



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-vingnia-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 Cívicos 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

