



FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE UBÁ
FACULDADE DE DIREITO

2019

DIREITO PENAL DO INIMIGO: O TRÁFICO DE DROGAS COMO VILÃO
SOCIAL

Bárbara Costa Paiva: barbaracostapaiva@hotmail.com

Galvão Rabelo: galvaorabelo@yahoo.com.br

RESUMO

No presente artigo o que se procura demonstrar é a fragilidade, sob o aspecto jurídico-filosófico, da teoria conhecida como Direito Penal do Inimigo, desenvolvida pelo alemão Günther Jakobs, fundada na relativização ou supressão das garantias processuais e no recrudescimento das penas. O ponto central deste trabalho é a análise, acerca do pensamento do doutrinador e suas origens e uma correlação desta teoria com a evolução legislativa penal até a lei 11.343/06 lei de drogas atualmente vigente no país. O estudo apresenta dados referentes ao aumento da população carcerária pelo delito de tráfico de drogas, principalmente após a vigência da referida lei, constatando que a falta de critérios para diferenciar os traficantes de drogas de seus usuários e também analisa que a repressão é seletiva, e como consequência recai principalmente sobre a camada mais pobre e negra da população sendo vistos pelo restante da sociedade como inimigos.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Günther Jakobs. Tráfico de drogas. Lei de Drogas.

ABSTRACT

In this article what seeks to demonstrate is the fragility under the legal-philosophical aspect of the theory known as Enemy Criminal Law, developed by the German Günther Jakobs, founded on relativization or suppression of procedural safeguards and the resurgence of penalties. The focus of this article is to examine about the thought of the doctrine's thought and its origins and a correlation of this theory with the criminal legislative evolution until the law 11.343 / 06 drug law currently in force in the country. The study presents data related to the increase in the prison population for the drug trafficking offense, mainly after the law, noting that the lack of criteria to differentiate drug traffickers from their users and also analyzes that repression is selective, and as a consequence relapses mainly on the poorest and blackest part of the population being seen by the rest of society as enemies.

Keywords: Law – Criminal – Enemy – Jakobs – Drug traffic. Law of Drugs.

INTRODUÇÃO

O direito penal, enquanto esfera ou ramo do ordenamento jurídico tem como finalidade regular o exercício do poder punitivo do Estado, tendo por pressuposto comportamentos considerados reprováveis ou danosos ao organismo social, afetando bens jurídico-penais essenciais ao indivíduo e à comunidade, através de sua natureza constitutiva e sancionatória previamente estabelecidas pelo Estado.

Ocorre que algumas pessoas ao praticar certos tipos de delitos – e nesta pesquisa em específico o crime de tráfico de drogas –, são consideradas “inimigas da sociedade” e, por isso, em certos aspectos, são desprovidas dos mesmos direitos que um verdadeiro cidadão usufrui. É dessa diminuição do indivíduo que surge o Direito Penal do Inimigo.

A reflexão quanto ao tema e a pesquisa bibliográfica foram divididas em três capítulos. O estudo do primeiro capítulo se prestará à apresentação da origem das substâncias consideradas como ilícitas e a evolução do tratamento normativo do tráfico de drogas no Brasil. O segundo capítulo será dedicado à teoria desenvolvida por Günther Jakobs e as características dos seus destinatários – os inimigos –, assim como o conceito de cidadão proposto pelo autor e, também, às críticas sobre essa teoria. O terceiro capítulo tratará da relação existente entre o tráfico de drogas e seus agentes e as penalidades aplicadas a eles de forma desigual e exacerbadas, principalmente após a entrada em vigor da atual Lei de Drogas, constatando que a falta de critérios para diferenciar os traficantes de drogas de seus usuários, além de apontar a seletividade da repressão, que recai principalmente sobre a camada mais pobre e negra da população.

Esse artigo aborda o método dialético, e possui como método investigativo as pesquisas apresentadas. O propósito da pesquisa em si é identificar no sistema normativo a atribuição da condição de cidadão e de inimigo aos diversos clientes da Lei de Drogas e esclarecer que a contaminação do ordenamento jurídico vigente pelo Direito Penal do Inimigo não serve à proteção estatal da sociedade e da norma, mas, ao contrário, ameaça o Estado Democrático de Direito, já que fica evidente a predominância dos estereótipos e da seletividade penal.

1. UM ESBOÇO HISTÓRICO DA REGULAÇÃO DAS DROGAS NO BRASIL

Desde os primórdios, plantas e outras substâncias capazes de atuar no organismo humano e produzir alterações no seu funcionamento são consumidas. Tais são popularmente conhecidas como drogas. Suas finalidades eram diversas, desde rituais que buscavam satisfazer os mais variados deuses a fins medicinais como mecanismos de cura. Nesse contexto, os autores Renato Venâncio e Henrique Carneiro (2005, p. 11) assim definem o termo:

A palavra “droga” provavelmente deriva do termo holandês *drung*, que significava produtos secos e servia para designar, nos séculos XVI ao XVIII, um conjunto de substâncias naturais utilizadas, sobretudo, na alimentação e na medicina. Mas o termo também foi utilizado na tinturaria ou como substância que poderia ser consumida por mero prazer.

As sensações advindas das drogas serviam para elevar os usuários a níveis superiores da existência, quase alcançando o *status* dos deuses. Assim, os homens poderiam participar e gozar de momentos de santidade mediante a administração de drogas. A capacidade de produção de estados de elevação e prazer, denominado êxtase, destinou as drogas um papel de gênero de primeira importância na cultura religiosa e filosófica de quase todas as sociedades (VENÂNCIO; CARNEIRO, 2005, p. 15).

Com o avanço dos anos e das práticas de manejo das drogas, passa-se, então, a identificar as enfermidades como algo comum a todos os homens, já não como resposta divina a feitos transgressores. As técnicas médicas passaram a fundamentar-se na observação empírica das doenças atuando no campo da cura objetiva de males.

As substâncias denominadas drogas, propiciavam estados de loucura, comportamentos anormais e se tornavam vícios que impediam um desenvolvimento de uma vida saudável e regrada. É a partir da preocupação com a saúde e com a segurança

pública representada pelo uso de medicamento e pela aplicação de penas que as sociedades e os estados direcionaram sua atenção para a questão (VENÂNCIO; CARNEIRO, 2005, p. 261).

Com o avanço das civilizações, o uso dessas substâncias passou a tomar proporções ainda maiores já que além de seus efeitos atuarem de forma benéfica na área medicinal também alteravam comportamentos, iniciando assim uma movimentação contrária às drogas e que tinham como embasamento princípios morais.

Devido a seus diversos efeitos o fluxo das drogas passou a ser objeto de grande interesse político, econômico e cultural, seu domínio era sinônimo de fonte de poder e riqueza, sendo assim sempre houve uma disputa acerca do seu monopólio de controle e a autoridade para a determinação de quando e onde seu uso seria permitido (VENÂNCIO; CARNEIRO, 2005, p. 305).

Desde o início do século XX, o fenômeno do proibicionismo existe submetendo algumas drogas a uma legislação que permitem algumas, como o álcool, tabaco, café, produtos da indústria farmacêutica como antidepressivos, e proíbem outras, como os derivados do ópio e coca. Enquanto algumas substâncias são proibidas e perseguidas, outras são vendidas e exaltadas.

Segundo Henrique e Renato (2005), no Brasil até o final século XIX não existia a preocupação direta por parte do Estado quanto ao controle do uso de substâncias psicoativas. Pode-se registrar, na década de 1830, a proibição da maconha como o primeiro feito de um controle legal sobre alguma droga no país. A maconha antes de sua proibição era associada aos negros, às pessoas de classes baixas e aos delinquentes, associação que é marcada e presente até os dias atuais.

No âmbito social, o repúdio moral às drogas foi ocasionado pelas classes pertencentes aos escalões mais altos. Os episódios de uso de substâncias químicas desde o início pelos escravos em seus rituais foram vistos como manifestações de violência e descontrole. E dessa forma, rapidamente reprimidos pela cultura do homem branco que se colocavam em posição de vítimas pela alteração de ânimo dos escravos após a ingestão de drogas (VENÂNCIO; CARNEIRO, 2005, p. 30).

Anos depois, houve a criação do Código Penal de 1890, o qual considerava crime “expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização e sem formalidades previstas nos regulamentos sanitários” (BRASIL, 1980).

Em 1911, surge a convenção de Haia, o primeiro tratado internacional que estabeleceu controle sobre a venda de ópio, morfina, heroína e cocaína, levando a

primeira menção específica de drogas no país (VENÂNCIO; CARNEIRO, 2005, p. 266). O objetivo era implantar uma tentativa de controle sobre o consumo, contudo, este já ocorria e foi proliferando principalmente entre classes menos privilegiadas da sociedade, algo que incomodou o governo, fazendo com que, de fato, iniciasse a política de combate às drogas no Brasil.

Em 1921, é formada uma comissão de médicos, juristas e autoridades policiais para propor mudanças no Código Penal no tocante às ditas “substâncias venenosas”, entre as quais estão os “entorpecentes”. E, pela primeira vez, por meio do Decreto n. 4.294, a venda de ópio e seus derivados e de cocaína passava a ser punida com prisão (VENÂNCIO; CARNEIRO, 2005, p. 267).

O Brasil já havia absorvido à sua legislação interna bastante das diretrizes que foram estabelecidas nas convenções, porém ainda assim não havia obtido o objetivo desejado em relação ao embate contra as substâncias psicoativas. Sendo assim, em 1940, houve a criação de um novo Código Penal Brasileiro em 07 de dezembro de 1940 pelo então presidente, Getúlio Vargas.

O artigo 281, que estava inserido no Capítulo III, “Dos crimes contra a saúde pública”, fixou-se sobre o porte e o armazenamento de substâncias psíquicas sem a autorização ou em desacordo com lei e sua penalidade, como escrito:

Art. 281. Importar ou exportar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo, com determinação legal ou regulamentar.
Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.”

Percebe-se da redação original do dispositivo acima transcrito que até então o Brasil só criminalizava a conduta do traficante. Porém, no ano de 1968 por meio do Decreto-Lei n°. 385/1968, o artigo 281 do Código Penal foi alterado para estabelecer a mesma sanção para traficantes e usuários de drogas. Essa alteração colocou fim ao entendimento jurisprudencial que não entendia ser crime o uso de drogas.

O consumo desregrado e degenerante dessas substâncias impediam o progresso ético e sadio da sociedade brasileira e fizeram com que o Estado no intuito de tentar regular toda a situação criasse medidas proibitivas e penalizasse os que as vendiam e consumiam. Um exemplo foi a criação do CNFE (Comissão Nacional de Fiscalização

de Entorpecentes) uma lei mais rígida e detalhada que tinha como um de seus institutos propor legislação que tratasse do tema (VENÂNCIO; CARNEIRO, 2005, p. 267).

No ano de 1976, foi aprovada e promulgada a Lei de Tóxicos n. 6.368 que tinha como cunho obrigar que todas as pessoas físicas ou jurídicas, colaborem na erradicação do uso de substâncias ilegais. Além disso, dividiu as penalidades previstas para quem porta substância para vender (art. 12) e quem porta para consumo próprio (art. 16). Apesar de pena mais branda para quem infringia a segunda norma, ambas previam detenção como pena (VENÂNCIO; CARNEIRO, 2005, p. 269).

Posteriormente, foi criada a Lei nº 10.409 que ao ser aprovada pelo Congresso Nacional, teve, além de diversos artigos, um capítulo inteiro vetado pelo presidente Fernando Henrique Cardoso antes de sua promulgação em 2002. O terceiro capítulo, juntamente com o que tratava das penas, foi vetado e por isso, permaneceu vigorando, no que diz respeito às penas, a antiga Lei de Tóxicos (VENÂNCIO; CARNEIRO, 2005, p.271).

Nesse contexto, e visando concretizar o mandado constitucional explícito de criminalização, foi promulgada a Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas, vigente atualmente no país, a qual, além de revogar expressamente suas antecessoras – Leis 6.368/1976 e 10.409/2002 –, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), estabelece normas para coibir a produção não autorizada e o tráfico de drogas e, além disso, tipifica vários crimes relacionados às drogas, mantendo a separação da figura do traficante e do consumidor (MASSON, 2009, p.23).

1.1.Os alvéolos de Poder do Narcotráfico no Brasil

No Brasil, começaram a surgir ramificações do narcotráfico, relatos policiais e jornalísticos passaram a dar conta de que no país os centros de consumo aumentavam e sua demanda também. De acordo com Venâncio e Carneiro (2005, p. 302), as organizações embrenhadas na negociação de psicoativos ilegais ganhavam forma e se ramificavam, traços de refino de cocaína na Amazônia legal despontavam, cultivos de maconha ganhavam fôlego no Nordeste brasileiro.

De acordo com os autores, o Comando Vermelho articulado como uma federação à qual se filiavam traficantes e seus respectivos morros e favelas estabeleceu um mercado varejista de maconha e cocaína no Rio de Janeiro. Isso ocorreu através de espaços de poder concentrados nas favelas e nos bairros das periferias da capital, que

conferiram territorialidade às organizações narcotraficantes (VENÂNCIO; CARNEIRO, 2005, p. 305).

Os traficantes estabeleceram pontos de autoridade, nos quais assumiram função de Estado, legislando e aplicando leis. A conquista de poder estava atrelada em conseguir o apoio da população, que, na maioria das vezes, vinha através da força e de melhorias nas comunidades. O suporte da população era a garantia de que os delatores não agiriam e que grupos rivais não encontrariam espaço para crescer.

Outros grupos que almejavam a consolidação de espaços de autoridade começaram a ganhar força, já que a obtenção de territórios significava a conquista de lugares seguros para receberem, armazenarem e venderem as substâncias ilícitas movimentando assim o mercado ilícito e garantindo a sobrevivência de empresas narcotraficantes.

Mesmo com a criação de políticas proibicionistas, o mercado ilícito não foi suprimido, outros grupos foram ganhando força. O consumo global de psicoativos ilícitos não declina, o leque de substâncias banidas aumenta (englobando drogas sintéticas que imprimem outra logística ao mercado de drogas) e as máfias dedicadas às negociações desses produtos continuam acumulando vultuosos lucros para o regozijo do mercado financeiro internacional (VENÂNCIO; CARNEIRO, 2005, p. 307).

A manutenção do proibicionismo não suprimiu o mercado dessas substâncias no cenário das drogas, mas gerou um ciclo vicioso onde o enfraquecimento de algumas facções traz à tona rivais, dando lugar a novos líderes.

2. DIREITO PENAL DO INIMIGO, O HOMEM COMO VILÃO SOCIAL

A Constituição Federal garante a todos direitos, como a dignidade da pessoa humana, a preservação da vida, a presunção de inocência, liberdades básicas, considerados fundamentais para dignidade, direitos esses garantidos à pessoa pelo simples fato de ser humana. Tais direitos são colocados de lado, por vezes, diante dos delitos praticados por algumas pessoas, algo que fere completamente tais garantias inerentes a todos.

O conceito de *inimigo* é utilizado ao longo de toda a história do poder punitivo. Os filósofos concebiam o delito como violação do próprio contrato social e, dessa forma, ao praticá-lo “o delinquente infringe o contrato, de maneira que já não participa

dos benefícios deste: a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica” (JAKOBS, 2009, p. 25).

Modernamente, essa concepção se expressa no chamado “Direito Penal do Inimigo”, expressão que foi utilizada pela primeira vez por Günther Jakobs para compreender aqueles que desviavam das normas impostas para um convívio pacífico e regrado na sociedade e por isso eram taxados como inimigos. Jakobs defende que (2012, p.40):

quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito Penal do inimigo.

Para o autor a legislação penal, sobretudo na Alemanha, já estava contaminada por caracteres que ele definia como um modelo de Direito Penal completamente diferente dos paradigmas do modelo liberal-clássico. Dessa forma, viu a necessidade de diferenciar o Direito Penal em dois modelos – “do cidadão” e “do inimigo” –, de forma a evitar a completa contaminação do modelo vigente até então. Assim, o próprio autor da teoria, Günther Jakobs define, em seu livro, o direito penal do inimigo e o direito do cidadão.

O direito penal do cidadão é o direito de todos, e o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ficar limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz. Mas isto em nada altera o fato de que a medida executada contra o inimigo não significa nada, mas só coage. O direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o direito das medidas de segurança) combate perigos; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias. (JAKOBS, 2008, p. 30)

Para o doutrinador alemão uma pessoa que comete um delito, um erro, sem habitualidade e é penalizado e não volta a cometer esse crime é considerado um cidadão e, portanto, seus direitos devem ser respeitados. Porém, existem pessoas que querem destruir o ordenamento jurídico, e, neste caso, o estado não pode tratá-los como cidadãos, mas como inimigos porque destroem a vigência da norma. A esse respeito Jakobs (2008, p.17) afirma:

Quem não pode oferecer segurança cognitiva suficiente de que se comportará como pessoa não só não pode esperar ainda ser tratado como pessoa, como tampouco o Estado está autorizado a tratá-lo ainda como pessoa, pois, de outro lado, estaria lesando o direito das outras pessoas à segurança.

Sendo assim, conclui-se que, para o autor, inimigo é aquele sujeito que, além de não querer se adequar as normas impostas pela sociedade, não oferece garantias de que irá permanecer fiel à legislação, permanecendo no estado de delinquência. É aquela pessoa que, ao contrário do cidadão, não oferece as garantias cognitivas de que cumprirá a norma, não aceitando as regras do Estado de Direito, razão pela qual não pode gozar dos benefícios que ele oferece aos cidadãos legítimos.

De acordo com a teoria de Jakobs, a pena é coação e deve ser vista como resposta ao ato de uma pessoa racional que, ao cometer um delito, age contra os preceitos da norma, colocando em risco sua vigência. Neste sentido, a pena também significa que a afirmação do autor do fato é irrelevante e que a norma segue vigente sem alterações, para manter a configuração da sociedade. (JAKOBS, 2012).

Na concepção do autor, o Estado pode reagir de duas formas contra os agentes, podendo vê-los como pessoas que delinquem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Dessa forma, seriam dois os Direitos Penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais (para ele vale na integralidade o devido processo legal); o outro é o Direito Penal do inimigo, que está instrumentalizado para neutralizar o inimigo e intimidar outras pessoas. O Direito penal do cidadão é um Direito Penal de todos; o Direito Penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado. O cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia.

Para Günther Jakobs, o Estado deveria manter essa diferenciação entre o direito do cidadão e o do inimigo por dois motivos:

Por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu *status* de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato (JAKOBS, 2009, p. 27).

A tese desenvolvida por Jakobs encontra sustentação principalmente na filosofia kantiana a qual defendia que

o homem, ou o povo, no simples estado natural priva-me... dessa segurança (necessária) e lesa-me já por se encontrar ao meu lado nesse estado, ainda que não efetivamente (*facto*), mas sim pela ausência de lei de seu estado (*statuiniusto*), que é uma constante ameaça para mim; e eu posso forçá-lo a entrar comigo num estado comunitário-legal ou a afastar-se do meu lado(JAKOBS,2008, p.6-7).

Deste modo, de acordo com o relatado acima, aquele que não atua da forma tida como correta no âmbito social deve se afastar, o que significa que será expulso e, por isso, não há que ser tratado como pessoa, podendo-se, como observa expressamente Kant, tratá-lo como um inimigo.

Assim também está expresso na lição de Hobbes (2003, p. 105) ao defender que:

O dano infligido aquele que é declarado inimigo não pode ser chamado de pena, porque este nunca se sujeitou à Lei, e, portanto, não pode transgredi-la; ou tendo se sujeitado a lei, afirma não mais se sujeitar a ela e como consequência nega a possibilidade de transgredi-la. Assim todos os danos que podem lhes ser causados devem ser considerados atos de hostilidade.

O filósofo também acreditava que deveria haver a dualidade do sistema punitivo, admitindo a existência de inimigos os quais deveriam ser tratados de forma diversa uma vez que se negavam a obedecer ao que era imposto pela lei.

2.1. Críticas ao direito penal do inimigo

Da mesma forma que Jakobs encontrou teorias filosóficas que dessem credibilidade e apoio ao seu pensamento, também houve doutrinadores que discordavam dessa ideologia radical e segregadora.

Manuel Cancio Meliá é um dos autores a criticar a teoria proposta por Jakobs, pois considerava que há duas razões fundamentais pelas quais, desde a perspectiva do sistema jurídico-penal atualmente praticado, o conceito de Direito Penal do inimigo só pode ser concebido como instrumento para identificar, precisamente, o não Direito Penal presente nas legislações positivas: por um lado, a função da pena neste setor, que diferem do Direito Penal “verdadeiro”; por outro lado, como consequência do anterior, a

falta de orientação com base no princípio do Direito Penal do fato (MELIÁ, 2012, p.89).

O autor defendia o fato de que uma vez que se considerava o autor do ato praticado como inimigo pelo fato de suas atitudes demonstrarem a insistência na delinquência estaria punindo pelo medo de um futuro ato delituoso e não pelo fato praticado em si. Deste modo, a teoria do direito penal do inimigo estaria incompleta, já que se ajusta em partes à realidade “legislativa, política e da opinião publicada” (MELIÁ, 2012, p.96).

Manuel Cancio Meliá se posiciona contra a teoria defendida por Jakobs, pois enxerga nela grandes afrontamentos ao Direito Penal, já que não só a função da pena é desviada, como também o sentido que se dá ao inimigo, que na realidade não é de fato aquele que pode pôr em risco a sociedade e sua estrutura.

3. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos: ao longo da história determinadas pessoas foram marcadas como inimigas da sociedade. Desde as bruxas e os feiticeiros na época medieval, judeus, comunistas, homossexuais e ciganos no nazismo e até os jovens pobres e negros na atual guerra às drogas.

Esse discurso punitivo que constrói o inimigo sempre foi uma máscara do Estado. Uma dessas máscaras é a Lei n 11.343 de 2006, popularmente conhecida como Lei de Drogas, trazendo consigo tratamentos específicos destinados àqueles classificados como usuários e aos enquadrados como traficantes. A maior responsável pelo lastro do encarceramento fechado no país é fruto de uma política criminal transnacional e proibicionista, e sua estrutura normativa é fortemente marcada por vácuos de legalidade.

Na teoria, a lei possui ideais considerados relativamente benéficos já que tem por objetivo a qualificação distinta de usuário (artigo 28) e traficante (artigo 33). Sendo assim, aplicou ao primeiro, sanção de serviços comunitários juntamente de tratamento, não podendo mais conduzir ninguém ao cárcere e, ao segundo, um endurecimento da pena e perda de direitos. Contudo, devido a falhas da própria legislação e da atuação das autoridades os efeitos têm sido reversos. A ausência de um critério específico e conciso abre espaço para que estereótipos de quem são os traficantes e os consumidores sejam criados.

Além disso, se for feita uma análise do artigo 28 da lei, poderá perceber que poucas pessoas serão consideradas apenas consumidoras de drogas. Deste modo, o sistema carcerário é representado por um grupo específico da sociedade: jovens periféricos e em sua maioria negros. Percebe-se, então, que aqueles considerados “perigosos”, mesmo que estejam apenas fazendo uso de droga ilícita, serão submetidos à pena de prisão— isto é, serão enquadrados como traficantes.

A lei teve como base países norte-americanos e, com a globalização, todo o discurso punitivo e discriminatório se espalhou em escala mundial, principalmente na América latina. Esse discurso repressivo é tão propagado nos meios de comunicação que coloca até os juízes sob pressão. Toda sentença que colide com o discurso corre o risco de ser estigmatizada e o juiz corre o risco de sofrer exposição.

Através de sensacionalismo a mídia construiu discursos de pânico moral que colocaram a sociedade em estado de medo e insegurança. Esse estado de medo e insegurança associado com normas abertas e contraditórias criaram um meio propício para o desenvolvimento de um Direito Penal com características típicas de um Estado de Exceção.

Segundo a autora Vera Batista (BATISTA, 2005, p. 45), a figura do narcotraficante pode ser assim resumida:

[...] não tem mãe, pai muito menos, proveniente que é das favelas, capaz de controlar o crime organizado [...] apresentam uma classificação única, são todos iguais, se comportam da mesma maneira em qualquer lugar da cidade. Não têm história, não têm memória. São a encarnação do erro e apontam as baterias da sociedade para a favela, revisitadas agora como o *locus* do mal, viveiro de monstros.

No Brasil, milhares de pessoas são empurradas para dentro do sistema penal por conta da Lei de Drogas sem que se leve em consideração se são usuários ou traficantes por causa da questão racial. Em algumas localidades do país, é comprovado que juízes condenam proporcionalmente mais negros do que brancos e de maneira geral os negros também são processados por tráfico de drogas com menos quantidade de maconha, cocaína e crack do que os brancos (DOMENICI; BARCELOS, 2019) . Essa disparidade racial no encarceramento não pode ser explicada se não por conta do racismo, já que estudos comprovam que em todo o mundo pessoas de todas as cores usam e vendem drogas ilegais em taxas similares.

A desigualdade social é a grande culpada do uso de drogas, tendo em vista que os cidadãos que vivem à margem da sociedade possuem menos acesso à informação acerca dos malefícios causados pelos entorpecentes e aos serviços públicos que possam minorar os efeitos da droga. Sendo assim, a punição aos que fazem o uso não servem para desestimular o consumo, já que uma lei rígida tende antes a aumentar a incidência do uso do que contribuir para diminuí-lo.

Como assinala Paulo Queiroz (2001 p. 112),

No fundo, o problema fundamental não reside, propriamente, na produção e no consumo de drogas legais ou ilegais, presentes na história da humanidade desde sempre, mas na irracionalidade do discurso de guerra às drogas e na violência arbitrária que resulta da atual política proibicionista, um autêntico genocídio em marcha. Proibir de modo absoluto o comércio de drogas é, por conseguinte, o modo mais trágico e desastroso de administrar o problema.

De acordo com um levantamento feito em 2019 e publicado no site da Abril Exame (DOMENICI;BARCELOS,2019), se estima que ao menos 30% dos encarceramentos do país estejam detidos por aplicação da lei de drogas. A maioria dos processos de tráfico conta com apreensões inferiores a 100gramas, de pessoas sem relação com organizações criminosas - pelo menos até ingressarem nos presídios – e que 84% dos processos se baseiam inteiramente em testemunhos exclusivos dos policiais.

A matéria exposta no site conta o caso de uma mulher negra que ao visitar seu filho que cumpria pena na Fundação Casa, em São Paulo e realizar uma revista íntima foi flagrada carregando no cós da calça 1,4 grama de maconha.

Sem antecedentes criminais, esta confessou que a droga foi um pedido do menor, ameaçado dentro da unidade. “Eu fiquei com medo, acabei levando. Estou arrependida”, justificou ao juiz (DOMENICI; BARCELOS, 2019).

Em sua defesa, a Defensoria Pública afirmou que a quantidade de maconha era insignificante para uma condenação em regime fechado. A droga encontrada com Eliane equivale a um sachê de sal. Mas o que poderia ser um atenuante de pena com a confissão espontânea parece ter se tornado um agravante diante das afirmações do magistrado. Para ele, o regime fechado era a única decisão “compatível com a gravidade da conduta”, além de ser necessário para que a acusada pudesse “refletir sobre o erro e mudar os seus valores” (DOMENICI; BARCELOS, 2019).

Muitas pessoas estão sendo presas com posse de drogas com quantidades mínimas permitidas em muitos países. A maioria dos presos por drogas no Brasil não estariam presos em diversos países europeus, latinos e estados americanos.

A ausência de critérios objetivos de imputação abre espaço para que estereótipos de quem são os traficantes e os consumidores constituam mecanismos de interpretação da lei. Assim, o sistema carcerário é representado por um grupo específico da sociedade: jovens periféricos, majoritariamente negros. Todos esses fatos demonstram quais são os efeitos da política criminal de drogas e porque ela se mostrou falha e encarceradora.

Com todos os fatos e relatos demonstrados fica claro que esta política se encontra cheia de incorreções já que a punição restritiva de liberdade em nada contribui para a diminuição do uso. Além disso, houve um agravamento na população carcerária, situação que foi desencadeada pela insuficiência de recursos nos presídios. O usuário que ingressa no sistema prisional acaba em uma realidade extremamente violenta, e não raro, após regressar ao convívio social, comete crimes ainda mais graves.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto ao longo do presente trabalho, conclui-se que a tese conhecida como Direito Penal do Inimigo é uma forma de repressão em relação a uma determinada classe de indivíduos devido a periculosidade que estes representam na sociedade já que não oferecem garantias de uma vida que respeite o convívio social.

Desses indivíduos já não se espera um comportamento que se adeque a lei e, deste modo, é negado a eles a condição de ser humano: suas garantias são deixadas de lado e eles são vistos por todos como ameaça à ordem social. Sendo assim, as leis repressivas e restritivas de direitos, o uso da força, a perda de garantias processuais e outras atitudes tidas como excessivas mediante diversas situações são tomadas com a finalidade de garantir a segurança da sociedade.

O tráfico de drogas, que frequentemente é associado a causa de aumento da criminalidade, acaba sendo alvo das políticas criminais do Estado brasileiro. Como resposta, tem-se utilizado o endurecimento penal, criando normas típicas do direito penal do inimigo. A Lei n. 11.343/06, que regulamenta a questão das drogas no país, dá margem à seletividade penal, uma vez que indivíduos de classes menos favorecidas são

classificados como traficantes, desconsiderando-se, muitas vezes, a quantidade de droga apreendida no momento do flagrante.

A atual lei, analisada em conjunto com as informações trazidas no trabalho, demonstra que o direito penal é seletivo, e que não defende todos de maneira igualitária, o que fere o princípio da igualdade trazido por meio de cláusula pétrea na Constituição Federal.

A teoria do direito penal do inimigo não deve estar presente no atual ordenamento jurídico, uma vez que carece tanto de fundamentação filosófica quanto jurídica e se encontra totalmente em descompasso com os direitos humanos que garante a qualquer pessoa direitos essenciais a uma vida digna e que, como consequência, vai contra a qualquer diferenciação de tratamento e perda de direitos básicos devido ao crime praticado e a habitualidade de quem o pratica.

O que se verifica é quem está preso por tráfico de drogas no Brasil encontra-se desamparado, uma vez que o Estado apoiado pela mídia e por grande parcela da sociedade brasileira classifica alguém como inimigo, não porque essa pessoa seja necessariamente um perigo, mas porque convém classificá-la dessa forma.

Não se pode ignorar o fato de que ao lidar com vidas, se deve ao menos resguardar direitos humanos básicos, como a dignidade da pessoa humana, que hoje vem sendo suprimida pela política proibicionista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Vera Malaguti. **A nomeação do mal**. In: Criminologia e Subjetividade. MENEGAT, Marildo; NERI, Regina (org.). Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2005, p.45

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm> Acesso em: 01outubro2019.

DOMENICI, Thiago; BARCELOS, Iuri. Negros são os mais condenados por tráfico e com menos drogas apreendidas. Exame, 2019. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/>>. Acesso em: 7 Maio 2019.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e Críticas**. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MASSON, Cleber; **Direito penal: esquematizado**. Imprensa: São Paulo, Método, 2009.

QUEIROZ , Paulo. **Comentários à lei de Drogas**. Editora: Juspodivm, Edição: 1ª, 2016.

VENÂNCIO, Renato; CARNEIRO, Henrique. **Álcool e drogas na história do Brasil**. Belo Horizonte: Editora PucMinas, 2005.