre outros, o direito a vida, a liberdade e igualdade.

O direito a vida (direito de continuar vivo e à vida digna) se constitui como o principal deles por ser pré-requisito de existência aos demais, comporta a integridade física (direito ao próprio corpo e às partes de separadas), presente no artigo 5º inciso III; e integridade moral (intimidade, privacidade, honra e imagem), presente no artigo 5º incisos V e X da Constituição.

O direito a liberdade compreende: o direito à liberdade de ação, artigo 5º inciso II; o direito à liberdade de locomoção, artigo 5º inciso XV; o direito à liberdade profissional, artigo 5º inciso XIII; e o direito à liberdade de pensamento, que é dividido em direito à liberdade de consciência e crença e o direito a liberdade de manifestação ou expressão, artigo 5º incisos IV, VI, VII, VIII, IX e XIV da Constituição.

O direito a igualdade engloba o direito à igualdade formal ou jurídica e o direito à igualdade real ou material, ambos conjeturados no artigo 5º inciso I da Constituição.

Todos estes feridos pela atual Lei de Drogas, sua história e justificativa, levando-se em conta, principalmente, o que vem a ser o termo “Drogas” que, para os biólogos e neurocientistas, quer dizer: “droga é qualquer substância que, não sendo produzida pelo organismo, tem a propriedade de atuar sobre um ou mais de seus sistemas, produzindo alterações em seu funcionamento”.

Capítulo 1: As drogas e a proibição

Até século XIX, conheciam-se como drogas alguns vegetais que serviam na alimentação, na enfermagem e na manufatura, tais como o café, a canela, a pimenta, o açúcar, o tabaco e o ópio. As usadas, pela enfermagem, para fins de cura eram conhecidas como drogas medicinais, e, assim, surgiu a palavra drogaria, que significava uma porção de drogas, passando, depois, a designar o local onde eram guardadas e, finalmente, o comércio de drogas, como é conhecido hoje. No século XIX o significado do termo droga entrou em um processo de mudança. De acordo com John Parascandola¹, a definição para o termo, encontrada no *Oxford English Dictionary* edição de 1897, refere-se a “substância medicinal simples em seu estado original, orgânico ou inorgânico, utilizada isoladamente ao natural ou manipulada, ou como ingrediente em um remédio ou medicamento”.

Porém a palavra droga continuou associada à substância da qual se extrai ou se prepara determinados medicamentos. Na edição, de 1933, o *Oxford English Dictionary* descreve *drug*, acrescentada do seguinte: “*drug addict, drug evil, drug friend, and drug habit are given as examples of this sage*”. Desta forma, associava-a, assim, a um grupo específico de substâncias, e a ideias de hábito e abuso, mostrava um novo significado surgido na Europa e nos Estados Unidos no final do século XIX, que se espalharia, pelo mundo, após a Primeira Guerra Mundial.

A explicação dessa vinculação à ideia de vício se dá pelo uso do verbo *to drug* com o sentido de envenenar ou entorpecer alguém, no outro lado, *a busca por parte da literatura médica de um termo que associasse diversos tipos de abuso: “physicians were no doubt struggling for some term that could link all of these substance abuse problems together,*

1 PARASCANDOLA, J. The drug habit: the association of the word ‘drug’ with abuse in american history. PORTER, R. & TEICH, M. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

that could cover the generic problem”², como narra Parascandola. A afirmação da palavra droga de forma a englobar substâncias diferentes em seus aspectos químicos, farmacológicos, históricos e sociais, substâncias como o ópio, a coca, a *cannabis*, o haxixe, a morfina, a cocaína e a heroína, revela uma história de homogeneização da cultura dessas substâncias. Esse conceito, que reúne diferentes substâncias em um problema genérico de abuso, ganhou força a partir dos anos 1960.

Nesse momento o uso de drogas também passou a ser associado aos grupos marginalizados que habitavam as periferias das grandes cidades e ao movimento juvenil. Começava, assim, a proibição das drogas que, dentre outros interesses, ganhou força por motivos financeiros, religiosos, políticos, industriais e segregadores.

Em 1961, após a criação da ONU, em 1945, e o novo estigma social de marginalização das drogas, foi realizada a Convenção Única de Entorpecentes, promulgada em 1964 sob o Decreto N° 54.216³, da qual mais de 180 países, incluindo o Brasil, fazem parte.

1.1 – Na história

Fenômenos sociais acabaram impondo um novo olhar sobre a questão das drogas na sociedade.

Os Estados Unidos da América, o Estado dos homens livres, que na época despontava como uma das principais economias capitalistas, teve importante papel na expansão da política mundial de combate às drogas, através das conferências de Xangai, em 1909, na qual participaram delegações de treze países e que teve por objetivo limitar as importações de ópio da Índia para a China e controlar o comércio do ópio para fins não terapêuticos, e Haia, em 1911, que também obrigava seus signatários a coibir o uso de

2 PARASCANDOLA, J. *The drug habit: the association of the word ‘drug’ with abuse in american history*. PORTER, R. & TEICH, M. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

3 Convenção Única de Entorpecentes – Decreto n° 54.216/64
<<http://www.unodc.org/pdf/brazil/Convencao%20Unica%20de%201961%20portugues.pdf>>
acesso em 28/03/2012

substâncias opióides e da cocaína, que não fossem para usos medicinais. Em uma tentativa de frear o crescimento inglês, um dos seus principais concorrentes no continente asiático.

A conferência de Xangai, a primeira delas, dentre outros motivos, fora escolhida para acontecer em tal lugar porque a Inglaterra, através da sua Companhia das Índias Orientais, importava da China chá, seda e porcelanas, em quantidades crescentes, que depois distribuía na Europa, entretanto a China não tinha qualquer interesse na importação de produtos europeus, e exigia ser paga em dinheiro, de ouro ou prata. Estas exigências somadas ao desinteresse gerou desequilíbrio na balança comercial desses países, e, em uma tentativa de resolver o problema, os ingleses tentaram controlar o contrabando de ópio, produzido na Índia, para a China, no início do século XIX. A venda e uso de ópio estava proibido na China desde 1729, e a sua importação e cultivo desde 1796. As autoridades chinesas responderam a tal situação, e tomaram as medidas normais contra uma prática ilícita, perseguindo os contrabandistas, apreendendo e destruindo cargas de ópio, e apelando ao governo inglês para que colocasse ordem à situação.

Nada resolveu e por pretexto de apressar a ida do ópio para Cantão, em 1839, a Inglaterra atacou a China, o que gerou a 1ª guerra do ópio, entre 1839 e 1842, no final obtendo a posse de vários portos para comércio e o pagamento de indenizações. Contudo, pelo grande déficit na balança financeira inglesa o problema não foi solucionado, o que gerou, então, a 2ª guerra do ópio, entre 1856 e 1860, agora com apoio dos franceses, os ingleses, dominaram por completo o comércio do ópio na China. Assim, para não se arruinar novamente, tendo em vista o grande volume que se consumia de ópio, passou a produzir ópio com a finalidade de reduzir o custo das importações.

Ressalta-se, ainda, que nove anos após a conferência de Haia, em 1920, tentou-se implantar no território norte-americano a Lei Seca. Um enorme fracasso, não só pela sua duração, 13 anos, como, também, pelo aumento do consumo do álcool, em pior qualidade, que era ingerido de maneira mais concentrada e pelo aumento em 30% das taxas de assassinato, como, também, a formação de uma grande rede de corrupção, geração de violência e sonegação fiscal.

A Lei Seca, aliás, tem tudo a ver com a popularização de drinques incrementados. O hábito servia para mascarar o gosto ruim dos destilados clandestinos.

Muitos uísques, runs e gins da época eram feitos de maneira grosseira. Alguns continham substâncias tóxicas em sua fórmula, como solvente de tinta e formol. Essa baixa qualidade contribuiu, e muito, para que as mortes por cirrose nos Estados Unidos pouco diminuíssem durante a Lei Seca.

Mas nem todas tinham a ver com o fígado. Durante 15 anos, entre 1920 e 1935, as taxas de assassinato cresceram cerca de 30% nos Estados Unidos. Contudo os norte-americanos, que vivenciavam uma boa época econômica, conseguiram suportar, a não ser pelos donos de bar que desistiram do comércio ou se aventuraram pelo mundo da criminalidade, bastava um fechar e logo outro surgia.

Em 1929 a situação mudou, com a quebra da Bolsa de Valores de Nova York, indústrias foram obrigadas a fechar suas portas e famílias perderam todo o dinheiro que tinham. Começava, então, a Grande Depressão que deixou, em media, um a cada quatro norte-americanos desempregado⁴.

A crise foi decisiva para que a Lei Seca chegasse ao fim. Quem era a favor sustentava o discurso de que legalizar as bebidas criaria empregos, estimularia a economia e aumentaria a arrecadação de impostos. Franklin Roosevelt, em março de 1933, dias depois de assumir a presidência, pediu ao Congresso que legalizasse a cerveja, e foi atendido.

A Lei Seca foi, então, revogada, contudo a agência de estado, *Bureau of Prohibition*⁵, criada com a finalidade de por em prática a repressão ao álcool não deixou de existir. Precisava-se, assim, de um novo alvo para continuar funcionando e recebendo, assim, investimento do governo, e apoiados pela moral cristã/judaica que não tolera os prazeres que não fossem aqueles resultantes da fé ou que não sejam de Deus, voltou-se para o combate da *cannabis*, popularmente conhecida como maconha. Incluída pelo, até então, secretário Harry Anslinger no rol das substâncias ilícitas, que já continha os opióides e a cocaína. Sendo certo, ainda, que a fibra da *cannabis* já era usada há milênios para produção de tecidos, cordas, velas de barcos e papel e que o clima ideal para o seu cultivo⁶ é o tropical quente⁷, incompatível com norte-americano.

4 Grande Depressão <http://pt.wikipedia.org/wiki/Grande_Depress%C3%A3o#A_Grande_Depress.C3.A3o_nos_Estados_Unidos_da_Am.C3.A9rica> acesso em 31/03/2012

5 Federal Bureau Of Investigation
<http://pt.wikipedia.org/wiki/Federal_Bureau_of_Investigation> acesso em 31/03/2012

6 A Bíblia do Cultivo de Marijuana <<http://members.multimania.co.uk/cultivodemarijuana/guia.html>> acesso em 28/03/2012

7 Clima Tropical <<http://www.infoescola.com/geografia/clima-tropical/>> Acesso em 28/03/2012

Desta forma, com o apoio da igreja, das indústrias e, por fim, da burguesia e seu preconceito com determinados grupos étnicos e seus costumes, a proibição das drogas passa a servir como pretexto de controle social, sob a justificativa da busca pela volta dos bons costumes. Encorajava-se, assim, os membros da ONU, em 1961, a assinarem a Convenção Única sobre Entorpecentes.

A Convenção Única sobre Entorpecentes, abreviada como CUE61, destinou-se a substituir os diversos instrumentos anteriores de fiscalização e punição por apenas um, a reduzir o número de órgãos internacionais criados até então, e a garantir o controle das matérias-primas dos entorpecentes nela estabelecidos, conforme seu artigo 40⁸:

“Idiomas da Convenção e processo de assinatura, ratificação e adesão:

1. A presente Convenção, cujos textos nas línguas chinesa, espanhola, francesa, inglesa e russa são igualmente autênticos ficará até 1 de agosto de 1961, aberta à assinatura de todos os Estados membros das Nações Unidas, de todos os Estados não membros que sejam Partes no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, dos membros de qualquer organismo especializado das Nações Unidas e de todo outro Estado que o Conselho venha convidar a tornar-se Parte.
2. A presente Convenção está sujeita à ratificação. Os instrumentos de ratificação serão depositados junto ao Secretário Geral.
3. Depois de 1 de agosto de 1961, os Estados a que se refere o parágrafo 1 poderão aderir à presente Convenção. Os instrumentos de adesão serão depositados junto ao Secretário Geral.”

Em termos sucintos, o sistema explica-se da seguinte forma: as Partes obrigam-se a limitar, exclusivamente a fins médicos e científicos, a produção, fabricação, exportação, importação, distribuição, comércio e uso dos entorpecentes contidos na lista anexa à Convenção; as Partes declaram ao organismo de supervisão das Nações Unidas as suas necessidades anuais que, sendo aprovadas, devem ser tidas em conta pelos países fornecedores; nas relações de comércio, principalmente nas internacionais, adotam um conjunto de medidas que impeçam o desvio das substâncias para o mercado ilícito; e aplicarão disposições penais aos comportamentos violadores.

Diante de tal convenção os Estados Unidos conquistaram a abertura que sonhavam para, de forma lícita, interferir na soberania dos Países Partes, investindo não só bilhões de dólares nas políticas de combate as drogas, como, também, se utilizando de força política para prejudicar e impor sanções aqueles que não a assinam.

8 Convenção Única de Entorpecentes – Decreto n° 54.216/64

<<http://www.unodc.org/pdf/brazil/Convencao%20Unica%20de%201961%20portugues.pdf>>
acesso em 28/03/2012

Sabe-se que a atual política de drogas americana e mundial está mudando, a passos lentos, com países em que as drogas são descriminalizadas e/ou legalizadas para uso medicinal, como, por exemplo, Holanda, Espanha, República Tcheca, Portugal, Austrália e federações do Estados Unidos, como, com certo tom de antagonismo, a precursora da proibição e ao uso medicinal da *Cannabis*, a Flórida.

1.2 No Brasil

No Brasil, não foi diferente, a proibição das drogas chega, também, sob um aspecto de controle social pois a primeira lei editada, datada de 1830, foi uma postura da Câmara Municipal do Rio de Janeiro⁹ penalizando a venda e o uso do ‘pito do pango’, sendo o vendedor multado, e os escravos, e mais pessoas que dele usassem, em 3 dias de cadeia. A diferença de pena entre o ‘vendedor’, geralmente brancos comerciantes, e a direta referência do uso pelos escravos chamam a atenção para uma primeira tentativa das autoridades de controlar a população negra e o consumo da maconha. Contudo o mesmo não teve o resultado esperado e a legislação sobre a maconha só voltou a ser alterada mais de cem anos depois, através da inclusão da planta na lista de substâncias proscritas em 1932. Porém, mesmo antes de sua proibição, a maconha era diretamente associada às classes baixas, aos negros e mulatos e à bandidagem.

A origem do problema social das drogas no Brasil tem fatores semelhantes aos da história do proibicionismo nos EUA, como as transformações urbanas e a disseminação de um novo parecer médico. Já que no Brasil não havia um movimento moral religioso tão forte, a criação de uma opinião pública favorável à proibição das drogas foi obra da classe médica, como resposta às fortes pressões externas, principalmente as norte-americanas.

Assim, o Brasil entra de fato na campanha política mundial antidrogas, estando presente na CEU61, realizada em resposta ao clamor público ligado as grandes transformações socioculturais por qual passava o ‘mundo ocidental’, resultando em um protocolo internacional assinado em 1972.

9 BARROS, André. É Racista a Criminalização da Maconha no Brasil.

<<http://andrebarrospolitica.blogspot.com.br/2011/05/e-racista-criminalizacao-da-maconha-no.html>> acesso em 27/03/2012

O Brasil, apesar de sua realidade econômica e social ser muito diferente da encontrada nos Estados Unidos, passa também a incorporar o modelo jurídico norte-americano.

No intervalo compreendido entre a assinatura da CUE61 e da sua transformação em um protocolo internacional, o Brasil tomou outras medidas e, em 10 de fevereiro de 1967 foi editado no Brasil o Decreto-lei 159.

“Decreto-Lei nº. 159, de 10 de Fevereiro de 1967

Dispõe sobre as substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o artigo 9º § 2º, do Ato Institucional nº. 4, de 7 de dezembro de 1966, DECRETA:

Art. 1º Às substâncias capazes de determinar dependências física ou psíquica, embora não consideradas entorpecentes, aplica-se o disposto nos arts. 1º, § 2º, 15 16, 17, 18, 19, 21, 23, 27, 29, 47, 50, 53, 56, 58, 62 caput, 63 e 64 do Decreto-lei nº. 891, de 25 de novembro de 1938, e, no que couber, o disposto nos arts. 280 e 281 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº. 4.451, de 4 de novembro de 1964.

Parágrafo único. As substâncias de que trata este artigo serão relacionadas em Portaria do Diretor Nacional do Serviço de Fiscalização da Medicina e Farmácia do Departamento Nacional de Saúde, publicada no Diário Oficial.

Art. 2º A venda ao público das substâncias referidas no artigo anterior só será permitida às farmácias e mediante receita médica, observadas as instruções do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia.

Art. 3º A distribuição de amostras de produtos que contenham qualquer das substâncias especificadas nas relações de que trata o art. 1º, parágrafo único, deste decreto-lei, fica sujeita à autorização especial do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia.

Art. 4º Ao Diretor do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia competem as atribuições que o Decreto-lei nº. 891, de 25 de novembro de 1938, confere ao Diretor-Geral do Departamento Nacional de Saúde, cabendo-lhe, também, expedir instruções para a execução deste decreto-lei.

Art. 5º Este decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 10 de fevereiro de 1967; 146º da Independência e 79º da República.

H. CASTELLO BRANCO

Raymundo de Britto

Publicação: Diário Oficial da União - Seção 1 - 13/02/1967, Página 1727 (Publicação) Coleção de Leis do Brasil - 1967, Página 182 (Publicação).”

Assim, o Brasil tornava-se o segundo país no mundo a considerar tão nocivo o uso de entorpecentes como o de anfetamínicos e alucinógenos.

Porém continuava em vigor o disposto no art.281 do Código Penal Brasileiro que não diferenciava o traficante e o usuário.

“Art. 281

Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou de qualquer maneira entregar ao consumo substância entorpecente.”

Com a decretação do Ato Institucional nº5, o AI-5, pela ditadura militar é que ocorreu uma modificação significativa na política de repressão as drogas nacional, conforme narra o advogado e criminalista Salo de Carvalho¹⁰:

“... vigorava, até então, a interpretação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, cujo entendimento era de que o art. 281 do Código Penal Brasileiro não abrangia os consumidores, pois em seu parágrafo 3º previa a punição do induzidor ou instigador. A interpretação era de que, sancionando o induzidor ou o instigador, estaria excluído o usuário, visto que bastaria a regra geral do art.25 do Código penal Brasileiro de 1949 para a configuração de co-autoria”.

Tal diferença entre o tratamento dado ao traficante e ao usuário dificilmente daria certo na América do Sul, principalmente no Brasil, tendo em vista à necessidade de investimentos e recursos nas diversas áreas governamentais, como saúde, justiça e segurança.

Como consequência deste discurso, importado sem as devidas adequações à realidade socioeconômica e cultural, foi a geração de estereótipos, como bem narra Rosa Del Olmo¹¹:

“...tudo dependia na América Latina de quem a consumia. Se eram os habitantes de favelas seguramente haviam cometido um delito, porque a maconha os tornava apáticos. Daí que aos habitantes das favelas fosse aplicado o estereótipo criminoso e fossem condenados a severas penas de prisão por traficância, apesar de só levarem consigo um par de cigarros; em troca, os ‘meninos de bem’, que cultivavam a planta em sua própria casa, como aconteceu em inúmeras ocasiões, eram mandados para alguma clínica particular para em seguida serem enviados aos Estados Unidos porque eram ‘doentes’ e seriam sujeitos à tratamento, de acordo com o discurso médico tão em moda”.

Assim, diante as preocupações geradas no que diz respeito a repressão foi publicado em 1968 o Decreto-lei 385¹², alterando a redação do artigo 281 do Código Penal:

“Artigo 281
Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente:
III-traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.

Igualando assim as penas entre traficantes e usuários, mas, de fato, o Brasil entrou para a política de drogas internacional com a edição da lei 5.726/71.

10 CARVALHO, Sallo de. A política criminal das drogas no Brasil. 2ª edição. Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 24.

11 DEL OLMO, Rosa. A face oculta da droga. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

12 Decreto-Lei 385/68 < <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103303/decreto-lei-385-68>> acesso em 27/03/2012

Para agradar a medicina e a justiça, a nova legislação deixou de considerar o dependente um criminoso, mas deixou de diferenciar, de propósito, o experimentador e o usuário do traficante e, deixando assim as mãos da autoridade policial a tipificação do indivíduo, geralmente reputada como: lugar, cor da pele, roupa, residência e dinheiro em espécie, continua a narrar Rosa Del Olmo¹³:

“Esta legislação ainda preserva o discurso médico-jurídico encontrado na década anterior e sua notória consequência de definir usuário habitual como dependente – estereótipo da dependência – e traficante como delinquente – estereótipo criminoso. Apesar de trabalhar com esta falsa realidade, distorcida e extremamente maniqueísta ao dividir a sociedade entre os ‘bons’ e os ‘maus’, a lei 5.726 representa real avanço em relação ao Decreto pretérito e inicia o processo de substituição do modelo repressivo, que atingirá seu ápice na lei 6.368/76.”

A atual legislação de drogas brasileira, a lei 11.343/06, na tentativa de distinguir usuários de traficantes reforça o discurso médico-jurídico:

“Art. 4º São princípios do Sisnad:

I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;

II - o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes;

III - a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados;

IV - a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad;

V - a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad;

VI - o reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito;

VII - a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito;

VIII - a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad;

IX - a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;

X - a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social;

XI - a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas - Conad.”

Desta forma, a atual lei de drogas brasileira pune com mais rigor aos traficantes e esboça uma tentativa de prevenção aos usuários, contudo, ainda, deixando nas mãos da autoridade policial o enquadramento do suposto traficante ou usuário, nas formas da lei e,

¹³ DEL OLMO, Rosa. A face oculta da droga. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

desta forma, corroborando para a permanência do preconceito, posto que, o artigo 28 da lei 11.343/2006 não estabelece padrões para a tipificação penal entre traficante ou usuário.

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

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

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.”

Fato este que cria uma enorme lacuna jurídica e, desta forma, permanecendo o conceito preconceituoso enraizado na sociedade, aonde, para tal decisão, a autoridade policial, como já observado, irá estabelecer um parâmetro tendo como base a cor da pele, local de residência, quantidade de dinheiro, roupa etc.

Capítulo 2: Os Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais é resultado de um movimento de constitucionalização que teve início no século XVIII. Encontram-se incorporados ao patrimônio comum da humanidade e são reconhecidos internacionalmente a partir da Declaração da Organização das Nações Unidas de 1948.

São direitos inerentes à pessoa humana, pré-existentes ao ordenamento jurídico, visto que decorrem da própria natureza do homem, sendo indispensáveis e necessários para assegurar a todos uma existência livre, digna e igualitária.

Assim define Pérez Luno¹⁴:

“Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.”

De acordo com o Prof. Paulo Bonavides¹⁵:

“Com relação aos direitos fundamentais, Carl Schmitt estabeleceu dois critérios formais de caracterização:

Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional.

Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança...”

14 *Apud* DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 182. 32ª edição. São Paulo:Malheiros. 2011.

15 BONAVIDES, Paulo Curso de Direito Constitucional, 7ª edição, pág. 515. São Paulo: Malheiros. 2000

J. J. Canotilho, narra da seguinte forma¹⁶:

“A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”

As primeiras limitações ao poder do Estado surgiram no final da Idade Média. Teve como antecedente mais importante a Magna Carta Inglesa, em 1215, que reconheceu os direitos dos barões e restringiu, assim, o poder absoluto dos monarcas.

Contudo, somente no século XVIII que foi editada a primeira declaração de direito individuais, a *Virginia Bill of Rights*¹⁷, em 12 de junho de 1776, que estabeleceu, entre outros, os seguintes princípios fundamentais: igualdade de direitos, divisão de poderes, eleição de representantes, direito de defesa, liberdade de imprensa e liberdade religiosa. Gerando, desta forma, uma reação em cadeia nos estados americanos.

Em 1789, os direitos fundamentais solidificaram-se através da Revolução Francesa consignando de forma precisa a proclamação da liberdade, da igualdade, da propriedade e das garantias individuais liberais através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁸ que possuía caráter universal, pois era considerada válida para toda a humanidade.

Após a 2ª Guerra Mundial, em 1948, foi editada, pela ONU, a Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁹, que realçava a preocupação com os Direitos Humanos em todos os países.

16 *Apud* MORAES, Alexandre. Direito Constitucional, p. 56. 23ª edição. São Paulo: Atrials. 2008

17 *Virginia Bill of Rights* <<http://constitucional1.blogspot.com.br/2008/08/declarao-de-direitos-da-virgnia-1776.html>> acesso em 26/05/2012

18 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf> acesso em 27/05/2012

19 Declaração Universal dos Direitos Humanos <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> acesso em 26/05/2012

No Brasil os Direitos Fundamentais estão presentes desde a constituição de 1824²⁰, que em seu artigo 179 garantia a inviolabilidade dos Direitos Cíveis e políticos dos cidadãos brasileiros, tendo por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade.

“Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

I. Nenhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei.

II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica.

III. A sua disposição não terá effeito retroactivo.”

A Constituição de 1891²¹ destinava uma seção à declaração de direitos, assegurando a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade.

Após a implementação da Constituição Alemã, de 1919²², que “consagrou direitos sociais, de 2ª geração/dimensão (relativos às relações de produção e de trabalho, à educação, à cultura, à previdência) e reorganizou o Estado em função da Sociedade e não mais do indivíduo” o Brasil, então, em 1934²³ passou a conter, além do título “Das Declarações de Direitos”, um novo título dispendo sobre a ordem econômica e social, “TÍTULO IV – Da Ordem Econômica e Social”, que permanece até hoje.

Em 1937, apesar da permanência de todos os direitos, a Constituição²⁴ em seu art. 186 declarava o estado de emergência, sendo revogado apenas em novembro de 1945.

20 Constituição Brasileira de 1824 <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> acesso em 27/05/2012

21 Constituição Brasileira 1891

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> acesso em 26/05/2012

22 Constituição de Weimar <http://pt.wikipedia.org/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o_de_Weimar> acesso 27/05/2012

23 Constituição Brasileira de 1934

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> acesso em 27/05/2012

24 Constituição Brasileira de 1937

<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm> acesso 27/05/2012

“Art 186 - É declarado em todo o País o estado de emergência.”

A Constituição de 1946 destinou o Título IV à declaração de direitos, que permaneceu nas de 1967 e 1969, entretanto estas continham dispositivos que excluía da apreciação judicial os atos praticados com base nos atos institucionais.

Constituição Brasileira de 1967²⁵, Artigo 173:

“Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:

I - pelo Governo federal, com base nos Atos Institucionais nº 1, de 9 de abril de 1964; nº 2, de 27 de outubro de 1965; nº 3, de 5 de fevereiro de 1966; e nº 4, de 6 de dezembro de 1966, e nos Atos Complementares dos mesmos Atos Institucionais;

II - as resoluções das Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos e Vereadores, fundados nos referidos Atos institucionais;

III - os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares referidos no item I;

IV - as correções que, até 27 de outubro de 1965, hajam incidido, em decorrência da desvalorização da moeda e elevação do custo de vida, sobre vencimentos, ajuda de custo e subsídios de componentes de qualquer dos Poderes da República.”

Constituição brasileira de 1969²⁶, Artigo 181:

“Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:

I - os atos do Govêrno Federal, com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares e seus efeitos, bem como todos os atos dos Ministros Militares e seus efeitos, quando no exercício temporário da Presidência da República, com base no Ato Institucional nº 12, de 31 de agosto de 1966;

II - as resoluções, fundadas em Atos Institucionais, das Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de governadores, deputados, prefeitos e vereadores quando no exercício dos referidos cargos; e

III - os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares indicados no item I.”

A inovadora Constituição de 1988 que dispõe sobre os direitos fundamentais antes de tratar da organização do próprio Estado, bem como incorporou junto à proteção dos direitos individuais e sociais a tutela dos direitos difusos e coletivos.

25 Constituição Brasileira de 1967

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm> acesso em 27/05/2012

26 Emenda Constitucional Nº1/1969 <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm> acesso em 27/05/2012

2.1- Da Dignidade da Pessoa Humana

Ao falar em dignidade da pessoa humana, estamos englobando o conceito de direitos fundamentais (direitos humanos positivados em nível interno) e direitos humanos (no plano de declarações e convenções internacionais), constituindo um critério de unificação de todos os direitos aos quais os homens se reportam.

Poderíamos pensar que há um princípio ou direito absoluto: o da dignidade da pessoa humana. Isto se dá porque a norma da dignidade da pessoa humana é tratada, em parte, como regra e, em parte, como princípio; e, também, pela mesma requerer uma séria de condições anteriores.

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos²⁷, narram que a Dignidade da Pessoa Humana “identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido singelo, todavia, o esforço para permitir que o princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais. Partindo da premissa anteriormente estabelecida de que os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regra.”

Destacamos a Teoria dos Cinco Componentes²⁸ de Canotilho, explicitada na obra de André Nicolli:

“É difícil precisar o sentido do enunciado dignidade humana, porém a chamada teoria dos cinco componentes (Canotilho, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição) parece adequada à realidade constitucional brasileira. Transportando para a Constituição pátria o mesmo raciocínio de Canotilho em relação à Constituição Portuguesa, vê-se que a base antropológica remete ao homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador e como administrado.

Daí se extrai uma integração dos direitos fundamentais, iniciando pela afirmação da integridade física e espiritual do homem como aspectos irrenunciáveis de sua

27 BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional (Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas)*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 348.

28 *apud* NICOLLIT, André. *Manual de Processo Penal*. 2ª Edição, atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 28

individualidade, seguindo com a garantia da identidade e integridade da pessoa através do desenvolvimento de sua personalidade e passando à chamada libertação da angústia da existência da pessoa, libertação através de mecanismos sociais de providências que garantam possibilidade de condições mínimas existências.

O quarto componente é a consagração da autonomia individual através da limitação dos poderes públicos relativamente aos conteúdos, formas e procedimentos do Estado de Direito, e, por fim, o quinto componente reside na dignidade social, ou na igualdade de tratamento normativo, ou seja, igualdade perante a lei."

E, assim, concluí Nicolitt, André²⁹:

"Como já o dissemos, a Constituição Brasileira de 1988 está em conformidade com a teoria dos cinco-componentes, basta correr os olhos entre os arts. 1º e 16º da CRF/1988, donde destacamos o direito à vida, à igualdade e à liberdade (art.5º), à privacidade (art. 5º, X, XI e XII), às limitações ao arbítrio do Estado (art. 5º, LIII e seguintes), aos direitos sociais (art. 6º), aos direitos políticos (art. 14º).

...

Como dito a dignidade é o fim do próprio Estado, dessa maneira, toda atividade estatal deve estar sempre voltada à tutela, à realização e ao respeito à dignidade humana, o que não exclui a atividade persecutória do Estado, seja através da investigação criminal, seja no exercício da ação penal, seja no curso do processo."

Não há dúvida de que a eficácia negativa do princípio da dignidade da pessoa humana leva uma norma à invalidade.

2.2 – Do Direito a Vida

A partir da 2ª Grande Guerra Mundial, que envolveu quase todos os países mais influentes na geografia política, pelas atrocidades nunca antes vistas, tratamento degradante e torturas aos prisioneiros de guerra e também aos civis, despertou-se a necessidade de resguardar a todos os seres humanos contra atos semelhantes, e através de pactos, convenções, declarações, acordos, buscar proteger a vida como direito humano, exaltando que cabe a toda humanidade resguardá-la.

Até então havia apenas alguns tratados que não tinham a intenção de proteger a vida, tinham como finalidade apenas legitimar invasões territoriais. Procurou-se a partir desse momento tutelar a vida e a integridade física das pessoas como um direito inerente a todo ser humano independente de sua nacionalidade, sob a responsabilidade de todos, governos, Nações e humanidade.

29 NICOLLIT, André. *Manual de Processo Penal*. 2ª Edição, atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 29/30

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos³⁰, aprovado pela XXI sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, reza que “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei, ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.”

DE CUPIS, Adriano³¹ afirma que

“A vida se identifica com a simples existência biológica e que o direito à vida é essencial, tem como objeto um bem muito elevado, sendo um direito essencialíssimo. É um direito inato, adquirido no nascimento, portanto, intransmissível, irrenunciável e indisponível.”

E, assim, tratou a Declaração Universal dos Direitos Humanos³², assinada em Paris aos 10 de dezembro de 1948:

“Art. III. Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

...

Art. V. Ninguém será submetido à tortura nem à tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.”

Resguardando a vida e a integridade física, proíbe torturas, sem, mas não as defini. Impõe aos Estados partes a obrigação de tomarem medidas de combate a qualquer violação a esses direitos bem como de se absterem da prática de atos que possam resultar em violações. Sem criar instituições ou órgãos.

Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos com a adesão de 25 repúblicas concluída no ano de 1978 em São José da Costa Rica estabelece:

“Art. 4º. Direito à vida.

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado arbitrariamente.

2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido.

Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.

30 Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, parte II art. 6

<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm> acesso em 26/05/2012

31 DE CUPIS, Adriano. I Diritti della Personalità. 2ªed. Milão, Itália: Dott A. Giuffrè Editore. 1982.

32 Declaração Universal dos Direitos Humanos <

http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> acesso em 27/05/2012

3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.
 4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos.
 5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.
 6. Toda pessoa condenada à morte tem direitos tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação de pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.
- Art. 5º. Direito à integridade pessoal.
1. Toda pessoa tem direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
 2. Ninguém deve ser submetido a tortura, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano
- ...
- Art. 27. suspensão de garantias:
1. Em caso de guerra, de perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado parte.
 2. A disposição precedente não autorizará a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: [...] Direito à vida, Direito à integridade pessoal”.

Por fim leciona PINHO, Rodrigo Cesar Rebello³³, que:

“O direito à vida é o principal direito individual, o bem jurídico de maior relevância tutelado pela ordem constitucional, pois o exercício dos demais direitos depende de sua existência. Seria absolutamente inútil tutelar a liberdade, a igualdade e o patrimônio de uma pessoa sem que fosse assegurada a sua vida. Consiste no direito à existência do ser humano. Como ensina José Afonso da Silva, o direito à vida deve ser compreendido de forma extremamente abrangente, incluindo o direito de nascer, de permanecer vivo, de defender a própria vida”

Podendo, assim, segui-la como bem quiser.

2.3 – Do Direito a Liberdade:

O Direito a Liberdade contemplado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 1º, pode ser traduzida como condição da pessoa livre, através de sua etimologia do latim *libertas*. É uma prerrogativa mais do que importante para um Estado Democrático de Direito, é imprescindível para a democracia.

De acordo com Rodrigo César Rebello Pinho liberdade³⁴:

33 PINHO, César Rebello. *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. Sinopses Jurídicas. 4ª Edição, revisada. São Paulo: Saraiva, 2003. Pag. 77/78

34 PINHO, César Rebello. *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. Sinopses Jurídicas. 4ª Edição, revisada. São Paulo: Saraiva, 2003. Pag. 77/78

“É a faculdade que uma pessoa possui de fazer ou não fazer alguma coisa. Envolve sempre um direito de escolher entre duas ou mais alternativas, de acordo com sua própria vontade. O direito de liberdade não é absoluto, pois a ninguém é dada a faculdade de fazer tudo o que bem entender. Essa concepção de liberdade levaria à sujeição dos mais fracos pelos mais fortes, para que uma pessoa seja livre é indispensável que os demais respeitem a sua liberdade. Um indivíduo é livre para fazer tudo o que a lei não proíbe.”

Traduzindo os pensamentos de Jean Rivero “A liberdade é um poder de autodeterminação em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal.”

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão³⁵, de 1789, diz, em seu artigo 4º, que:

"A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique a outrem. Assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem limites, senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos; seus limites não podem ser determinados senão pela lei".

A Juíza Militar aposentada Maria Lúcia Karam traduz da seguinte forma “Numa democracia, qualquer proibição é uma exceção. A regra é a liberdade individual.”³⁶

No que tange a liberdade devemos ressaltar que a mesma tem por limite a esfera da liberdade de outro, como bem trata a decisão da Suprema Corte Italiana no Acórdão 25674³⁷ (Anexo A) “*nullun crimen sine lege ma anche nullum crimen sine injuria*”, ou seja, não se pode punir uma conduta típica que não cause dano a *outrem*.

2.4 – Do Direito a Igualdade

35 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf> acesso em 25/05/2012

36 KARAM, Maria Lúcia: “Proibir as drogas é inconstitucional.” <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI5372-15223,00-MARIA+LUCIA+KARAM+PROIBIR+AS+DROGAS+E+INCONSTITUCIONAL.html>> acesso em 26/5/2012

37 Suprema Corte Italiana no Acórdão 25674 <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Cass.pen.25674_2011.pdf> acesso em 28/05/2012

Prescreve o caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988³⁸:

"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, a segurança e a propriedade, (...)".

O princípio da igualdade tem sede no texto constitucional, sendo também mencionada, inclusive, no Preâmbulo da Constituição. Estamos diante de um princípio, direito e garantia, para o qual todas as demais normas devem obediência.

Tal preceito constitucional não é algo inédito, como já visto anteriormente, semelhantes preceitos fizeram-se presentes em todas as constituições que orientam o ordenamento jurídico dos Estados Modernos. José Afonso da Silva³⁹, já dizia que "porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais", portanto, a igualdade é buscada há vários anos.

No Direito, tal princípio assumiria um caráter de dupla aplicação, qual seja: uma teórica, com a finalidade de afastar privilégios injustificados; e outra prática, ajudando na diminuição dos efeitos decorrentes das desigualdades do caso concreto. Assim, tal princípio constitucional se traduz na "ligação entre o Direito e a realidade que lhe é subjacente", conforme descreve Rui Portanova.⁴⁰

A igualdade de todos os seres humanos deve ser encarada e compreendida, basicamente sob dois pontos de vista distintos, quais sejam: o da igualdade material e o da igualdade formal.

A igualdade material, deve ser o de tratamento justo e uniformizado de todos os seres humanos, bem como a sua equiparação no que diz respeito à possibilidades de concessão de oportunidades. Portanto, de acordo com o que se entende por igualdade material as chances devem ser oferecidas de forma igualitária para todos os cidadãos, na busca pela apropriação dos bens da cultura.

38 Constituição Brasileira 1988 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> acesso em 28/05/2012

39 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: RT, 1993, p.195

40 PORTANOVA, Rui. *Princípio Igualizador*. AJURIS 62:280

Teria por finalidade a busca pela equiparação dos cidadãos sob todos os aspectos, inclusive o jurídico, podendo-se afirmar, de acordo com Celso Ribeiro Bastos⁴¹ que "Todos os homens, no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, são iguais, assim como à sujeição a deveres".

O art. 5º da CF/88 prescreve "igualdade de todos perante a lei". Esta é a igualdade formal, que mais imediatamente interessa ao jurista. Essa igualdade seria a pura identidade de direitos e deveres concedidos aos membros da coletividade através dos textos legais. De acordo com Hatscheck, citado por Luís Pinto Ferreira⁴²

"O preceito da igualdade da lei não se esgota com a aplicação uniforme da norma jurídica, mas que afeta diretamente o legislador, proibindo-lhe a concessão de privilégio de classe"

Assim conclui o professor Ingo Wolfgang Sarlet⁴³ sobre o princípio da igualdade:

"Encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim, toa e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material".

Traduz, assim, Erick Frederico Gramstrup⁴⁴, os pensamentos de Aristóteles:

"O tema é exemplo do influxo omnipresente de ARISTÓTELES, que concebeu os seguintes significados:

(a) igualdade numérica ou absoluta (tudo igual para todos): seria a distribuição de benefícios e ônus, em partes idênticas, a todos, criticável do ponto de vista da inverificabilidade. Não há notícia de Sociedade que não tenha efetuado alguma espécie de discriminação (nem de normas que assim não procedam: portanto, toda regra de distribuição seria desigualitária). Mas esta concepção tem alguma relação com a promessa feita nas declarações de direitos fundamentais, que, pelo menos em aparência, atribuiriam-nos equanimemente a todos;

41 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 1978, p.225.

42 FERREIRA, Luís Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 9ª edição São Paulo: Saraiva. 1983. p.770

43 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p. 89.

44 GRAMSTRUP, Erick Frederico O princípio da Igualdade
<http://www.hottopos.com/videtur17/erik.htm#_ftn5>

(b) igualdade proporcional (ou proporcional-quantitativa: a cada qual e de cada qual segundo certas características de grau variável): é a atribuição de benefícios maiores aos mais necessitados e ônus progressivos aos mais aquinhoados. A aplicação deste princípio depende da existência de uma regra de distribuição, cujo critério de materialização mais ou menos intensa a determine. Mas, neste caso, toda norma geral seria igualitária, por conter na hipótese elemento descritivo que serve de pauta à intensidade da distribuição;

(c) igualdade proporcional pelo mérito (a cada qual segundo seu merecimento): é uma variante da anterior, mas se tomando como característica decisiva o mérito individual relativo. O problema está na subjetividade da avaliação do mérito pessoal (é mais fácil determinar o valor relativo de coisas do que de pessoas), a reclamar a intermediação de critérios definidores, com o que, mais uma vez se reduz este caso ao da igualdade proporcional geral;

(d) igualdade pelas partes iguais ou proporcional-qualitativa (o igual aos iguais e o desigual aos desiguais): se tomado nesta pureza, resultaria, de novo, em que toda norma fosse igualitária, pois esta atribui ou exige conforme o atributo que designa como relevante, para identificar semelhança ou diferença;”

Assim resume Arthur Kaufmann⁴⁵ “igualdade é abstração da diferença e diferença é abstração da igualdade.”

2.5 – Do Direito a Saúde:

A saúde é um direito constitucionalmente assegurado a todos, inerente à vida, bem maior do homem, portanto o Estado tem o dever de prover condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Segundo César Luiz Pasold⁴⁶, "O direito à saúde é um dos direitos fundamentais cujo reconhecimento a nível de norma positivada nem sempre se faz."

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira constituição brasileira a positivizar o direito a saúde como direito fundamental.

A Organização Mundial de Saúde⁴⁷ (OMS) já havia declarado, antes do advento da Constituição Federal de 1988, que o direito à saúde é um direito fundamental do homem.

O art. 196 de nossa Constituição em vigor preceitua que "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do

45KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 2ª edição. Lisboa,Portugal: F CALOUSTE. 2004. p. 230.

46 PASOLD, Cesar Luiz. *Direito à saúde*. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, n.15. Florianópolis:UFSC, dez. 1987. p. 51

47 Organização Mundial da Saúde <http://pt.wikipedia.org/wiki/Organiza%C3%A7%C3%A3o_Mundial_da_Sa%C3%BAde> acesso em 28/05/2012

risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação."

No Brasil aplica-se a dimensão positiva do Direito fundamental à saúde, ou seja, este direito é um direito subjetivo do cidadão, que poderia exigir da União Federal, dos estados e dos municípios, solidariamente, por meio de uma ação judicial, o fornecimento de um determinado tratamento médico, um exame laboratorial, uma internação hospitalar, uma cirurgia ou mesmo o fornecimento de um medicamento ou qualquer outro meio para proteger a sua saúde.

Tal direito está previsto no art. 6º da Constituição Federal, de forma genérica, onde estão descritos os direitos sociais do cidadão, estando este artigo inserido no Título II do Capítulo II que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais do Homem. Portanto, conclui-se que todo e qualquer direito social é também direito fundamental do homem, devendo aplicar-se de imediato, por aplicação do parágrafo 1º do art. 5º da Constituição.

Luís Roberto Barroso⁴⁸ leciona que o art. 196 da Constituição da República, garantidor do direito à saúde, é norma definidora de direito subjetivo, ensejando a exigibilidade de prestações positivas do Estado:

“Aqui, ao contrário da hipótese anterior, o dever jurídico a ser cumprido consiste em uma atuação efetiva, na entrega de um bem ou na satisfação de um interesse. Na Constituição de 1988, são exemplos dessa espécie os direitos à proteção da saúde (art.196) ...”.

O artigo 6º da Constituição Federal de 1988 menciona, de modo expresso, que o direito à saúde é um direito social, assim como o direito à educação, sendo um dever do Estado a sua implementação.

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Assim, quando se fala em um Estado Democrático de Direito, se fala em superar desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize justiça social. É oportuno ressaltar que a justiça social está ligada à qualidade de vida. Logo, a saúde é um apêndice da qualidade de vida, objetivo de todo cidadão.

48 *Apud* ORDACGY, André da Silva. A Tutela de Saúde como um Direito Fundamental do Cidadão <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf>

Diante disso, o Estado Democrático de Direito está em evidente conexão com o Direito à saúde, visto que a nossa atual Constituição o prevê como um direito fundamental social, ou seja, um direito inerente ao ser humano.

Desta forma, o direito à saúde é reconhecidamente um direito originário a prestações, tendo em vista a sua característica de direito público subjetivo enunciando materiais para proteção da qualidade de vida. É resultado direto da Constituição, identificado em uma exigência inderrogável de qualquer Estado que afirma valores básicos a dignidade humana e à justiça social.

Saúde é definida assim pelo dicionário *on-line* Michaelis⁴⁹:

“Saúde: Bom estado do organismo, cujas funções fisiológicas se vão fazendo regularmente e sem estorvos de qualquer espécie. 2 Qualidade do que é sadio ou são. 3 Vigor. 4 Força, robustez. 5 Disposição física, estado das funções orgânicas do indivíduo. 6 Disposição ou estado moral do indivíduo. 7 Bem-estar físico, econômico, psíquico e social (conceito moderno)...”

O dever do Estado, no que tange o direito à saúde, é impreterivelmente o pólo passivo da relação com o cidadão possuidor de direitos, e diante disto, o mesmo tem a obrigação de efetivar o direito à saúde, seja através da prevenção ou recuperação da mesma.

Capítulo 3: As Convenções da ONU e as violações às declarações universais de direitos

Enquanto a Convenção Única de Entorpecentes era aprovada em Viena, em 1961, o mundo celebrava, através dos seus dois primeiros instrumentos especificamente normativos, a inauguração de uma nova etapa no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Enquanto no preâmbulo da Convenção Única de 1961 a ONU declarava que, com relação a algumas substâncias psicotrópicas, a “toxicomania é [...] um perigo social e econômico para a humanidade”, o Artigo 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela ONU em 1966, declarava que “ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada” e “toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas”. Enquanto o Artigo 36 da Convenção Única de 1961 determinava que “a posse” e “a

49 Saúde – Dicionário *on-line* Michaelis

<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/definicao/saude_151844.html> acesso em 28/05/2012

compra [...] de entorpecentes sejam consideradas como delituosas [...] e que as infrações graves sejam castigadas de forma adequada, especialmente com pena prisão ou outras de privação da liberdade”; o Artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também adotado pela ONU em 1966, reconhecia “o direito de toda pessoa de desfrutar o mais alto nível possível de saúde física e mental” e determinava como obrigação dos Estados Membros “a criação de condições que garantam a todos assistência médica e serviços médicos em caso de doença”.

Ainda hoje, após quase quarenta anos de “Guerra às Drogas” mundial e dez anos depois da determinação da ONU de erradicar do globo algumas drogas psicoativas, aquele antigo paradoxo da década de 1960 ainda persiste dentro da própria instituição que deveria resguardar, acima de tudo, os direitos humanos decorrentes da dignidade inerente à pessoa humana, conforme tantos e tão solenes documentos normativos e declarativos da ONU proclamam. Ainda hoje, nada obsta os direitos humanos de serem a única reserva moral universal da comunidade internacional, a Comissão de Entorpecentes (CND) e os Estados Membros parecem optar, ao menos na questão das drogas, cega e deliberadamente, por colocar o moralismo à frente da moral, o obscurantismo à frente da racionalidade, o paternalismo à frente da liberdade e a repressão à frente da saúde

3.1 Da violação ao princípio da lesividade

A criminalização antecipada, que, a partir das diretrizes ditadas nas convenções da Organização das Nações Unidas, se reproduz em legislações dos mais diversos países, viola o princípio da lesividade da conduta proibida, segundo este princípio uma conduta só poderá ser objeto de criminalização quando de maneira concreta e significativamente afete um bem jurídico relacionado a direitos individuais concretos.

O princípio da lesividade, além de se encontrar atrelado ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana, também se encontra inserido no princípio da proporcionalidade.

Assim explicado por Guilherme Peña de Moraes⁵⁰:

⁵⁰ Moraes, Guilherme Peña, Curso de Direito Constitucional, 3ª edição. São Paulo:Atlas pág. 105

“Anterioridade e legalidade da regra penal incriminadora em relação ao fato incriminado, porquanto não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal. A reserva legal designa que, no que alude à anterioridade, a regra penal incriminadora deve ser revelada antes da conduta intersubjetiva, enquanto, no que atine à legalidade, a regra penal incriminadora deve ser veiculada através de lei.”

Definido historicamente por Luiz Luisi⁵¹:

“Ressalte-se que o princípio em causa tem historicamente gabarito constitucional. A nossa primeira Constituição, a de 1824, em seu artigo 179, XII, a de 1891 no artigo 72, parágrafo 15, a de 1934, no inciso 26 do artigo 113, a de 1946 no artigo 141, parágrafo 25 e a de 1967, no parágrafo 16 do artigo 150 e no parágrafo 16 do artigo 154 da Emenda Constitucional n° 1 de 17/10/69, consagram o postulado da Reserva Legal.”

Bem traduzido pelas palavras de Maria Lúcia Karam⁵²:

“A antecipação do momento criminalizador da produção e da distribuição das substâncias e matérias primas-proibidas trazido pela Convenção Única de 1961 deixa claro a ofensa ao princípio da lesividade, este consagrado em nossa Constituição Federal de 1988, art.5º, XXXIX e, ainda, em nosso Código Penal, art. 13º, *caput*.

O artigo 36 da Convenção Única de Entorpecentes traduz a criminalização antecipada quando de maneira expressa faz referência à tipificação de meros atos preparatórios ou a “confabulação para cometer” qualquer das condutas antes tipificadas.”

“Convenção Única de Entorpecentes

Art. 36: Com ressalva das limitações de natureza constitucional, cada uma das Partes se obriga a adotar as medidas necessárias a fim de que o cultivo, a produção, fabricação, extração, preparação, posse, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, compra, venda, entrega a qualquer título, corretagem, despacho, despacho em trânsito, transporte, importação e exportação de entorpecentes, feitos em desacordo com a presente Convenção ou de quaisquer outros atos que, em sua opinião, contrários à mesma, sejam considerados como delituosos, se cometidos intencionalmente, e que as infrações graves sejam castigadas de forma adequada, especialmente com pena prisão ou outras de privação da liberdade.”

3.2 Da violação ao princípio da proporcionalidade:

51 Luisi, Luiz, Os Princípios Constitucionais Penais, 2ª edição. Porto Alegre:PENA. 2003. pág. 18

52 Karam, Maria Lucia, Legislações Proibicionistas em Matéria de Drogas e os Direitos Fundamentais < revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/download/5456/3903> acesso em 01/03/2013

O princípio da proporcionalidade é aquele que deve zelar pela proporção da pena com a gravidade da ofensa, ficando assim o juiz impedido de impor pena excessiva e deixando o legislador proibido de prever em abstrato pena que não guarde proporção com a gravidade do delito tipificado.

Desta forma temos a seguinte explanação de Maria Lúcia Karam⁵³:

“A violação ao princípio da proporcionalidade se repete não apenas com a figura da associação, que como a “confabulação” e como todos os tradicionais tipos de crimes de conspiração, quadrilha e outros semelhantes criminalizam meros atos preparatórios mas também, sob outro aspecto, na previsão como tipos autônomos de condutas inseridas no âmbito de um tipo de crime já definido.

...

Mas a violação ao princípio da proporcionalidade não se esgota aí, repetindo-se nas penas delirantemente altas, igualadas ou mesmo superiores às previstas para um homicídio, encontradas em diversas legislações, em que a indevida consideração da associação, da organização, da gestão ou do financiamento voltados para o dito “tráfico” como tipos autônomos de crimes serve como suposta manifestação da sempre propagandeada, mas indefinida e indefinível, “criminalidade organizada”.

O princípio da proporcionalidade, assim como os demais princípios de uma ciência, serve para balizar o caminho a ser traçado, no direito penal não é diferente pois o legislador lhe deve obediência no momento da elaboração do texto legal, também dele deve-se o magistrado se utilizar quando da fixação da pena base, enfim, todo operador do direito precisa ter em mente este princípio para que injustiças não sejam feitas.

O princípio em comento, também conhecido como princípio da proibição do excesso, reflete-se no direito penal como a aplicação de uma pena adequada e necessária a um tipo penal determinado, devendo ficar estabelecido de forma proporcional a gravidade do delito cometido.

Nesse contexto, num Estado Democrático de Direito, conclui-se que o direito penal deve atuar no sentido de preservar os direitos fundamentais contidos na Constituição, de forma que eles não sejam diminuídos senão frente à necessidade de preservação de outros direitos, igualmente essenciais para o ser humano, e somente na medida em que esta diminuição demonstrar-se necessária. A intervenção penal, portanto, deve se apresentar de maneira proporcional ao valor que busca preservar.

Percebe-se que o princípio da proporcionalidade transformou-se num limite à intervenção estatal na esfera da liberdade individual dos cidadãos, e esse limite ainda

53 Karam, Maria Lucia, Legislações Proibicionistas em Matéria de Drogas e os Direitos Fundamentais < revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/download/5456/3903 > acesso em 28/02/2013

apresenta-se no ordenamento sob a forma de princípio jurídico, de onde se apreende a necessidade de que seja sempre levado em consideração quando se tratar de estabelecer o alcance da intervenção punitiva. Ademais, o princípio da proporcionalidade cumpre o importante papel de orientar as atividades legislativas e judiciais.

3.3 Da violação ao princípio da legalidade

No Direito Penal, o princípio da legalidade se manifesta pela *locução nullum crimen nulla poena sine previa lege*, prevista no artigo 1º, do Código Penal brasileiro, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal.

“Código Penal

Art. 1º: Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

Além do status *lege*, o princípio também tem força constitucional.

Nesse sentido, a Constituição da República consagrou-o no art. 5º, inciso XXXIX, que aduz "não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (princípio da legalidade e princípio da anterioridade).

Portanto, trata-se de real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais.

Primeiramente a reserva legal estabelece a legalidade apresentando a fonte do direito penal. Somente lei em sentido estrito pode legislar sobre matéria penal. O sentido de tal restrição pode ser indicado por pelo menos duas justificativas: apenas os indivíduos que representam os cidadãos, ou seja, que conduzem o Estado (parlamento) podem restringir a liberdade, isto impede os juízes de criarem as normas. Outrossim, o processo legislativo permite interferência e repercussão popular (teoricamente) na elaboração da lei incriminadora.

Trata-se de legalidade em sentido estrito. Isso representa que apenas a lei como espécie normativa específica pode dispor a esse respeito, não se admitindo que nenhuma outra o faça, exceto por delegação expressa no caso das “leis penais em branco”.

Outra regra a ser seguida pelo princípio da legalidade é a taxatividade, está aduz que a conduta proibida é descrita na lei por meio dos tipos. Tipo é o modelo de conduta, e os tipos incriminadores descrevem o modelo de conduta proibida. Além disso, o tipo deve descrever a conduta proibida de forma pormenorizada, sob pena de perder sua função, pois para que o cidadão conheça o espaço de sua liberdade é preciso que consiga compreender o que é ou não proibido. Se a lei não traz a descrição detalhada da conduta proibida, acaba perdendo a função

de legalidade, caindo, portanto o cunho garantista do direito penal. Portanto, a taxatividade representa a legalidade orientando como as normas devem ser formuladas, como devem ser enunciadas.

Por fim, o último corolário do princípio ora estudado é a irretroatividade, está revela a legalidade apresentando as regras do direito penal no tempo. É claro que a exigência de lei penal incriminadora apenas garante o indivíduo quando o permite conhecer a proibição de determinada conduta antes de praticá-la, ou seja, apenas a conduta anteriormente definida em lei como infração penal pode ser punida.

A Convenção de Viena de 1988, fere gravemente este princípio ao trazer uma nova figura de receptação específica ou reciclagem, origem das tipificações em legislações de diversos países do chamado “branqueamento” de capitais, que se tornaram campo fértil para o excesso punitivo, inclusive na criminalização de pós-fatos absorvíveis pelo crime antecedente.

Introduz, ainda, a mesma convenção, a instigação ou a indução em público por qualquer meio ao cometimento das condutas relacionadas ao tráfico ou à utilização das drogas ilícitas, deixando claro, assim, a indefinição da conduta fato este que vai de encontro ao princípio da legalidade.

Concluído assim por Maria Lúcia Karam⁵⁴:

“O princípio da legalidade, no campo penal, tem como um de seus principais corolários a exigência de que a lei disponha seus enunciados com clareza e precisão (princípio da determinação ou taxatividade da lei). Implicando no conhecimento prévio da proibição, para que possa ser exigida a abstenção da conduta proibida, o princípio da legalidade veda a formulação de dispositivos criminalizadores vagos e indeterminados. Cláusulas genéricas, conceitos indeterminados ou ambíguos equivalem a uma ausência de formulação legal.”

3.4 Da violação ao princípio vedação de dupla punição

54 Karam, Maria Lucia, Legislações Proibicionistas em Matéria de Drogas e os Direitos Fundamentais < revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/download/5456/3903 > acesso em 28/02/2013

O Princípio do *Non Bis In Idem*, embora não esteja expressamente previsto constitucionalmente, tem sua presença garantida no sistema jurídico-penal de um Estado Democrático de Direito.

Não se pode processar alguém duas vezes com base no mesmo fato, imputando-lhe dupla punição.

Veda-se, assim, a duplicidade de processo que teve por base o mesmo fato.

Essa vedação decorre da aplicação do princípio da segurança jurídica, assegurada por outros diversos princípios, tais como: irretroatividade da lei, coisa julgada, respeito aos direitos adquiridos, respeito ao ato jurídico perfeito, outorga de ampla defesa e contraditório aos acusados em geral, ficção do conhecimento obrigatório da lei, prévia lei para a configuração de crimes e transgressões e cominação de penas, declarações de direitos e garantias individuais, justiça social, devido processo legal, independência do Poder Judiciário, vedação de tribunais de exceção, vedação da dupla punição, entre outros.

Além disso, quando se atribui à reincidência um efeito gravoso está se somando um “plus punitivo”, que mesmo não tendo qualquer vinculação com a infração penal atual irá constituir uma nova apenação de uma outra conduta passada, pela qual o indivíduo já fora julgado e condenado.

Tratado desta forma por Maria Lúcia Karam⁵⁵:

“O rigor penal se expressa desde a recomendação de aplicação preferencial de pena privativa de liberdade, vinda na regra da alínea “a” do parágrafo 1 do artigo 36 da Convenção de 1961. No aprofundamento da repressão, a Convenção de Viena de 1988 introduz um extenso rol de circunstâncias qualificadoras ou causas de aumento de pena, que, adotadas nas legislações internas dos mais diversos Estados nacionais, elevam as penas previstas para os tipos básicos de crimes de tráfico, frequentemente já fixadas em quantidade excessivamente alta.

...

Na previsão de circunstâncias qualificadoras ou causas de aumento de pena, a Convenção de Viena inclui a reincidência, em particular a “específica”. Tal dispositivo, além de não se compatibilizar com o princípio da culpabilidade pelo ato realizado, que se vincula à afirmação da dignidade da pessoa, conflita com a norma do parágrafo 7 do artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que expressa a garantia da vedação de dupla punição pelo mesmo fato.”

3.5 Da violação ao princípio da isonomia

55 Karam, Maria Lucia, Legislações Proibicionistas em Matéria de Drogas e os Direitos Fundamentais < revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/download/5456/3903 > acesso em 28/02/2013

O princípio da igualdade ou da isonomia provavelmente tenha sido utilizado pela primeira vez em Atenas, na Grécia antiga, cerca de 508 A.C. por [Clístenes](#), o pai da democracia Ateniense. No entanto, sua concepção mais próxima do modelo atual data de 1.199 D.C., quando o Rei [João sem Terra](#) assina a Magna Carta Britânica, considerado o início da Monarquia Constitucional, de onde origina-se o princípio da legalidade, com o intuito de resguardar os direitos dos burgos, os quais o apoiaram na tomada do trono do então Rei Ricardo Coração de Leão.

Trata-se de um princípio jurídico disposto nas [constituições](#) de vários países que afirma que "todos são iguais perante a lei", independentemente da riqueza ou prestígio destes.

Tal princípio deve ser considerado em dois aspectos: o da igualdade na lei, a qual é destinada ao legislador, ou ao próprio Executivo, que, na elaboração das leis, atos normativos, e medidas provisórias, não poderão fazer nenhuma discriminação. E o da igualdade perante a lei, que se traduz na exigência de que os Poderes Executivo e Judiciário, na aplicação da lei, não façam qualquer discriminação.

O princípio está consagrado no art. 5º, caput, da CF “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Também está disperso por vários outros dispositivos constitucionais, tendo em vista a preocupação da Carta Magna em concretizar o direito a igualdade. Como por exemplo: a) igualdade racial (art. 4º, VIII); b) igualdade entre os sexos (art. 5º, I); c) igualdade de credo religioso (art. 5º, VIII); d) igualdade jurisdicional (art. 5º, XXXVII); e) igualdade trabalhista (art. 7º, XXXII); f) igualdade tributária (art. 150, II); g) nas relações internacionais (art. 4º, V); h) nas relações de trabalho (art. 7º, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV); i) na organização política (art. 19, III); j) na administração pública (art. 37, I). A isonomia deve ser efetiva com a igualdade da lei (a lei não poderá fazer nenhuma discriminação) e o da igualdade perante a lei (não deve haver discriminação na aplicação da lei).

Este princípio é assim tratado por José Fábio Rodrigues Maciel⁵⁶:

“A Declaração Universal dos Direitos Humanos determina, em seu primeiro artigo, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

56 Maciel, José Fábio Rodrigues; Formação Humanística em Direito; São Paulo: Sataiva. 2012. pag. 333

Percebe-se claramente nesse artigo a retomada da trilogia oriunda da Revolução Francesa, caracterizada pela liberdade, igualdade e fraternidade. Não basta que a Carta Magna determine em seu texto que deve ocorrer o nivelamento das desigualdades socioeconômicas, tão presentes na sociedade, deixem de primar pela ineficácia, como a tão propalada educação pública e de qualidade para todos; bela em palavras, mas que está bem longe de ser efetivada.”

Nas palavras de Pedro Lenza⁵⁷:

“O art. 5º, caput, consagra serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, na medida que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Isso porque, no Estado Social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei.

Essa busca por uma igualdade substancial, muitas vezes idealista, reconheça-se, eterniza-se na sempre lembrada, com emoção, Oração dos Moços, de Rui Barbosa, inspirado na lição secular de Aristóteles, devendo-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.”

Atacado desta forma por Maria Lúcia Karam⁵⁸, no que diz respeito a Convenção de Viena:

“Na Convenção de Viena de 1988, o rigor penal se expressa ainda nas recomendações de restrições ao livramento condicional de adoção de prazos diferenciados para uma prescrição que se quer prolongada. Assim estabelecendo um tratamento diferenciado, a partir de uma espécie abstrata de crime, sem qualquer relação com a finalidade e os fundamentos dos institutos considerados, a Convenção de Viena conflita com as normas contidas na primeira parte do artigo 7 da Declaração Universal de Direitos Humanos e do parágrafo 1 do artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que expressam o princípio da isonomia.

Diferenciações na concessão de livramento condicional, como em outras formas de progressão na execução da pena privativa de liberdade, só podem ser estabelecidas em razão de fatores concretos relacionados à aptidão do condenado em retornar ao convívio social, o que implica que qualquer consideração quanto à gravidade do crime só possa se fazer com base em parâmetros fixados a partir da pena efetivamente realizada. Alguém condenado, por exemplo, a 6 anos de reclusão por tráfico, sob este aspecto da gravidade do crime, está colocado em situação de absoluta igualdade à de quem foi condenado a pena de igual dimensão pela prática de outro crime qualquer, não podendo, assim, de acordo com o princípio da isonomia, pela mera razão de ter praticado um crime de tráfico, receber tratamento diferente.”

57 Lenza, Pedro; Direito Constitucional Esquematizado, São Paulo:Saraiva; 13 edição. 2009. pag. 679

58 Karam, Maria Lucia, Legislações Proibicionistas em Matéria de Drogas e os Direitos Fundamentais < revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/download/5456/3903> acesso em 28/02/2013

3.6 Da violação ao princípio da intervenção mínima

Pelo princípio da intervenção mínima, o Direito Penal deve se abster de intervir em condutas irrelevantes e só atuar quando estritamente necessário, mantendo-se subsidiário e fragmentário.

O princípio da intervenção mínima tem um papel fundamental em um Estado Democrático de Direito, pois evita que os autores dos denominados “crimes de bagatela” sejam enviados aos presídios tão somente porque sua conduta estava descrita em um tipo penal. A observância do potencial lesivo da conduta para a aplicação da pena pode ser vista como respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim explicitado por Francisco Muñoz Conde⁵⁹:

"O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do direito".

Muito bem definido por Marcelo Capez⁶⁰:

“Assenta-se na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 8º determinou que a lei só deve prever as penas estritamente necessárias. A intervenção mínima tem como ponto de partida a característica da fragmentariedade do Direito Penal. Este se apresenta por meio de pequenos *flashes*, que são pontos de luz na escuridão do universo. Trata-se de um gigantesco oceano de irrelevância, pontado por ilhas de tipicidade, enquanto o crime é um naufrago à deriva, procurando uma porção de terra na qual se possa chegar.”

Com a seguinte passagem de Luiz Luisi⁶¹:

“Nas legislações constitucionais e penais contemporâneas o princípio em causa, em geral, não se encontra explicitado. Mas, - segundo a precisa lição de Everardo da Cunha Luna, - é um princípio imanente que por seus vínculos com outros postulados

59 Conde, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. 2ª edição. Buenos Aires, Argentina: BdeF p. 59-60

60 Capez, Marcelo. *Curso de Direito Penal, Volume 1*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva. pag. 19

61 Luisi, Luiz, *Os Princípios Constitucionais Penais*, 2ª edição. Porto Alegre: PENA pág. 39

explícitos, e com os fundamentos do Estado de Direito se impõem ao legislador, e mesmo ao hermenêuta.”

Atacado desta forma por Maria Lúcia Karam⁶²:

“Função maior do ordenamento jurídico no Estado de direito democrático é limitar o exercício do poder estatal, submetendo à lei aqueles que o exercem, com vista a garantir a dignidade e, assim, a liberdade e o bem-estar de cada indivíduo. O ordenamento jurídico do Estado de direito democrático, em matéria penal e processual penal, não se volta para a investigação e a pressão exercidas para fazer valer o poder punitivo, voltando-se, ao contrário, para a tutela da liberdade como forma de limitação a este poder estatal.”

3.7 Da violação às garantias do estado de inocência

O princípio da Presunção de Inocência é no Brasil um dos princípios basilares do Direito, responsável por tutelar a liberdade dos indivíduos, sendo previsto pelo art. 5º, LVII da Constituição de 1988, que enuncia: “ninguém será considerado culpado até transitado em julgado de sentença penal condenatória”. Tendo em vista que a Constituição Federal é nossa lei suprema, toda a legislação infraconstitucional, portanto deverá absorver e obedecer tal princípio.

É certo que o Estado brasileiro tem direito e interesse em punir indivíduos que tenham condutas em desconformidade com a lei, podendo aplicar sanção a aqueles que cometem ilícitos. No entanto esse direito-dever de punir do Estado deve conviver e respeitar a liberdade pessoal, um bem jurídico do qual o cidadão não pode ser privado, senão dentro dos limites da lei.

Portanto, diante do cometimento de um ilícito, para que o Estado imponha pena, ele deverá respeitar o suposto autor de tal ilícito, dando-lhe todas as garantias constitucionais, e permitindo que este se defenda, e não tenha sua liberdade cerceada. Sendo necessário, portanto, que ocorra um processo, e enquanto não houver sentença transitada em julgado, em que o Estado prove a culpabilidade, o suposto autor será presumido inocente.

Assim definido por Guilherme Peña de Moraes⁶³:

62 Karam, Maria Lucia, Legislações Proibicionistas em Matéria de Drogas e os Direitos Fundamentais < revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/download/5456/3903 > acesso em 28/02/2013

“Norma de prova e norma de tratamento, uma vez que o ônus de demonstrar a real ocorrência dos fatos constitutivos do direito de punir do Estado cabe integralmente à acusação, sob pena de absolvição, assim como o acusado não pode ser tratado como culpado, sendo manifesta a diferenciação entre indiciado (pessoa contra a qual foi instaurado inquérito policial), acusado (pessoa contra a qual foi deduzida pretensão punitiva em juízo ou tribunal), condenado (pessoa contra a qual foi proferida sentença penal condenatória revestida pela coisa julgada material), respectivamente. Em suma, a presunção de inocência encerra duas orientações: uma é correlativa aos ônus da prova, de forma que o ônus de demonstrar os fatos imputados na denúncia ou queixa é imposto ao Ministério Público ou querelante, enquanto a outra é correlata à prisão provisória, de modo que a restrição da liberdade de locomoção do imputado, durante a persecução criminal, é medida excepcional.”

Assim comentado quanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos por Maria Lúcia Karam⁶⁴:

“Desprezando a garantia do estado de inocência, expressa nas normas do parágrafo 1 do artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do parágrafo 2 do artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, diversas legislações invertem o princípio da excepcionalidade da prisão imposta no curso do processo (prisão que não decorrendo de condenação definitiva não tem a natureza de pena), para tornar a prisão preventiva ou outras formas de prisão processual a regra ou uma imposição.

Tome-se o exemplo do Brasil. A regra do artigo 44 da nova Lei 11.343/06 institui na vedação à liberdade provisória, repetindo dispositivo introduzido no ordenamento jurídico brasileiro Lei 8.072/90, que marca o início da produção de leis de emergência ou de exceção após a redemocratização do Brasil. A clara violação à garantia do estado de inocência, configurada nessa criada modalidade de prisão processual obrigatória, presente ainda em outros dispositivos da legislação brasileira, já vinha sendo incidentalmente declarada em diversos pronunciamentos da maioria dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, até que a Lei 11.464, de 28 de março de 2007, modificou o inciso II do artigo 2º da Lei 8.072/90, dali excluindo a vedação à liberdade provisória e assim revogando implicitamente a regra do artigo 44 da Lei 11.343/06 neste ponto.”

3.8 Da criminalização da posse para uso pessoal e a violação ao princípio da lesividade

O princípio da lesividade, como já explicitado anteriormente, é aquele em que uma conduta só poderá ser objeto de criminalização quando de maneira concreta e significativamente afete um bem jurídico relacionado a direitos individuais concretos.

63 Moraes, Guilherme Peña, Curso de Direito Constitucional, 3ª edição. São Paulo:Atlas pág. 106 e 107

64 Karam, Maria Lucia, Legislações Proibicionistas em Matéria de Drogas e os Direitos Fundamentais < revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/download/5456/3903 > acesso em 28/02/2013

A lesão, ou perigo de, ao bem jurídico demonstra exatamente quando alguém vem a perturbar ou impedir a vida privada de uma pessoa.

A simples posse para uso pessoal das drogas tidas como ilícitas ou seu consumo em situações que não envolvem perigo concreto, são condutas que dizem respeito apenas ao indivíduo, à sua intimidade e às suas opções pessoais.

Não deve o Estado intervir sobre condutas de tal natureza, seja com qual for o tipo de sanção.

A imposição aos consumidores de drogas tidas como ilícitas a penas explícitas ou sanções administrativas e médicas revela uma autoritária intervenção do Estado em suas vidas privadas.

Analisado desta forma perante as Convenções Internacionais por Maria Lúcia Karam⁶⁵:

“A nocividade de uma conduta privada poderá ser motivo para ponderações ou persuasões, mas nunca para que o supostamente prejudicado seja obrigado a deixas de praticá-la. Faz parte da liberdade, da intimidade e da vida privada a opção por fazer coisas que pareçam para os outros – ou que até, efetivamente, sejam – erradas, “feias”, imorais ou nocivas para si mesmo.

...

A Convenção de Viena de 1988 explicita a imposição da criminalização da posse para uso pessoal das substâncias e matérias primas tornadas ilícitas [parágrafo 2 do artigo 3]

Ao tratar das penas [parágrafo 4 do artigo 3], admite, como já o fazia a Convenção de 1961, a aplicação ao consumido de medidas de tratamento, educação, pós-tratamento, reabilitação ou reinserção social, substitutivas ou complementares à condenação.

O aparente abrandamento, que estaria a se contrapor ao rigor punitivo destinado ao “tráfico”, não esconde, porém, a violação ao princípio da lesividade e, assim, o conflito do parágrafo 2 do artigo 3 da Convenção de Viena com a já citada norma do artigo 9 do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, que consagra a cláusula fundamental do devido processo legal.

Tampouco esconde o conflito com a primeira parte das normas do artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do artigo 17 do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, que, assegurando o respeito à vida privada, se vinculam ao sentido do princípio da legalidade como expressado no parágrafo 2 do artigo 29 da Declaração Universal Dos Direitos Humanos.”

65 Karam, Maria Lucia, Legislações Proibicionistas em Matéria de Drogas e os Direitos Fundamentais < revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/download/5456/3903 > acesso em 28/02/2013

Capítulo 4: Do Controle de Constitucionalidade

O objetivo maior do Direito Constitucional é o que se chama de “filragem constitucional”. Isso quer dizer que todas as espécies normativas do ordenamento jurídico devem existir, ser consideradas como válidas e analisadas sempre sob à luz da Constituição Federal. Através dessa observância é que se afere se elas são ou não constitucionais. É nesse momento que entra o controle de constitucionalidade, para observar se as leis e normas estão compatíveis com a Carta Magna.

Nas palavras de Alexandre de Moraes⁶⁶:

“A ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nelas o fundamento do controle PE o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la.”

66 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23 edição. São Paulo: Atlas. 2008. pag. 699

Chama-se de compatibilidade vertical, pois é a CF quem rege todas as outras espécies normativas de modo hierárquico, tanto do ponto de vista formal (procedimental), quanto material (conteúdo da norma).

É notório que o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil sofreu significativa reforma com o advento da Constituição de 1988. Muito embora o sistema constitucional tenha preservado o controle de constitucionalidade difuso-concreto.

O controle jurisdicional é a faculdade que as Constituições conferem ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais.

O controle feito pelo Judiciário se dá, quase sempre, a título repressivo, portanto, incidindo já sobre a norma, o ato normativo aperfeiçoado. Mas também pode se dar, excepcionalmente, a título preventivo, incidindo sobre o processo legislativo.

Ademais, o sistema constitucional jurisdicional repressivo conhece dois critérios de controle da constitucionalidade: o controle difuso – no qual o controle de constitucionalidade é exercido por todos os membros do Poder Judiciário – e o controle concentrado – no qual o exercício do controle é deferido somente ao Tribunal de Cúpula do Poder Judiciário (no caso brasileiro, o controle concentrado de constitucionalidade é realizado pelo Supremo Tribunal Federal) ou a uma Corte Especial.

Desta forma conclui Alexandre de Moraes⁶⁷ que:

“O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.”

No Brasil, a doutrina especializada considera dois os meios de controle de constitucionalidade:

Incidental ou via de defesa: há decisão sobre um fato concreto, onde o juiz decide apenas sob o litígio em questão;

Principal ou via de ação: neste caso, uma ação própria irá buscar a inconstitucionalidade da norma;

A decisão de inconstitucionalidade pode ainda assumir duas naturezas:

67 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23 edição. São Paulo: Atlas. 2008. pag. 699

Inter partes: decisão que possui validade apenas para as partes de onde se originou a questão de inconstitucionalidade;

Erga omnes: a decisão de inconstitucionalidade passa a valer para todos.

Considerados estes critérios que caracterizarão o controle repressivo constitucional, são quatro as principais ações para se dirimir a dúvida da lei ou ato normativo estadual ou federal:

1 - Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn): regulada no artigo 102, I, a, da Constituição Federal, esta ação visa declarar a inconstitucionalidade de lei ou norma infraconstitucional estadual ou federal. Deve-se indicar o artigo ou dispositivo constitucional afrontado.

Possuem legitimidade para propor a ADIn: o Presidente da República; o Procurador Geral da República; os Governadores dos Estados e o Governador do Distrito Federal; as mesas (órgãos administrativos) da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Câmara Legislativa do Distrito Federal; partidos políticos com representação no Congresso Nacional; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); entidades de classe de âmbito nacional; confederações sindicais.

2 - Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC): regulada no parágrafo 2º do artigo 102, da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional número 3 de 1993. O objetivo da ADC é transferir ao STF a decisão sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal que esteja sendo duramente atacado pelos juízes e tribunais inferiores, afastando-se o controle difuso da constitucionalidade. Uma vez que declarada a constitucionalidade da norma, o Judiciário e, também, o Executivo ficam vinculados à decisão proferida. Possuem legitimidade para propor a ADC os mesmos com legitimidade para propor a ADIn.

3 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF): regulada no parágrafo 1º do artigo 102, da Constituição Federal, recebeu complemento através da Lei número 9882/99. O objetivo da ADC é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, bem como solucionar controvérsia constitucional a respeito de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição da República. Possuem legitimidade para propor a ADPF os mesmos com legitimidade para propor a ADIn.

4 - Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva: Esta modalidade, muitas vezes não inclusa em muitos artigos sobre inconstitucionalidade possui dupla finalidade, pois busca, juridicamente, a declaração de inconstitucionalidade formal e material de lei ou ato normativo estadual, e politicamente, a decretação de intervenção federal no Estado-membro ou Distrito Federal exercendo um controle direto, para fins concretos. As razões que podem ensejar a

intervenção estão expressas taxativamente nos artigos 34 inciso VII e 35 IV da Constituição Federal. O único legitimado ativo para sua propositura é o Procurador Geral da República.

IV.1 Da Ação declaratória de Inconstitucionalidade (ADIn):

A Ação Direta de Inconstitucionalidade visa garantir a supremacia da Constituição Federal, prevalecendo sobre qualquer outra norma do ordenamento jurídico. Se presta a obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital.

Via de regra, a competência para julga-la e processa-la é do Supremo Tribunal Federal, mas em alguns casos, serão competentes os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados.

Conforme Arts. 102⁶⁸ e 125⁶⁹ da CRFB:

“Compete ao Supremo Tribunal Federal, percipualemente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I- processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.”

“Art. 125- Os Estados organizaram sua Justiça, observados os princípios nesta Constituição.

...

§ 2º- Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.”

Logo, não há controle de constitucionalidade, em face da Constituição Federal, por meio de ADIN, quando estão em pauta leis ou atos normativos municipais.

Conforme preceitua o art. 22 da Lei 9.868/99, a decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.

68 < http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf101a103.htm > Acesso em 27/04/2013

69 < http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_13.07.2010/art_125_.shtm > Acesso em 27/04/2013

Entretanto, para declarar a inconstitucionalidade da Lei ou do Ato Normativo é necessário o voto de seis ministros do Supremo Tribunal Federal, ou seja, maioria absoluta dos membros do STF.

Nem todos os legitimados ativos podem propor qualquer ação direta, exigindo-se para alguns o requisito da pertinência temática, isto é, deve existir relação entre a norma impugnada e as atividades institucionais do requerente.

Deste modo, presume-se de forma absoluta a pertinência temática nos casos do Presidente da República, Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, Procurador-Geral da República, partido político com representação no Congresso Nacional e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em face de suas próprias atribuições institucionais, dando-se o fenômeno da legitimação ativa universal.

Por outro lado, exige-se a prova da pertinência quando a ação direta é ajuizada pela Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador do Estado ou do Distrito Federal e confederações sindicais ou entidades de âmbito nacional.

Salvo o Procurador Geral da República os demais interessados deverão constituir advogado, atendendo-se ao princípio da capacidade postulatória.

Na petição de ação direta de inconstitucionalidade deverá ser exposto os fundamentos jurídicos, bem como, os pedidos ao final, não se admitindo alegações genéricas.

No mesmo sentido o doutrinador Alexandre de Moraes⁷⁰ explica que “a petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade, que permitirá aditamentos, desde que antes da requisição de informações ao órgão editor do ato impugnado, “deverá expor os fundamentos jurídicos do pedido com relação às normas impugnadas, não sendo admitida alegação genérica sem demonstração compatível e razoável”, nem tampouco ataque generalizado a diversas leis ou atos normativos com alegações por amostragem”.

O artigo 102, da Constituição Federal prevê a concessão da medida liminar na ação direta de inconstitucionalidade. De acordo com este artigo é possível a concessão de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade. Em princípio o efeito é *ex nunc*, mas o Supremo Tribunal Federal admite em alguns casos com efeito *ex tunc*.

O Advogado Geral da União deverá no prazo de 15 (quinze) dias apresentar sua defesa, e, após será dado vista ao Procurador Geral da república para manifestação, também no mesmo prazo.

70 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23ª edição. São Paulo: Atlas. 2001. pag. 739

Em relação a este tópico, Alexandre de Moraes⁷¹ observa que:

“Será citado o Advogado-Geral da União para que apresente defesa do ato impugnado, recebidas às informações, ou mesmo sem elas, abrindo-se vistas ao Procurador Geral da República, que deverá manifestar-se sucessivamente, no prazo de 15 dias”.

Em todos os processos os quais sejam de competência do STF o Procurador Geral da República, de acordo com o artigo 103 da CRFB, será ouvido.

A manifestação de terceiros só será cabível caso o relator do processo verifique a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, em decisão irrecurável.

Acerca da instrução explica Alexandre de Moraes⁷² que:

“A lei, ainda, autoriza o relator a solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais em relação à aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição. Em qualquer dessas hipóteses, o prazo para manifestação será de 30 dias, a partir da solicitação do relator”.

É o Plenário do Supremo Tribunal Federal quem realiza o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, observado o art. 97 da Constituição Federal⁷³:

“Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

Para a instalação da sessão de julgamento se faz necessário o quorum mínimo de oito Ministros e não caberá deste julgado, em hipótese alguma, ação rescisória.

A declaração de inconstitucionalidade na ação direta produz efeito *erga omnes* e *ex tunc*.

71 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23ª edição. São Paulo: Atlas. 2001. pag. 740

72 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23ª edição. São Paulo: Atlas. 2001. pag. 744

73 < http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf092a100.htm > Acesso em 27/04/2013

O doutrinador Alexandre de Moraes⁷⁴ ensina que “declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos.”

Conforme dispõe expressamente o art. 26 da Lei 9868/99, não se admite a interposição de recurso contra a decisão proferida no julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade, salvo os embargos de terceiros.

Portanto, não há cabimento de recurso, vez que da sentença que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo se constitui a coisa julgada material, não sendo passível nem mesmo de reiteração do pedido, ainda que sob um novo fundamento. Logo, desta decisão não cabe também ação rescisória.

Todos os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário serão vinculados obrigatoriamente pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, onde deverá pautar o exercício e as funções da Corte Suprema.

CONCLUSÃO

74 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23ª edição. São Paulo: Atlas. 2001. pag. 744

Não é de hoje que se discute o que se quer com a famigerada “Guerra as Drogas” e suas consequências perante a sociedade. Sabe-se que proibir com certeza não é a solução, contudo as governanças não visualizam muitas saídas, como por exemplo a branda e ineficaz descriminalização, bem como, também, a legalização de algumas drogas.

A proibição das drogas teve seu maior impulso após a primeira guerra mundial, com a ascensão da influência norte-americana pelo mundo, em 1920 quando os Estados Unidos implementaram a Lei Seca. Com duração de exatos 13 anos a Lei Seca norte-americana foi responsável pela criação de um departamento voltado apenas para repressão as bebidas alcoólicas, o *Bureau of Prohibition*.

O seu fim era claro, como, também, óbvio. Após um enorme fracasso, pelo aumento do consumo do álcool não só em quantidade mas, também, em pior qualidade, que com procura acabava gerando a oferta, formando, assim, um grande cartel envolvendo violência, sonegação fiscal, fraudes e uma enorme rede de corrupção.

Com a chegada da quebra da Bolsa de Valor de Nova York, as taxas de desemprego multiplicava diariamente, sendo certo que um a cada quatro norte-americanos se encontrava desemprego, outra alternativa não restou senão aceitar o clamor público pela legalização das bebidas alcoólicas, criando, por via de consequência, milhares de empregos, estimulando a economia e enchendo novamente o bolso das instituições públicas através do recolhimento de impostos.

Do outro lado do globo se encontrava a Inglaterra, produtora de fibra de cannabis para diversos tipos de uso, enriquecendo cada dia mais e que, ainda, se encontrava explorando o mercado de ópio chinês.

Desta forma, em busca do enfraquecimento da economia inglesa e com a necessidade de manutenção da *Bureau of Prohibition* os Estados Unidos com o apoio da igreja, indústrias e da burguesia, implementa, sob a justificativa da busca pela volta dos bons costumes, a proibição das drogas, que em 1961 passa a ter valor mundial com a assinatura por grande parte dos membros da ONU a Convenção Única de Entorpecentes, da qual o Brasil fez parte.

No Brasil, a proibição não foi nada diferente. Também pautada pelo aspecto do controle social, a primeira lei editada sob o tema, em 1830, penalizava a venda e o uso do “pito do pango”, sendo que o vendedor, geralmente branco, multado e os escravos e outras pessoas que dele usassem, em 3 dias de cadeia. Permanecendo-se assim até 1932, quando passa a fazer parte da lista de substâncias proscritas e sendo mais ainda associada aos negros, pobres, mulatos e criminalidade.

Tornando-se o segundo país no mundo a considerar tão nocivo o uso de entorpecentes como o de anfetamínicos e alucinógeno, que com a chegada da ditadura militar passou a cominar o artigo 25 do Código Penal existente a época com o artigo 281 do Código de Processo Penal, também de mesma época. Passa, assim, claramente, a diferenciar como bem quer os usuários de traficantes.

Diferenciação que perdurou até 1971, quando o Brasil aprovou a lei 5.7626/71 deixando de considerar o dependente um criminoso, contudo o preconceito social antes já evidenciado continuava a imperar, deixando de diferenciar o usuário do traficante. Recaindo, desta forma, nas mãos da autoridade policial a qualificação do indivíduo, geralmente pautada em lugar, cor da pele, roupa, residência e dinheiro.

A atual lei de drogas tenta esboçar uma tentativa de prevenção de usuários mas, contudo, permanece calada no que diz respeito a tipificação pessoal, ferindo claramente os direitos fundamentais elencados não apenas em tratados internacionais, como, também, a própria Magna Carta.

Os direitos fundamentais, em uma perspectiva mundial, são resultado do movimento de constitucionalização do começo do século XVIII e são internacionalmente reconhecidos desde 1948 com a Declaração da Organizações das Nações Unidas de 1948, após a 2ª Guerra Mundial, que editou a Declaração Universal dos Direitos do Homem. São definidos como direitos inerentes à pessoa humana e pré-existente ao ordenamento jurídico, decorrendo da própria natureza do homem.

No Brasil estes estão presentes desde a Constituição de 1824, a mesma garantia a inviolabilidade dos Direitos Cíveis e Políticos, principalmente a segurança individual, a liberdade e a propriedade.

A inovadora Constituição de 1988 trata dos direitos fundamentais antes mesmo de tratar da organização do Estado, incorporando junto à proteção dos direitos individuais e sociais a tutela dos direitos difusos e coletivos, como a Dignidade da Pessoa Humana, o Direito a Vida, o Direito a Liberdade, o Direito a Igualdade e o Direito a Saúde.

A Dignidade da Pessoa Humana, engloba os direitos fundamentais, que são os direitos humanos positivados em nível interno, e os direitos humanos no que tange as declarações e convenções internacionais. Identifica que só pela sua existência, toda e qualquer pessoa, tem sua integridade moral assegurada, sendo certo que isto não deve isentar a atividade estatal de investigação penal.

O Direito a Vida, como bem trata o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, é aquele direito inerente à pessoa humana, pois sem ele o exercício de outros

direitos como liberdade, igualdade, entre outros, não haveriam de serem tuteladas e sequer existir. Ninguém poderá ser privado de sua vida, incluindo o direito de nascer, permanecer vivo, defender sua vida e segui-la como quiser.

O Direito a Liberdade, que se encontra no 1º artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é imprescindível para qualquer Estado democrático de direito, pode-se dizer que se traduz como uma prerrogativa do mesmo e é tido como a faculdade de alguém poder ou não fazer algo. Sendo certo que esta atitude caso não venha ferir a esfera da liberdade de outro não será passível de punição.

O Direito a igualdade tem-se como princípio e tem sede constitucional, sendo mencionado também no preâmbulo de nossa Constituição. Tem a finalidade de afastar privilégios injustificados, ajudando na diminuição dos efeitos decorrentes das desigualdades, seja ela formal ou material. É a busca pela equiparação de todos os cidadãos sob todos os aspectos.

O Direito a Saúde está constitucionalmente assegurado conforme artigos 6 e 196, sendo certo que por este último poderá o cidadão exigir da União, dos estados e dos municípios, seja através da prevenção ou da recuperação de sua saúde. Conforme já declarou a Organização Mundial da Saúde, é um direito fundamental do homem.

No que tange as Convenções da ONU e as Declarações Universais de Direitos temos que em quanto por um lado era aprovada na Convenção Única de 1961 a ONU declarava que algumas substâncias psicotrópicas eram um perigo social e econômico, em seu preâmbulo, e que a posse e a compra de entorpecentes deveriam ser consideradas delituosas pelo artigo 36, de outro lado se tinha o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos declarando que poderá sofrer ingerências arbitrárias e ilegais em sua vida e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também de 1966, reconhecia o direito de qualquer pessoa poder desfrutar do mais alto nível de saúde física e mental, como bem quisesse.

Desta forma a proibição das drogas fere o princípio da lesividade, proporcionalidade, legalidade, vedação de dupla punição, isonomia, intervenção mínima e inocência.

O princípio da lesividade é aquele em que uma conduta só poderá ser objeto de criminalização quando de maneira concreta afete um bem jurídico de outro.

O princípio da proporcionalidade é aquele que trata da proporcionalidade da pena com a gravidade da ofensa cometida.

O princípio da legalidade é aquele em que ninguém poderá ser punido se não houver lei previa anterior que defina tal crime e sem prévia cominação legal.

A vedação de dupla punição é aquele princípio em que ninguém poderá ser punido duas vezes pelo mesmo fato.

O princípio da isonomia é aquele que prevê que todos devem ser iguais perante a lei.

O princípio da intervenção mínima diz que o Direito Penal deve abrir mão de intervir em condutas irrelevantes.

O princípio da presunção de inocência é aquele em que o Estado deve respeitar e conviver com a liberdade pessoal, onde ninguém pode ser culpado sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Conclui-se, assim, que a lei atual antidrogas é completamente inconstitucional, contrariando não apenas Magna Carta nacional e os direitos fundamentais nela elencados, como, também, diversos tratados internacionais e princípios do direito penal. Necessitando, assim, passar pelo controle de constitucionalidade.

O Controle de Constitucionalidade, em outras palavras, é a filtragem constitucional, é o ato de confrontar toda e qualquer lei com a atual constituição em vigor. Isto quer dizer que toda e qualquer lei para entrar em vigor deve estar em conformidade com a Magna Carta brasileira.

Contudo, certo é que nem sempre este controle se dará de maneira preventiva, pelo processo legislativo, cabendo, na maioria das vezes, ao judiciário exercer seu poder repressivo. Pode-se dar pela via de defesa, na decisão de um fato em concreto, ou em via de ação, por via de ação própria de questionamento de inconstitucionalidade. Sendo certo que a decisão poderá ser *inter partes* ou *erga omnes*.

No que tange o uso de drogas, deve-se salientar que para buscar o questionamento da atual lei deve-se propor uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo em vista que sua proibição de uso, venda, produção etc vão de encontro com os direitos fundamentais e humanos, como bem explicitados anteriormente.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade visa garantir a supremacia da Constituição Federal. Via de regra a competência para processá-la e julgá-la é do Supremo Tribunal Federal e a declaração de inconstitucionalidade de uma lei produzirá efeito *erga omnes* e *ex tunc*.

Assim, por entender que a atual lei de drogas é inconstitucional, indo de encontro com os direitos fundamentais elencados não tão somente no Artigo 5º da CRFB, como também nos direitos humanos previstos em tratados e convenções internacionais, tem-se que a mesma deve passar pelo processo de controle de constitucionalidade repressivo por meio da propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidades por ferir o direito de escolha, o livre arbítrio, o direito sobre o próprio corpo, o direito a vida, o direito a liberdade, o direito a

saúde e, principalmente, a dignidade da pessoa humana, por interferir na vida individual, em sua crença e em suas diretrizes pessoais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional (Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas). 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2009

BARROS, André; É Racista a Criminalização da Maconha no Brasil. <<http://andrebarrospolitica.blogspot.com.br/2011/05/e-racista-criminalizacao-da-maconha-no.html>>

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 1ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978

BARCELLOS, Caco. Abusado: O Dono do Morro Dona Marta. 23ª edição Rio de Janeiro: Record. 2012.

BONAVIDES, Paulo Curso de Direito Constitucional, 7ª edição, São Paulo: Malheiros, 2000

BURGIERMAN, Denis Russo. O Fim da Guerra. São Paulo: Leya. 2011.

CARVALHO, Sallo de. A política criminal das drogas no Brasil. 2ª edição Rio de Janeiro: Luam, 1997

CAPEZ, Marcelo. Curso de Direito Penal, Volume 1, 8ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012

CONDE, Francisco Muñoz. Introducción al derecho penal, 2ª edição. Buenos Aires, Argentina: BdeF. 2001

DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 32ª edição. São Paulo: Malheiros. 2011.

DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 13ª edição. São Paulo: RT, 1993

DE CUPIS, Adriano. I Diritti della Personalità. 2ªed. Milão, Itália: Dott A. Giuffrè Editore. 1982

DEL OLMO, Rosa. A face oculta da droga. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

FERREIRA, Luís Pinto. Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno. 9ª edição. São Paulo: Saraiva. 1983

GRAMSTRUP, Erick Frederico O princípio da Igualdade <http://www.hottopos.com/videtur17/erik.htm#_ftn5>

JÚNIOR, Ary Lopes. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume I. 4ª edição. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS. 2009.

KARAM, Maria Lúcia: “Proibir as drogas é inconstitucional.” <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI5372-15223,00-MARIA+LUCIA+KARAM+PROIBIR+AS+DROGAS+E+INCONSTITUCIONAL.html>

- KARAM, Maria Lucia. Legislações Proibicionistas em Matéria de Drogas e os Direitos Fundamentais. revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/download/5456/3903
- KAUFMANN, Arthur. Filosofia do Direito. 2ª edição. Lisboa, Portugal: F CALOUSTE. 2004
- LENZA, Pedro; Direito Constitucional Esquematizado, 13ª edição. São Paulo: Saraiva. 2009
- LUIZI, Luiz, Os Princípios Constitucionais Penais, 2ª edição. Porto Alegre: PENA. 2003
- MACIEL, José Fábio Rodrigues; Formação Humanística em Direito, São Paulo: Saraiva. 2012
- MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 23 edição. São Paulo: Atlas. 2008.
- MORAES, Guilherme Peña, Curso de Direito Constitucional, 3ª edição. São Paulo: Atlas. 2010.
- NICOLLIT, André. Manual de Processo Penal. 2ª Edição, atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- ORDACGY, André da Silva. A Tutela de Saúde como um Direito Fundamental do Cidadão <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf>
- PASOLD, Cesar Luiz. Direito à saúde. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, n.15. Florianópolis:UFSC. 1987
- PARASCANDOLA, J. The drug habit: the association of the word 'drug' with abuse in american history. PORTER, R. & TEICH, M. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- PINHO, César Rebello. Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais. Sinopses Jurídicas. 4ª Edição, revisada. São Paulo: Saraiva, 2003
- PORTANOVA, Rui. Princípio Igualizador. AJURIS 62:280
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.
- WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. Uso de Drogas e Sistema Penal: Entre o Proibicionismo e a Redução de Danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.
- ZACCONE, Orlando. Acionistas do Nada: Quem São os Verdadeiros Traficantes de Drogas. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan. 2007
- Revista Carta Capital. Legalizem as Drogas. Ano XVIII. 748ª edição. Maio/2013.
- Revista Galileu. Maconha. 258ª edição. Janeiro/2013.

Revista SemSemente. Brotou. Ano I. 1ª edição. Maio/Junho 2012.

Revista Visão Jurídica. Sistema Carcerário Brasileiro. Ano IV. 59ª edição. Abril/2011.

Revista Visão Jurídica. Liberdade Provisória. Ano V. 69ª edição. Fevereiro/2012.

http://pt.wikipedia.org/wiki/Federal_Bureau_of_Investigation

<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=124>

<http://pt.shvoong.com/law-and-politics/constitutional-law/793921-controle-constitucionalidade/>

<http://www.planetamaconha.com/2011/10/conheca-historia-e-as-curiosidades-do.html>

<http://www.hempadao.blogspot.com/2012/01/politica-aqui-e-politica-la-hemportagem.html>

<http://maconhadalata.blogspot.com/2012/02/entrevista-vereador-cristiano-silva.html>

<http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,pequeno-trafficante-nao-vai-mais-para-prisao,837740,0.htm>

<http://liberaciondelcannabis.plantatuplanta.net/14294.html>

<http://www.guerracontraasdrogas.com.br/atual/historico.htm>

<http://pt.shvoong.com/medicine-and-health/1795356-origem-das-drogas/>

<http://contradominio-fkb.blogspot.com.br/2009/04/xangai-1909.html>

<http://www.encoded.org/info/HISTORIA-INTERNACIONAL-DA-DROGA.html>

http://www.fiocruz.br/ppghcs/media/tese_julio_adiala.pdf

<https://sites.google.com/site/ulyssesbeolchijrdq/drogas-o-que-preciso-saber/historia-das-drogas>

<http://super.abril.com.br/ciencia/drogas-5-mil-anos-viagem-446230.shtml>

<http://www.historiadetudo.com/cocaina.html>

<http://revolucionibus.com/BreveHistoriadasDrogas.htm>

<http://pt-br.paperblog.com/uma-breve-historia-das-drogas-66799/>

http://www.faac.unesp.br/direitos-humanos/Anais_III_Encontro/arquivos/trab/pdf/5/4.pdf

<http://www.comunidadessegura.org/pt-br/MATERIA-Narcofobia-politica-de-drogas-e-direitos-humanos>

<http://www.andi.org.br/inclusao-e-sustentabilidade/publicacao/midia-e-drogas-o-perfil-do-uso-e-do-usuario-na-imprensa-brasi>

http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/dignidade_direito_absoluto.pdf

http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0613190_08_cap_02.pdf

http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15479-15480-1-PB.pdf>

<http://www2.tjce.jus.br:8080/dike/wp-content/uploads/2010/11/Rosa-Mistica.pdf>

<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/195/194>

<http://www.coladaweb.com/direito/direito-a-liberdade>

http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/estaduais/pb/cartilhafb/31_direitovida.html

<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/229/213>

<http://pt.scribd.com/srspinheiro/d/95504953/7-Capitulo-II-Do-Direito-a-Liberdade-ao-Respeito-e-a-Dignidade>

<http://www.viveresaber.com.br/vs/index.php/conhecimento/120-liberdade-um-direito-e-uma-determinacao>

<http://monografias.brasilecola.com/direito/direito-igualdade.htm>

<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3509/O-direito-a-igualdade-que-discrimina>

<http://www.slideshare.net/mbdmm/direito-a-igualdade>

<http://pauloqueiroz.net/a-proposito-do-principio-da-igualdade/>

http://anajus.org/home/index.php?option=com_content&view=article&id=2893:principio-constitucional-da-igualdade&catid=8:novidades&Itemid=12

<http://jus.com.br/revista/texto/4839/o-direito-a-saude-no-brasil-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais>

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf

<http://jus.com.br/revista/texto/7648/direito-a-saude-como-direito-de-cidadania>

http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf

<http://www.artigonal.com/direito-artigos/a-saude-e-direito-de-todos-e-dever-do-estado-784758.html>

http://www.passeja.com.br/file/download/Os_direitos_fundamentais_na_constituicao.pdf

<http://www.tvjustica.jus.br/documentos/Joao%20Trindade%20-%20Teoria%20Geral%20dos%20direitos%20fundamentais.pdf>

<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/180507.pdf>

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414

<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/lilith-abrantes-bellino.pdf>

<http://ww1.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00001554.pdf>

http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf

<http://eprecisomudar.com.br/>

<http://pt.scribd.com/doc/51543185/58/Objeto-do-Direito-Internacional-Privado>

<http://www.professorajuliana.adv.br/web/materialdeapoio/apostilas/Apostila%20Dir%20Internacional%20Privado%20I.pdf>

<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/11/argentina-declara-inconstitucional-punicao-a-cultivo-de-maconha.html>

http://www.unodc.org/documents/southerncone//Topics_drugs/WDR/2012/WDR_2012_References_to_Brazil_PRT.pdf

<http://www.unodc.org/southerncone/es/drogas/relatorio-mundial-sobre-drogas.html>

<http://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5208/3741>

<http://denispetuco.blogspot.com.br/2010/12/drogas-e-cidadania.html>

<http://www.abdconst.com.br/revista3/franciscobeltrao.pdf>

<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1924/Controle-de-constitucionalidade>

<http://atualidadesdodireito.com.br/mateuspierononi/2012/01/22/breve-analise-do-controle-de-constitucionalidade-no-direito-brasileiro/>

“

SENTENZA Suprema Corte Italiana no Acórdão 25674

sul ricorso proposto dal Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Catanzaro; nei confronti di:

1) M.G., n. a (OMISSIS); avverso la sentenza del G.U.P. del Tribunale di Paola del 22/10/2009 (nr. 301/09; n. reg. gen. 1453/09);

udita la relazione fatta dal Consigliere dott. Fausto Izzo; udita la richiesta del P.G. dott. Alfredo Montagna, che ha chiesto l'annullamento con rinvio della sentenza.

RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza del 22/10/2009 il G.U.P. del Tribunale di Paola, in sede di udienza preliminare, dichiarava non luogo a procedere nei confronti di M.G. per il delitto di cui al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, per la coltivazione di una piantina di canapa indiana (acc. in Scalea - CS - il 26/10/2008).

Osservava il giudice di merito che sebbene la giurisprudenza di legittimità avesse stabilito il principio della punibilità della coltivazione di sostanza stupefacente, anche se domestica, pur sempre la condotta tipica doveva essere connotata dalla offensività. Nel caso di specie, la coltivazione di una sola piantina non era idonea porre in pericolo il bene della salute pubblica o della sicurezza pubblica, con la conseguente non configurabilità del delitto contestato.

2. Avverso la sentenza ha proposto ricorso il Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Catanzaro, lamentando la erronea applicazione della legge penale, in quanto la inoffensività della condotta è delimitata alle sole ipotesi di inidoneità della sostanza a determinare un effetto stupefacente, nel caso di specie, invece, presente secondo quanto accertato attraverso analisi gas- cromatografiche.

CONSIDERATO IN DIRITTO

3. Il ricorso è infondato e deve essere rigettato.

3.1. Va premesso che questa Corte di legittimità ha statuito di recente che la coltivazione di stupefacenti, sia essa svolta a livello industriale o domestico, costituisce reato anche quando sia realizzata per la destinazione del prodotto ad uso personale (cfr. Cass. Sez. U, Sentenza n. 28605 del 24/04/2008 Ud. (dep. 10/07/2008), Di Salvia, Rv. 239920).

Ciò premesso, la stessa giurisprudenza di legittimità ha più volte precisato che "Ai fini della punibilità della coltivazione non autorizzata di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, spetta al giudice verificare in concreto l'offensività della condotta ovvero l'idoneità della sostanza ricavata a produrre un effetto drogante rilevabile" (Cass. Sez. U, Sentenza n. 28605 del 24/04/2008 Ud. (dep. 10/07/2008), Di Salvia, Rv. 239921; Cass. Conforme, Sez. U. 24 aprile 2008, Valletta; Cass. Sez. 4, Sentenza n. 1222 del 28/10/2008 Ud. (dep. 14/01/2009), Nicoletti, Rv. 242371).

3.2. In tema di principio di offensività, va osservato che esso può essere riguardato da due punti di vista: come criterio guida per il legislatore e come ausilio per l'interprete nella valutazione della tipicità di una determinata condotta.

Dal primo punto di vista, la necessaria "frammentarietà" del diritto penale comporta che il legislatore si determini a configurare come reato un fatto quale estrema ratio, e cioè solo quando per la tutela di interessi non contingenti ritenga "ragionevole" il sacrificio della libertà individuale immanente alla sanzione penale (principio di legalità sostanziale).

Nella selezione di fatti costituenti reato il legislatore deve essere guidato dalla valutazione del valore del bene giuridico che si intende tutelare, ma anche da finalità immediate determinate dal contesto storico e sociale.

Tale potere del legislatore è discrezionale e quindi insindacabile, con l'unico limite, come atto, della manifesta irragionevolezza:

invero la violazione di tale limite potrebbe portare a configurare una illegittimità costituzionale della norma per violazione degli artt. 3 e 13 della Costituzione.

Ma l'aspetto che qui maggiormente interessa è il principio di "necessaria" offensività del reato, come criterio guida per l'interprete onde valutare la tipicità della condotta.

Come è noto, si ha "tipicità" del fatto, quando questo corrisponde perfettamente alla fattispecie astratta prevista dalla norma incriminatrice.

*Secondo la più attenta dottrina e giurisprudenza, la mera aderenza del fatto alla norma di per sé non integra il reato, essendo necessario anche che la condotta sia effettivamente lesiva del bene giuridico protetto dalla norma : non solo quindi **"nullum crimen sine lege"** ma anche **"nullum crimen sine iniuria"**.*

Secondo i sostenitori della "concezione realistica", la previsione del reato non mira a punire la mera disobbedienza alla norma, ma la condotta effettivamente lesiva del bene protetto: in tale ottica il reato non può che essere un "fatto tipico offensivo". Il principio di offensività deve ritenersi essere stato costituzionalizzato nel nostro ordinamento. A riprova di ciò vi sono gli artt. 25 e 27 Cost. che distinguono tra pene e misure di sicurezza, le prime dirette a colpire fatti offensivi, le seconde, la mera pericolosità del soggetto. Ancora, significativo in tale ottica. E l'art. 13

Cost. che consente il sacrificio della libertà (connesso alla pena) solo in presenza della necessità di tutela di un concreto interesse.

La necessaria offensività del reato si desume, inoltre, dalla disposizione di cui all'art. 49 c.p., comma 2 che prevede la non punibilità del reato impossibile. Tale norma, lungi dall'essere un inutile duplicato dell'art. 56 c.p. (laddove non prevede la punibilità del tentativo inidoneo), ha una sua propria autonomia se interpretata nel senso di ritenere non punibili quelle condotte solo apparentemente consumate e quindi aderenti al tipo, ma in realtà totalmente deficitarie di lesività secondo una valutazione effettuata "ex post".

Dell'esistenza del detto principio vi è traccia sia nella giurisprudenza costituzionale che in quella ordinaria.

Con la sentenza n. 62 del 26/3/1986 la Corte Costituzionale, dichiarando non fondata una questione relativa alla normativa sulle armi ed esplosivi, affrontò per la prima volta la problematica della offensività e della sua "costituzionalizzazione". Il giudice delle leggi ebbe ad osservare che spetta al giudice individuare il bene od i beni tutelati attraverso l'incriminazione d'una determinata fattispecie tipica, nonché determinare, in concreto, ciò che, non raggiungendo la soglia dell'offensività dei beni in discussione, è fuori del penalmente rilevante. Inoltre, ribadendo che non era compito della Corte prendere posizione sul significato, nel sistema, del reato impossibile e se cioè esso, nella forma dell'inidoneità

dell'azione, costituisse il rovescio degli atti idonei di cui all'art. 56 c.p. oppure fosse espressione di un principio generale integratore del principio di tipicità formale di cui all'art. 1 c.p., sottolineava che l'art. 49 c.p., comma 2, non poteva non giovare all'interprete al fine di determinare in concreto, la soglia del penalmente rilevante.

Con altra pronuncia, la Corte Costituzionale ha precisato che diversa dal principio della offensività, come limite di rango costituzionale alla discrezionalità del legislatore penale ordinario, è la offensività specifica della singola condotta in concreto accertata. Ove questa sia assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico tutelato, viene meno la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta, proprio perché la indispensabile connotazione di offensività in generale di quest'ultima implica di riflesso la necessità che anche in concreto la offensività sia ravvisabile almeno in grado minimo, nella singola condotta dell'agente, in difetto di ciò venendo la fattispecie a rifluire nella figura del reato impossibile (art. 49 cod. pen.). La mancanza dell'offensività in concreto della condotta dell'agente non radica però alcuna questione di costituzionalità, ma implica soltanto un giudizio di merito devoluto al giudice ordinario (Corte Cost. 360 del 14/5/1995).

La giurisprudenza di merito e di legittimità, sebbene timidamente, hanno fatto appello al difetto di offensività per ritenere non punibile, a titolo esemplificativo, il tentato omicidio attraverso colpi sparati alla vittima protetta da un vetro antiproiettile (Cass. 1[^], 8527/1989, rv. 181564); la cessione di stupefacente con un principio attivo di scarsa capacità drogante (Cass. 4[^], 601/1997, rv. 208011; Cass. 4[^], 1222/2008, Rv. 242371); l'abuso d'ufficio, nel caso in cui esso incidere su un rapporto di lavoro oramai estinto (Cass. 6[^], 8406/1997, rv. 208852); la violazione di norme tributarie determinata da irregolarità del tutto sporadica e casuale (Cass. 3[^], 845U999, rv. 212305); il falso innocuo (Cass. 5[^], 7875/1987, rv.176302); il furto di merce di modesto valore (Trib. di Roma 2/5/2000). Peraltro, con molta cautela, il principio di offensività si va facendo strada anche nel diritto positivo: l'art. 27 del processo penale minorile, stabilisce che "Durante le indagini preliminari, se risulta la tenuità del fatto e la occasionalità del comportamento, il pubblico ministero chiede al giudice sentenza di non luogo procedere per irrilevanza del fatto quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minore".

Ancora, il D.Lgs. n. 274 del 2000, art. 34 (Giudice di pace), prevede la possibilità dell'archiviazione del procedimento nei casi di particolare tenuità. Secondo la disposizione, "Il fatto è di particolare tenuità quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato".

L'apertura mostrata dal legislatore verso la problematica dell'offensività appare destinata in futuro ad innovare tutto il sistema penale.

3.3. Ciò detto e venendo al caso di specie, è da ritenere che il giudice di merito abbia fatto buon governo dei principi illustrati, laddove ha riconosciuto a fronte delle oggettive circostanze del fatto e della modestia dell'attività posta in essere (coltivazione domestica di una piantina posta in un piccolo vaso sul terrazzo di casa, contenete un principio attivo di mg. 16), una condotta del tutto inoffensiva dei beni giuridici tutelati dalla norma incriminatrice. L'infondatezza del ricorso ne impone il rigetto."

