

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

MARIAH DA ROCHA DIAS

**O PROIBICIONISMO DE DROGAS E A SUPRESSÃO DE DIREITOS E
GARANTIAS, NA LEI 11.343/2006, A PARTIR DA CONCEPÇÃO DO DIREITO
PENAL DO INIMIGO.**

CRICIÚMA

2013

MARIAH DA ROCHA DIAS

**O PROIBICIONISMO DE DROGAS E A SUPRESSÃO DE DIREITOS E
GARANTIAS, NA LEI 11.343/2006, A PARTIR DA CONCEPÇÃO DO DIREITO
PENAL DO INIMIGO.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado
para obtenção do grau de Bacharel no curso de
Direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. MSc. Valter Cimolin

CRICIÚMA

2013

MARIAH DA ROCHA DIAS

O PROIBICIONISMO DE DROGAS E A SUPRESSÃO DE DIREITOS E GARANTIAS, NA LEI 11.343/2006, A PARTIR DA CONCEPÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, 11 de dezembro de 2013

BANCA EXAMINADORA

Prof. MSc. Valter Cimolin – Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC -
Orientador

Prof. Esp. Leandro Alfredo da Rosa - Universidade do Extremo Sul Catarinense -
UNESC

Prof. MSc..Mônica Ovinski de Camargo Cortina - Universidade do Extremo Sul
Catarinense - UNESC

Todos os dias eu dedico os meus sorrisos aos meus pais, meu irmão, meu amor e meus amigos; todo este trabalho não seria diferente. Dedico a vocês, gente de bem, que suportaram todas as minhas crises e não me deixaram sucumbir.

AGRADECIMENTOS

O ato de agradecer é uma confusão de sentimentos. Você se pega pensando em tudo de lindo, de extraordinário, que cada serzinho que cruzou o seu caminho lhe trouxe, mostrou-lhe e lhe fez viver.

Agradecer é dádiva dos humildes, dos puros de coração. É compreender que não construímos nada sem ajuda, e aprender que, por mais difícil que pareça o percurso, nunca se caminha só. É saber olhar para o lado, abrir a alma e se realizar num simples muito obrigada.

Deixo aqui minha alma aberta e agradeço ao Pai Celestial, que é minha fortaleza, minha proteção, meu alento. É nele que repouso todas as minhas incertezas e transformo todos os meus medos em luz. “Tu, Senhor, é um escudo para mim, a minha glória, e o que exalta a minha cabeça” Salmos 3:3.

Ao meu pai Paulo, meu Paulão, agradeço pela dedicação diária, pelas muitas noites em claro, por me ensinar a engatinhar ou invés de rastejar, a andar de bicicleta, a dirigir. Obrigada pelas risadas (gargalhadas sonoras como, diz a mãe). Obrigada a me incentivar em todas as minhas empreitadas. Obrigada pelo muitos não. Pelo silenciar e ouvir. Obrigada pelos conselhos sempre certos e por ser meu exemplo de integridade, de homem, de pai, de filho e de paz.

A minha Mãe, minha Nine, agradeço por ser ela e não outra. Por ser só amor e zelo. Obrigada por ser modelo ideal de pessoa, por ser a mãe que eu e o mano precisamos. Obrigada por cuidar de mim, por mais cabeça dura que eu seja. Obrigada por me eleger como teu presente rosa, por seu meu espelho e meu alicerce.

Ao meu irmão, meu Paulinho, meu pequeno grande amor. Obrigada por me ensinar a ter paciência, a rir de mim mesma e a sobreviver um Apocalipse Zombie. Obrigada por sempre perguntar como foi meu dia, por me considerar tua melhor amiga, por confidenciar teus grandes segredos e sonhos adolescentes e por me chamar de mana.

Ao meu amor, meu Thi. Obrigada por aguentar todos os meus surtos de estresse, por me ensinar que o amor é uma dádiva, por me dar todo o apoio pelo caminho. Obrigada por ser sempre só amor e ser amigo. Obrigada por me escolher para ser tua e por construir uma nova vida ao meu lado.

A todos os meus familiares, obrigada por sempre emanarem vibrações positivas, por acreditarem em mim quando, por muitas vezes, eu mesma desacreditei. Agradeço ao meu avô Joaquim. Ah, se todos os homens fossem como o senhor, meu avô! Fonte inesgotável de saber, um amante da leitura e dos bons vinhos. Obrigada a minha avó Altair que é dona de uma doçura com as palavras, que só ela, e que me ensinou que tudo se supera com uma boa poesia.

Obrigada aos meus queridos amigos Jeferson Botelho Vieira, Bruno da Rosa Camargo, Roger Maceda, Bruna Dal Pont, Natália Medeiros de Luca, Hellen Vargas, Monique Antunes de Souza, Iara Steiner, Luísa Gonçalves dos Santos, João Manoel Lumertz Francisco, Maria Eduarda Becker Pavani, Melissa Fogassa, Ray Rosa e Carol Balhejo, meus companheiros de aventuras, por me trazerem sempre alegrias, por reduzirem meus sofrimentos e multiplicarem o meu amor. Obrigada por serem amigos-irmãos. Obrigada a todos os demais pelas experiências diárias. Carrego-os em meu coração, sempre.

Agradeço também aqueles que me abriram, além de muitas portas, meu olhar e meu coração ao mundo jurídico. Ao Dr. Evandro Volmar Rizzo, Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Sombrio, por ter dado meu “primeiro lugar ao sol” e a oportunidade de lapidar minha forma de trabalho. Ao Dr. Sérgio Renato Domingos, e seu fiel escudeiro Fábio, por terem me auxiliado a me encontrar dentro do universo do Direito e que muito me apoiaram e incentivaram na lida do Trabalho Monográfico. Agradeço também aos “chefinhos” do coração, Dr. Jeferson da Costa Dannus e Dra. Jonaira Lucia da Silva Dannus que me mostraram o quanto é nobre a advocacia e que quando se trabalha com o quê e quem amamos tudo flui.

Agradeço, também, a todos os Mestres, nobres professores desta instituição, que além de ensinarem a arte do Direito, dividem conosco lições de vida preciosas. Em especial ao Professor Valter Cimolin, meu orientador, que com toda sua calma e seu saber não me deixou entristecer. Obrigada Professor, pela luz no fim do túnel, pela disposição e pela sabedoria.

Agradeço a todos, trago-os sempre em minhas orações e no fundo do meu coração. Vocês foram e são, a minha força, meu impulso, minha vontade de sempre seguir em frente e dar o melhor de mim ao mundo.

**“Qual é o grau do perigo?
Da falta de escola e de emprego,
de prisão e de abrigo?
Qual é o pior inimigo?
Os pais da corrupção
Ou os filhos do mendigo?
Quem é o grande culpado?
O ladrão que tem cem anos de perdão ou
você que vota errado?
Pela Paz a gente canta, a gente berra.
Pela Paz eu faço mais eu faço guerra.
Vou lutando pela Paz”**

Gabriel O Pensador – Paz.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar os tipos de supressões de direitos e garantias contidas na Lei 11.343/2006 – Lei antidrogas, sob a perspectiva do Direito Penal do Inimigo. Num primeiro momento, expõe-se o sistema proibicionista, oriundo dos ideais norte-americanos, o qual derivou os parâmetros contidos na Lei antidrogas, analisando-se sua construção histórica e sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro. Seguindo pela Teoria do Direito Penal do Inimigo a qual é embasada nos ideais do emérito alemão Günter Jakobs, que defende o rebaixamento do indivíduo a um status de indigno para justificar um posicionamento mais repressivo por conta do Estado na busca da neutralização do ente perigoso, apontando-se seus fundamentos, críticas e sua presença no decorrer da história das civilizações. Chegando até a observação dos dispositivos legais da Lei 11.343/2006 nos quais se pode perceber a incidência de supressões de garantias e de direitos, finalmente, passando-se a identificação da teoria do Direito Penal do Inimigo como um modelo de ação típica do Estado, através da Lei 11.343/2006, demonstrando-se não ser a melhor forma de atuação ao fim que se propõe. Sob esse viés o estudo foi desenvolvido adotando-se o método dedutivo através da pesquisa teórica bibliográfica. Os resultados alcançados apontam para a incidência de um sistema penal diferenciado para os indivíduos tipificados pela Lei 11.343/2006, correspondendo o tratamento referenciado pela Teoria do Direito Penal do Inimigo e, com isso, a supressão de direitos e garantias reservadas a qualquer sujeito de direito.

Palavras-chave: Proibicionismo. Direito Penal do Inimigo. Direitos e Garantias. Lei 11.343/2006.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 POLÍTICAS PROIBICIONISTAS DE DROGAS.....	14
2.1 POLÍTICAS PROIBICIONISTAS DE DROGAS NO MUNDO.....	16
2.2 POLÍTICAS PROIBICIONISTAS DE DROGAS NO BRASIL – BREVE HISTÓRICO A PARTIR DA LEI 6.368/76.....	19
2.3 O PROIBICIONISMO NA ESFERA DA LEI 11.343/2006.....	24
3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA COMPREENSÃO TEÓRICA E LEGAL	28
3.1 O DIREITO PENAL DO INIMIGO, NA VISÃO DE GÜNTER JAKOBS.....	28
3.2 CRÍTICAS À VISÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	34
3.3 DIREITO PENAL DO INIMIGO: TEORIA RECENTE OU TEORIZAÇÃO DE ANTIGAS PRÁTICAS.....	38
4 DA SUPRESSÃO DE DIREITOS E GARANTIAS NA LEI 11.343/2006, NA CONCEPÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	43
4.1 DOS DIREITOS E GARANTIAS	43
4.2 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	50
4.3 DA SUPRESSÃO DE DIREITOS E GARANTIAS NA LEI 11.343/2006.....	52
4.4 DA ANALOGIA COM O DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	60
5 CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS.....	66

1 INTRODUÇÃO

Com a organização do homem em sociedade e o surgimento da figura do Estado, este tomou o poder de intervir nas relações oriundas entre os indivíduos, na busca da manutenção da ordem e garantir aos seus cidadãos a propriedade, a vida privada e a paz.

Uma das armas utilizadas pelo Estado para ajustar condutas, é o Direito Penal, que, em virtude do aumento da criminalidade, com o passar dos séculos, está se tornando cada vez mais rígido tendo o Estado que intervir, cada vez mais, nas relações humanas.

Um dos maiores problemas, hoje, numa visão implantada pela mídia, que assombra a população de modo geral e o Estado, são as drogas. Elas trazem o caos para a sociedade, que anseia, por meio de um apelo midiático, que o Estado se posicione e sane a insegurança gerada pelo crescente aumento de crimes próprios do tráfico ou derivados dele.

A escolha do presente tema ocorreu pela sua grande repercussão no âmbito do Direito Penal atual e pela influência exercida pelo conceito de inimigo nos recentes discursos políticos, principalmente no Brasil, refletindo na produção legislativa em matéria penal.

Na busca da resposta ao clamor social, as leis voltadas para o controle de drogas se encontram cada vez mais repressivas, sendo reflexos das políticas públicas proibicionistas oriundas dos ideais estadunidenses que sustentam a bandeira de que leis de combate, que proíbem e punem os indivíduos tipificados, são o caminho para erradicação do mal, neste caso, drogas.

O Brasil incorporou em seu ordenamento jurídico esse modelo proibicionista, que se encontra positivado na lei 11.343/2006. Além de ser mais rigorosa que a revogada lei 6.368/76, a vigente lei antidrogas apresenta uma série de supressões de garantias e de direitos, transformando o indivíduo tipificado em inimigo.

Essa tendência de classificar uma classe de sujeitos como daninhos, ou entes perigosos, por meio de leis ditas de combate, suprimindo-lhes direitos e rebaixando-os a categoria de indignos, na busca de uma resposta rápida ao clamor social e da mídia, são algumas das características da Teoria do Direito Penal do Inimigo desenvolvida pelo emérito alemão Günter Jakobs.

Muitas críticas pairam sobre o tema, envolto nesse debate está a Lei 11.343/2006 e o questionamento se ela carrega indícios da teoria do Direito Penal do Inimigo, tendo em vista alguns de seus dispositivos irem de encontro ao que preceitua os pilares fundamentais de um Estado Democrático de Direito, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana e colocando o indivíduo a mercê das arbitrariedades do Estado, justificando, assim, sua atuação na manutenção do bem-jurídico.

Para elucidar a presente questão, dividiu-se este trabalho em três capítulos. O primeiro abordará concepções proibicionistas, como já mencionado, políticas oriundas dos ideais norte-americanos, voltadas ao combate e erradicação de substâncias psicotrópicas apresentadas, pela primeira vez no âmbito internacional, em 1909 na cidade de Xangai.

Ainda no primeiro capítulo, tratar-se-á das políticas proibicionistas no Brasi, já que este ratificou as convenções internacionais desde suas primeiras edições mantendo a mesma linha repressora até a lei antidrogas vigente, onde perpetuou o poder controlador e punitivista no controle às drogas.

No segundo capítulo abordar-se-á a Teoria do Direito Penal do Inimigo, desde a visão de seu criador Günter Jakobs, que defende a existência de dois direitos, um voltado à proteção do cidadão, o Direito Penal do Cidadão, e outro que é utilizado pelo Estado contra o Inimigo, conhecido como Direito Penal do Inimigo.

Apresentar-se-á, ainda, no segundo capítulo as críticas pertinentes a esta teoria, bem como a presença da figura do Inimigo do decorrer da história humana, buscando-se observar se a figura do inimigo nas sociedades é uma teorização de antigas práticas.

Por fim, no terceiro capítulo buscar-se-á apresentar os tipos de supressões de direitos e garantias contidos na Lei 11.343/2006, começando a explanação pelo histórico e conceito de direitos e garantias, apontado as gerações destes direitos e alguns princípios norteadores do Direito Penal, como o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda, no terceiro capítulo, será demonstrada a existência de supressões de direitos e garantias analisando-se os artigos da Lei antidrogas, finalizando com a analogia ao Direito Penal do Inimigo.

Por todo o exposto é que se justifica o estudo a ser apresentado, destacando-se, de imediato, que esta pesquisa acadêmica, terá apenas o condão de

instigar a necessidade de um estudo mais aprofundado acerca do tema, não apresentando a pretensão de esgotar às indagações inerentes a este assunto, mas sim propor o conhecimento de ideias e discussões da doutrina sobre a supressão de direitos na lei de drogas, na concepção do direito penal do inimigo.

Por demonstrar ser o mais adequado tipo de pesquisa para chegar aos resultados almejados e com o objetivo de dar mais clareza ao estudo, torna-se válido informar que a base bibliográfica será composta a partir de produções intelectuais de doutrinas, legislações comentadas, artigos publicados na Rede Mundial de Computadores (Internet) e outras produções pertinentes.

2 POLÍTICAS PROIBICIONISTAS

Oportunamente nesse item discorrer-se-á a respeito das políticas proibicionistas, desde seu surgimento e concepções no âmbito internacional, bem como sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro e sua perpetuação com a Lei 11.343/2006, conhecida como Lei Antidrogas.

Antemão, cabe a conceituação dos termos, de forma isolada, que compõe a expressão “Políticas Proibicionistas”, para que se possa compreender o real significado e entender de que forma se apresentam no ordenamento jurídico.

De origem grega *politiká*, uma derivação de *polisque*, política indicava todos os procedimentos relativos à *polis*, cidade-Estado, ou seja, deriva daquilo que é público. É denominada como a ciência ou arte da organização, direção e administração de nações ou Estado. Russell (1972, apud BOBBIO, 2002, p. 956) a define como sendo "o conjunto dos meios que permitem alcançar os efeitos desejados" (RUSSELL, 1972, apud BOBBIO, 2002).

No senso comum é a ciência de governo de um Estado ou Nação, logo um conjunto de regras ou normas de uma determinada instituição, já que a política não se restringe somente a organização de Estados, mas volta-se a gestão de qualquer órgão ou instituição pública.

Uma visão mais Aristotélica de política remete a um objeto voltado a felicidade humana, preocupada com a felicidade coletiva da *polis*, no qual,

Vemos que toda cidade é uma espécie de comunidade, e toda comunidade se forma com vistas a algum bem, pois todas as ações de todos os homens são praticadas com vistas ao que lhes parece um bem; se todas as comunidades visam a algum bem, é evidente que o mais importante de todos e que inclui todos os outros se chama cidade comunidade política (ARISTÓTELES, 1252a).

A política, como forma de atividade humana, está estreitamente ligada ao poder, ou seja, o poder do homem sobre outro homem. O que a política pretende alcançar é o equilíbrio entre as relações já que estas não possuem fins constantes. Para Bobbio (2002), “os fins da política são tantos e circunstanciais”, pois se ligam ao meio e não sobre o fim em si. Não se pode definir um grupo político indicando o alvo da sua ação, é o meio que define o caráter político de um grupo social, mas seu fim acaba por ser a aquisição do monopólio da força (WEBER, 2004, p. 497).

Entendido que política é uma forma de gestão de um determinado Estado, visando o equilíbrio das relações e a felicidade coletiva e que tem a força como meio para manter a unidade estatal, caminha como um dos instrumentos de atuação política o proibicionismo, que numa definição superficial é um sistema que preconiza a proibição de certas condutas.

O proibicionismo, em uma primeira aproximação, pode ser entendido, como um posicionamento ideológico, que se traduz em ações públicas voltadas para a regulação de fenômenos, comportamentos ou produtos vistos como negativos, através de proibições estabelecidas notadamente com a intervenção do sistema penal – e, assim, com a criminalização de condutas através de edição de leis penais – sem deixar espaço para as escolhas individuais, ainda quando os comportamentos regulados não impliquem em um perigo constante de dano para terceiros (KARAM, 2010).

Portanto, na junção dos conceitos, vê-se que a finalidade das Políticas Proibicionistas, nada mais é do que buscar o equilíbrio e a preservação do pacto social, proibindo e represando condutas por meio da força, que se concretiza nas sanções penais. Nas palavras de Weigert (2010, p. 31), “o que não está de acordo com as convenções sociais, o que não é bem aceito imediatamente passa a ser censurado”.

Um exemplo de políticas proibicionistas incorporadas nos ordenamentos jurídicos atuais são as de combate às drogas, por mais que este tipo de política criminal represente a forma mais organizada e sistemática de proibição no mundo, não há como negar que este método levou a resultados contraditórios aos fins que declarou perseguir sujeitos e gerou consequências adicionais tão graves ou mais graves que esses resultados (KARAM, 2010). Em quase um século de proibição não se diminuiu os riscos à saúde dos usuários, pelo contrário, esses se agravaram (IBCCRIM, 2012)

Para que se possa entender o porquê da aceitação de uma legislação mais dura e da incorporação proibicionista no ordenamento jurídico brasileiro, é de suma importância conhecer seu desenvolvimento histórico, bem como sua aceitação no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 POLÍTICAS PROIBICIONISTAS DE DROGAS NO MUNDO

Presume-se que a política proibicionista de drogas é vista pela primeira vez de maneira nítida dentro dos Estados Unidos, com a intenção de reprimir as minorias e desencorajar a imigração em seu país, proibindo, em 1909, o ópio, hábito extremamente comum aos imigrantes orientais.

O governo dos Estados Unidos logra seus êxitos iniciais no controle de drogas nas reuniões internacionais que convoca. A primeira, realizada em Xangai, em 1909, não chega a elaborar determinações impositivas aos países signatários (países que contavam com fortes indústrias farmacêuticas e com monopólios comerciais na Ásia, Inglaterra e Alemanha), mas constrange essas mesmas potências internacionais que, ao contrário dos EUA, interessavam-se pelo lucrativo mercado do uso hedonista do ópio e seus derivados. (RODRIGUES, 2002, p.103)

Diga-se “*presume-se*”, pois os sistemas punitivos, por estarem intimamente ligados a sanções de condutas desviantes (CARVALHO, 2010), são produtos eminentemente moralizadores e, portanto, elementos de formação da subjetividade. Desta forma, adequado pensar, a partir de Carvalho (2010, p. 10), que “a origem da criminalização (das drogas), portanto, não pode ser encontrada, pois inexistente. Se o processo criminalizador é invariavelmente processo moralizador e normalizador, sua origem é fluida, volátil, impossível de ser adstrita e relegada a objeto de estudo controlável”.

Mas, partindo da origem estadunidense, tem-se que a Convenção Internacional sobre Ópio foi adotada pela Liga das Nações em Haia, em janeiro de 1912 na Holanda, satisfazendo os diplomatas americanos, pois, a regra de seu artigo 20, recomendava aos Estados signatários que examinassem a possibilidade de criminalização da posse de ópio, morfina, cocaína e seus derivados que não atendessem recomendações médicas.

Tais recomendações, mais tarde, deram limitações expressas visando coibir o uso indiscriminado de substâncias alteradoras do comportamento, previstas na Convenção de Genebra, em 1931 (RODRIGUES, 2002).

O fato é que não havia no ordenamento interno norte-americano norma com a característica do Tratado de Haia, muito pelo contrário, o governo estadunidense usou da tática de usar normas acordadas internacionalmente como meio para reformas legais internas, já que o cumprimento dos preceitos legais

internacionais só poderiam dar-se com a adequação do código interno americano, o que de fato ocorreu em 1914 (RODRIGUES, 2002).

Compreende-se melhor o caminho da internacionalização dos acordos no ordenamento jurídico norte-americano, nas palavras de Rodrigues (2002, pg. 103):

As resistências das alas políticas liberais, calcadas na idéia de que o uso de drogas era questão de foro íntimo, vão sendo minadas ao longo da década de 10 até que, em 1919, a antiga reivindicação proibicionista (a supressão do álcool) cristaliza-se em lei federal. A 18a Emenda à Constituição proibia a produção, transporte, importação e exportação de bebidas alcoólicas em todos os Estados da federação. A década seguinte principia com um gigantesco mercado ilegal criado pela Lei Seca, circundado por circuitos clandestinos relacionados a outras drogas proibidas como a cocaína. O aparato burocrático-repressivo cresce desmesuradamente para tentar dar conta das atividades ilegais e de pessoas (negros e imigrantes chineses, mexicanos, irlandeses e italianos) lançadas nesses ambientes de marginalidade. No plano internacional, os EUA mantêm a postura de enunciadores de políticas repressivas que são, em linhas gerais, tomadas como base dos tratados internacionais firmados desde então.

Porém, a criminalização de drogas somente foi imposta com a Convenção Única de Estupefacientes de Nova York em 1961 com quatro listas anexas em que elencava as substâncias e matérias primas proibidas, inclusive com recriminação de atos preparatórios, com ressalva as limitações de natureza constitucional como vê-se no artigo 36 da referida Convenção:

Com ressalva das limitações de natureza constitucional, cada uma das Partes se obriga a adotar as medidas necessárias a fim 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 castigadas de forma adequada, especialmente com pena de prisão ou outras de privação de liberdade.

O ápice das tendências repressivas se dá com a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de Viena (1988), e é tão latente essa tendência que já se percebe tamanha reprimenda no seu título, que anteriormente trazia expressões como “sobre entorpecentes” ou “sobre substâncias psicotrópicas” e passou a se intitular “contra o tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas”, e, também, na afirmação, em seu artigo 3º, da longa lista de tipificação das infrações penais elencadas na Convenção de 1961, nitidamente inspirada na política de guerra às drogas, voltada as pessoas do produtor, do

comerciante e consumidor das substâncias e matérias primas proibidas (KARAM, 2010).

Há de se ressaltar que a primeira lei criminalizadora, a nível federal nos EUA, em matéria de drogas, foi sancionada em 1914 e era voltada a produção, distribuição e consumo de ópio, morfina e cocaína, porém a repressão se dava no âmbito de matéria fiscal, na qual era cobrado um imposto exorbitante para quem distribuía tais mercadorias sem prescrição médica. Aquele que era pego na posse de uma dessas substâncias não era processado pela posse, mas sim pela sonegação fiscal (KARAM, 2010).

Esse proibicionismo de origem norte americana caminha sob a “distinção entre drogas legais e ilegais e a convicção de que o único meio eficaz para lutar contra os danos produzidos pelas drogas ilegais é a repressão penal” (WEIGERT, 2010, p. 31), pois há o princípio da presunção de que o indivíduo mude seu comportamento, costumes e escolhas, sob a ameaça de sanção, deixando, então, de consumir em virtude de serem substâncias ilícitas (RODRIGUES, 2002).

Operando em dois âmbitos, a política repressiva busca, através das sanções ao consumo de drogas ilícitas, o convencimento dos usuários quanto a não utilização das substâncias psicotrópicas, na dita repressão direta. Ao passo que, na repressão indireta, a punição recai sobre as atividades relativas à produção e ao tráfico de substâncias tóxicas, limitando, assim a disponibilidade dessas substâncias no mercado (WEIGERT, 2010).

Esse modo de operação imposto, de certa forma, pelas ideologias norte-americanas, parte do pressuposto de que há ofensa ao bem jurídico “saúde pública” quando um sujeito consome, comercializa ou compra substâncias psicotrópicas, pois causa dano à coletividade e a saúde de toda população. Portando, “a maneira eleita para erradicar as drogas é a total proibição de seu consumo e comércio” (WEIGERT, 2010, p. 32).

Márkez (1998, p. 25), expõe que a rigidez nas sanções, a exploração dos malefícios das drogas ilícitas, vá fazer com que haja uma diminuição significativa do uso, consumo e comércio dessas substâncias, não por motivos cientificamente comprovados, mas sim por uma postura cultural:

las medidas de actuación son el control de las drogas disponibles, el aumento del precio, el castigo o la amenaza de él, la información sobre sus nocivos u peligrosos efectos, suponiendo que de este modo se evitará la

adopción de conductas prohibidas. Em suma, la fundamentación del modo es más cultural que científica sin una correspondencia com la actualidade de las drogas, las substancias aquí y hoy prohibidas y no aceptadas culturalmente.¹

Vão de encontro a estes entendimentos as principais convenções proibicionistas no âmbito internacional, algumas já expostas, como a Convenção Única de Estupefacientes de Nova York (1961), uma das mais relevantes convenções ratificadas, pois até hoje mais de 180 países aderiram a seus preceitos. Para se ter a noção da extensão dessas premissas, a ONU tem 194 países membros, portanto a ratificação é por, praticamente, todos os países do mundo (PERDUCA, p. 108 *appud* WEIGERT, 2010).

Além da Convenção Única de 1961, a Convenção Sobre Substâncias Psicotrópicas de Viena (1971) e Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de Viena de 1988, também vão de encontro com os posicionamentos que defendem que a proibição somente auxilia na proliferação das drogas tornadas ilícitas, sendo que esta última, subscrita pela Espanha em 1990 e pelo Brasil em 1991, “por ser considerada o ápice da repressão contra entorpecentes, consolidou definitivamente a política norte-americana de guerra às drogas” (WEIGERT, p. 33, 2010) tentando corromper com este conceito.

O Brasil, portanto, aderiu às ideias cominadas pelos Estados Unidos e acordadas pelas inúmeras convenções e optando por subscrever àquela que, de certa forma, é a mais repressiva no controle ao consumo, produção e comercialização de substâncias ilícitas, na tentativa de conter a disseminação dessas substâncias, tentativa, essa, que vem desde antes da ratificação da Convenção de Viena em 1991.

¹ As medidas de atuação são o controle das drogas disponíveis, o aumento dos preços, a punição ou a ameaça de que, a informação sobre os seus efeitos nocivos ou perigosos, supõe-se de que isso vai impedir a aprovação da conduta proibida. Em suma, a fundamentação do modo é mais cultural que científica, sem uma correspondência com a atualidade das drogas, as substancias aqui hoje proibidas e não aceitas culturalmente.

2.2 POLÍTICAS PROIBICIONISTAS DE DROGAS NO BRASIL – BREVE HISTÓRICO A PARTIR DE 1890.

A política de “guerra às drogas” explicita, em sua própria denominação, a global tendência expansionista do poder punitivo que se consolida paralelamente às notáveis mudanças registradas no mundo a partir das últimas décadas do século XX.

No Brasil, o Código Sanitário da República de 1890, era voltado, nas palavras de Rodrigues (2002, p. 103), para a “disciplinarização do espaço urbano o que equivalia, entre outras medidas, à remodelagem das cidades segundo padrões europeus e à imunização compulsória da população”, nos moldes das políticas higienistas.

Porém, a prática do uso de psicotrópicos era tolerada, pois fazia parte do universo dos prostíbulos de alto nível frequentados pelos filhos da oligarquia da República Velha (RODRIGUES, 2002), contudo, o Brasil havia se comprometido a fortalecer o combate sob o controle do ópio e cocaína, na Convenção de Haia, o que de fato nunca fizera.

O fino vício dos “nobres” rapazes perdeu a elegância perante os olhos do governo quando tal vício se disseminou a classes renegadas, ou seja, entre os negros, pardos, imigrantes e toda a “escória da sociedade” (CARNEIRO, 1993), o que impulsionou a criação da primeira lei restritiva da utilização do ópio, morfina, heroína e cocaína, sem prescrições médicas no Brasil, que seguia o modelo proposto pela Convenção de Haia o qual fora ditado pelos Estados Unidos (RODRIGUES, 2002).

Estar em consonância com os ditames americanos, delimitados nos encontros internacionais, representava a harmonia e a aceitação de um modelo normativo repressivo, proibicionista, que não tolerava a prática de nenhum dos verbos elencados nos tratados, ou seja, produzir, comercializar, usar, entre outros, conforme defende Rodrigues (2002, p. 104):

Estar alinhado às determinações acordadas nos encontros internacionais significava, em larga medida, estar sintonizado com a postura proibicionista defendida pelos Estados Unidos; postura que se pautava pela proibição total à livre produção, circulação e consumo de substâncias psicoativas e pela repressão cerrada aos segmentos sociais associados (em parte pela prática, em parte pelo discurso governamental) ao tráfico de drogas.

A criminalização de condutas relacionadas à produção, distribuição e consumo de drogas tornadas ilícitas, e não mais restrita ao ópio, cocaína e derivados, inicia-se a partir da Consolidação das Leis Penais de 1932 com a substituição das expressões “substâncias venenosas” (art. 159 do Código Penal de 1890), por “substâncias entorpecentes” o qual derivou a expansão da quantidade de condutas proibidas e também a cominação da pena privativa de liberdade fixada de 1 a 5 anos para quem fornecesse qualquer tipo de substâncias ilícitas (KARAM, 2010).

O ápice do proibicionismo, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, deu-se com o Decreto-Lei 8.91/38, promulgado na ditadura do Estado novo, no qual restou estabelecida a internação obrigatória de “toxicômanos” (KARAM, 2010), sofisticando, assim, as determinações antidrogas vigentes no País desde a lei de 1921, baseando-se nos documentos assinados nas convenções de Genebra de 1.931.

A pluralidade de verbos nos inscrições, 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, 2010, p. 12)

É somente a partir da década de 40 que se pode verificar o surgimento de “política proibicionista sistematizada” (CARVALHO, 2010, p.12), embora sejam encontrados resquícios de criminalização das drogas ao longo da história legislativa brasileira, pois foi com a edição do Código Penal de 1940 que a matéria acabou sendo recodificada, introduzindo-se como tipo penal o plantio das matérias primas das substâncias proibidas e a “criminalização da posse para uso pessoal, cominando-lhe as mesmas penas de 1 a 5 anos de reclusão previstas para o dito tráfico” (KARAM, 2010).

A característica marcante do Código Penal de 1940 é a tentativa, a partir do ensaio da Consolidação das Leis Penais na década de 30, de preservar as hipóteses de criminalização junto às regras gerais de interpretação e de aplicação da lei codificada. No entanto, a partir do Decreto-Lei 4.720/42 (que dispõe sobre o cultivo), e com a publicação da Lei 4.451/64 (que introduz ao art. 281 a ação de plantar), se inicia na legislação pátria – não apenas no que diz respeito às drogas, mas aos entorpecentes de maneira muito especial – amplo processo de descodificação, cujas consequências serão drásticas para o (des)controle da sistematicidade da matéria criminal (dogmática jurídico-penal). (CARVALHO, 2010, p. 12)

Em 27 de agosto de 1964, três anos após a Convenção Única de 1961, o Brasil ratificou-a com o Decreto nº 54.216, logo após o golpe militar no país, decretando que a convenção fosse executada e cumprida integralmente como ela se apresentava, ocorrendo uma ratificação plena de todas as resoluções da Convenção.

Com a centralização do poder político na figura da União e, portanto, como pode ser encontrado no texto constitucional de 1967, coube a ela “organizar e manter a Polícia Federal com a finalidade de promover” a ordem institucional no Brasil. Das quatro finalidades previstas à Polícia Federal, uma era “a repressão ao tráfico de entorpecentes”, conforme disposto no artigo 8º, VII, *b*) (BRASIL, 2013).

A pronta ratificação da Convenção Unida de 1961 e as competências destinadas ao Departamento de Polícia Federal na Carta Magna de 1967 deram ensejo a duas importantes definições jurídico-institucional: primeira, o governo militar assumiu na agenda pública a obrigação de intervir sobre o problema drogas através de uma lógica repressiva e, segundo, uma nova definição na área das drogas no plano internacional com a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 (LIMA, 2010, p. 110-111). Essas duas importantes definições jurídico-institucional, contribuíram para o surgimento da Lei 5.726 ou Lei Antitóxicos de 1971.

Com a ampliação do rol das drogas controladas e diante de uma agenda internacional da área pautada pelas Nações Unidas, o Brasil buscou aperfeiçoar a Lei Antitóxicos à luz do proibicionismo e, com isso, iniciou a revisão da Lei 5.726/71. (LIMA, 2010).

Internacionalmente, o modo americano de tratar o tráfico e o consumo de drogas conseguia consolidar-se cada vez mais, revelando que já não havia resistência importante à imposição punitiva desejada pelos Estados Unidos. A ratificação do convênio sobre Drogas Psicotrópicas (Genebra, 1972) foi a cristalização, no plano das normas internacionais, da aceitação multilateral do enfoque proibicionista. A convenção de uma reunião plenipotenciária para emendar a Convenção Única de 1961 foi proposta pelos Estados Unidos, que, internamente, reformulavam suas agências de combate às drogas, buscando maior eficiência e inclusão das drogas alucinógenas na agenda de controle internacional (RODRIGUES, 2002, p.81)

A Lei 6.368/76, sob o decurso da Ditadura Militar, tornou-se um exemplo da relação das convenções internacionais sobre as decisões brasileiras, na medida em que previa a resposta do Estado somente pela ação repressiva mesmo nos casos de posse para uso pessoal, em que a sanção correspondia a um patamar de 6 meses a 2 anos de detenção.

Para o tráfico, em comparação com o dispositivo regulamentador anterior, houve uma triplicação da pena, o que antes correspondia de 1 a 5 anos de reclusão, com o advento da Lei 6.368/76, passou a constar de 3 a 15 anos de reclusão (KARAM, 2010)

A estrutura da revogada lei antidrogas partia do princípio da catalogação de acordo com a gravidade dos tipos penais previstos (AMARAL, 2013), como bem se pode verificar, já que ela iniciava com o crime de tráfico, no seu art. 12, considerando-o mais grave, chegando até o artigo 18 que são as causas de aumento de pena.

O fato de o tráfico ter sido tratado com mais severidade, ou ser conhecido como um delito de grande potencial ofensivo, verteu do ideal de que a ação além de perniciosa constituía uma ameaça constante aos jovens e à sociedade (NOGUEIRA,2002) e ofendia gravemente a saúde pública e, portanto, o traficante deveria ser tratado de maneira diferente, merecedor de um tratamento penal mais severo (AMARAL, 2006)

Nesse viés de um tratamento mais rigoroso para o produtor e comerciante de drogas ilícitas, Maria Lúcia Karam (2010, p. 5) muito bem disserta sobre a equiparação do tráfico e da produção, com os crimes ditos hediondos, “aqueles cometidos com crueldade, com sadismo, mostrando-se repugnante aos olhos humanos” (FARABULINI,2006).

Aplica-se ainda às criminalizadas condutas relacionadas à produção e ao comércio das drogas tornadas ilícitas, dispositivos constantes de outras leis especiais: a Lei 8.072/90 que, dispendo sobre crimes ditos hediondos e os a eles comparados, dentro os quais o “tráfico” de drogas qualificada de ilícitas, marco o início da edição de leis de emergência ou de exceção após a redemocratização do Brasil

Com a criação da Secretaria Nacional Antidrogas, órgão Executivo do Conselho Nacional Antidrogas criado a partir de 1998, a versão brasileira da globalizada “guerra às drogas” se revela explicitamente. Ambas instituições eram dirigidas por generais do Exército e subordinados ao Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, mostrando que não houve a perda do caráter militar e, sugerindo, por causa da nomenclatura da Secretaria – Antidrogas – uma visão distorcida e delirante sobre as substâncias psicoativas, visualizadas militarmente como se fosse o “inimigo” (KARAM,2010).

Visto o transcorrer da “evolução” dos mecanismos de combate às drogas tanto no âmbito internacional como dentro do ordenamento jurídico brasileiro, é de suma importância a análise do proibicionismo na Lei 11.343/2006 de forma mais específica.

2.3 O PROIBICIONISMO NA ESFERA DA LEI 11.343/2006

Feitas as considerações necessárias sobre o surgimento do sistema proibicionista e o caminho percorrido até o adentramento e fixação no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se mister a análise desse preceito dentro da Lei 11.343/2006 que veio substituir as Leis 6.368/76 e 10.409/2002.

Vale ressaltar que esta última apresentava deveras bizarrices e improbidades que não cumpriam com o papel que era, justamente, substituir a Lei 6.368/76, já destoante com a sociedade do século XXI. Porém diante dos inúmeros vetos do Presidente da República, a Lei anterior se manteve com as definições de crimes e penas enquanto pouca coisa da Lei 10.409/2002 regulava outros aspectos do tema “drogas” (KARAM, 2010).

É possível estabelecer relevantes distinções entre a Lei 6.368/76 e a Lei 11.343/2006, por mais que esta tenha a mesma base ideológica que aquela. Enquanto no primeiro dispositivo legal esboça uma estrutura mais repressiva independentemente da conduta do agente, seja ela voltada ao porte para uso ou para o comércio, no segundo há o aumento da repressão ao comércio ilícito e o abrandamento das sanções aos usuários e dependentes.

Este abrandamento é, nas palavras de Salo de Carvalho (2010, p. 69), derivado de uma “nítida sobreposição do discurso jurídico-político ao médico-jurídico pela instauração do discurso de eliminação do traficante (inimigo interno)”.

Tem-se, portanto, duas leis autônomas, com cominações repressivas distintas, quais sejam: a alta repressão ao traficante, sendo-lhe imposto um regime de punibilidade mais severo, com penas privativas de liberdade fixadas entre cinco e quinze anos, e a “patologização do usuário e do dependente com a aplicação de penas e medidas” (CARVALHO, 2010. pg. 69).

Com a Lei Antidrogas vigente, não só há a conservação da criminalização de entorpecentes e dos produtos derivados destes, como também, as penas e hipóteses de incidência dos substitutos legais são, substancialmente aumentadas,

como forma da real dimensão das novas respostas punitivas criadas pelo Estado (CARVALHO, 2010)

O problema “drogas” é investido de grandes tensões, contradições e interesses que acarretam grandes implicações sobre a vida dos sujeitos intimamente ligados ao uso, comércio e produção das substâncias ilícitas, bem como, aos próprios agentes públicos que operam sem haver um roteiro, um guia plausível de políticas públicas para a proteção social e, muito menos, atenção para a reintegração social desse público (LIMA, 2010).

Rolim (2006, pg. 174) mostra, o que de certa forma já foi afirmado anteriormente, que,

[...] as políticas contra as drogas na América Latina têm seguido os passos da ‘guerra contra as drogas’ proposta pelos EUA. Por esta abordagem, os governos pretendem livrar as sociedades das drogas com medidas repressivas. Após décadas de experiência, essa política colheu um retumbante fracasso, Mesmo assim, seus seguidores não se cansam de propor doses mais fortes do mesmo remédio.

A recente legislação sobre drogas, a Lei 11.343/2006, ofereceu uma despenalização sobre o uso de substâncias ilícitas, porém, manteve tal conduta no Capítulo “Das penas e dos crimes” e aumentou a pena para os chamados traficantes, ou seja, “aumentou a dosagem do mesmo remédio”.

Nas palavras de Boiteux, temos que a simples despenalização do uso até benéfica ao usuário, ainda mantém o controle penal independentemente da quantidade e do tipo de drogas, mesmo que não traga real risco aos demais. Sendo que o problema maior se consuma nos pequenos traficantes que serão inseridos nas facções criminosas dentro do próprio presídio, pois, para estes, foi-lhes imputado sanções mais rígidas.

Assim, a mera despenalização do uso de drogas, mesmo benéfica ao usuário, é ainda muito tímida, por insistir em manter o controle penal sobre o uso de todas as drogas, independente de qualquer quantidade, ainda que tal uso não cause qualquer risco concreto aos demais. Mas muito pior, sem dúvida, será a condenação de pequenos traficantes a penas de, no mínimo, cinco anos, por retirar os pequenos traficantes de seu convívio familiar, integrando-os nas facções criminosas, além de submetê-los à estigmatização, humilhação e violência dentro das prisões. Ao deixarem a penitenciária, com atitudes violentas e sem opção de trabalho, tornar-se-ão ainda mais vulneráveis à reincidência, seja no tráfico, seja nos crimes patrimoniais, como resultado do aprendizado da delinquência na cadeia. (BOITEUX, (2006, p 5-6).

Essa inserção do indivíduo no mundo carcerário se vê cada vez mais latente na realidade brasileira, não só pelo aumento das penas, mas, também, pelo número elevado de prisões desnecessárias ou pelo tempo excessivo nas prisões preventivas.

Hoje, o proibicionismo, inserido na legislação penal, se apresenta como o maior mecanismo de criminalização do indivíduo de classe baixa e referenda o encarceramento em massa da população pobre do Brasil (COIMBRA, KNIJNIK e GALLI, 2013, p. 46). A atual lei de drogas abre preceito a livre interpretação do juiz quanto a classificação do indivíduo ser considerado traficante ou não, haja vista a quantidade de droga apreendida e o local da apreensão conforme §2º do artigo 28, da Lei 11.343/2006.

Em reportagem recente, publicada na revista ISTOÉ (2013, p. 62-63)., foram levantados dados alarmantes da realidade carcerária no Brasil, em que “ao contrário do que se preconiza mundo afora, a regra tem sido punir antes para averiguar depois”. Os dados são das Nações Unidas, onde peritos do Conselho de Direitos Humanos visitaram penitenciárias de cinco capitais e constataram que há 550 mil detentos no Brasil e que 40% do total são presos provisórios.

Os dados são confirmados pelo banco de estatística do Ministério da Justiça, através do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias - InfoPen, que mostra que da população carcerária, que totaliza 513.713 apenados entre homens e mulheres, que se encontram custodiados no Sistema Penitenciária, 195.036 são presos provisórios. (INFOPEN, 2012)

O proibicionismo, ainda mais impulsionado pela Lei antidrogas vigente, acabou concentrando as grandes redes de distribuição de drogas nas mãos de poucos, simplesmente por eliminar dos circuitos ilegais do comércio os traficantes mais fracos (WEIGERT, 2010). Carvalho (2010) afirma que “a variante mercadológica da ilegalidade cria mercado extremamente lucrativo no qual o maior prejudicado são os consumidores e os dependentes”, justamente por serem o elo fraco da corrente e estarem submentidos a sanções desproporcionais a extensão, propriamente dita, do dano.

A criminalidade secundária, derivada dos problemas causados pela ilegalidade exacerbada de psicotrópicos, é uma das dificuldades mais relevantes e notórias, gerando uma grande quantidade de delitos, também relacionados às drogas, cometidos por agentes das próprias agências punitivas, como a corrupção,

extorsão, sem falar no alto nível de furtos, praticados por usuários, para manterem o vício.

[...] o que chamamos hoje de 'política de drogas' revela-se um amontoado maluco de reações desajeitadas e ineficazes, repressivas, preventivas e terapêuticas, a um único fenômeno: o fenômeno de um mercado negro gigantesco e totalmente fora do controle que, por sua vez, nada mais é do que o símbolo e a consequência de esperanças não realizadas no potencial da economia. (WEIGERT, 2010. pg. 38)

Apesar da impossibilidade de estabelecer e aplicar sanções privativas de liberdade aos indivíduos envolvidos com drogas na situação de porte para uso, pois este foi incluído na categoria de menor potencial ofensivo, as medidas propostas são ofuscadas pelo sentido terapêutico, demonstrando a inversão ideológica dos programas de redução de danos, pois conserva penas restritivas e medidas de segurança inominadas, que nada mais são do que mecanismos penais de controle, com “similar efeito moralizador e normalizador, obstruindo a implementação de políticas públicas saudáveis”. (CARVALHO, 2010)

Rolim (2006, p. 175), brilhantemente, conclui:

[...] experiências desse tipo [redução de danos] encerram verdades básicas que, entre nós, têm sido enterradas pelo discurso moralista dominante. O resultado é a “vegetação vingadora” das quadrilhas de traficantes, dos massacres nas favelas, da superlotação prisional, da ausência de alternativas de tratamento para os dependentes e da corrupção que atinge a polícia e se espalha por todas as instâncias de poder. Por esses e outros efeitos, nunca mais foi tão evidente a necessidade de se mudar a política de drogas em nosso país.

Estes são alguns, dentre muitos dos resultados ineficazes que demonstram que os riscos e danos relacionados às drogas, não são derivados delas por si só, são derivados do proibicionismo, já que o problema não se encontra em sua circulação, mas sim na sua proibição que expande o poder punitivo, sobrecarrega o sistema carcerário e viola direitos e garantias fundamentais, “acabando por aproximar democracias de Estado totalitário”. (KARAM, 2010).

Essa violação de direitos e garantias, a expansão do poder punitivo, e a incidência de um Estado de totalitário dentro do Estado Democrático de Direito, são algumas das características da Teoria do Direito Penal do Inimigo tema que se passa a explicar no próximo tópico.

3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA COMPREENSÃO TEÓRICA E LEGAL

3.1 O DIREITO PENAL DO INIMIGO, NA VISÃO DE GÜNTER JAKOBS.

Na busca pela solução dos conflitos sociais, o direito tem se transmutado para atender às demandas da humanidade em função das várias faces com que se apresentaram ao longo da história. Com efeito, desde que o ser humano se reuniu em sociedade, assinando o pacto intitulado de Contrato Social, o Estado exerce o controle do regramento que norteia os membros desta sociedade (ALVES, 2012).

Visto isso, tem-se que as interações humanas sociais se dão de uma forma mais harmônica haja vista a existência do Direito, que tem intrínseco, na justificativa de sua essência, a regulação dessas relações. Partindo dessa premissa, podemos constatar que o Direito Penal, então, se apresenta como a “tradução da sociedade em que se vive” (LEONELLO; MARQUES, 2012, p. 31) e, por consequência, sem a existência de tal ordenamento, as sociedades viveriam, certamente, em meio ao caos.

Este caos deriva da concepção que desde as primeiras civilizações, existem aqueles que por algum motivo tomam por preferência viver à margem da sociedade, não acatando as regras mínimas de convivência pacífica. Deste modo, o “Estado tomou para si a legitimidade da aplicação das reprimendas” (ALVES, 2012) através do Direito Penal, a todos que atentassem contra a ordem que sustenta a estrutura estatal, pois, como bem colocou Zaffaroni (2011, p. 30) “não se pode dominar sem organizar-se previamente de forma dominante”.

A estrutura estatal é constantemente ameaçada em decorrência da violência que age como uma praga obstruindo o seio familiar, que é o alicerce de qualquer sociedade, colocando em crise todo o planeta azul (SKOTZKY *apud* ZAFFARONI, 2007, p. 30), fazendo com que o direito penal tenha de intervir, cada vez mais, nas relações sociais.

É em meio a esse caos, a essa ameaça à ordem social, que surge o chamado Direito Penal do Inimigo, como forma de resposta ao aumento da criminalidade, conforme se demonstra nas palavras de Leonello e Marques (2010, p. 22):

Diante de tanta violência e de tanta crueldade, como ataques terroristas, expansão da criminalidade organizada, delitos sexuais, tráfico de entorpecentes, tráfico de pessoas, surge um direito penal de exceção. O

Direito Penal do Inimigo, ou também chamado de Terceira Velocidade do Direito Penal, como uma resposta veloz e recrudescida ao aumento da criminalidade.

Günter Jakobs², precursor da Teoria do Direito Penal do Inimigo, sustenta que a função primordial do Direito Penal é reafirmar a vigência da norma e defende a existência de dois direitos.

Em contrapartida ao Direito Penal da Normalidade, ou Direito Penal do Cidadão como assim o denomina, existe, também, um Direito Penal não garantista, tendo como base políticas públicas de combate à criminalidade, denominado Direito Penal do Inimigo³.

Nesse viés, Zaffaroni (2007, p. 25) mostra que no âmbito de aplicação do direito penal existem dois aspectos de imposição da norma, aquela que caminha sob o viés do Direito Penal do Cidadão, que é resguardado de todos os direitos e garantias reservadas ao indivíduo comum ou aquele infrator que não representa perigo direto ao Estado. E o Direito Penal do Inimigo que trata o indivíduo, classificado como inimigo, de forma diferencial.

Em outra definição, Habib (2012) classifica da seguinte forma; “o Direito Penal do Cidadão é voltado para o indivíduo que não delinque de forma permanente, mas sim esporadicamente. Enquanto o Direito Penal do Inimigo o indivíduo tem intrínseco nos atos o princípio de delinquir de forma reiterada”.

Portanto, o Direito Penal do Inimigo, por vezes, se justifica ante a ineficiência da aplicação do Direito Penal Clássico à proteção da sociedade dos graves crimes como o terrorismo, o tráfico de drogas e o crime organizado. E, com isso, Jakobs considera que apesar de se tratar de dois tipos penais diferentes,

² Nascido em 26 de julho de 1937, em Mönchengladbach, cidade da Alemanha, localizada no Estado da Renânia do Norte-Vestifália, próxima à fronteira da Alemanha com a Holanda, Günter Jakobs é professor emérito de direito penal e filosofia do direito, autor de livros de direito, filósofo, ficou conhecido pelo “controverso conceito de Direito Penal do Inimigo”. Consagrando-se após os ataques de 11 de setembro, contra as Torres Gêmeas, em Nova York, onde teve papel relevante na criação das bases filosóficas legitimadoras da guerra ao terror. (ALVES, 2012, pg.2).

³ A completa concepção da teoria do Direito Penal do Inimigo se deu em três fases distintas, a saber: 1ª Fase (1985): Foi apresentado a Direito Penal do Inimigo em uma palestra proferida num seminário de Direito Penal em Frankfurt. Entretanto, Jakobs sustentava uma posição de reprovação acerca da dogmática, criticando o enrijecimento das leis que vinha ocorrendo nas últimas décadas. 2ª Fase (1999): Como avança a aceitação dessa teoria, passou-se a defender a necessidade de sua legitimação parcial como forma de se deter o crescimento do próprio Direito Penal do Inimigo em sua concepção plena. Foi esta a nova posição firmada por Jakobs em uma palestra proferida na Conferência do Milênio, em Berlim. 3ª Fase (2001): ante o incidente terrorista arquitetado por Osama Bin Laden, deflagrado nos EUA em 11 de setembro de 2001, passou-se a defender o Direito Penal do Inimigo em sua plenitude (ALVES, 2012, pg.2)

difícilmente são distintos. A tendência de ambos “não devem ser consideradas separadamente, mas como partes opostas e integrantes de um só contexto jurídico-penal.” (JAKOBS, 2008, p.21)

Nesse viés, seria, portanto, incompatível que o jurista aplicasse o mesmo sistema penal/tratamento, para ambos os sujeitos, o cidadão e o inimigo, pois suas naturezas são distintas. Jakobs demonstra a diferença entre o inimigo e o cidadão na seguinte premissa: *Feindesind aktuell Unpersonen* ou “os inimigos não são efetivamente pessoas”. (BECHARA, 2012)

Ainda, de acordo com Jakobs “o Direito Penal do Cidadão é o Direito de todos; o Direito Penal do Inimigo é o Direito daqueles que se contrapõem ao inimigo; em relação ao inimigo, ele é somente coação física, chegando até a guerra”,(JAKOBS, 2008, p. 8) em suma: “o Direito Penal do Cidadão matem a vigência da norma, o Direito Penal do Inimigo combate perigos.” (JAKOBS, 2008, p.8).

Portanto, tem-se que o Direito Penal do Inimigo se apresenta como instrumento a ser usado pelo Estado contra aqueles que põem em risco toda a ordem social, declarando guerra a estes criminosos, pois “por meio desse instrumento, o Estado não fala com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos” (JAKOBS, 2007, p.85).

A teoria apresentada por Jakobs se diferencia do Direito Penal do Cidadão pela forma que se apresenta diante do infrator. O referido autor aponta três características essenciais ao Direito Penal do Inimigo; a) Punição prévia do fato; b) Desproporcionalidade das penas; c) Restrições de garantias penais e processuais penais. E, ainda, pode-se incluir as legislações de luta ou combate, como nos explícitos casos europeus.

Nas palavras de Jakobs:

[...] o Direito Penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, se constata um amplo adiantamento da punibilidade, quer dizer, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), em lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as retrospectivas são desproporcionadamente altas: especialmente a antecipação da barreira de punição não é tida em conta para reduzir em correspondência a pena ameaçada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas. (2007, p.90).

A primeira característica apontada por Jakobs é a punição prévia do fato. Tem-se, aqui, a manifestação pura de um direito penal do autor, que nas palavras de BATISTA e ZAFFARONI (2003, p. 131), classificam o delito como sendo o “sintoma de um estado do autor”.

Nesta esfera a pena se explica numa característica do autor que se correlaciona com a essência do delito, pretendendo, assim, “controlar não apenas a conduta, mas também a lealdade do sujeito ao ordenamento” (BATISTA e ZAFFARONI, 2003, p.133).

Surge, assim, uma mudança de perspectiva quanto à aplicação da pena. No Direito Penal contemporâneo, a sanção sobrecai ao fato típico praticado, enquanto no Direito Penal do Inimigo, a reprimenda se aloja sobre o fato que será ou poderá vir a ser produzido, como nos casos de terrorismo e organizações criminosas.

Portanto, o Estado deve se antecipar na sanção impedindo que o indivíduo pratique ações que venham a romper com o contrato social, devendo, o inimigo, ser neutralizado (HABBIB, 2012). “É justamente, por isso, chamada de atitude prospectiva, cujo referencial é um fato futuro, sendo indiferente que o resultado almejado chegue a se concretizar” (FARIAS, 2013, p. 4).

A segunda característica, diz respeito a desproporcionalidade da pena. Assim, parte-se que o Princípio da Proporcionalidade tem como principal campo de atuação os direitos fundamentais enquanto critério valorativo constitucional determinante das restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado, e para consecução dos seus fins (GOMES, 2003, p. 35).

Em suma, impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas, que causem danos maiores que o indispensável, ao cidadão, para a proteção dos interesses públicos.

Nesse sentido, pode-se afirmar que, no âmbito do direito penal, tal princípio há de estar sempre a serviço dos valores comunitários e individuais e que não deve ser utilizado como mero instrumento de poder. A proporção entre a sanção penal e a gravidade do fato deve ser guardada, em todo e qualquer caso, como exigência indeclinável da justiça e da dignidade da pessoa humana.

Ocorre, que no Direito Penal do Inimigo, o Estado procura impedir que o indivíduo pratique o crime independentemente de sua culpabilidade, o que se leva em conta é sua periculosidade. O que importa ao Estado é a neutralização do sujeito

e não a busca pela proporcionalidade entre a conduta e o resultado (FARIAS, 2012, p.4).

A terceira característica é a relativização das garantias processuais.

O Direito Penal e o Processual Penal brasileiro são regidos, principalmente, pelas garantias e determinações insculpidas na Constituição Federal de 1988 e, o processo penal, é o principal instrumento para a realização da jurisdição penal, sendo que a Carta Magna elenca em seu art. 5º, inciso LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Entretanto, nos casos específicos em que o agente é classificado como inimigo, e perde seu status de cidadão perante a máquina punitiva do Estado, ocorre a legitimação da restrição de garantias penais e processuais penais, assim como ocorre na antecipação da punibilidade e na justificativa de aplicação de penas desproporcionais.

Nesse viés, Jakobs (2009, pg.40 e 43) muito bem coloca:

Portanto, o Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação. [...] A exposição não seria completa se não se agregasse à seguinte reflexão: como se tem mostrado, só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal.

Como a pessoa é o destino das expectativas normativas, o inimigo deve ser excluído como pessoa. O ser humano é resultado natural e pessoa é o produto da sociedade, o inimigo, ou sujeito daninho, no entendimento de Jakobs, é ser humano, mas não é pessoa. (HABBIB, 2012)

Portanto, os indivíduos potencialmente tratados como inimigos são aqueles que não oferecem mais garantias cognitivas suficientes para viverem em sociedade, pois se afastaram de modo permanente do Direito. (LEONELLO E MARQUES, 2011, p. 38).

Há de se destacar que esses indivíduos não mais aceitaram viver sob a égide de uma Constituição Cidadã, já que repudiam os direitos humanos, não podendo, por consequência, utilizar-se dos benefícios do conceito de “pessoa”. Entende-se por pessoa como algo “distinto de um ser humano, um indivíduo humano; este é o resultado de processos naturais, aquela um produto social (do contrário nunca poderia ter havido escravos, e não poderiam existir pessoas jurídicas)” (MORAES, 2011, p 193).

São considerados inimigos, para Jakobs (2008), os terroristas, os agentes que praticam os crimes econômicos, organizados, de tráfico de drogas, também os autores de delitos sexuais.

Em suma, o inimigo, ou o criminoso que coloca em risco a harmonia social, não deve gozar das mesmas garantias dadas aos sujeitos considerados cidadãos, cabendo, para aqueles, a aplicação dos procedimentos de exceção, sendo válido tudo contra os inimigos (FARIAS, 2012. p. 4), “já que na guerra, as regras do jogo devem ser diferentes” (GRECO, 2009).

Por último, e não menos importante, uma característica complementar que pode se extrair dos trabalhos de Jakobs, é a aplicabilidade de legislações de Luta ou de Combate (FARIAS, 2012).

Como, explorado no primeiro capítulo deste trabalho, a lei antidrogas é um exemplo latente de uma legislação de combate, pois, desenho fiel das políticas proibicionistas, visa o confronto direto a qualquer atividade que instigue o uso, a venda, a produção, entre outros verbos elencados na lei 11.343/2006, de qualquer substância considerada ilícita.

Tal premissa se solidifica no entendimento de Karam (2010), onde expõe que,

O proibicionismo criminalizador de condutas relacionadas àquelas substâncias assim facilitou a expansão do poder punitivo, introduzindo, ou re-introduzindo sob nova roupagem, as ideias de “combate” e de “guerra” como parâmetro para o controle social exercido através do sistema penal.

Essa legislação de combate alimenta as fantasias manipuladas que acabam por cultivar as ideias do “perigo de incalculável gravidade”, do mal “universal”, que permitem a expansão do poder punitivo e, assim, justificam a intensificação da vigilância e do controle sobre todos os indivíduos, em especial, àqueles taxados como inimigos.

O que se observa, de certa forma, é que estas características apontadas por Jakobs como sendo marcas do Direito Penal do Inimigo, são possíveis de se ser encontradas dentro do ordenamento jurídico pátrio, o que demonstra, nas palavras de Farias (2012, p. 5) “um discurso incongruente entre a doutrina, o legislador e a política criminal estatal brasileira”, sendo esta uma, dentre as inúmeras críticas levantadas contra tal teoria.

3.2 CRÍTICAS À VISÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.

Desde que Jakobs passou a defender a aplicação do Direito Penal do Inimigo, muitas foram às críticas que se levantaram. A primeira delas se deu no sentido de que ele representava um Direito Penal simbólico/punitivista (FARIAS, 2012. p.8).

Entende-se por Direito Penal simbólico aquele que se apresenta somente como forma de acalmar o clamor popular frente a fatos que repercutem de forma negativa, o qual acaba sendo uma resposta sem qualquer estudo prévio.

Sobre o assunto Roxin (2000) esclarece que,

Por lo tanto, por lo tanto, se entiende la expresión simbólica "derecho penal", como el conjunto de normas penales en grito de la opinión pública, en términos de la ocurrencia de delitos violentos o no, en el que participan personas famosas en Brasil, con gran repercusión en los medios de comunicación, dada la atención de ciertos casos específicos, y elegido en virtud de la discreción de los operadores de la comunicación, con el objetivo de ocultar las causas históricas, sociales y crimen político, presentándose como una sola respuesta a la seguridad de la sociedad la creación de nuevas y más estrictas normativas penales comandos.⁴

Entre as principais necessidades da sociedade, a segurança pública é classificada como uma das mais importantes, pois é ela que mantém o convívio harmonioso entre os homens, já que suas interações sempre geraram conflitos, tendo o direito a finalidade de apaziguamento desses conflitos, buscando a garantia e segurança dos seres que compõe essa sociedade, restabelecendo, assim, a ordem e o equilíbrio.

O direito penal simbólico traz uma forte carga moral e emocional, revelando uma manifesta intenção pelo Governo de manipulação da opinião pública, ou seja, o legislador propaga perante a sociedade uma falsa ideia de segurança.

Já o punitivismo, nasce como reflexo do direito penal simbólico, trazendo ao ordenamento jurídico um enrijecimento da lei existente somente com o intuito de

⁴ Assim, portanto, haverá de ser entendida a expressão "direito penal simbólico", como sendo o conjunto de normas penais elaboradas no clamor da opinião pública, suscitadas geralmente na ocorrência de crimes violentos ou não, envolvendo pessoas famosas no Brasil, com grande repercussão na mídia, dada a atenção para casos determinados, específicos e escolhidos sob o critério exclusivo dos operadores da comunicação, objetivando escamotear as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, apresentando como única resposta para a segurança da sociedade a criação de novos e mais rigorosos comandos normativos penais.

reprender condutas sem que haja um estudo prévio das situações, mesmo que para isso haja perda de garantias individuais, indo de encontro com o preceituado no Direito contemporâneo. (FARIAS, 2012. p.8)

A aplicação indiscriminada de normas mais rígidas tem como característica o descaso com as garantias constitucionais (WACQUANT, apud BUSATO, 2011, p. 169-170) e como explanado no primeiro capítulo, a utilização de normas mais rígidas não conseguiu diminuir os índices de violência, como propuseram. (FARIAS, 2012, p. 9).

Tendo compreendido esse Direito Penal simbólico/punitivista, pode-se entender que o Direito Penal do Inimigo se expõe como uma forma de repressão não garantista e que surge para abafar o clamor popular, e, portanto, não combate o perigo real, mas sim, de cunho meramente político.

Outra crítica que se aponta à teoria de Jakobs está dificuldade de se apontar um suposto inimigo. De acordo com Meliá (2007, p.25), o Direito Penal do Inimigo deverá combater o sujeito altamente perigoso, por meio “de um processamento desapaixonado, instrumental”. Porém, o que ocorre, deveras, é que o status de inimigo acaba recaindo sobre a porção marginalizada da sociedade, transformando o Direito Penal do Inimigo como “instrumento para satisfazer as camadas mais abastadas” (FARIAS, 2012, p. 8), desse modo, a classificação de inimigo fica no julgamento subjetivo do legislador.

O Direito Penal do Inimigo como resposta às condutas que afetam elementos vulneráveis na identidade social deveria, portando, se valer da manifestação da normalidade, baseando-se em critérios de proporcionalidade e de imputação, os quais são encontrados na formação do sistema jurídico-penal normal, pois o status de cidadão é o viés de defesa primordial de um Estado de Direito, e por consequência, do Estado brasileiro, e o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, elencado no art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, figura como um dos princípios basilares de um Estado de Direito, *in verbis*,

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

Há de se atentar para que, como bem colocou Zaffaroni (2007, p. 11);

[...] na teoria política, o tratamento diferenciado de seres humanos privados do caráter de pessoas é próprio do Estado absoluto, que, por sua essência, não admite gradações e, portanto, torna-se incompatível com a teoria política do Estado de direito.

A própria expressão Direito Penal do Inimigo soa como uma contradição, haja vista destorcer com o fundamento do Direito Penal, já que este tem uma função eminentemente garantista tendo como principal função assegurar a proteção e harmonia social, não somente a população não infratora, mas também, uma forma de proteção ao indivíduo infrator contra os abusos do Estado (MAGALHÃES, 2010), sendo os princípios penais, juntamente com os processuais penais fatores essenciais para a limitação do poder estatal. Portanto, com o Direito Penal do Inimigo surge um falso direito, ou um não-direito, visto que é contrário ao Estado de Direito Democrático. (GOMES, 2004)

Nas palavras de Cabette (2013):

Se o homem justo se pautasse pelo comportamento do injusto, já não seria digno de ser chamado de justo. Da mesma forma se o Direito se orienta por suas violações e reage a elas relativizando os princípios que o regem, já não é mais “Direito” e converte-se, em um Não – Direito.

Quando se admite que a postura do infrator é o guia para a aplicação, ou não, das garantias legais a certos indivíduos, distinguindo entre ‘pessoa’ e ‘não-pessoa’, ou seja, sujeitos detentores, ou não, de direitos, acaba-se aceitando a premissa de que “é o criminoso quem dita a aplicabilidade, vigência e validade do Direito” (CABETTE, 2013).

O Direito, nada mais é do que um instrumento o qual se pretende reduzir complexidades, criando expectativas sujeitas a menos desapontamentos (LUHMANN, 1983, p. 130-131). Porém, o Direito jamais poderá impedir totalmente os desapontamentos. Frente aos mais intensos espera-se que o Direito recue em seus mandamentos e se adapte a situação, acabando, assim, por dar espaço para a atuação de um não-direito, por mais que aplicado contra um suposto infrator. Essa fluidez entre um direito e um não-direito, o torna inócuo ante a relativização dada para determinadas situações.

O Direito acaba por impor expectativas normativas, de forma que a infração indica a validade da norma e a necessidade de sua imposição. Como bem retrata Durkheim (2001, p. 82-90), o crime não pode ser encarado como doença

social, mas sim parte integrante da fisiologia normal de qualquer sociedade são sendo que a infração não surge como invalidação da norma, muito pelo contrário, ela desponta como a reafirmação da mesma.

Quando se permite que o Direito seja atingido pelos desapontamentos, modifica-se sua operacionalidade e o torna como um conjunto de regras que esboçam expectativas meramente cognitivas permitindo que estas se ajustem e se incorporem à sociedade (CABETTE, 2013).

O Direito Penal do Inimigo surge, portanto, como uma espécie de relativização do Direito Penal, onde o indivíduo será classificado como “inimigo” não pela sua conduta lesiva ao bem jurídico, mas sim por sua postura perante o ordenamento jurídico, o que implica uma penalização do pensamento, pois são as convicções íntimas do sujeito que o distinguirá entre cidadão e inimigo.

Não é sua conduta externa que ditará o tratamento a ser tomado pelo Estado perante o sujeito, mas sim a subjetividade externalizada por meio de suas ações. Em suma, a retirada da condição de pessoa do ser humano vai se dá por aquilo que ele é, quando deveria ser por aquilo que ele fez.

Além dessa relativização do Direito Penal, outro aspecto muito relevante a ser levantado quanto à teoria em estudo, se funda na premissa de que faz nascer um sistema de exclusão de direitos o qual vai ter início já na fase investigatória, taxando-o desde esse momento de “inimigo”, ou ente “danoso”, arrasando, totalmente, com o Princípio da Presunção de Inocência.

De grande valia a transcrição do posicionamento de Cabette (2013),

Ora, se o Juiz ou uma Autoridade Administrativa atribuem ao réu ou investigado a pecha de “inimigo” ou lhe impõem por quaisquer critérios um “Direito Penal de Terceira Velocidade”, suprimindo-lhe garantias básicas, inclusive referentes à sua ampla defesa, como poderá, a partir de então, ser tal decisão eficazmente combatida? Todo o raciocínio torna-se circular (um círculo vicioso): és inimigo; portanto, não há para ti garantias defensivas; portanto, és inimigo.

Quando se chega a percepção de que a base principiológica do Direito independe do comportamento do indivíduo que delinque, pouco importa a expectativa à respeito do comportamento do indivíduo frente a norma, já que o que Jakobs denomina de Direito Penal Do Inimigo, como bem apontou Meliá (apud GOMES, 2004), é nada mais que um Direito Penal do autor, o qual pune o sujeito pelo o que ‘é’ fazendo, assim, oposição ao Direito penal do fato, que pune o agente pelo o que ‘fez’, sendo esta a principal crítica à teoria de Jakobs.

Entende-se por direito penal de fato aquele “que busca punir os infratores pelos atos já praticados, que leva em consideração a culpabilidade do agente” (FARIAS, 2012, p. 9). Nas palavras de Roxin (p. 177, 2000) “um ordenamento jurídico que se baseie em princípios próprios de um Estado de Direito liberal se inclinará sempre em direção a um direito penal de fato”, sendo este modelo tido como ideal. De acordo com Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchin e Antônio Molina:

O que Jakobs denomina de Direito penal do Inimigo [...], nada mais é que um conjunto normativo que retrata uma nova modalidade de direito penal do autor, que pune o sujeito pelo que ele é (criminosos habitual, profissional, organizado, que refuta a legitimidade do ordenamento jurídico de modo permanente), não pelo que ele fez [...]. A máxima expressão do Direito penal de autor deu-se durante o nazismo, deste modo o Direito penal do inimigo relembra esse trágico período; é uma nova ‘demonização’ de alguns grupos de delinquentes. (2007, p. 669)

Visto isso, na lição de Dotti (2005, p. 09-10), o Direito Penal do Inimigo é a “ressurreição de uma concepção nazista sobre o ser humano, agora sob o foco do preconceito social, renovando antigas teorias e práticas com nova roupagem ideológica e escuridão do espírito”.

A crítica recai sob o preconceito que certos grupos sociais sofrerão, pois passa a tratar os criminosos como rivais e, com isso, não há “qualquer interesse em ressocializar os indivíduos ou mesmo procurar as causas sociais que os levaram aos cometimentos do fato” (FARIAS, 2012, p. 10).

No fim das contas o que importa para o Estado é ganhar a guerra contra o inimigo, mesmo que seja necessário o cerceamento de certas garantias, como bem se denota no decorrer da história das sociedades.

3.3 - DIREITO PENAL DO INIMIGO: TEORIA RECENTE OU TEORIZAÇÃO DE ANTIGAS PRÁTICAS?

O tratamento diferenciado aos indivíduos está presente ao longo da história. Desde os tempos mais remotos existe a concepção de que alguns sujeitos deveriam ser tratados como "inimigos" do Estado. Como bem observa Zaffaroni (2011, p. 83): "nada é muito novo no direito penal, de modo que a pré-história da legitimação discursiva do tratamento penal diferenciado do inimigo pode ser situada na Antiguidade e identificada em Pitágoras e Platão"

O poder punitivo, conforme colocou Zaffaroni, trouxe marcas relevantes à história das sociedades, já que a figura do inimigo surge com a desobediência ao poder do Estado, por meio das negações de direitos e o rebaixamento do indivíduo que passava a ser considerado como “ente perigoso ou daninho”, fazendo surgir uma contradição entre a doutrina jurídico-penal e o Estado de Direito.

Nas palavras do próprio Zaffaroni (2011, p. 11):

O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de *pessoa*. [...] Esse seres são assinalados como inimigos da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro do limite do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente. [...] Na teoria política, o tratamento diferenciado de seres humanos privados do caráter de pessoas (*inimigos* da sociedade) é próprio do Estado absoluto, que, por sua essência, não admite gradações e, portanto, torna-se incompatível com a teoria política do Estado de Direito.

Esse Estado autoritário se revela na evolução histórica, apontada por Zaffaroni (2011), onde coloca que o termo inimigo teve origem no Direito Romano, o qual se subdividia em duas categorias, o *inimicus*, que era aquele inimigo geral, que trazia algum descontentamento ao poder, aqueles subordinados que não tinham disciplina, ou o simples estrangeiro também era tachado de inimigo. Esses eram considerados os inimigos pessoas.

Além do inimigo pessoa, em Roma havia, também, a figura do inimigo público, ou o *hostis*, que eram declarados pelo Estado quando apresentavam alguma ameaça à segurança da República. A partir dele é que derivou a classificação pura de inimigo político no decorrer dos tempos, contra o qual, “é sempre colocada a possibilidade de guerra como negação absoluta do outro ser ou a realização extrema da hostilidade” (ZAFFARONI, 2011, p. 22).

Essa definição, como bem trouxe Zaffaroni, foi apontada por Carl Schmitt (apud ZAFFARONI, 2011, p.21) sendo que para este teórico, defensor do Estado Absoluto, “o inimigo não é qualquer sujeito infrator, mas sim o outro, o estrangeiro” e contra ele não seria possível se dar a decisão dos conflitos “através de um sistema de normas pré-estabelecidas”.

Já na Revolução Mercantil, o Estado confiscou o lugar da vítima, passando a sustentar ele mesmo essa posição, para ter o total controle contra aqueles indivíduos considerados perigosos. Ainda por Zaffaroni (2011, p. 30), tem-se

que o poder punitivo tem uma característica diferenciada, qual seja, o confisco do conflito, a retirada de quem sofre da sua condição de vítima, por parte do poder público, transformando-a em dado para a criminalização.

O certo é que desde o momento da confiscação, o poder público adquiriu uma enorme capacidade de decisão (não de solução) dos conflitos, e também, conseqüentemente, de arbitrariedade, uma vez que não apenas seleciona livremente as poucas pessoas sobre as quais, em casos contados, quer exercer o poder, bem como a medida e a forma em que decide fazê-lo. Para tal, exerce um constante poder de vigilância controladora sobre toda a sociedade e, em especial, sobre os que supõe ser, real ou potencialmente, daninhos para a hierarquização social. (ZAFFARONI, 2011, p. 31)

Em todas as épocas, a tendência tem sido de uma repressão penal plural, ou seja, os autores de delitos graves foram eliminados, os marginais, aqueles que a sociedade taxou como indesejáveis, foram neutralizados, e os ocasionais tiveram tratamento igual aos daqueles que detinham o poder, ou seja, foram tratados como pessoas (ZAFFARONI, 2011, p. 36). Essa repressão penal plural se mostrou no Colonialismo, pois os indivíduos eram divididos entre *iguais* ou *inimigos*.

Os iguais eram quase que grupos seletos, tendo em vista o alto grau do poder punitivo da época. Já os inimigos eram aqueles que cometiam delitos graves e os dissidentes políticos. A pena aos inimigos era a morte pública, como forma de reafirmar a vigência das normas e a contenção da ameaça ao poder do estado, bem como uma forma de espetáculo festivo nas praças das cidades. (ZAFFARONI, 2011, p. 37).

Já na Revolução Inquisitorial, e aqui a inquisição não se limita aquela de Roma, como instituição centralizadora do poder do Papa, mas sim, como modelo da busca pela verdade estabelecida em todos os tribunais laicos, a necessidade por esta verdade era o que legitimava a violência contra o sujeito, sem que este fosse realmente culpável.

Na Revolução Inquisitorial, o mal, ou o inimigo, era aquele que se portava como obstáculo entre o *dominus* – que era quem detinha o domínio da inquisição, do interrogatório – e a verdade/conhecimento, pois aqueles que eram possuidores de grande saber eram também do poder. Nas palavras de Zaffaroni (2011, p. 41), a legitimidade do instrumento inquisitorial, se dá com o “sequestro de Deus”, sendo de grande valia a transcrição do seguinte trecho:

O sequestro de Deus garante a legitimidade do conhecimento inquisitorial do *dominus*, pois, como se supõe que seu saber (poder) sempre se dirige ao bem, todo poder que se exerce na procura desse saber não deve ser obstaculizado, uma vez que o mau significa, justamente obstaculizar o bom. Deste modo o uso da violência fica autorizado – e inclusive se impõe – contra qualquer obstáculo (*objectus*) que se lhe oponha

Esse modelo inquisitorial manteve-se até a Revolução Industrial. Nesse período há o surgimento de uma nova classe dominante, os burgueses, os quais procuraram diminuir o poder punitivo da classe dominante da época, a nobreza e o clero, já que esta era a grande fonte de poder e dominação destes, ocasionando, então, um discurso penal redutor. (ZAFFARONI, 2011, 43).

A pena de morte foi mantida para os criminosos graves e os dissidentes, bem como a lógica inquisitorial de que a eliminação física eliminaria o problema. A grande questão pairava com relação aos indesejáveis, já que com o aumento populacional essa classe, marginalizada pelo poder, crescia demasiadamente. O Estado, então, procurou uma forma de “domesticá-los para a produção industrial”. (MELOSSI e PAVARINI, 2006, p.55).

A solução encontrada para neutralizá-los foi a deportação e o encarceramento em prisões com altas taxas de mortalidade, por meio de sanções preventivas. (ZAFFARONI, 2011, 45). Por mais que prisão tenha, formalmente, substituído a pena de morte aos considerados *indesejáveis* à sociedade, aquela se tornou sinônimo desta e virou o centro da máquina penal e do poder punitivo da época, “apelando ao valor meramente simbólico da pena”. (SILVA, 2012).

No período colonialista, o poder repressor considerava os indivíduos das sociedades colonizadas como “biologicamente inferiores”, transformando as colônias em “imensos campos de concentração”, onde o lema predominante era de que os colonizados somente aprenderiam a ser livres através do trabalho e da submissão, com a premissa: *Arbeit macht frei* (*O trabalho liberta*). (ZAFFARONI, 2011, 46).

Portanto, nesse período, o inimigo passou a ser todo aquele sujeito nativo das sociedades colonizadas, por isso houve a desestimulação da união de raças, já que os mestiços eram considerados desequilibrados, pois eram menos domesticáveis perante o Estado, conforme bem demonstrado nas palavras de Zaffaroni (2011, p. 47)

Como os mestiços eram menos *domesticáveis* que os nativos puros, desestimulou-se a mestiçagem (*apartheid*) e os mestiços existentes foram

considerados *desequilibrados* (degenerados morais). O discurso penal tratou os nativos como inimputáveis (assimilando-os lombrosianamente às crianças e aos selvagens) e os mestiços como loucos morais em potencial. Deste modo, racionalizava-se sua exclusão e convertiam-se os mais rebeldes em inimigos (*selvagens*, inimigos da *civilização*, do *progresso* etc.)

A independência das colônias não trouxe a quebra desse estigma, muito pelo contrário, a independência reafirmou a “ascensão da classe dos branco descendentes dos colonizadores” (ZAFFARONI, 2011, p. 48), já que a justiça, e com isso o poder punitivo, se encontrava nas mãos dos poderoso, ou seja, dos grandes proprietários de terra, que a utilizavam com alta seletividade e discricionariedade (SILVA, 2012).

Após a derrota da 1ª Guerra Mundial, a Alemanha entrou numa ditadura comandada por Adolf Hitler dando início ao autoritarismo Nazista, que tinha por objetivo a “aniquilação de todos que não fossem da raça ariana” (SILVA, 2012), ainda sob aquele conceito colonialista da não mestiçagem entra as raças no país.

O inimigo, portanto, era todo aquele diferente ao conceito puritano sustentado por Hitler, ou seja, milhares de judeus, negros, homossexuais, foram mortos pelo simples fato de existirem e o perigo de contaminação à raça ariana, que representavam, sendo que se tem, aqui, a externalização pura do Direito Penal do autor. (SILVA, 2012).

Em 11 de setembro de 2001, com o atentado terrorista ao World Trade Center, os Estados Unidos da América levantaram a bandeira da denominada “Guerra ao Terror”. Com relação a esse acontecimento, Jakobs (2007, p. 36-37) assim se colocou:

pode-se oferecer um rápido esclarecimento, mediante uma referência aos fatos de 11 de setembro de 2001 [...] deveria chamar de outra forma aquilo que tem que ser feito contra os terroristas, se não quer sucumbir, isto é, deveria chamar de Direito Penal do inimigo, guerra contida.

Zaffaroni (2011, p. 65) constatou que essa “Guerra ao Terror” se fundamentou na premissa *preventista* defendida pelo Direito Penal do Inimigo, defendendo que a Guerra ao Iraque era forma de prevenção a esse terror.

A partir desse momento a teoria de Jakobs ganhou, de fato, um inimigo substancial, o qual legitimou a aplicação e a existência desse instituto. Seriam eles muçulmanos, árabes, talibãs, todos aqueles que, devido a sua etnia, representavam um perigo ao Estado norte-americano.

4 DA SUPRESSÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS NA LEI 11.343/2006, NA CONCEPÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.

4.1 DOS DIREITOS E GARANTIAS.

No decorrer da história e da evolução da sociedade, constatou-se que o objetivo das maiores sociedades era, justamente, a luta por Direitos que, somada aos acontecimentos históricos serviu de estopim para um movimento de reconstrução do Estado que acabou surgindo com “o propósito de atender aos anseios de seus cidadãos”. (PFAFFENSELLER, 2007).

Assim, em decorrência desses anseios, incidiu um conjunto de valores, direitos e liberdades que teriam a finalidade de defesa da sociedade por meio de uma limitação normativa ao poder estatal. A essa limitação deu-se o nome de Direitos Fundamentais.

Nesse sentido, Bobbio (1992, p. 5) afirmou que:

Os Direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Pelo vocábulo “fundamental” entende-se tudo o que serve de fundamento, que é necessário, essencial. Na esfera jurídica, entende Brega Filho (2002, p. 66) como sendo “o mínimo necessário para a existência da vida humana”.

Sob essa perspectiva, tem-se a definição clássica de Direitos Fundamentais, qual seja um instrumento de proteção do indivíduo frente à atuação do Estado na forma de liberdades públicas de direitos humanos ou individuais (MAFRA, 2005), ressaltando-se que o mínimo essencial deve garantir a existência de uma vida digna, conforme os preceitos do princípio da dignidade da pessoa humana.

Muitos doutrinadores divergem quanto à utilização das expressões direitos fundamentais como sinônimo de direitos humanos e direitos dos homens.

Por mais que em essência direitos humanos também sejam direitos essenciais à manutenção da vida humana.

Para Canotilho (1998, p. 259), direitos do homem são aqueles derivados da própria natureza humana, enquanto os Direitos Fundamentais são os vigentes em uma ordem jurídica concreta,

Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); Direitos Fundamentais são os direitos do homem, jurídico – institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e dão o caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

A expressão “direitos fundamentais”, portanto, faz referência a um ordenamento jurídico específico, um reconhecimento de direitos frente a determinado poder político sendo estes direitos, normalmente, reconhecidos por uma constituição.

Em contraponto, a expressão Direitos Humanos tem sido utilizada pela doutrina para identificar direitos inerentes ao homem no âmbito internacional. (SIQUEIRA e PICCRILLO, 2009).

Neste mesmo sentido versa Sarlet (2004, p.35 e 36),

[...] O termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoca caráter supranacional.

Essa positivação dos Direitos fundamentais se solidificou no decorrer dos tempos. A primeira forma de proteção individual tem indícios no Egito antigo e Mesopotâmia com o Código de Hamurabi em 1.690 a.C. (MORAES, 1998), como direito a vida, a propriedade privada e a dignidade.

Porém, os primeiros resquícios que deram origem aos Direitos Fundamentais, nos ensinamentos de Comparato (2001, p. 11), se deram no período axial⁵, entre os séculos VIII a II a.C, com o surgimento do monoteísmo

⁵ “Segundo Comparato, o período axial corresponde aos séculos VII a II a.C, e é assim denominado pois formaria o eixo histórico da humanidade. No início do período axial, surgiram os primeiros

É a partir do período axial que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ele inerentes.

Com a visão do Cristianismo levantou-se a bandeira da igualdade entre os indivíduos, partindo da premissa de que todos os homens seriam irmãos já que seriam filhos de Deus. Como fundamentação desse fenômeno, foi adotada a teoria do Estado Natural, sendo que esta sustenta que todos os homens são livres e iguais. (PFAFFENSELLER, 2007)

Para Bobbio (1992, p. 60), seguindo a teoria do Estado Natural, o homem é titular de direitos por si mesmo, e não apenas como membro da sociedade, ou seja, “primeiro vem o indivíduo [...] que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado”, acentuando a universalidade dos direitos independentemente da nacionalidade do indivíduo.

Já na Baixa Idade Média, o Rei João da Inglaterra, o João Sem-Terra, assinou a Carta Magna como forma de encerrar os conflitos existentes entre os senhores feudais e o papado. (COMPARATO, 2001).

A importância da Magna Carta consiste no fato de ter sido o primeiro vestígio de limitação do poder do monarca, onde o rei encontrou limites dentro das próprias leis em que editava. Não sendo uma declaração de direitos, mas sim, uma carta de privilégios aos senhores feudais, previa, também, limitações na forma de tributar, bem como, lançou as bases do tribunal do júri e o princípio do paralelismo entre delitos e penas, direitos até hoje consagrados. (PFAFFENSELLER, 2007).

Com a aceitação da Bill of Rights, em 1689 pelo príncipe Guilherme de Orange, da Inglaterra, houve a extinção do regime monarca absoluto dando lugar ao governo representativo por meio de poderes atribuídos ao Parlamento. Por mais que a declaração não carregasse o peso de declaração de direitos humanos, acabou criando a ideia de divisão de poderes. (COMPARATO, 2001, p. 88-89).

profetas sírios, inspiradores dos profetas de Israel” e, no centro do mesmo período, entre 600 e 480 a.C, coexistiram grandes doutrinadores, como Buda, Lao-Tsê e Pitágoras.” (COMPARATO, 2001 *apud* PFAFFENSELLER, 2007)

Quase um século depois com a elaboração das Declarações, em virtude da Independência das colônias dos Estados Unidos da América, houve o nascimento dos direitos humanos na história, principalmente com a Declaração da Virgínia (COMPARATO, 2001, p. 48).

Este foi o primeiro documento que reconheceu a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente de sexo, raça, cultura ou posição social, dando início a uma nova legitimidade política: à soberania popular (PFAFFENSELLER, 2007).

Tal premissa era de tamanha importância que no início da declaração constava a seguinte afirmativa: “Consideramos as seguintes verdades como autoevidentes, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade” (COMPARATO, 2001, p. 88).

Entretanto, o documento inglês impôs uma religião oficial, uma clara ofensa ao direito de liberdade de crença, servindo como instrumento de controle daqueles que detinham o poder em relação aos súditos. Comparato (2001, p. 92) afirmou que:

A revolução inglesa apresenta, assim, um caráter contraditório no tocante as liberdades públicas. Se, de um lado, foi estabelecida pela primeira vez no Estado moderno a separação de poderes, como garantia das liberdades civis, por outro lado essa fórmula de organização estatal, no *Bill of Rights*, constituiu o instrumento político de imposição a todos os súditos do rei da Inglaterra, de uma religião oficial.

Em contraponto a Declaração de Independência dos Estados Unidos, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, oriunda da Revolução Francesa, pretendeu anunciar-se para todos os povos e todos os tempos.

No entendimento de Bonavides (2002, p. 516), as declarações inglesas e americanas dirigiam-se a um povo específico, ou uma camada social privilegiada, enquanto a Declaração francesa destinava-se ao gênero humano.

Porém, a fase mais importante dos Direitos Fundamentais se solidificou em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, após o fim da Segunda Guerra diante de todas as atrocidades cometidas contra a dignidade da pessoa humana. (BOBBIO, 1992)

Foi a partir desse marco histórico, que os Direitos Fundamentais ganharam relevo tanto na esfera internacional, quanto no ordenamento jurídico dos Estados, “passou-se a enxergar os direitos fundamentais sob outra ótica, uma ótica da necessidade, a isonomia passou a estar presente sempre ladeando os direitos fundamentais, sua previsão sempre buscando a limitação do poder estatal, para que pudesse prevalecer a liberdade individual” (SIQUEIRA e PICCIRILLO, 2009).

Toda essa evolução histórica e de poder do homem sobre o outro homem ocasionou, portanto, o nascimento de direitos em gerações, cada qual com suas características específicas e atributos dominantes.

Para Norberto Bobbio (1992, p. 1) “o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas”.

Direitos do Homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo (BOBBIO, 1992, p.1).

Portanto, tem-se que a primeira geração, ou dimensão, de direitos fundamentais são os de defesa aos Direitos Individuais, direitos civis, ou seja, os direitos da pessoa humana em relação ao Estado, correspondendo a um não-agir do Estado (prestação negativa), resguardando os direitos a liberdade, propriedade, vida e segurança. (BOBBIO, 1992)

Os Direitos de Primeira geração encontram-se positivado na Constituição Brasileira de 1988 no artigo 5º. No *caput* do mesmo dispositivo citado têm-se os direitos à vida, à liberdade e à igualdade, porém no decorrer dos incisos do art. 5º também se encontram manifestações desses direitos de primeira geração, como a liberdade de manifestação (art. 5º IV), de associação (art. 5º, XVII) e o direito de voto, salvaguardado no art. 14 *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Já nos direitos de segunda geração encontramos os direitos sociais, os direitos da coletividade, que obrigam o Estado a fazer algo (prestação positiva). Nesta geração as ações do Estado são movidas em face das ações sociais e o bem-estar do indivíduo. Partindo-se do raciocínio de Bobbio (1992), são direitos de liberdade “através” ou “por meio” do Estado.

Na Constituição brasileira de 1988, estes Direitos estão elencados em um capítulo próprio – “dos direitos sociais”, dentre os quais constam os direitos a educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança e previdência social (art. 6º, *caput*). São aqueles que “traduzem uma etapa de evolução na proteção da dignidade humana. Sua essência é a preocupação com as necessidades do ser humano” (ARAÚJO, 2007, p.117).

Em meados do século XX, surgem, os direitos de terceira geração, frente “ao uso indiscriminado de substâncias poluentes em todos os setores da atividade econômica, a persistência das desigualdades sociais e as reivindicações das mulheres contra a desigualdade nas relações de gênero” (SILVA, 2008, p. 11-12)

São, portanto, os direitos difusos, cujo titular não pode ser individualizado ou se confunde com a própria universalidade. Nas palavras de Sarlet (1998, p. 50), “trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos”.

Cinco são os direitos considerados os de terceira geração, sendo eles: o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Tais direitos ainda não se encontram completamente positivados nas Constituições, podendo ser encontrados em Tratados e documentos transnacionais.(SARLET, 1998).

Atualmente, há uma gama de doutrinadores que defendem a existência de uma quarta geração, ou dimensão, de direitos, a qual, para Norberto Bobbio (1992, p.6), são os direitos “relacionados à engenharia genética”. São direitos introduzidos pela globalização política, relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo, conforme expõe Novelino (2008, p. 229):

Tais direitos foram introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, compreendem o direito à democracia e pluralismo. Os direitos fundamentais de quarta dimensão compendiam o futuro da cidadania e correspondem à derradeira fase da institucionalização do Estado social sendo imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política.

Visto o transcorrer e evolução histórica dos direitos fundamentais tem-se que, com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988 no Brasil, houve o levantar da bandeira contra ao autoritarismo e a favor das garantias relativas às liberdades individuais, fundamentada na dignidade da pessoa humana. (ROCHA, 2012).

A partir desse marco histórico, o Direito Penal tem sua concepção mudada, pois, outrora, era puramente legalista, voltado a aplicação da sanção penal, e, agora, traz uma nova visão, baseada no constitucionalismo, buscando a ressocialização do indivíduo preservando as Garantias e Direitos fundamentais do cidadão. (BIANCHINI, 2009).

Para assegurar essas garantias, o Direito Penal passou a caminhar norteado por alguns princípios básicos, que delimitam a ação do Estado frente ao indivíduo e asseveram a efetividade da norma penal.

O primeiro princípio que merece destaque é o da Humanidade que consistem, de acordo com Eugênio Raul Zaffaroni (1982, p. 139), no reconhecimento do condenado como pessoa humana. recaindo sobre a pena e sua aplicação uma possibilidade de correção de sua conduta tendo em vista o caráter de ressocialização que nasceu com os direitos fundamentais. (ROCHA, 2012)

A Constituição brasileira de 1988 consagrou em vários dispositivos a princípio da humanidade, como bem pontuou Luiz Luisi (2003, p. 47-48)

No inciso XLIX do art. 5º está disposto que é “assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”; E no inciso seguinte está previsto que “às presidiárias serão asseguradas as condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. Mas, onde o princípio em causa assume relevância é no inciso XLVII do mencionado art. 5º onde ordena que não haverá penas: a) de morte salvo em caso de guerra declarada nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

Porém, é preciso ter em mente que a pena é a resposta da sociedade frente ao delito que sofre e, por mais que deva ser respeitado o princípio da humanidade, este não deve “obscurecer a natureza aflitiva da sanção penal” (LUIZI, 2003, p. 50), ou seja, por mais que “todas as relações humanas disciplinadas pelo direito penal devam estar presididas pelo princípio da humanidade” (JESCHECK, 1990, p. 17), o delinquente deve receber a resposta merecida da comunidade frente ao direito que violentou.

Outro princípio constitucional penal e que é um dos pilares do Estado Democrático de Direito é o da presunção de inocência. Este princípio se encontra positivado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Cidadã de 1988 e dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988).

Reconhecido como um desdobramento do princípio do devido processo legal, o ordenamento jurídico infraconstitucional penal fica obrigado, em virtude de tal princípio, a encontrar o equilíbrio entre o interesse punitivo do Estado e o direito de liberdade do indivíduo. (ROCHA, 2012).

Por mais que a sanção sirva como meio de punição ao indivíduo frente ao descumprimento da norma, a utilização desse instrumento de coação ao sujeito deve obedecer a critérios limitadores e atuar somente em casos necessário.

Para esse controle, surge o princípio da Intervenção Mínima do Estado, pois, de acordo com Ponte (2008, p. 74), “o Direito Penal deve ter caráter subsidiário, devendo atuar como *ultima ratio legis*, depois que todos os outros ramos do Direito tenham se mostrado inócuos e incapazes de salvaguardar bens jurídico-penais relevantes”, por mais que tal premissa não seja levada em conta no contexto jurídico atual.

Por fim, e não menos importante, tem-se o princípio da proporcionalidade, considerado, por muitos doutrinadores, nas palavras de Favoretto (2012, p. 159), “um dos mais importantes ditames constitucionais relacionados ao Direito Penal, tendo em vista que, por um lado obsta o excesso e, por outro, proíbe a proteção insuficiente de um determinado bem jurídico relevante”.

Tal princípio se encontra insculpido em inúmeras passagens da Constituição de 1988 como no inciso XLVIII, do artigo 5º quando abole certos tipos de sanção, ainda no artigo 5º, inciso XLVI, quando exige a individualização da pena, nos incisos XLII, XLIII, XLIV, do mesmo artigo, quando traça maior rigor aos casos de maior gravidade e moderação para infrações menores, conforme dispõe o art. 98, I. (ROCHA, 2012).

Porém, o direito penal, os direitos, liberdades e garantias pessoais, bem como os direitos econômicos, sociais e culturais comum a todas as pessoas, tem sua fonte ética na dignidade da pessoa humana (MIRANDA *apud* CASTRO, 2006, p. 174) e, portanto, indispensável se faz uma análise mais detalhada deste princípio “erigido como princípio matriz do Constituição Cidadã” (PIOVESAN, 2000, p. 54).

Um dos princípios basilares de um Estado Democrático de Direito é o da dignidade da pessoa humana, é por ele e através de dele que gira todo o ordenamento jurídico desses Estados e, por isso, merece uma análise mais pontual.

4.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Quando se fala em dignidade da pessoa humana, de certa forma, fala-se da vida humana em si, já que a dignidade é essencial a esta, pois é ela que torna o homem um sujeito dentro da história e não um simples objeto, sendo, esta uma característica inerente ao homem.

Na concepção de Kant (1960, p. 79), existem duas categorias de valores: o preço e a dignidade. Preço é a valoração das coisas, dos bens materiais, enquanto dignidade é atributo do homem, por ser uma qualidade da essência humana veemente ligada a moral.

A dignidade humana vai além das aspirações exteriores, diz muito mais do que a classe social do indivíduo, sua cor, religião, opção sexual. Por esse motivo é impossível classificar pessoas pelo grau de dignidade. Ninguém será mais digno que alguém. No momento que se classifica o indivíduo, ou melhor, se atribui um preço a ele, a condição humana é deixada de lado e o sujeito passa a ser visto como mero objeto.

Sarlet (2001, p. 60) muito bem define a dignidade da pessoa humana como sendo:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

O princípio da dignidade da pessoa humana, como se percebe, constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito. No Brasil, a Constituição de 1988, que é considerada, em termos de direito e garantias individuais, uma das mais avançadas no mundo (CHAGAS, 2010, p. 50), prevê no artigo 1º, inciso III, a garantia ao homem da valorização da vida humana tanto frente a sociedade quanto frente ao poder público, portanto tal princípio não pode ser mitigado ou relativizado “sob pena de gerar instabilidade do regime democrático”. (SANTANA, 2010)

Para Bobbio (1992), o reconhecimento da dignidade da pessoa humana não atribui ao indivíduo apenas o direito à vida, mas também,

o direito de ter o mínimo indispensável para viver. O direito à vida é um direito que implica por parte do Estado pura e simplesmente um comportamento negativo: não matar. O direito de viver implica por parte do

Estado um comportamento positivo, vale dizer, intervenções de política econômica inspiradas em algum princípio de justiça distributiva.

Portanto, não é apenas o direito de não ser morto (pena de morte) que é assegurado ao indivíduo com o princípio da dignidade da pessoa humana, mas sim o direito de não morrer de fome, por exemplo, ressaltando-se, assim, as questões sociais nos Estado e na ordem internacional, daí constituir-se um dever do Estado a edição de leis e a realização de políticas públicas que visem à satisfação das necessidades básicas de seus cidadãos.

No direito penal, o princípio da dignidade da pessoa humana se faz latente na humanidade das penas, conforme o inciso III, do art. 5º da Constituição Federal, onde colaciona que ninguém será submetido à tortura ou a tratamento desumano ou degradante, conforme já exposto (BRASIL, 1988).

A não submissão a tratamentos desumanos se dá, tendo em vista o Brasil ser signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José, realizada em São José, na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, que traz em seu art. 5º, alínea 6 que “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e readaptação do delinquente” (COSTA RICA, 1969).

Vê-se em Nucci (2010, p. 80), a íntegra preservação do princípio da dignidade da pessoa humana frente à visão da sociedade com relação ao indivíduo delinquente, no que diz respeito ao real significado do princípio da humanidade. Para este autor, falar do princípio da humanidade significa dizer:

que o direito penal deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem-estar da coletividade, incluindo-se o dos condenados. Estes não devem ser excluídos da sociedade, somente porque infringiram a norma penal, tratados como se não fosse seres humanos, mas animais ou coisas.

Assim sendo, fica mais que evidente que o princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta a ordem política e a paz social, impondo ao Estado a obrigação de gerir com eficiência seu sistema de segurança pública para a prevenção e a repressão criminal, valendo-se de meios que preservem a integridade tanto da sociedade, enquanto coletividade, quanto do sujeito, de forma individual.

4.3 DA SUPRESSÃO DE DIREITOS E GARANTIAS, NA LEI 11.343/2006

O conjunto normativo brasileiro que versa sobre o tema drogas se encontra positivado na Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006. Por mais que novo no aspecto temporal, este dispositivo legal nasceu, como já demonstrado, sem alterações, de fato, substanciais, pois como bem colocou Karan (2010), “suas novas ou repetidas regras naturalmente seguem as diretrizes dadas pelas proibicionistas convenções internacionais”.

Carregada de um ar totalitário, a Lei 11.343/2006 revela a presença de negações de direitos fundamentais, em outras palavras, contém indícios de supressões de direitos e garantias resguardadas por leis infraconstitucionais e, também, princípios fundamentais constitucionais basilares de um Estado Democrático de Direito.

Um ponto relevante que demonstra uma característica de estado totalitário e rígido foi o significativo aumento das penas cominadas aos autores das condutas que tipificam o “tráfico” de drogas, em contraponto ao que estipulava a revogada Lei 6.368/76.

Anteriormente a pena mínima para os tipos básicos identificados como tráfico de drogas era de três anos de reclusão. A Lei vigente aumentou esse patamar para uma pena mínima de cinco anos de reclusão, conforme artigo 33, *caput*, da Lei, o que inviabiliza a substituição da pena de reclusão por restritiva de direitos tendo em vista o condenado jamais “preencher o requisito elencado ao longo dos incisos do artigo 44 do Código Penal Brasileiro” (CRUZ, 2011), que estipula o mínimo de quatro anos para a substituição da pena.

O aumento da pena mínima é questão de grande pertinência, pois a tipificação do crime de tráfico, trazido no *caput* do art. 33 da presente Lei, apresenta um exaustivo rol com 18 condutas como “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, [...]”. (BRASIL, 2006).

Como essa tipificação é muito abrangente e se desvencilha do conceito fundamental de tráfico - quer seja um comércio ou negócio - a criminalização equiparada de atos preparatórios como o da venda e produção de drogas, acaba influenciando no sobrecarregamento das instituições prisionais, pois normalmente,

as penas não se mantêm no mínimo legal, diante das circunstâncias qualificadoras, que também foram ampliadas com a nova lei, presentes no artigo 40, e que aumentam de um sexto a dois terços as penas se o tráfico for realizado nas imediações de escolas, hospitais, presídios ou for praticado por funcionário público, educador, dentre outras qualificadoras. (BRASIL, 2006).

Com a equiparação de meros atos preparatórios (posse, transporte ou expedição das substâncias ou matérias primas proibidas), com o crime de tráfico de fato, a Lei 11.343/2006 reafirmou a antecipação do momento criminalizador transcendendo as barreiras entre a consumação e a tentativa, pois tanto os atos preparatórios “quanto o efetivo fornecimento ou venda serão punidos com a mesma pena” (KARAM, 2010).

O ponto de maior fragilidade se denota quanto à antecipação da criminalização, já que esta repousa nos atos preparatórios, como o cultivo de plantas, fornecimento ou posse de matéria prima, insumo ou produtos químicos destinados à preparação de drogas, bem como a fabricação, transporte, distribuição ou posse de equipamentos conhecidos para a sua produção, conforme dispõe o artigo 34, da Lei 11.343/2006.

Tais ações consistem em simples atos que nem adentram na esfera da tentativa, pois não podem nem ser consideradas como início da execução da conduta proibida, qual seja o tráfico que, novamente frisa-se, tem por definição ser um comércio ou negócio.

Essa antecipação da criminalização acaba violando o princípio da exigência de lesividade/ofensividade da conduta, já que esta só pode ser objeto de criminalização quando viole, de fato, direitos individuais concretos. (KARAM, 2010).

Assim é o pensamento de Gomes (2002, p. 89),

Em um Estado Constitucional que se define, com efeito, como democrático e de Direito, e que tem nos direitos fundamentais seu eixo principal, não resta dúvida que só resulta legitimada a tarefa de criminalização primária quando recaia sobre condutas ou ataques concretamente ofensivos a um bem jurídico, e mesmo assim não todos os ataques, senão unicamente os mais graves.

Por esta definição, compreende-se que os simples atos preparatórios não caracterizam a violação do bem jurídico tutelado pela lei antidrogas, que consiste na

saúde pública, pois, não poderiam nem ser considerados como tentativa do crime de tráfico.

Somente os ataques intoleráveis e que podem causar repercussões visíveis a convivência social é que devem ser incriminado, como bem ressaltou Zaffaroni (1993, p. 226).

o injusto concebido como lesão a um dever é uma concepção positivista extremada; é a consagração irracional de dever pelo dever mesmo. Não há dúvida que sempre existe no injusto uma lesão ao dever [uma violação a norma imperativa], porém o correto é afirmar que só existe violação quando se afeta o bem jurídico tutelado. Não se pode interromper arbitrariamente a análise do fato punível e se a ação não prejudicar terceiros, deve ficar impune, por expressa disposição constitucional.

O princípio da ofensividade da conduta consiste num desdobramento de dois postulados fundamentais que controlam o poder de atuação estatal, o princípio do devido processo legal e o princípio da proporcionalidade.

O primeiro além de assegurar a todos o direito a um processo com todas as etapas previstas em lei e todas as garantias constitucionais (BARROSO, 2008), controla, especificamente, o poder punitivo do estado evitando a privação arbitrária “de direitos individuais, especialmente a liberdade” (KARAM, 2010).

Já o princípio da proporcionalidade como visto, impõe ao Estado que este mantenha o equilíbrio nas relações com o indivíduo, protegendo-o contra “intervenções desnecessárias ou excessivas, que causem danos maiores que o indispensável para a proteção dos interesses públicos”. (RABELO, 2009).

Observa-se, portanto, que no momento em que ocorre a antecipação da criminalização do crime de tráfico há uma violação do princípio da ofensividade da conduta e, conseqüentemente dos princípios da proporcionalidade e do devido processo legal, deixando o indivíduo a mercê das arbitrariedades do Estado, já que se encontra desprotegido diante da máquina punitiva estatal.

Outra situação que também viola o princípio da proporcionalidade é a equiparação do fornecimento gratuito ao crime de tráfico. Novamente vale frisar que tráfico se define por comércio ou negócio, um meio de obter vantagem econômica, o simples fornecimento sem lucro ou vantagem pecuniária não se configura como tráfico.

Muito bem pontua Karam (2010) quando expõe que, “do ponto de vista criminalizador, uma conduta sem objetivo de obter proveito econômico, como o

fornecimento gratuito, tem um menor conteúdo de reprovação, não podendo ser tratada da mesma forma” que o tráfico.

Porém o legislador trata de modo diferenciado o sujeito que fornece “eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento para juntos consumirem” (BRASIL, 2006), já que para este a pena mínima cominada é de seis meses de detenção, conforme dispõe o parágrafo terceiro do artigo 33.

Tal posicionamento adotado pela Lei 11.343/2006 auxilia, de certa forma, por induzir o consumo dentro dos vínculos afetivos e, portanto, acaba entrando em choque com o que preceitua o parágrafo segundo do mesmo artigo, que criminaliza o induzimento, instigação e auxílio com sanção mínima de um ano de detenção. (BRASIL, 2006)

Ainda, sob o viés da violação do princípio da proporcionalidade, o legislador, no ímpeto repressivo, estipulou a pena para aquele que financia ou custeia o crime de tráfico num patamar mínimo de oito anos de reclusão (Brasil, 2006), conforme o artigo 36 do referida lei, sendo este superior ao estipulado ao crime de homicídio, que afere seis anos. (BRASIL, 1940, art, 121)

Para tanto, como já levantado, a vida é o bem jurídico de maior valor e dele deriva todo e qualquer outro bem jurídico tutelado pelo Estado (ROZICKI, 2009). Portanto, é “absolutamente desproporcional prever, para quaisquer outras condutas, penas superiores, ou mesmo iguais, às que são previstas para o homicídio” (KARAM, 2010)

Este rigor punitivo exacerbado também se encontra latente no artigo 44, *in verbis*:

Art. 44 – Os crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e §1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.
Parágrafo único – Nos crimes previstos no *caput* deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico. (BRASIL, 2006).

Nota-se, com a leitura do dispositivo, que ao indivíduo condenado pelo crime de tráfico é adotado um tratamento diferenciado, dotado de generalidade e abstração, “sem qualquer relação com a finalidade e os fundamentos da execução da pena” (KARAM,2010) violando, assim o princípio da isonomia, ou também chamado de princípio da igualdade, que é o pilar de sustentação de qualquer Estado Democrático de Direito, (D’OLIVEIRA, 2012), e princípio fundamental da

Constituição Cidadão, elencado no *caput* do seu art. 5º, com a afirmação de que “Todo são iguais perante a lei” (BRASIL, 1998).

Essa igualdade defendida constitucionalmente parte da concepção de Ruy Barbosa (apud BULOS, 2009, p. 420), ou seja, assegura as pessoas de situações iguais os mesmos direitos, prerrogativas e vantagens, com as obrigações correspondentes,

a regra da igualdade não consiste senão em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcional e desigualmente natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Os mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir os mesmos a todos, como se todos se equivalessem.

Tem-se o entendimento de que é a pena que vai dar a concretude da gravidade do ato praticado pelo agente e o tratamento a ser adotado pelo Estado, ou seja, dependendo do *quantum* sancionatório estipulado na sentença condenatória, variará o regime inicial do seu cumprimento na fase de execução da pena. (JAKOBS, 2009).

Com isso, percebe-se que para o cumprimento da pena pouco importa o crime praticado. Aquele que foi condenado a cinco anos por tráfico de drogas vai ter o regime de cumprimento de pena igual ao indivíduo que praticou qualquer outro tipo criminal com estipulação da mesma pena.

Portando além da quebra do princípio da isonomia, este dispositivo viola o princípio da individualização da pena, pois, conforme a letra da lei, o crime de tráfico, é “inafiançável e insuscetível de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos e [...] o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico”. (BRASIL, 2006).

Tamanha é a violação de direitos, que a Defensoria Pública da União, em setembro de 2010, entrou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade contra as restrições contidas no artigo 44 e §4º do artigo 33, da Lei 11.343/2006.

Em decisão e por votação de 6 a 4, os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram pela inconstitucionalidade dos dispositivos, admitindo, portanto, ser passível de penas alternativas os condenados por crime de tráfico, “caindo por

terra a exclusiva aplicação da pena privativa de liberdade e a previsão do regime prisional totalmente fechado”. (VAZ, 2011).

Ainda sob a violação do princípio da isonomia a lei prevê, cominada a pena privativa de liberdade, a aplicação de multa num patamar muito superior ao estabelecido nas regras gerais que fixa para os outros crimes (KARAM, 2010)

A pena de multa a ser aplicada corresponde de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) de acordo com o artigo 33 *caput*, podendo ser “aumentada até o décuplo se, em virtude da situação econômica do acusado, considerá-las o juiz ineficazes, ainda que aplicadas ao máximo.” (BRASIL, 2006, art. 43, parágrafo único)

Não há qualquer razão aparente para diferenciar, no que concerne a pena de multa, “o tráfico de outras condutas criminalizadas, como, por exemplo, o roubo ou a corrupção, em que o agente igualmente se move pela busca de proveito econômico.” (KARAM, 2010).

Outro princípio que se vê igualmente violado pelo artigo 44 é, o já tratado, estado de inocência, ou princípio da presunção de inocência, no momento em que este dispositivo veda a liberdade provisória ao condenado por crime de tráfico de drogas (CRUZ, 2011).

Como visto, é direito fundamental ao indivíduo ser tratado como inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A manutenção ou decretação da prisão antes da condenação definitiva depende da demonstração de sua necessidade para o normal desenvolvimento do processo. (ZAVALETA, 2010).

De acordo com Maria Lucia Karam (2010), a lei antidrogas repete a regra introduzida pela lei 8.072/90 – a lei de crimes hediondos, equiparando o tráfico de drogas com os crimes previstos naquela lei.

Porém, a Lei 11.464/2007 deu nova redação ao artigo 2º, II da Lei de crimes hediondos, excluindo a vedação da liberdade provisória e, por analogia, revogou a regra do artigo 44 da Lei 11.343/2006, neste ponto. (CRUZ, 2011)3.

Ainda sob o entendimento de Karam (2010),

A lei não pode proibir genericamente a liberdade provisória, nem pode estabelecer prisões provisórias obrigatórias para todos os casos de acusações por um determinado tipo de crime, pois quando o faz está indevidamente transformando a prisão provisória em uma pena antecipada, punindo sem processo e, assim, violando a garantia do estado de inocência.

A antecipação da pena, levantado por Maria Lucia Karam (2010) também é encontrada no artigo 59 que preceitua que “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes”. Porém este dispositivo foi revogado implicitamente, pois é derivado do artigo 594 do Código de Processo Penal e este fora revogado pela lei 11.719/2008.

Entretanto, vale a ressalva que no momento em que a lei impõe condições para a admissibilidade do recurso ao recolhimento à prisão, além de violar, assim como o artigo 44, o princípio da presunção de inocência, corrompe com o princípio do duplo grau de jurisdição, que permite a revisão da sentença por instância superior. (KARAM, 2010)

Partindo para a análise do artigo 60, pode se perceber a violação do princípio do devido processo legal com a não observância do preceito do ônus da prova, onde o indivíduo deve provar a origem lícita dos bens levantados pela acusação como sendo oriundos do tráfico de drogas. (Brasil, 2006)

O artigo 156 do Código de Processo Penal estabelece que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. “A regra que o ônus de se provar o alegado compete a quem fizer a alegação, trata-se de regra em perfeita sintonia com os princípios gerais de direito, como a boa-fé, a obrigação de dizer a verdade, o esforço para buscar a verdade real, entre outros” (SILVA, 2008, p. 64)

Portanto, a partir dessa análise, tem-se que é papel do Ministério Público comprovar que tais bens foram obtidos através do tráfico de drogas e não do indivíduo suspeito pelo crime.

Um último ponto a ser levantado faz referência quanto a indevida criminalização ao crime de posse para uso pessoal das drogas, por mais que haja quem defenda a ideia de uma “descriminalização” simplesmente pelo fato de não ser mais passível de pena de detenção ou reclusão para esse tipo penal.

O fundamento que acaba de ser levantado tem respaldo por força da Lei de Introdução ao Código Penal (art. 1º),

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (BRASIL, 2013)

Porém, haja ignorado que a simples ameaça de pena já é fator que caracteriza a criminalização de uma conduta e, como constitucionalmente resguardado, a pena não se restringe somente as privativas de liberdade, mas também, como expõe Karam (2010), “englobam as restritivas da liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa, as suspensões ou interdições de direitos.”

Ressaltado que o bem tutelado pela lei antidrogas é a saúde pública, a simples posse para o uso pessoa não afeta tal bem jurídico, diz respeito, unicamente, ao indivíduo, sua intimidade e opções pessoais, não tendo o Estado, como Estado Democrático de Direito, o poder de intervir no anseio privado do sujeito.

Partindo de tal compreensão, vê-se que o artigo 28 corrompe princípios que, como já tratados, fundamentam a ordem a estatal, tais quais o princípio da lesividade, da liberdade individual, o do respeito à vida privada, todos intimamente ligados ao princípio da legalidade (KARAM,2010) bem como deixa um lacuna no que concerne o teor do §2º deste dispositivo, deixando na mão do julgador decidir qual quantidade é relativa a uso e qual já caracteriza o tráfico.

A partir de toda essa explanação, percebe-se que a Lei 11.343/2006, não trouxe avanços no campo de proteção ao sujeito, ou à sociedade, repetindo e, por muitas vezes, agravando as violações a direitos e garantias de cunho constitucionais, penais ou processuais penais, colocando, em *xequê* o julgador, deixando o indivíduo sujeito as arbitrariedades do Estado e não cumprindo com a função pretendida, que é conter o avanço do problema “drogas”.

4.4 DA ANALOGIA COM O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Ante o apelo da sociedade e a pressão da mídia frente ao aumento da criminalidade, o Estado buscou uma resposta imediata ao caos, por meio do Direito Penal, como bem colocou Haber (2010).

As conseqüências já são conhecidas: apela-se ao direito penal como forma de resolução do problema da criminalidade, em detrimento do seu enfrentamento por meio de políticas públicas que estabeleçam em amplo diagnóstico o problema. Mais uma vez, verifica-se a existência de uma legislação que solapa as garantias fundamentais e provoca relativização das regras de imputação e dos princípios processuais.

Para além de toda a teoria envolvida nas finalidades do direito penal, o intento primeiro deste mecanismo coercitivo é justamente evitar que os cidadãos percam seus direitos básicos frente a atuação estatal, antagonicamente ao que tem acontecido com a edição de leis punitivistas cada vez mais extravagantes.

No ordenamento jurídico atual o maior exemplo punitivista e eletista, que visa punir o autor do fato típico pelo que é e não pelo crime que tenha vindo a cometer, é a Lei 11.343/2006, a lei antidrogas.

É sabido que um dos pilares do Direito Penal do inimigo é justamente essa punição do autor pelo simples fato de ser quem é, e não pelo ato que cometeu, consagrando assim, a chamada teoria do direito penal do autor, ou seja, “a pena se associa de modo imediato à periculosidade do autor” (BRUNONI, 2007).

Através dessa concepção, tem-se que o Estado não castiga o ato, até porque este, por muitas vezes, não representa de fato uma ofensa significativa a um bem-jurídico, mas sim repreende o sujeito pela atitude corrompida, já que este corresponde a um ente perigoso devendo ser neutralizado por representar um perigo à ordem social. (BRUNONI, 2007).

Como visto, o 33 artigo elenca os verbos que tipificam o crime, mas, na realidade, acabam por tipificar o sujeito do delito. Estes verbos acabam por defender bens-jurídicos distintos ou que não representam ofensa a nenhum bem-jurídico, como são os casos de “ter em depósito, guardar, adquirir” (IEMINI, 2010) servindo apenas como instrumento de estigmatização do indivíduo.

Os inimigos, eleitos pela lei 11.343/2006, seja ele um grande traficante, ou o sujeito que adquiriu, ou até mesmo o indivíduo que produziu a matéria prima, serão tratado sem distinção, concorrendo no mesmo tipo penal, com o mesmo patamar sancionatório de cinco a quinze anos de reclusão. (IEMINI, 2010).

Nota-se, pela leitura do artigo 33, que não é somente a atividade que caracteriza o tráfico -venda ou comércio- que são tipificadas, mas sim momentos prévios, como a preparação.

Esta tipificação de simples atos preparatórios como crime de tráfico se enquadra numa outra característica da teoria consagrada por Jakobs, a punição prévia, que também é derivada do direito penal do autor.

Como trabalhado, esta punição prévia é uma arma do Estado que,

(...) busca se antecipar ao criminoso, evitando que o delito ocorra, punindo os atos preparatórios da atitude infracionária pretendida. É justamente, por isso, chamada de atitude prospectiva, cujo referencial é um fato futuro, sendo indiferente que o resultado almejado chegue a se concretizar. (FARIAS, 2012)

O intuito do Direito Penal do Inimigo é impedir a ocorrência do fato delituoso independentemente da situação do sujeito. Com isso, além da punição prévia dos atos preparatórios, o Estado se ampara em outro pilar da Teoria do Direito Penal do Inimigo, a desproporcionalidade da pena. (FARIAS, 2012)

O legislador buscou, com a aplicação de penas mais rígidas, a desestimulação do indivíduo para a prática dos delitos previstos na Lei 11.343/2006, visando a preservação do ordenamento jurídico e, conseqüentemente a ordem social.

O grande problema paira na desproporcionalidade entre a conduta e o *quantum* sancionatório, pois é inviável que recaia sobre o indivíduo que guarda a droga, ou que produza a matéria prima, a mesma pena do indivíduo que a comercializou. (BRASIL, 2006)

Ou ainda, o patamar da pena para aquele que financia o tráfico de drogas ser superior ao estipulado para o crime de homicídio, sendo que para este o mínimo é seis anos de reclusão e para aquele oito anos de reclusão, tendo em vista a diferença entre o bem-jurídico tutelado e o grau de ofensividade correspondente.

Outra característica do Direito Penal do inimigo diz respeito a relativização das garantias constitucionais, penais e processuais penais, as quais são encontradas, conforme demonstrado no item anterior, em todo o decorrer do corpo da Lei 11.343/006.

No posicionamento de Greco (2009),

O criminoso que coloca em risco a continuidade social, deve ser visto como inimigo do Estado. Portanto, não deve gozar das garantias ofertadas àqueles considerados cidadãos, sendo-lhe aplicado verdadeiro procedimento de exceção, já que na guerra, as regras do jogo devem ser diferentes, sendo válido tudo contra os ditos inimigos.

Por fim, uma das características mais latentes que conectam a Lei antidrogas vigente com a teoria do Direito Penal do inimigo, é ela ser considerada uma legislação de luta, ou legislação de combate.

Oriunda dos ideais proibicionistas estadunidenses, a Lei 11.343/2006 é baseada na crença de que “a criminalização impediria a propagação da

dependência” (CARVALHO, 2010, p. 140) e na “crença de que só a criminalização é capaz de ‘persuadir’ o sujeito a não consumir drogas” (WEIGERT, 2010, p. 39), proibindo qualquer tipo de atividade ligada direta ou indiretamente às drogas.

O que se observa é que a Lei antidrogas passou a tratar os criminosos, enquadrados por essa lei, como rivais, taxando-os como inimigos, sem se importar com o que o levou ao cometimento do crime, ou buscar sua concreta ressocialização. O que se busca é punir, e só.

6 CONCLUSÃO

O Direito aparece na história do homem como instrumento regulador das interações humanas, para a sobrevivência e convivência harmônica dos indivíduos. Com o passar dos tempos, e com o aumento da criminalidade, surgiram às legislações, que além de regular as relações dos sujeitos, objetivavam o controle punitivo do Estado, principalmente, através do Direito Penal, que não se resume somente a um meio de proteção do Estado contra o indivíduo infrator, mas também é aparelho de proteção do criminoso contra as arbitrariedades do Estado.

Foi através do Direito Penal que os Estados assumiram uma postura de combate com o intuito de erradicar com o problema ‘drogas’ no âmbito internacional, com a assinatura do Tratado de Haia em 1909. A partir desse marco teórico fora declarado total guerra às drogas, com a eliminação de todo aquele que se tipificasse nos muitos verbos elencados nos tratados internacionais e, por consequência, nos ordenamentos internos dos Estados.

As leis de combate às drogas ficaram conhecidas como políticas proibicionistas, fundadas nos ideais norte-americanos. Essas políticas partiam da premissa que a total proibição seria o caminho para o controle do tráfico e consumo de substâncias psicotrópicas.

Essas leis de luta acabaram por eleger um inimigo do Estado, pois apresentavam para a sociedade o criminoso tipificado por essas leis como inimigo, e só através do “corte total do ente danoso”, é que se podia reaver a paz e a harmonia social.

A idéia da existência de um inimigo eleito pelo Estado se viu concretizada na Teoria do Direito Penal do Inimigo, do emérito alemão Günter Jakobs, que defendeu a legitimação de um tratamento diferenciado àqueles taxados de inimigos, com a supressão de garantias fundamentais, a antecipação da punibilidade, seu rebaixamento ao *status* de indigno, somente por ser quem é, pelo perigo que representava, ficando tal teoria conhecida como a externalização do direito penal do autor.

Tal teoria é envolta de inúmeras críticas, pois corrompe com todos os preceitos defendidos por um Estado Democrático de Direito, principalmente porque o *status* de inimigo/indigno recai sobre uma parcela marginalizada da sociedade, que já é, por si só, privada de vários direitos e garantias.

Por mais que devidamente comprovado que esses anos todos de proibição não trouxeram avanços nem resultados positivos no combate ao tráfico e consumo de substâncias psicotrópicas, o Brasil manteve a postura punitivista com a promulgação da Lei 11.343/2006, combatendo, com mão de ferro, e taxando como perigo eminente à sociedade, qualquer indivíduo que se enquadrasse no rol elencado no artigo 33 da Lei.

Como esse rol é muito abrangente, subjetivo e não traz segurança jurídica alguma, acaba-se por violar o princípio basilar de um Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana e essa violação é que causa maior impasse sobre a incidência, ou não, da teoria do Direito Penal do inimigo no ordenamento jurídico interno brasileiro.

É a partir da violação do princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, do rebaixamento daquele indivíduo ao status de indigno, que o Estado se vê legitimado para tratar o criminoso de uma forma mais dura.

Esse tratamento mais agressivo, a violação dos princípios e o rebaixamento do indivíduo a um patamar inferior ao de pessoa, são características latentes do Direito Penal do Inimigo, e pode se verificar a incidência dessas características com a análise dos dispositivos da Lei 11.343/2006, bem como o adiantamento da punibilidade, a previsão de penas abstratas mais altas e a supressão de direitos e garantias constitucionais, penais e processuais penais, tais quais, o princípio da proporcionalidade, do devido processo legal e da presunção de inocência.

A palavra de ordem é punir. Punir por ser quem é. Punir por representar, por tantas vezes, uma pequena ameaça. Punir porque esse é o caminho mais fácil para apaziguar o clamor social e midiático. Punir porque, na visão paternalista do Estado, seus filhos só aprendem e se comportam por meio do medo e da opressão, devendo as “ovelhas negras” serem retiradas do alcance dos olhos gerais para não servirem de mau exemplo e, com isso, poder garantir a paz e a harmonia, tão desejadas.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Gustavo Antônio Elias. Direito Penal do Inimigo: a legitimação do mal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3352, 4 set. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22553>>. Acesso em: 3 agosto 2013.
- AMARAL, Andressa. **A repressão ao Narcotráfico e a aplicabilidade da Lei 6.368/76**. 2006. 113 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel) - Curso de Direito, Univali, Itajaí, 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Andressa%20Amaral.pdf>>. Acesso em: abril de 2013.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed.; São Paulo: Saraiva, 2007.
- ARISTOTELES, A Política. Trad. CHAVES, Nestor Silveira. 15. ed. Rio de Janeiro:Ed Ediouro, 1998.
- BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Sinopses Jurídicas, 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Teoria Geral do Direito Penal, 2ª ed.** Rio de Janeiro, Revan, 2003.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O prisioneiro da grade de ferro: política criminal e direitos humanos no brasil. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcn_id=20>. Acesso em outubro de 2012.
- BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**, Revistas dos Tribunais, Série As Ciências Criminais do Século XXI, vol. 7. 2009;
- BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. 12 ed. Brasília: UnB, 2002. 2V
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOITEUX, Luciana. **A Nova Lei Antidrogas e o aumento da pena do delito de entorpecentes**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciência Criminais (IBCCrim). Ano 14, n. 167, out. 2006. Disponível em: WWW.neip.info. Acesso em 25 de maio de 2013.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional positivo**. 12 ed. São Paulo. Malheiros, 2002.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1967. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-complementares-1/leis-complementares-1/1967>> Acesso em: 10 de maio de 2013 – A,

BREGA FILHO, Vladimir, **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira 2002.

BRUNONI, Nivaldo. **Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n., dez. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm> Acesso em: outubro de 2013

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 420.

BUSATO, Paulo César. **Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um direito penal do inimigo**. Revista de Estudos Criminais, Rio Grande do Sul, v.4 n.14 Abr./Jun. 2004.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Direito penal do inimigo – visão crítica**. São Paulo, 2013. Acessado em: outubro de 2013

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARNEIRO, B. H. S. A vertigem dos venenos elegantes. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - PUC-SP, 1993

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 343 p.

CHAGAS, Leonel Rodrigues, **Princípios do Direito Penal: Um estudo do princípio da dignidade da pessoa humana**, Rio de Janeiro, 2010. Acessado em ou. 2013

COIMBRA, Maria Bouças; KNIJNIK, Luciana; GALLI, Tânia Fonseca, **Qual a cor da farda dos guardiões da ordem?** Algumas problematizações sobre a história do Brasil contemporâneo. *In* Entre Garantia de Direitos e Práticas Libertárias / Conselho Regional de Psicologia do Rio Grande do Sul. – Porto Alegre: [s. ed.], 2013

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS – Pacto de San José: Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeasjose.htm>>. Acesso

CRUZ, Eugeniusz Costa Lopes da. **A aplicabilidade das Penas Restritivas de Direito e a Nova Lei de Tóxicos**. In: Via Jus. 2011. Disponível em:

<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1703&idAreaSel=4&seeArt=y.es>. Acessado em: outubro de 2013.

D'OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. **Breve análise do princípio da isonomia**. 2012. Disponível em: http://institutoprocesso.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3_edicao1.pdf - Acessado em: outubro de 2013

DOTTI, René Ariel. **Movimento Antiterror e a Missão da Magistratura**. Curitiba. Ed. Juruá, 2005.

DUARTE NETO, Júlio Gomes. **O Direito Penal simbólico, o Direito Penal mínimo e a concretização do garantismo penal**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 66, jul 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6154. Acesso em out 2013.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 82 – 90
Em 10 de out. 2013.

FARABULINI, Ricardo. **Crimes Hediondos: Breves Considerações sobre a Lei 8.072/90**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4847 Acesso em: 25 de maio de 2013

FARIAS, Rêmmel Araújo Sousa, **A incompatibilização do direito penal do inimigo com a legislação pátria**, Revista FACITEC – ISSN 1981-3511, v., n. art. Jan-jul 2012. Disponível em: <http://facitec.br/revista/web/direito/download/A%20INCOMPATIBILIZA%C3%87%C3%83O%20DO%20DIREITO%20PENAL%20do%20Inim%20-Rem%20Arauj.pdf>. Acessado em agosto de 2013.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios constitucionais penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova lei de drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1236, 19 nov. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/9180>. Acesso em: 26 out. 2013

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. Série as ciências criminais no século XXI. vol. 6. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou inimigo do Direito Penal)**. São Paulo, 2004, Disponível em: http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf. Acesso em: 6 out. 2012.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. Clubjus, Brasília-DF, 02 de junho de 2009. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/?artigo&ver=2.24050> Acessado em: outubro de 2013

HABER, Carolina Dzimidas. Reflexos do direito penal do inimigo na realidade brasileira. 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990 <http://www.direito.usp.br/eventos/pet/carolina.pdf>. Acesso em outubro de 2013.

HABIB, Gabriel. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro; 09 de fev. de 2011; Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=7EU4q0WGPg>> Acessado em: 10 de set. de 2012

IBCCRIM, **Política de Drogas, Cultura no Controle e Propostas Alternativas**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais; Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/comissoes/politicaDrogas.php#_ftn9> Acesso em: 30 de out. de 2012.

IEMINI, Matheus Magnus Santos. Direito penal do inimigo: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619>

INFOPEN, Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, Sistema Integrado de Informações Penitenciárias. Dezembro 2012 – Acessado em dezembro de 2013.

ISTOÉ, **Histórias que assustam a ONU**, São Paulo, Istoé, 2013.

JAKOBS, Günter. **Tratado de direito penal**. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2009.

_____, Günter. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

_____, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

JESCHECK, Hans Henri. **Tratado e derecho penal**. Tradução Espanhola, vol. 1, 1990.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1960.

KARAM, Maria Lucia; **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais**. Rio de Janeiro, 2010.

LEONELLO, Caroline i MARQUES, Fernando Tadeu. **O direito penal do inimigo frente ao estado democrático de direito**. São Paulo. 2011.

http://revistapos.cruzeirodosul.edu.br/index.hp/jus_humanum/article/viewFile/27/17
.Acessado em julho de 2013)

LIMA, Rita de Cássia Cavalcante. O PROBLEMA DAS DROGAS NO BRASIL: Revisão Legislativa Nacional. Juiz de Fora: **Libertas**, v. 10, n. 1, 01 jan. 2010. Semestral.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUIZI, Luis. **Os princípios constitucionais penais**. 2ªed. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

MAFRA, Francisco. Direitos e Garantias Fundamentais: um conceito. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VII, n. 20, fev 2005. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_linck=revista_artigo_leituraEartigo_id=798. Acesso em out. 2013.

MAGALHÃES, Thayana Calmon Leitão. **Inimigo e Direito Penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n.2577, 22 de jul. 2010. Disponível <http://jus.com.br/revista/texto/17032>. Acesso em: 6 out. 2011.

MARKEZ, Iñaki. **Drogas y debates: ?Monopolio del discurso adictivo?**. In: ARANA, Xabier; MARKEZ, Iñaki (orgs). *Los Agentes sociales ante las drogas*. Madri: Editorial Dykinson, 1998.

MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas, Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, 2ª Ed., Porto Alegre/RS, Ed. Livraria do Advogado, 2007.

MELOSS, Dario e PAVARINI, Massimo, **Cárcere e fábrica. As origens do sistema penitenciário**. Tradução. Rio de Janeiro, Revan, 2006.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **Direito penal do Inimigo**: Terceira Velocidade do Direito Penal. 1ed., Curitiba, Juruá, 2011

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: Teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e Jurisprudência. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1998.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Tóxicos: Comentários à Lei 6.368, de 21/10/1976**. 5ª ed. Saraiva, 2002

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2.ed. Rev. Atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral e parte especial*. 6ª edição, revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PERDUCA, Marco. **A política proibicionista e o agigantamento do sistema penal nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado.** In WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. **Uso de Drogas e Sistema Penal: Entre o Proibicionismo e a Redução de Danos.** 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2010.

PFAFFENSELLER, Michelli. Teoria dos Direitos Fundamentais. In: Planalto, Brasília, julho 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/artigos/MichelliPfaffenseller_rev85.htm. Acesso em out. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais.** São Paulo: Saraiva, 2008.

RABELO, Grazielle Martha. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009.

ROCHA, Roger Alves da, **Os princípios constitucionais penais sob a óptica do estado constitucional e humanista de direito.** In. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar. 2012. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11231. Acessado em out. 2013.

RODRIGUES, Thiago M. S.. **A INFINDÁVEL GUERRA AMERICANA: Brasil, EUA e o narcotráfico no continente.** In: **São Paulo em Perspectiva.** São Paulo, 2002.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006. In SALO

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal.** 25 edição, Buenos Aires, Del Puerto, ano 2000

ROZICKI, Cristiane, **A vida é o maior bem jurídico.** Inconstitucionalidade no Brasil. Junho de 2009. Disponível em: <http://objetodignidade.wordpress.com/125/> - Acessado em outubro de 2013

SANTANA, Raquel Santos de, **A dignidade da pessoa humana como valor absoluto.** Junho de 2010. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5787/A-dignidade-da-pessoa-humana-como-principio-absoluto> - Acesso em outubro de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

_____, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

SILVA, Flávia Regina Oliveira da. **Direito penal do inimigo e sua incompatibilidade com o estado democrático brasileiro**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11424>. Acesso em out 2013.

SILVA, Ivan Luís Marques da. **A reforma processual penal de 2008: Lei 11.719/2008, procedimentos penais: Lei 11.690/2008, provas: Lei 11.689/2008, júri: comentadas artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008,

SIQUEIRA, Direceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. **Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414 Acessado em outubro 2013.

VAZ, Daniel Ribeiro. **A inconstitucionalidade do artigo 44 da lei 11.343/2006 ante a aplicação das penas alternativas**. São Paulo. 2011. Disponível em <http://atualidadesdodireito.com.br/danielvaz/2011/10/01/a-inconstitucionalidade-do-artigo-44-da-lei-n-%C2%BA-11-3432006-ante-a-aplicacao-das-penas-alternativas/> - Acessado em outubro de 2013.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. São Paulo: Unb, 2004. Disponível em: <<http://ayanrafael.files.wordpress.com/2011/08/weber-m-economia-e-sociedade-fundamentos-da-sociologia-compreensiva-volume-2.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2013.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. **Uso de Drogas e Sistema Penal: Entre o Proibicionismo e a Redução de Danos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2010.

WOLFF, Francis. **Aristóteles e a política**. São Paulo: Discurso Editorial, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro. Editora Renavan, 2011.

_____, Raúl Eugenio. **Teoria Del delito**. Buenos Aires. Ediar: 1993.

ZAVALETA, Arturo J. **A prisão Preventiva e a liberdade provisória**. Editora Arayu. Buenos Aires. 2010.