



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

JULIANA SALGUEIRO SAEZ

**A LEI Nº 11.343/2006 À LUZ DO DIREITO PENAL DO INIMIGO:
a seletividade da política criminal nacional para drogas**

**JUIZ DE FORA
2019**

JULIANA SALGUEIRO SAEZ

A LEI Nº 11.343/2006 À LUZ DO DIREITO PENAL DO INIMIGO:

a seletividade da política criminal nacional para drogas

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Público sob orientação da Profa. Dra. Ellen Cristina Carmo Rodrigues.

JUIZ DE FORA

2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

JULIANA SALGUEIRO SAEZ

A LEI Nº 11.343/2006 À LUZ DO DIREITO PENAL DO INIMIGO:

a seletividade da política criminal nacional para drogas

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Público submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientadora: Prof. Dra. Ellen Cristina Carmo Rodrigues

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. João Beccon de Almeida Neto

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Leandro Oliveira Silva

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

Juiz de Fora, 18 de novembro de 2019

RESUMO

Sem a pretensão de esgotar a temática, mas visando propiciar contribuições que incitem o debate sobre a matéria, o presente trabalho acadêmico se propôs analisar a Lei 11.343/2006 à luz da Teoria do Direito Penal do inimigo, desenvolvida em 1985 por Günther Jakobs. Abordando as principais legislações sobre o tema, o histórico das políticas criminais destinadas ao combate às drogas e a legislação vigente, objetivou-se demonstrar, por meio de características e escolhas normativas, a incidência da teoria na legislação e política criminal para drogas, bem como a seletividade na formulação e aplicação da lei. Esta, como se verá, utiliza-se de um modelo criminal seletivo e direcionado ao encarceramento em massa de determinadas classes sociais, mais especificamente, dos jovens, negros, com baixa escolaridade e que, na maior parte dos casos, são pegos com pequenas quantidades de droga. Sendo assim, conclui-se pela imprescindibilidade da problematização da atuação do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e das agências estatais, visando alcançar uma reformulação das legislações e sua aplicação consoante com as garantias do Estado de Direito.

Palavras-chave: Direito Penal do inimigo, Lei nº 11.343/2006, Seletividade, Política criminal de drogas.

ABSTRACT

Without pretending to exhaust the subject, but aiming to provide contributions that incite debate on the subject, the present academic work aimed to analyze Law 11.343 / 2006 in the light of the Theory of Criminal Law of the enemy, developed in 1985 by Günther Jakobs. Addressing the main legislation on the subject, the history of criminal drug policies and current legislation, the objective was to demonstrate, through normative characteristics and choices, the incidence of the theory in drug law and criminal policy, as well as selectivity in the formulation and application of the law. This, as will be seen, uses a selective criminal model aimed at mass incarceration of certain social classes, more specifically, young, black, low-educated people who, in most cases, are caught with small quantities of drug. Thus, it is concluded that it is essential to problematize the performance of the Legislative Power, the Judiciary Power and state agencies, aiming to achieve a reformulation of laws and their application in accordance with the guarantees of the rule of law.

Keywords: Enemy Criminal Law, Law No. 11,343/2006, Selectivity, Criminal drug policy.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	ASPECTOS DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	7
3	HISTÓRICO DA POLÍTICA CRIMINAL DESTINADA AO COMBATE ÀS DROGAS NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA	10
4	A ESTRUTURA DE PUNIBILIDADE DA LEI Nº 11.343/06 E A ATUAL POLÍTICA CRIMINAL NACIONAL PARA DROGAS	16
4.1	OS DIPLOMAS NORMATIVOS QUE COMPÕEM A ATUAL POLÍTICA CRIMINAL PARA DROGAS	16
4.2	A LEI Nº 11.343/06 E O TRATAMENTO DISPENSADO AO USUÁRIO E AO TRAFICANTE	19
4.3	O INIMIGO SELECIONADO PARA SOFRER A REPRESSÃO DO DIREITO PENAL E A CONSEQUENTE SELETIVIDADE NO TRATAMENTO JURÍDICO DA LEI Nº 11.343/06.....	23
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	32

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico propõe o estudo da Lei 11.343/2006 à luz da Teoria do Direito Penal do inimigo, criada por Jakobs. Analisa-se a teoria proposta e suas respectivas características, bem como sua incidência na legislação e política criminal nacional para as drogas, objetivando demonstrar a seletividade destas e seu reflexo no sistema penitenciário nacional.

Inicia-se o estudo, demonstrando os aspectos da mencionada teoria, a qual aponta para a existência de duas categorias distintas dentro do Direito Penal, a denominada Direito Penal do cidadão e a denominada Direito Penal do inimigo, sendo esta última pautada em três pilares básicos: a antecipação da punibilidade, a desproporcionalidade das sanções cominadas e a relativização/supressão de determinadas garantias processuais.

Em seguida, evidenciou-se as principais legislações sobre o tema e o histórico das políticas criminais destinadas ao combate às drogas, apresentando a existência de dois modelos de política criminal para drogas existentes, o sanitário e o bélico. Sendo que o sanitarista utiliza-se de aparatos higienistas para lidar com a questão das drogas, enquanto o belicista recrudesce o enfrentamento da matéria, principalmente após a influência da política antidrogas norte-americana.

Posteriormente, destacou-se os principais diplomas normativos que compõe a atual política criminal visando dispor, no tópico seguinte, sobre a lei de drogas vigente no ordenamento brasileiro, Lei nº 11.343/2006, cujo enfoque foi a diferença no tratamento dispensado ao usuário e ao traficante.

Finalmente, se verá no último capítulo a efetiva utilização do Direito Penal do inimigo em diversas escolhas normativas brasileiras e que a atual legislação para drogas é visivelmente seletiva, punindo com rigor e encarcerando em massa determinadas classes sociais. Também se verá que o traficante estereotipado como inimigo pelo Estado, com o apoio da mídia, não passa de um jovem, negro, com baixa escolaridade e que, na maior parte das vezes, é pego com pequena quantidade de droga.

Ressalta-se, por fim, que o presente trabalho não possui a pretensão de esgotar a temática, mas de proporcionar contribuições que incitem o debate sobre a matéria.

2 ASPECTOS DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A Teoria do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida por Jakobs (1985, p. 751 e ss) e exteriorizada na Revista de Ciência Penal – ZStW, nº 97, foi embasada no pensamento funcionalista sistêmico¹ e aponta para a existência de duas categorias distintas dentro do Direito Penal, a intitulada de Direito Penal do cidadão e a titulada de Direito Penal do inimigo.

Contudo, para conceber essa linha divisória sua construção teórica parte da concepção de que subsistem duas espécies de criminosos, classificados de acordo com a sua fidelidade à norma jurídica. Assim, para o autor, existem criminosos que infringem a ordem jurídica social, mas não evidenciam com suas condutas um rompimento de fato com a sociedade a que pertencem (JAKOBS, 2015). Estes, por terem praticados crimes de baixo grau ofensivo, preservam seu status de cidadão e, após o cumprimento da penalidade, seus direitos, visando sua reintegração social.

Outros, todavia, realizam condutas que indicam sua ruptura com a comunidade que constituem, demonstrando não fidelidade e permanência ao ordenamento jurídico e, ainda, sua transgressão contra as instituições da mesma (JAKOBS, 2015). Estes, por sua vez, são considerados criminosos de alta periculosidade, logo, podem cometer ou cometeram crimes de alto grau ofensivo, assim, para Jakobs, devem sofrer medidas de segurança objetivando controlá-los, ainda que antecipadamente.

Conclui-se, portanto, que o agrupamento do indivíduo como um cidadão observará sua indicação de lealdade, enquanto sua categorização como um inimigo levará em conta o indício de ausência de fidelidade (JAKOBS, 2015).

Ocorre que, o tipo de autor que praticou o ilícito típico determinará o proceder ao caso. Assim sendo, o indivíduo que demonstrar com segurança que não se desligará da comunidade a que incorpora obterá o direito de reintegrar-se com esta, desde que repare a lesão ocasionada. Este, como cidadão, é coagido a reparar através da pena o dano causado, sendo-

1 O Funcionalismo Sistêmico possui como maior doutrinador Günther Jakobs e considera que o crime é a quebra da confiança da sociedade causada por um indivíduo, essa ruptura ocasiona uma disfunção social. As normas violadas gerariam decepção, vez que as pessoas alimentam uma expectativa de como deve ser a conduta alheia, no entanto, essa disfunção seria consertada pelo direito. Assim, para essa filosofia, a função do Direito Penal é, portanto, restabelecer as expectativas violadas garantindo a vigência e validade da norma.

lhe assegurado seus direitos, aplicando neste caso o Direito Penal do cidadão (JAKOBS, 2015).

A Teoria, entretanto, dispensa outro tratamento para o autor de um ilícito penal que não propicie a garantia necessária a um tratamento como pessoa. Esse criminoso que expressou uma ruptura no seu vínculo com a sociedade de modo definitivo, terá tratamento oposto aquele dado ao considerado cidadão. Nesse caso, vislumbra-se um inimigo público não considerado pessoa de direito (JAKOBS, 2015).

Para Jakobs, são abalizados como destinatários do Direito Penal do inimigo os autores de delitos econômicos, terroristas, criminosos associados, infratores de tipos penais sexuais, agentes de infrações penais graves, bem como transgressores recorrentes da ordem jurídica (JAKOBS, 2015).

A concepção teórica do Direito Penal do inimigo ao classificar os autores dos delitos criminais em dois grupos, separando-os em cidadãos e inimigos, está transmitindo a ideia de reverência, ou não, ao pacto social² (JAKOBS, 2015).

O inimigo que trespassa o pacto social, viola a comunidade mesmo antes de executar qualquer ato contra ela. Para sua neutralização, através do seu afastamento do sistema social, o autor defende a antecipação da punibilidade, embarcando nesta última a preparação para os possíveis tipos ilícitos. Também propõe que esse afastamento seja através de uma “custódia de segurança”, isto é, uma pena privativa de liberdade, devendo perdurar tempo necessário para garantir a proteção da sociedade (JAKOBS, 2015).

Sua teoria foi muito debatida pela doutrina, principalmente, por sua ampla visão de inimigo, que viabiliza o enquadramento de vários tipos criminosos ao seu conceito e possibilita designar como inimigo agentes diversos. Sobre esse subjetivismo do conceito, observa Zaffaroni (2007):

A multiplicidade de candidatos a esse posto, a insuficiência da droga como elemento galvanizador de rejeição coletiva e a excessiva abstração do conceito de crime organizado inviabilizam a individualização de inimigos dignos de crédito, que vão bem além do delinquente de rua. (p. 65)

2 A teoria desenvolvida pelo jurista alemão alicerça suas concepções jusfilosóficas em bases contratualistas, como a de Hobbes e Kant, considerando que as pessoas formam um contrato social através de um liame jurídico, objetivando a observância de uma postura pré determinada e, também, se resguardarem da violência (JAKOBS, 2015).

Greco (2011), também, chama a atenção para a (in) segurança jurídica do conceito de inimigo, que para ele oscilaria conforme o tempo ou a ideologia político-criminal dominante. Em síntese,

Quem são os inimigos? Alguns, com segurança, podem afirmar: os traficantes de drogas, os terroristas, as organizações criminosas especializadas em seqüestros para fins de extorsões... E quem mais? Quem mais pode se encaixar no perfil do inimigo? Na verdade, a lista nunca terá fim. Aquele que estiver no poder poderá, amparado pelo raciocínio do Direito Penal do Inimigo, afastar o seu rival político sob o argumento da sua falta de patriotismo por atacar as posições governamentais. Outros poderão concluir que também é inimigo o estuprador de sua filha. Ou seja, dificilmente se poderá encontrar um conceito de inimigo, nos moldes pretendidos por essa corrente, que tenha o condão de afastar completamente a qualidade de cidadão do ser humano, a fim de tratá-lo sem que esteja protegido por quaisquer das garantias conquistadas ao longo dos anos (p. 28 e 29).

Assim sendo, a aplicação do Direito Penal do inimigo além de se sustentar no campo teórico, se mostra perigosa na prática, vez que possui um campo vasto de aplicação o qual acarretará abusos e arbitrariedade.

Entratanto Jakobs, visualiza a existência dessas duas esferas de forma positiva, para ele o Direito Penal do inimigo e Direito Penal do cidadão, vigentes concomitantemente no ordenamento jurídico, desde que de forma delineada, garantiria um Estado de Direito concreto e não apenas um idealizado, vez que o Direito Penal do inimigo possibilitaria que o Estado dispensasse tratamento aos seus inimigos sem contaminar o Direito Penal que é destinado aos seus cidadãos. Além de defender a utilização da teoria como forma de assegurar um real Estado Direito, ele assegura por meio das legislações criadas após o atentado terrorista às Torres Gêmeas, ocorrido em 09/08/2006, que sua concepção teórica já está sendo empregada nos diplomas normativos (JAKOBS, 2015).

Contudo, o presente trabalho acadêmico, não será voltado para aplicação da concepção teórica esboçada na esfera do terrorismo, como no exemplo citado. É, no entanto, direcionado para a análise da incidência do Direito Penal do inimigo na legislação e política criminal nacional para as drogas, bem como no tratamento seletivo dispensado aquele que comete o crime de tráfico de drogas e sua categorização como inimigo público no Brasil. Desse modo, com essa base passaremos ao estudo do histórico das políticas criminais destinadas ao tratamento e repressão das drogas ao longo dos anos.

3 HISTÓRICO DA POLÍTICA CRIMINAL DESTINADA AO COMBATE ÀS DROGAS NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

Visando satisfazer os objetivos do presente estudo, priorizar-se-á um olhar mais amplo sobre as legislações referentes ao tema estabelecidas ao longo do tempo, vez que representará base suficiente para demonstrar a utilização da Teoria do Direito Penal do Inimigo no tratamento destinado a repressão às drogas. Sendo válido ressaltar, que o histórico da política criminal para drogas no ordenamento pátrio não utilizou uma lógica linear, assim, verifica-se que as leis entram no ordenamento para disciplinar matéria anteriormente regulamentada de modo diverso e, posteriormente, retorna à forma de regulamentação que havia sido superada.

A codificação e descodificação da matéria e as abundantes regulamentações internacionais relativas às substâncias entorpecentes, contribuíram para a vasta herança legislativa existente e estas orientações internacionais influenciaram fortemente as produções legislativas. Observando toda essa produção, é necessário apresentar a existência de dois modelos de política criminal para drogas existentes, o sanitário e o bélico.

O modelo conhecido como sanitário é apontado nas produções normativas entre os anos de 1914 a 1964, no entanto, haviam legislações proibindo as drogas anteriores às existente em 1914. A criminalização do uso, porte e comércio de substâncias entorpecentes no Brasil, surge quando da instituição das Ordenações Filipinas³. O Código Filipino vigeu no território nacional de 1603 a 1830, ano em que promulgou-se o Código Penal Brasileiro do Império, o qual não regulamentava a proibição e consumo das drogas. Mais tarde, a criminalização foi retomada na Codificação da República (BATISTA, 1997).

Com a edição do Código de 1890, inicia-se a regulamentação dos crimes contra a saúde pública, este previa em seu Título III, da Parte Especial, o artigo 159, que classificava como delito “*expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem a legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários*”, incorrendo a pessoa em pena de multa (CARVALHO, 2016).

Porém, é a partir da subscrição do Brasil ao protocolo suplementar de assinaturas da Conferência Internacional do Ópio, realizada em Haia no ano de 1912, com vigência no

3 Também conhecidas por Código Filipino, sancionado em 1595, é uma compilação jurídica confirmada após o fim da União Ibérica (1580-1640). O Código, em seu Livro V, Título LXXXIX, dispunha “que ninguém tenha em casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso”.

ordenamento jurídico e aprovação no Congresso Nacional em 1914, que se inicia uma embrionária política criminal nacional para drogas, modelo este que chamaremos de sanitaria (BATISTA, 1997). Destaca-se que, desde o início, a política criminal pátria para as substâncias entorpecentes se mostra associada às regulamentações internacionais sobre o tema.

A denominação atribuída ao referido período da política criminal para as drogas advém da utilização nessa fase de aparatos higienistas para lidar com a questão das substâncias entorpecentes. Os usuários, nessa época, eram considerados doentes e o tratamento destinado a eles não se encontrava na seara penal. Assim, notaremos a seguir que as medidas estabelecidas, nesses casos, se davam no âmbito médico-hospitalar com consequente internação compulsória e facultativa, podendo durar tempo determinado ou não (BATISTA, 1997).

Retomando a breve exposição das principais regulamentações que demonstravam a aplicabilidade desse modelo sanitário, é imprescindível se debruçar sobre a nova disciplina da matéria a qual foi elaborada após a vigência do mencionado protocolo: a Consolidação das Leis Penais em 1932. Esta aprofunda e complexifica as condutas consideradas contrárias a saúde pública. O artigo 159, do Código de 1890, tem seu caput alterado, sendo acrescentado doze parágrafos e a exclusiva pena de multa é somada a prisão celular⁴. Sobre o acontecimento exposto, podemos afirmar que

A pluralidade de verbos nas incriminações, a substituição do termo substâncias venenosas por substâncias entorpecentes, a previsão de penas carcerárias e a determinação das formalidades de venda e subministração ao Departamento Nacional de Saúde Pública passam a delinear novo modelo de gestão repressiva, o qual encontrará nos Decretos 780\36 e 2.953/38 o primeiro *grande impulso* na luta contra as drogas no Brasil. (CARVALHO, p. 49, 2016)

As políticas de controle das drogas são desenvolvidas com a criação de sistemas punitivos autônomos que apresentam relativa coerência discursiva, no caso da política criminal nacional a formação do sistema repressivo inicia-se quando da autonomização das leis criminalizadoras (Decretos 780\1936 e 2.953/1938) e com a adoção do país ao modelo internacional de controle, através da edição do Decreto-Lei 891/38 o qual foi embasado na

4 PIERANGELI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Convenção de Genebra de 1936 e dispunha sobre o tráfico, produção, consumo e, ainda, proibia diversas substâncias consideradas entorpecentes⁵ (CARVALHO, 2016).

Entretanto, o Brasil e, conseqüentemente, suas produções legislativas, só ingressam de forma definitiva no cenário internacional de combate às drogas após a instauração da Ditadura Militar, com a aprovação e promulgação da Convenção Única sobre Entorpecentes pelo Decreto 54.216/1964 (CARVALHO, 2016). A referida convenção, foi reflexo da popularização do consumo da maconha e do LSD durante a década de 1960, vez que o uso de entorpecentes surge como instrumento de protesto contra as políticas belicistas e armamentistas. Como lembra Salo de Carvalho (2016, p. 52) “contrariamente ao que aconteceu nas décadas anteriores, o consumo de drogas ganha o espaço público, aumentando sua visibilidade e gerando o pânico moral que deflagrará intensa produção legislativa em matéria penal”.

Neste contexto de mudanças geopolíticas internacionais, a conjuntura interna nacional, em seus aspectos políticos, econômicos, sociais e jurídicos, se transforma e o período será considerado o marco simbólico do início do modelo bélico.

Vale destacar que também ocorria, nessa época, o período chamado de “Guerra Fria”, que ocasionou uma polarização mundial na qual os países considerados como zona de influência pelos Estados Unidos e pela União Soviética eram agrupados em dois eixos, capitalista e comunista, respectivamente. Estes instauraram em seus territórios um confronto político, militar, tecnológico, econômico e ideológico e devido esse enfrentamento, entre ambos, que a militarização é uma das principais características do período (BATISTA, 1997).

Desde então, as produções legislativas serão pautadas no modelo bélico e buscarão adequar as normas internas brasileiras as disposições internacionais de repressão, foi elaborado o Decreto-Lei 159/1967, o qual foi responsável por igualar aos entorpecentes as substâncias capazes de determinar dependência física e/ou psíquica, como anfetamínicos e alucinógenos (CARVALHO, 2016). No entanto, modificação substancial ocorre com a edição do Decreto-Lei 385/1968, o qual foi responsável por recrudescer o enfrentamento das drogas

5 O artigo 33 do Decreto-Lei 891/38 tipifica como delito “Facilitar, instigar por atos ou por palavras, a aquisição, uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou, sem as formalidades prescritas nesta lei, vender, ministrar, dar, deter, guardar, transportar, enviar, trocar, sonegar, consumir substâncias compreendidas no art. 1º ou plantar, cultivar, colher as plantas mencionadas no art. 2º, ou de qualquer modo proporcionar a aquisição, uso ou aplicação dessas substâncias”. Impunha pena de prisão celular de 1 a 5 anos e multa.

no âmbito interno, vez que equiparava a pena do usuário de substâncias ilícitas ao traficante, sancionando-os com uma pena privativa de liberdade de um a cinco anos e multa (BATISTA, 1997).

Contudo, a adequação às orientações internacionais do sistema repressivo brasileiro só acontece, de forma definitiva, com a Lei 5.726/1971 que iniciou o processo de alteração do modelo repressivo que se consolidará na Lei 6.368/1976 e alcançará seu apogeu com a legislação atual, a Lei 11.343/2006 (CARVALHO, 2016).

A Lei 5.726/71 além de manter a equiparação acarretada pelo decreto anterior, agravava a pena de reclusão imposta aos delitos de consumo e de mercancia para uma privativa de liberdade de um a seis anos e multa. Ademais, a lei determinava em seu artigo 1º o dever de toda pessoa física e jurídica colaborar no combate ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes⁶, impondo dever jurídico a sociedade de pactuarem com o embate que a política criminal para drogas estabelecia. Apesar de se tratar de um período baseado no modelo bélico, as características do modelo sanitarista não foram abandonadas, tendo em vista que os usuários de entorpecentes que fossem considerados inimputáveis, sofreriam medida de internação, com a duração condicionada à sua recuperação (BATISTA, 1997).

A conjuntura política internacional na década de 70 se modifica, uma vez que mesmo com as regulamentações transnacionais das agências centrais, principalmente as norte-americanas, a questão das drogas se agravava.

Nesse cenário, o Governo Nixon utilizou-se da grande influência dos Estados Unidos nos grupos de trabalho sobre política de drogas na Organização das Nações Unidas (ONU) para direcionar a opinião pública na eleição das drogas, especialmente a heroína e a cocaína, como inimigo interno da nação. “Todavia, com a popularização do consumo de heroína e a criação dos programas de metadona, forma indireta de controlar e legalizar o consumo, o inimigo interno teve de ser substituído, projetando-o ao exterior” (CARVALHO, 2016, p. 60). Nota-se, que houve um processo de transferência de responsabilização, onde os países marginais se tornam responsáveis pelo consumo interno de drogas nos Estados Unidos e, como consequência dessa escolha, notaremos forte influência das diretrizes norte-americanas nas políticas de segurança dos países da América Latina levando, ainda, a uma tendência político criminal de aumento de penas.

6 Artigo 1º, da Lei nº 5.726/71: “É dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar no combate ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica”.

Em consonância a esse modelo transnacional, no Brasil, elabora-se o Projeto de Lei de Drogas de 1976, o qual originou a Lei 6.368/1976. Esta se mostrou empenhada com a prevalência da eficácia da repressão, na esfera processual penal, sobre a prevenção. Também, com o aumento da punitividade na esfera penal e a redefinição sanitaria do tratamento do usuário de drogas, vez que ampliou-se o direcionamento dos tratamentos, os quais poderiam ser até mesmo involuntários, além de permitirem a identificação do usuário como dependente (CARVALHO, 2016).

Além disso, vislumbra-se na referida legislação a utilização de modelo repressivo militarizado focado na lógica bélica de neutralização e eliminação de inimigos. Vale ressaltar, que a Lei 6.368/76, ainda realiza a diferenciação entre consumidor (dependente e/ou usuário) e traficante, estereotipando o consumidor como doente e, por outro lado, o traficante como delinquente. Ainda, em seu primeiro capítulo, aborda sobre a prevenção, determinando o dever de toda pessoa, sendo ela física ou jurídica, em colaborar com a prevenção e repressão ao tráfico e ao uso de drogas. Como dispõe Greco (1995, p. 52), trata-se de um “chamamento das forças da Nação para esta verdadeira guerra santa que é o combate aos tóxicos. O dever mais que jurídico é moral [...]”.

A Lei de 1976, ao legislar sobre o tráfico em seu artigo 12, especificava distintas modalidades de conduta, não restringindo a pena do tráfico apenas à importação, exportação e venda de drogas. Agregando a estes verbos hipóteses de remessa, preparo, produção, fornecimento e transporte e fixando penas de reclusões rígidas, de três a quinze anos.

Embora não houvesse definição expressa do que seria o uso de entorpecentes, o que gerou afirmações da não incidência do sistema punitivo ao usuário, os verbos nucleares do artigo 16 acabam impondo sanção ao consumidor, vez que as condutas adquirir, guardar e trazer consigo eram incriminadas.

Observa-se que embora a Lei, acima mencionada, rompa com a lógica das legislações anteriores (Lei 5.726/1971 e o Decreto-Lei 385/1968) realizando a diferenciação entre o indivíduo que porte e comercie substâncias entorpecente ilícitas, as alterações concernentes a matéria de penas revelam um aprofundamento da repressão, isto é, atribuem aos tipos penas maiores quando comparadas com as atribuídas anteriormente.

No começo da década de 90, surge a necessidade de reforma legislativa da Lei 6.368/1976. Dos debates no Congresso Nacional, é criada a Lei 10.409/2002. Ocorre que, a

parte do texto legislativo desta lei que dispunha sobre a estrutura material penal da política criminal para drogas não é sancionada pelo Presidente da República, entrando em vigor apenas a regulamentação processual das substâncias ilícitas (CARVALHO, 2016).

Sendo assim, considerando expostos todos aspectos fundamentais do histórico da política criminal para drogas, torna-se possível prosseguir para a análise da atual política criminal para drogas e, posteriormente, da Lei 11.343/2006, a qual se encontra vigente no território nacional.

4 A ESTRUTURA DE PUNIBILIDADE DA LEI Nº 11.343/06 E A ATUAL POLÍTICA CRIMINAL NACIONAL PARA DROGAS

4.1 OS DIPLOMAS NORMATIVOS QUE COMPÕEM A ATUAL POLÍTICA CRIMINAL PARA DROGAS

Para a adequada compreensão da atual política criminal para drogas foi necessário a exposição do histórico da política criminal no Brasil e a breve análise dos elementos fulcrais das legislações anteriores voltadas para o tratamento da temática. Salientando, a Lei 6.368/76, norma precedente, no âmbito material penal, da vigente Lei 11.343/2006.

Conforme visto no capítulo anterior, embora a Lei 10.409/2002 não tenha reformado a parte material penal disciplinada pela Lei 6.368/1976, ela manifestava através de seu texto uma possível promulgação de uma nova lei que enrijecesse ainda mais o tratamento destinado ao tráfico de entorpecentes, conservando o tratamento dos usuários nos moldes sanitaristas (CARVALHO, 2016).

Contudo, a política criminal não continuou a mesma à espera de legislação própria dispondo sobre o tema para reformar as resoluções presentes na Lei 6.368/1976. Ocorreram modificações na referida legislação com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a introdução no ordenamento jurídico das leis de emergência, sendo elas: a Lei de Crimes Hediondos - Lei 8.072/1990, a Lei do Crime Organizado - Lei 9.034/2005; Lei do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) - Lei 10.792/2003; e a Lei do Abate de Aeronaves - Decreto 5.144/2004 (CARVALHO, 2016).

A Constituição de 1988, classifica os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, tortura, terrorismo e os definidos como hediondos, como inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anista e equipara o crime de tráfico de drogas aos delitos de natureza hedionda.

A primeira Lei de Crimes Hediondos e equiparados, Lei 8.072/1990, impediu a progressão de regime de cumprimento de pena para o delito de tráfico de drogas e estabeleceu requisitos mais severos para a concessão do livramento condicional. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, posteriormente, declara inconstitucional a vedação referente a progressão de regime.

Por sua vez, a Lei do Crime Organizado, Lei 9.034/1995, em decorrência do discurso econômico e transnacional da década de 1990, baseado no controle geopolítico dos cartéis colombianos⁷ e em face das particularidades da criminalidade nacional, teve seu discurso atrelado às questões referentes ao tráfico de substâncias entorpecentes (CARVALHO, 2016).

A Lei 9.034/95 densifica a estrutura processual inquisitória fomentando a reestruturação do processo penal relativo ao tráfico de drogas. Recria-se a figura do juiz inquisidor, influenciando definição da gestão e produção da prova, seja em diligência pessoal e sigilosa (artigo 3º), ou em qualquer fase da persecução criminal (artigo 2º). Além de estabelecer a inquisitorialidade como característica do sistema processual (gestão da prova), a Lei também incide na política criminal para drogas, autorizando o retardamento do flagrante com a ação controlada (artigo 2º, II), possibilitando amplo acesso aos dados fiscais, bancários, financeiros e eleitorais (artigo 2º, III) e a interceptação ambiental e de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos (artigo 2º, IV), autoriza a infiltração de agentes da polícia nas organizações (artigo 2º, V), determina a identificação criminal compulsória (artigo 5º), premia a delação (artigo 6º), proíbe a liberdade provisória com ou sem fiança (artigo 7º) e nega a possibilidade de apelar em liberdade (CARVALHO, 2016).

Observando suas principais características legislativas, constata-se tratar de dispositivo impregnado pela lógica bélica. Neste sentido, estamos diante de uma lei considerada questionável sob o ponto de vista dos direitos e garantias fundamentais. Desde então, “o devido processo legal aplicado em sua integralidade passou a ser considerado como um formalismo incômodo [...]” (CHOUKR, 2002, p. 139).

Já a lei que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), Lei 10.792/2003, objetivava a modificação da estrutura normativa política penitenciária. O dispositivo modifica a forma de execução do cumprimento da pena e cria uma nova forma de isolamento do preso tido como ameaça à segurança nacional, surgindo assim uma nova modalidade de execução: o regime integralmente fechado “plus” (CARVALHO, 2016). Trata-se, portanto, de preocupação política, legislativa e social, direcionada para as organizações criminosas, principalmente para as que possuem ligação com o tráfico de entorpecentes.

A possibilidade de aplicar ao preso, seja ele condenado ou provisório, o regime diferenciado pode se dar pela prática de falta grave, pela avaliação de conduta de risco à

7 Cartel de Cali e de Medellín.

segurança pública e, ainda, se recair sobre o preso fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Uma vez sancionado é submetido ao regime diferenciado, o qual possui as seguintes características: duração de trezentos e sessenta dias; recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas, sem contabilizar crianças, com duração de 2 horas; saída diária da cela por duas horas para o banho de sol.

O referido diploma normativo claramente voltado à segregação e isolamento do custodiado tido como integrante de organização criminosa inclinada ao tráfico de drogas, dobra a pena do mesmo e ressignifica a disciplina carcerária (CARVALHO, 2016).

Com o Decreto 5.144/2004, conhecido como Lei do Abate de Aeronaves, a política de combate à criminalidade organizada das drogas foi reforçada e houve o delineamento dos modos de atuação belicista dos órgãos de controle do transporte aéreo, bem como a determinação de critério de definição das aeronaves consideradas suspeitas de estarem realizando tráfico de drogas. O decreto prevê a aplicação de medidas coercitivas de averiguação, intervenção e persuasão, a serem aplicadas nas aeronaves consideradas suspeitas. Entretanto, nos casos em que estas medidas preventivas não surtam efeito, ou seja, a aeronave suspeita não acatou o procedimento solicitado, esta passa a ser classificada como hostil e está sujeita a destruição (CARVALHO, 2016).

A supracitada regulamentação impõe sanção mais grave que a penalmente prevista no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Revelando, uma densificação e incorporação formal e substancial da lógica beligerante (militarizada) na repressão às drogas e gestão da segurança pública (CARVALHO, 2016). Ainda, cabe salientar que essa lógica foi apontada por Jakobs em um ponto muito similar presente na “Lei de Segurança Aérea da Alemanha”, o qual possibilitava o abatimento de qualquer aeronave que demonstrasse ser manipulada para atentar contra a sociedade⁸. Em função da lógica belicista, ele aponta esse ocorrido como um modelo de aplicação da sua teoria. A utilização, cada vez mais evidente, do Direito Penal do inimigo na política criminal para drogas nacional será abordada a seguir.

⁸ A Teoria do Direito Penal do Inimigo, baseada no combate ao risco provocado à sociedade por agentes associados para fins delitivos, defenderá a atuação estatal na imposição da custódia de segurança a esses indivíduos e, ainda, a utilização de todos os meios lícitos e sugeridos a situação para que se consiga revelar todos esses riscos. Jakobs, exemplifica que depois do atentado terrorista às Torres Gêmeas nos EUA, foi incorporado no ordenamento jurídico alemão, a Lei de Segurança Aérea, um dispositivo legal autorizando o abate da aeronave que pretendesse ser empregada para atentar contra vidas humanas (JAKOBS, 2015).

Todos os diplomas normativos expostos, afetaram a política criminal de drogas. No entanto, com a tentativa frustrada de renovação normativa como vimos com a publicação parcial da Lei 10.409/2002, com a publicação desses diversos estatutos penais e após trinta anos de vigência da Lei 6.368/1976, esta se mostrava historicamente inadequada e sua reforma se tornou indispensável.

Assim sendo, no próximo capítulo abordaremos a Lei nº 11.343/2006, que encontra-se vigente e manteve inalterado o sistema proibicionista inaugurado com a Lei 6.368/76. Para, posteriormente, demonstrar a incidência da Teoria do Direito Penal do Inimigo no diploma normativo em vigência.

4.2 A LEI Nº 11.343/06 E O TRATAMENTO DISPENSADO AO USUÁRIO E AO TRAFICANTE

Ainda que seja notória as alterações no modelo legal de incriminação da Lei 11.343/2006, como por exemplo o aumento da repressão com a tipificação de novas condutas e o processo de descarcerização da conduta de porte para uso pessoal, é possível afirmar que sua base ideológica não modifica o sistema proibicionista implantado com o diploma normativo de 1976, mas o aprofunda (CARVALHO, 2016).

Com o advento da Lei 11.343/06 são fortificados os discursos empregues na Lei 6.368/76, o qual direcionou a política de repressão às drogas pautada no estereótipo da dependência e da criminalidade, como já visto o primeiro empregado aos usuários e o segundo aos traficantes (CARVALHO, 2016). Desse maneira, optando por aplicar sanções distintas, utilizando-se de princípios e óticas diversas, é como se a atual legislação fosse composta por dois diplomas normativos independentes (CARVALHO, 2016).

O crime de tráfico, previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06⁹, é um tipo misto alternativo, em outras palavras, o legislador descreveu mais de uma conduta admitindo, assim, que o fato criminoso seja realizado por uma ou mais das condutas previstas. São dezoito núcleos previstos no caput no tipo, sendo eles: importar, exportar, remeter, preparar, produzir,

9 Art. 33, caput, da Lei 11.343/06: “Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 a 15 anos e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa.”

fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas.

A pena do crime de tráfico foi aumentada, tendo sua pena mínima majorada de três para cinco anos de reclusão, subsistindo a máxima em quinze anos e o pagamento da multa que era de 50 a 360 dias-multa, passa a ser de 500 a 1.500 dias-multa. Sendo vedado, nos termos do artigo 44, para os incurso do artigo 33, caput e §1^o e, também, nos artigos 34 a 37¹¹, o emprego de fiança, liberdade provisória, substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direito, sursis, graça, anistia e indulto (CARVALHO, 2016).

A lei prevê a redução da pena, de um sexto a dois terços, na situação conhecida como tráfico privilegiado. Este, previsto no §4º do artigo citado, é aplicado ao agente primário, de bons antecedentes, não dedicado ao exercício de atividades criminosas e que não seja integrante de associação criminosa. Mas, ainda assim, permaneceu desautorizada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Proibição, esta, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 2010¹². Ademais, em 2016 o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que o tráfico privilegiado, já aludido, não

10 Art. 33, § 1º, da Lei 11.343/06: “Nas mesmas penas incorre quem: I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas; III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.”

11 Art. 34 da Lei 11.343/06: “Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de 3 a 10 anos, e pagamento de 1.200 a 2.000 dias-multa.”

Art. 35 da Lei 11.343/06: “Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 3 a 10 anos, e pagamento de 700 a 1.200 dias-multa.”

Art. 36 da Lei 11.343/06: “Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 8 a 20 anos, e pagamento de 1.500 a 4.000 dias-multa.”

Art. 37 da Lei 11.343/06: “Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 2 a 6 anos, e pagamento de 300 a 700 dias-multa.”

12 Através do Habeas Corpus nº 97.256, da relatoria do Ministro Ayres Britto, foi declarada inconstitucionais os dispositivos da Lei de Drogas que vedavam a conversão da pena privativa de liberdade em sanção restritiva de direitos para os condenados por tráfico de drogas.

pode ser considerado crime de caráter hediondo, assim o sujeito incurso no tipo faz jus a progressão de pena nos parâmetros comuns¹³.

Ainda, foram criados novos tipos penais associados ao tráfico, como a figura do financiador, prevista no artigo 36 da lei, que é aquele que financia ou custeia o tráfico, imputando pena de reclusão de oito a vinte anos e, também, o agente informante colaborador na prática do tráfico, disposto no artigo 37, que determina sanção privativa de liberdade de dois a seis anos.

Vale ressaltar, que o bem jurídico tutelado pela incriminação do tráfico de entorpecentes é a coletividade, assim, a prática da conduta colocaria em risco um número indeterminado de pessoas, cuja saúde, incolumidade física e vida são submetidas a perigo. Trata-se, portanto, de delito de perigo abstrato e, para parte da doutrina, como os autores Gomes e Damásio, o delito de perigo abstrato seriam inconstitucionais considerando a existência no ordenamento jurídico dos princípios do estado de inocência e da ofensividade ou do *nullum crimen sine iuria* (CAPEZ, 2011). Em sentido oposto, entende Capez e Nucci, que defendem a legitimidade do Estado em coibir o crime de perigo abstrato e que eles em nada ferem os princípios da inocência e ofensividade, desde que o legislador atue dentro dos parâmetros democráticos (NUCCI, 2010).

O tratamento legislativo dispensado pela Lei 11.343/06 aos usuários, se encontra tipificado no artigo 28¹⁴, caput, que conceitua usuário como aquele que adquirir, guarda, tem em depósito, transporta ou que traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com a determinação legal. A ilicitude penal da conduta é mantida, mas não aplica-se pena privativa de liberdade, pune-se com penas restritivas de direito e medidas de segurança, como medidas educativas (CARVALHO, 2016).

O tipo penal, prevê penas mais brandas, quando comparadas com as previstas na Lei 6.368/76 de detenção de seis meses a dois anos e pagamento de vinte a cinquenta dias-multa. Aplicando-se ao usuário penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de

13 O entendimento foi estabelecido por meio do Habeas Corpus nº 118.533.

14 Art. 28, caput, da Lei 11.343/06: “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.”

serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Por sua vez, no artigo 28, §2^o¹⁵, encontra-se instrumentos para distinção na classificação do infrator como usuário ou traficante. De acordo com disposto pelo artigo, compete ao juiz precisar se a droga se destinava ao consumo pessoal, atentando à natureza e quantidade da substância apreendida, o lugar e às condições da infração, às circunstâncias pessoais e sociais, bem como a conduta e antecedentes do investigado.

Em relação ao porte para o usuário, o fato da Lei 11.343/06 não prever pena de detenção ao porte de drogas para uso próprio não representa uma inovação dessa legislação, visto que esse prognóstico já se encontrava no ordenamento jurídico desde que o porte para o consumo foi incorporado aos delitos de menor potencial ofensivo, logo, a transação penal, o sursis e a aplicação de penas restritivas de direito já eram praticáveis a esse tipo penal (MARONNA, 2006). O legislador realizou de fato uma modificação, nesse assunto, ao prever a impossibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário, ainda que o indivíduo seja reincidente.

Também ocorreram outras mudanças sobre o tema, como a equiparação daquele que planta e cultiva para uso próprio às mesmas penas do usuário e a redução da sanção para a conduta de consumo compartilhado, que anteriormente era equiparada ao tráfico de entorpecentes.

Mesmo que o novo diploma normativo não tenha previsto pena privativa de liberdade ao usuário, houve explícito agravamento da repressão ao tráfico de entorpecente no mesmo. As manifestações contrárias, do Supremo Tribunal Federal, sobre diversos pontos da referida lei, demonstra o óbvio: a inconstitucionalidade e irregularidade da atual legislação (MARONNA, 2006). Além dos Habeas Corpus nº 97.256 e 118.533 acima enfrentados, temos os de nº 104.339 e o nº 111.840, ambos de 2012, o primeiro assevera que o delito de tráfico de substâncias entorpecentes é compatível com o instituto da liberdade provisória e o segundo determina não ser obrigatório a imposição do regime inicial de cumprimento de pena fechado ao tipo penal de tráfico de drogas.

15 Art. 28, §2º, da Lei 11.343/06: “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.”

Considerando expostos os principais pontos da legislação e política criminal vigentes no ordenamento jurídico brasileiro para drogas, bem como a abordagem realizada anteriormente versando sobre como se deu o desenvolvimento destas, passaremos para a análise da incidência da Teoria do Direito Penal do Inimigo na atual política criminal para drogas.

4.3 O INIMIGO SELECIONADO PARA SOFRER A REPRESSÃO DO DIREITO PENAL E A CONSEQUENTE SELETIVIDADE NO TRATAMENTO JURÍDICO DA LEI Nº 11.343/06

Desde a década 70, a política criminal do Estado brasileiro adotou um modelo repressivo militarizado de combate as drogas, influenciado pela política antidrogas norte-americana. Como visto, esse modelo bélico se consolida com a Lei 6.368/1976 e atinge seu ápice com legislação vigente no território nacional e, como será constatado, desde então seus dispositivos demonstram explicitamente características do Direito Penal do inimigo.

Considerando o exposto sobre a teoria desenvolvida por Jakobs (1985, p. 751 e ss), é possível destacar que o Direito Penal do inimigo se caracteriza por três aspectos básicos. O primeiro seria a antecipação da punibilidade, vez que se o indivíduo demonstrar algum indício de ser um criminoso de alta periculosidade é necessário controlá-lo e na maioria dos casos isso significa a antecipação da interferência do Direito. O segundo é a desproporcionalidade das sanções cominadas por ele e, por fim, a última seria a relativização ou mesmo supressão de determinadas garantias processuais, pois o sujeito alvo do Direito Penal do inimigo não é considerado detentor de garantias (JAKOBS; MELIÁ, 2015).

Trata-se de um modelo seletivo, pois como vimos oferece tratamentos distintos aos indivíduos, o qual se modificará de acordo com sua classificação como cidadão ou inimigo. Assim sendo, quando as legislações pátrias, principalmente a partir de 1976, começam a se direcionar na repressão de um grupo específico, expandindo a penalização desses agentes ao custo da flexibilização e perda de garantias penais, utiliza-se claramente esse conceito, violando o Estado de Direito regulamentado por nossas constituições democráticas.

Nesse contexto, é possível apontar eventos episódicos de desestabilização da democracia, pois o poder punitivo é operacionalizado sob a aparência da observância às regras do Estado de Direito. O Estado regularmente revigorou o discurso de emergência como

instrumento de (re)legitimação das políticas criminais de guerra às drogas, encontrando nas associações criminosas o inimigo visível a ser combatido e, na atualidade, o que deveria ser exceção tornou-se estado de permanência (CARVALHO, 2016).

Ocorre que com a ausência de controle por parte do Estado em relação a prática de crimes deixa-se transparecer a impossibilidade de se alcançar a principal promessa da modernidade: segurança. Essas crises nas noções de segurança, muitas vezes agravadas pelos meios televisivos, acarretam a visão de que a sociedade é uma vítima exposta a perigo iminente. Os órgãos passam a ter sua capacidade de segurança questionada e, assim, a expansão da punibilidade como forma de garantir a ordem se torna cativante, ainda que isso signifique restrições a garantias penais.

Ademais, essa opção se torna ainda mais aceita se a flexibilização ou, até mesmo, a perda de direitos forem na esfera jurídica dos agentes tidos como criminosos. Nesse cenário, o Estado instaura uma guerra interna, na qual o próprio direito autoriza a neutralização de determinadas categorias de pessoas (aquelas consideradas inimigas), implantando, dessa forma, um estado permanente de emergência.

No Brasil, instaurou-se uma guerra contra às drogas e, indiretamente, contra os traficantes delas. Estes, na passagem da ditadura para a democracia, foram elevados à categoria de inimigos públicos no território pátrio e, desde de então, as agências penais e políticas passaram a buscar a todo custo sua neutralização através da antecipação da punibilidade, do aumento desproporcional das penas para suas típicas condutas e, também, da supressão das garantias processuais nessa esfera (ZAFFARONI, 2012).

Nessa conjuntura, alterou-se a lógica penal, pois a função do Direito Penal de limitador do poder incriminador do Estado se transforma e, este, passa a ser um instrumento meramente bélico, a disposição do Estado a fim de mitigar direitos fundamentais. Assim, podemos concluir que esse modelo de política criminal bélica para drogas incorporou a Teoria do Direito Penal do Inimigo e, desta forma, a ideia de inimigo tornou-se um conceito que passou a nortear as produções legislativas direcionadas a guerra às drogas.

Nas análises realizadas dos diplomas normativos e das suas respectivas políticas criminais, facilmente encontramos características do Direito Penal do Inimigo como, por exemplo, a antecipação da punibilidade, a qual podemos vislumbrar por meio das condutas de perigo abstrato elencadas no artigo 33 da Lei 11.343/2006, como expor a venda ou produzir.

Em relação a desproporcionalidade das sanções podemos citar a regulamentação dada aos crimes hediondos pela Lei 8.072/1990, determinando que aqueles que fossem enquadrados no tipo de tráfico deveriam cumprir o total de suas penas em regime de cumprimento fechado, mesmo com a, posterior, declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, é notória a seleção de indivíduos apenados com os tipos de tráfico, para serem sancionados de forma desproporcional.

Já a relativização e supressão das garantias penais, é possível contemplar com o tratamento dispensado no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), instituído com a Lei 10.792/2003, que isolava e segregava o indivíduo sobre o qual recaísse fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Além de todos os direitos retirados na execução da pena que exemplificam a flexibilização das garantias, o RDD também antecipa a punibilidade e aplica sanções desmedidas àqueles que possivelmente estão envolvidos com o crime organizado.

A Lei do Crime Organizado, Lei 9.034/1995, também é um excelente exemplo de antecipação da punibilidade e flexibilização de garantias constitucionais, uma vez que ela estabelece meios de investigações com procedimentos excepcionais, que só serão aplicados quando se tratar de uma organização criminosa. Além disso, esse tratamento demonstra a utilização de um dos postulados da teoria do Jakobs, que afirmava que todo inimigo deve ser interceptado em estado prévio (JAKOBS; MELIÁ, 2015).

A utilização do Direito Penal do inimigo pode ser apontada em muitas escolhas legislativas e, conseqüentemente, em diversos diplomas normativos previamente salientados. Em suma,

Tais previsões legais, características do modelo proibicionista de controle penal de drogas, constituem exemplo de um modelo de direito penal autoritário, de caráter explicitamente discriminatório, além de antiliberal, que personifica o sacrifício do direito penal garantista em prol de uma guerra às drogas, sem que, com todo esse aparato repressivo, tenha-se conseguido controlar o mercado ilícito ou mesmo reduzir o consumo (BOITEUX, 2006, p. 224).

Além do mais o Direito Penal do inimigo é um exemplo fidedigno do Direito Penal de autor, o qual pune o agente pelo que ele “é”, diferentemente do Direito Penal do fato, vez que este pune o indivíduo pelo que ele “fez”. O Direito Penal do autor, assim como o do inimigo, não reprova a culpabilidade do agente, mas sua periculosidade. Dessa forma, como se pune

visando a periculosidade, não se preocupa com a proporcionalidade da pena em relação aos danos ocasionados pela conduta.

Considerando essas circunstâncias, a análise normativa referente ao tema e, principalmente, o estudo sobre guerra às drogas, deve se atentar aos aspectos ocultos do seu discurso. Observando questões políticas, econômicas e, sobretudo, sociais (DEL OLMO, 1990). Devendo, ainda, se atentar para o fato de que o tratamento dispensado às drogas se mostrou, desde o princípio, como um instrumento de estigmatização e seletividade das minorias e, principalmente, da população economicamente vulnerável.

Todavia, é imprescindível destacar que a seletividade não está apenas no âmbito da Lei de Drogas, mas no Direito Penal *lato sensu*, pois ele também é pautado na desigual aplicação da lei penal aos indivíduos e, conseqüentemente, é um modelo de seleção criminal direcionado a determinadas classes sociais.

O processo seletivo de criminalização pode ser entendido em duas etapas: a criminalização primária e a criminalização secundária¹⁶. A criminalização primária consiste no processo de tipificação das condutas que violam bens jurídicos considerados essenciais à sociedade, isto é, as agências políticas pautadas no seu poder-dever de tutela dos bens jurídicos determinam quais destes últimos serão objetos legislativos (ZAFFARONI *et al*, 2003).

No entanto, é de suma importância destacar que essa etapa, não está condicionada a uma escolha imparcial, vez que é tomada visando o interesse das classes dominantes e a manutenção destas no poder. Assim, temos que

Numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou “interesses”, ou “estados sociais”, ou “valores”) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações (BATISTA, 2002, p. 116)

A criminalização secundária, por conseguinte, objetiva o cumprimento da ação punitiva estabelecida na legislação penal, em outras palavras, essa etapa opera sobre os indivíduos através das agências estatais, como policiais, juízes e promotores. Sendo assim, quando o Estado se depara com uma conduta contrária a norma penal, deverá utilizar meios coercitivos para punir o autor do delito, entretanto, enfatiza-se a impossibilidade da existência

¹⁶ A Labelling Approach Theory (Teoria do Etiquetamento Social) surge, na década de 1960, nos Estados Unidos, e procurava entender a prática delitiva com enfoque no processo de criminalização de determinado comportamento.

de um programa de criminalização primária de grande extensão, tendo em vista o paradoxo entre a quantidade de conflitos criminalizados e o número de conflitos que de fato chegam ao conhecimento das agências estatais de criminalização secundária (ZAFFARONI *et al*, 2003).

Desse modo, a legislação penal não atingirá da mesma forma todos os integrantes da sociedade, pois mesmo que a criminalização primária tipifique e estipule condutas como criminosas, a criminalização secundária não executa a punição de forma adequada, ou seja, as agências não levam em conta o que foi cometido ao aplicar seu *jus puniendi*, mas sim quem cometeu. Assim, a seletividade do Direito Penal, dessa etapa, possui papel decisivo para a formação da criminalidade, pois é quando a atividade repressora não selecionará comportamentos, mas sim autores, ou seja, tem crimes que serão cometidos por determinados agentes que sequer chegarão a serem apreciados pelo Poder Judiciário (ZAFFARONI *et al*, 2003).

Essa seletividade e propagação do estereótipo do criminoso são agravados pelos meios de comunicação social, pois estes sabendo que a ocorrência de crimes alcança maior atenção dos telespectadores por se sentirem amedrontados, intensificam as notícias e as tragédias ocasionadas por um ato criminoso a fim de que a sensação de insegurança aumente e, com isso, ocorra a justificação de práticas contrárias ao Estado de Direito e suas garantias fundamentais, pois associam o autor do crime a imagem de inimigo da sociedade.

Esses veículos orientados por fatores conjunturais, contribuem na sustentação legislativa do Direito Penal do inimigo, através da criação e a propagação do estereótipo do criminoso que garantirá a repressão, cada vez maior, a determinados grupos. Explica Batista (2003, p. 135), que “o processo de demonização do tráfico de drogas fortaleceu os sistemas de controle social, aprofundando seu caráter genocida. O número de mortos na “guerra do tráfico” está em todas as bancas. A violência policial é imediatamente legitimada se a vítima é um suposto traficante”.

Assim sendo, o receio sentido pela figura do traficante, o pavor das drogas ilícitas e dos seus efeitos, a necessidade de se combater o “crime organizado” e declarar guerra contra um inimigo público justificam, no Brasil, a manutenção da militarização do modelo repressivo contra as drogas, o qual nos leva a uma legislação seletiva e extremamente precária sob a ótica de direitos e garantias fundamentais.

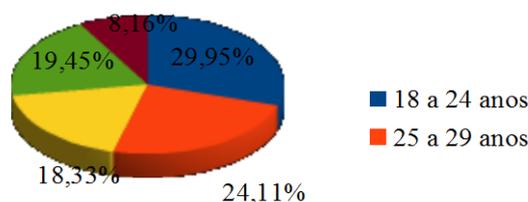
Além de ser possível concluir pela interferência das agências políticas e de comunicação social no processo de atuação seletiva do Direito Penal, também constata-se essa seletividade no sistema penitenciário nacional através dos dados apresentados pelo DEPEN.¹⁷ De acordo com suas estatísticas, o quantitativo de pessoas privadas da liberdade no Brasil, no primeiro semestre de 2017, é de 726.354 (Quadro 1). Em relação ao perfil dessas pessoas, podemos afirmar que no tocante a faixa etária das pessoas privadas da liberdade temos que a maior parte é composta por jovens, dentre eles 29,9% possuem entre 18 a 24 anos, seguido de 24,1% entre 25 a 29 anos e 19,4% entre 35 a 45 anos (Quadro 2). Somados o total de presos até 29 anos de idade totalizam 54% da população carcerária.

Quadro 1. Pessoas privadas de liberdade no Brasil junho de 2017¹⁸

Brasil – Junho de 2017	
Total da população prisional	726.354
Sistema Penitenciário	706.619
Total de Vagas	423.242
Déficit de vagas	303.112
Taxa de Ocupação	171,62%
Taxa de Aprisionamento	349,78

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho /2017; IBGE, 2017

Quadro 2. Faixa etária das pessoas privadas de liberdade no Brasil



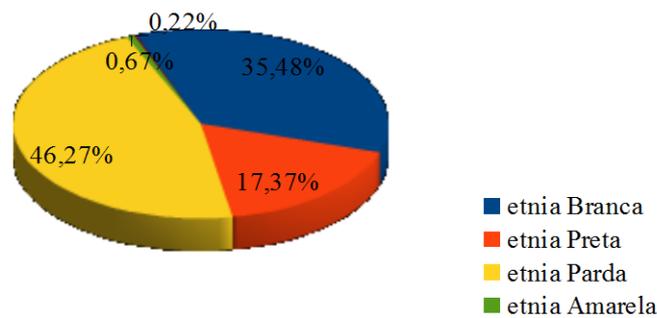
17 Os dados expostos são oriundos do INFOPEN, um sistema do Ministério da Justiça e Segurança Pública que fornece estatísticas do sistema prisional brasileiro, os quais foram dispostos pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão executivo subordinado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública e que possui como objetivo acompanhar e controlar a aplicação das diretrizes da Política Penitenciária Nacional e da Lei de Execução Penal.

18 Para o cálculo da população prisional, foram desconsideradas as pessoas em prisão albergue domiciliar, por não se encontrarem em estabelecimentos penais diretamente administrados pelo Poder Executivo.

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2017

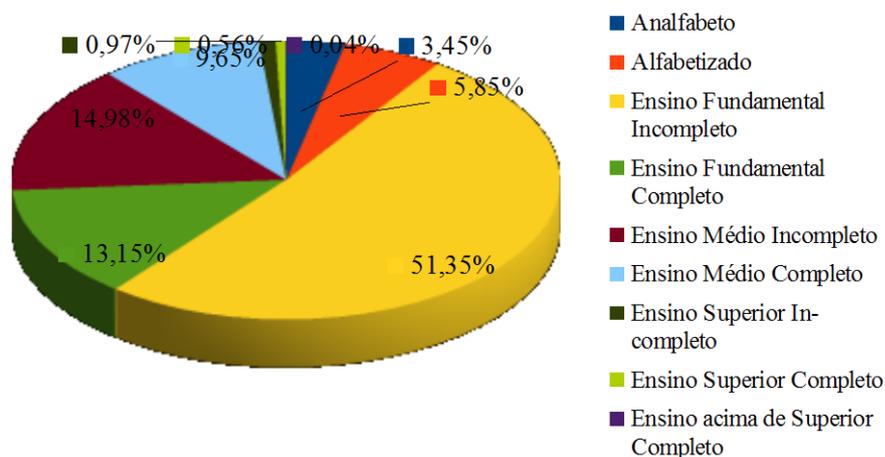
Com relação a cor/etnia, 35,4% da população carcerária são da cor/etnia branca e 63,6% são pretas e pardas (Quadro 3). No que concerne ao grau de escolaridade, é possível afirmar que 51,3% destas possuem o Ensino Fundamental Incompleto, seguido de 14,9% com Ensino Médio Incompleto e 13,1% com Ensino Fundamental Completo. O percentual de presos que possuem Ensino Superior Completo é de 0,5% (Quadro 4).

Quadro 3. Etnia/cor das pessoas privadas de liberdade e da população total



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2017 e PNAD Contínua 2017

Quadro 4. Escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2017

Em relação as incidências penais, observa-se que a maior parte dos processados e condenados estão enquadrados no crime de tráfico de drogas (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/06) e de roubo (Art. 157, caput e §2º, Código Penal), os quais totalizam 156.749 e 136.448 pessoas, respectivamente.

Através do levantamento realizado pelo DEPEN com os dados coletados pelo INFOPEN referentes a 2017, conclui-se que a maior parte dos custodiados, no sistema prisional brasileiro, é composta por: jovens, negros e pardos, com baixa escolaridade e que o crime de tráfico de drogas é o maior responsável pelas prisões.

Esses dados corroboram para o entendimento de que, no Brasil, a população jovem negra, que geralmente habitam as periferias dos centro urbanos, são alvos do encarceramento em massa, o que demonstra a seletividade e, sobretudo, o racismo estrutural do sistema punitivo.

A responsabilidade pelos elevados índices de aprisionamento, bem como pela seletividade desse sistema são do Poder Legislativo, que opera na criminalização primária, e do Poder Judiciário, vez que este tem deixado de ser um filtro constitucional à demanda criminalizadora e tem cedido ao discurso populista punitivo. Ademais, às falhas nas investigações dos crimes relacionados ao tráfico de drogas e a ausência de um critério objetivo para a definição do usuário e do traficante, também são fatores contributivos e agravantes dessa infeliz realidade, que propicia a condenação indevida de pessoas incontáveis.

A imagem social legítima dessa população carcerária detida por estarem envolvidas com o tráfico de drogas é bem distinta daquela reproduzida pelos meios de comunicação, que divulgam o traficante como um sujeito destemido, frio, envolvido com grandes quantidades de drogas e capaz de controlar o crime organizado. De modo diverso, os indivíduos presos e sancionados por tráfico são pessoas economicamente desfavorecidas, que não possuem nenhuma importância na cadeia comercial de venda das substâncias ilícitas, nem relação com o crime organizado.

Em vista disso, concluímos que a atual legislação para drogas encarcera em massa e pune com rigor o traficante, o qual foi estereotipado como inimigo pelo Estado, com o apoio

da mídia, mas este não passa de um jovem, negro, com baixa escolaridade e que, na maioria das vezes, é pego com pequena quantidade de droga. Restando, portanto, fundamental a problematização da atuação do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e das agências estatais, visando alcançar uma reformulação das legislações e sua aplicação consoante com as garantias do Estado de Direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou demonstrar a incidência da Teoria do Direito Penal do Inimigo, formulada por Jakobs, na Lei 11.343/2006, bem como a seletividade na política criminal nacional para drogas.

Para isso, realizou-se um breve estudo da referida teoria, abordando minimamente suas duas categorias e seus pilares básicos, qual sejam: a antecipação da punibilidade, a desproporcionalidade das sanções cominadas e a relativização/supressão de determinadas garantias processuais.

Verificou-se, também, analisando o histórico das políticas criminais destinadas ao combate às drogas, a existência de dois modelos de política criminal para drogas existentes, o sanitário e o bélico. O modelo sanitarista é apontado nas produções normativas entre os anos de 1914 a 1964 e ficou conhecido pelo uso de aparatos higienistas para lidar com a questão das drogas, nessa época os usuários eram considerados doentes e o tratamento destinado a eles não se encontrava na seara penal. O modelo belicista tem início em 1964 e é consolidado com a Lei 6.368/1976, constata-se desde então a adoção de um modelo repressivo militarizado de combate as drogas, ocorrendo a estereotipação do usuário como doente e, por outro lado, do traficante como delinquente.

A Lei 6.368/1976 sofreu mudanças com a promulgação de diversos estatutos penais e após trinta anos de vigência se mostrava historicamente inadequada. Assim, promulgou-se a Lei 11.343/2006 a qual aumentou a repressão com a tipificação de novas condutas e desencarcerou o porte para uso pessoal. Sua base ideológica não modifica o sistema proibicionista implantado com o diploma normativo de 1976, mas o aprofunda.

A utilização do Direito Penal do inimigo, como visto, pode ser apontada em muitas escolhas legislativas, o principal exemplo é que no contexto de guerra às drogas houve a elevação do traficante a categoria de inimigo público no Brasil e, desde então, buscou-se a todo custo sua neutralização através da antecipação da punibilidade, do aumento desproporcional das penas e da supressão das garantias processuais.

Nesse cenário, concluiu-se pela seletividade na atual legislação e política criminal para drogas, a qual utiliza-se de modelo de seleção criminal direcionado ao encarceramento em massa de determinadas classes sociais, mais especificamente, dos jovens, negros, com baixa escolaridade e que, na maior parte dos casos, são pegos com pequenas quantidades de droga.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. Revista IBCCRIM Nº 20. Artigo. 1997.

BATISTA, Vera Mallaguti. **Difíceis Ganhos Fáceis**: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

BATISTA, Vera Mallaguti. **O Alemão é muito mais complexo**. 2014. Disponível em: <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/O-Alemao-e-muito-mais-complexo/4/30889>. Acesso em: 02/10/2019.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **A Construção Social da Realidade**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2018.

BOITEUX, Luciana; WIECKO, Ela. **Tráfico de drogas e Constituição**. Série Pensando o Direito. Brasília (Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça), n. 1, 2009.

BOITEUX, Luciana. **O controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

BRASIL. **Estatísticas do STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=hc>. Acesso em: 17/10/2019.

BRASIL. LEI N.º 11.343, de 23.08.2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 17/10/2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: legislação penal especial. 6ª edição. Volume. 4. São Paulo: Editora Saraiva. 2011.

CARMO, Ellen Rodrigues. **A Justiça Juvenil do Brasil e a Responsabilidade Penal do Adolescente**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06** – Salo de Carvalho. – 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Salo de. **O Encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: A decisiva contribuição do poder judiciário.** Rev. Fac. Direito UFMG. Belo Horizonte, n. 67, pp. 623 - 652, jul./dez. 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

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

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal).** São Paulo: Notícias Forenses, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção e repressão.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal.** 6 ed. Niterói: Impetus, 2011.

JAKOBS, Günther. **Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung.** Revista de Ciência Penal - ZStW 97, p. 751 e ss., 1985.

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas.** Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. Ed., 2. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

MARONNA, Cristiano Avila. **Nova lei de drogas: retrocesso travestido de avanço.** Boletim IBCCRIM. ANO 14. Nº 167. Out. 2006.

MOURA, Marcos Vinícius. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Junho de 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 16/10/2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar.** Tradução de Sérgio Lamarão. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio; *et al.* **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal.** Rio de

J

a

n

e

i

r

o

: