



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

KÁRITA KATHARINE SILVA NUNES DE SOUSA

**A LEI DE DROGAS À LUZ DO DIREITO PENAL DO INIMIGO:
o usuário como cidadão e o traficante como inimigo**

Brasília

2012

KÁRITA KATHARINE SILVA NUNES DE SOUSA

**A LEI DE DROGAS À LUZ DO DIREITO PENAL DO INIMIGO:
o usuário como cidadão e o traficante como inimigo**

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do curso de
bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB

Orientador: José Carlos Veloso Filho

BRASÍLIA

2012

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho aos meus pais: meu pai pela luz em me mostrar o direito e pelo exemplo de profissional que é, e à minha mãe pelas orações, comidinhas nos fins de semana de visita à sua casa e principalmente por se mostrar uma mulher batalhadora, forte e bem humorada, você me surpreende e orgulha a cada dia!

Também dedico à minha irmã Karla pela paciência em conviver comigo e pela força e apoio constantes.

Às minhas tias Irani e Ana Lúcia pelo carinho, pela ajuda financeira fundamental para a conclusão deste curso, pelas orações e torcida pelas minhas conquistas!

Obrigada também ao meu amado Filipe pelos momentos de compreensão e por acreditar na minha capacidade e inteligência quando em muitas vezes nem eu queria crer!

Vou sempre carregar um pouco de vocês em cada uma das minhas vitórias!

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter chegado até este momento. Ao professor Veloso, meu orientador, que me auxiliou com seu conhecimento, calma e argumentação nos momentos de insegurança e pelas valorosas aulas de Processo Penal. Aos meus familiares pelo amor e apoio nos momentos difíceis dessa caminhada acadêmica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. DIREITO PENAL DO INIMIGO	9
1.1 O Direito Penal do Inimigo, na visão de Günther Jakobs	9
1.2 Críticas à Teoria do Direito Penal do Inimigo	13
1.2.1 <i>O Direito Penal do Inimigo, uma crítica de Manuel Cândia Meliá</i>	13
1.2.2 <i>Estudo e crítica de Luís Greco à teoria do Direito Penal do Inimigo</i>	18
1.2.3 <i>A crítica de Eugenio Raúl Zaffaroni ao Direito Penal do Inimigo</i>	29
2. LEI DE DROGAS – O TRATAMENTO DISPENSADO AO USUÁRIO E AO TRAFICANTE	29
2.1 O tratamento dispensado ao usuário de drogas na Lei nº 11.343/06	29
2.2 O crime de tráfico e o tratamento dirigido ao traficante na Lei 11.343/06	30
2.3 A vedação da liberdade provisória no crime de tráfico de drogas	32
2.4 O crime de tráfico e o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto à concessão da liberdade provisória	34
3. A VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO CRIME DE TRÁFICO - USUÁRIO COMO CIDADÃO E TRAFICANTE COMO INIMIGO	38
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	48

RESUMO

O presente estudo se presta a análise da vedação da concessão de liberdade provisória na Lei de Drogas como uma expressão da Teoria do Direito Penal do Inimigo, proposta por Günther Jakobs. Tal vedação tem sido considerada por vezes inconstitucional e por alguns doutrinadores como verdadeira mitigação de direitos processuais ao indivíduo considerado como inimigo pelo Estado, característica latente da Teoria tratada. Quanto aos conceitos dicotômicos de indivíduo presentes na teoria, a Lei 11.343/2006 traz no tratamento direcionado ao usuário de drogas uma exemplificação da figura do cidadão, enquanto no tratamento dirigido ao traficante se visualiza o inimigo conceituado pela teoria de Jakobs.

Palavras-chave: Direito Penal do inimigo – traficante – Direito Penal do cidadão – usuário de drogas – vedação da liberdade provisória – Lei 11.343/2006

INTRODUÇÃO

A intenção do presente trabalho é o estudo da teoria do Direito Penal do Inimigo, criada por Günther Jakobs e se existe alguma expressão das suas características na Lei 11.343/2006, a lei de drogas. Será analisada a teoria proposta, suas características, seus fundamentos e influência de precursores filosóficos na formação da teoria, para adiante identificarmos a aplicação da mesma pelo ordenamento jurídico vigente.

A manifestação do Direito Penal do inimigo na lei de tóxicos será examinada mediante o estudo e conceituação do cidadão e do inimigo na visão de Jakobs.

A reflexão quanto ao tema e a pesquisa bibliográfica foram divididas em três capítulos. O estudo do primeiro capítulo se prestará à apresentação das noções da teoria desenvolvida por Günther Jakobs e as características dos seus destinatários – os inimigos –, assim como o conceito de cidadão proposto pelo autor.

Serão tratadas também as raízes da teoria nas argumentações filosóficas de Jean-Jacques *Rousseau* sobre o “contrato social”, nas reflexões de Johann Gottlieb *Fichte* sobre a condição de cidadão e na visão de *Hobbes* e *Kant* sobre o indivíduo inimigo. Neste capítulo inicial também serão expostas críticas de doutrinadores à teoria. Primeiramente nos ateremos à crítica de Manuel Cancio Meliá – destacando as observações do autor para as concepções de Silva Sánchez quanto as três velocidades presentes no ordenamento jurídico penal; e para o direito penal do inimigo como direito penal do autor. A crítica do doutrinador Luís Greco envolverá três conceitos criados para classificar o direito penal do inimigo: o legitimador-afirmativo, o descritivo e o crítico-denunciador. Por último, entre as críticas tratadas, analisaremos o pensamento de Eugenio Raúl Zaffaroni sobre a teoria como legitimadora de um Estado de polícia em contrassenso ao Estado de

direito. A crítica do autor traz, ainda, o conceito do inimigo remontando ao conceito do hostil concebido na Roma antiga.

O segundo capítulo tratará da legislação de drogas, mais especificamente no ponto dos tratamentos dispensados ao usuário e ao traficante e sua diferenciação. Dirigiremos à atenção nesse capítulo ao artigo 28 como tipificador da conduta de uso, e as penas aplicadas ao infrator como medidas de cunho ambulatorial. Posteriormente será analisado o crime de tráfico previsto no artigo 33 da Lei 11.343 e a sua classificação, bem como a pena imputada ao traficante e a extirpação das garantias processuais pelo artigo 44 da referida lei. Dentro do referido capítulo será, ainda, feita uma breve análise do posicionamento doutrinário e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à vedação da liberdade provisória no crime de tráfico.

O capítulo final será destinado à revisão de como tem se manifestado a doutrina quanto à constitucionalidade da vedação da liberdade provisória no crime de tráfico e diante da possibilidade da teoria do direito penal do inimigo encontrar guarida na Lei de Drogas. Para alcançarmos a conclusão quanto à expressão da teoria no ordenamento delimitamos o trabalho nas conjecturas mais importantes, qual seja os apontamentos doutrinários de estudiosos do processo penal e também da criminologia crítica sobre as características do Direito Penal do Inimigo e do Direito Penal do Cidadão e sua aplicação no ordenamento jurídico atual, em especial na Lei de Narcóticos, seja sua manifestação velada ou explícita.

A intenção do estudo é identificar a presença do cidadão e do inimigo diante dos tratamentos prestados aos infratores enquadrados na Lei de Drogas e esclarecer a hipótese da contaminação do Direito Penal do Inimigo no ordenamento vigente não como uma proteção estatal da sociedade e da norma, mas como uma ameaça ao Estado Democrático de Direito.

1 DIREITO PENAL DO INIMIGO

1.1 O Direito Penal do Inimigo, na visão de Günther Jakobs

A Teoria do Direito Penal do Inimigo desenvolvida por Günther Jakobs está voltada para enquadrar o indivíduo que não se adequa às normas impostas pelo sistema normativo jurídico cometendo infrações penais consideradas perigosas e, face a esse desvio de conduta, é classificado como um inimigo perante à sociedade por não oferecer “uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal”.¹

No âmbito de aplicação do direito penal existem dois aspectos de aplicação da norma: o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. Günther Jakobs considera que apesar de se tratar de dois tipos ideais eles dificilmente são distintos um do outro na realidade; as tendências de ambos os sistemas não devem ser consideradas isoladamente, mas como partes opostas e integrantes de um só contexto jurídico-penal. Essa conexão permite que tais esferas possam coexistir, mesmo que sobrepondo umas as outras.²

O Direito Penal do Inimigo é atribuído aos “desviantes” que praticam uma conduta já tipificada em determinado conjunto de regras, “ao invés de uma conduta espontânea e impulsiva.”³

A coação é entendida na teoria jakobsiana como réplica à conduta delituosa que se concretiza por meio de um ato de uma pessoa racional, através da desautorização da norma. A coação, aplicada ao inimigo, não pretende ter um significado, mas sim ser efetiva, tomando o “efeito de segurança da pena privativa de liberdade à custódia de segurança, enquanto medida de segurança.”⁴ Desse modo, a coação se dá não só com vistas ao fato passado, mas também como prevenção ao que se considera, no inimigo, uma tendência a praticar delitos de

¹ JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p. 42.

² Ibidem, p. 21.

³ Ibidem, p. 22.

⁴ Ibidem, p. 23.

natureza mais gravosa e perigosa para a coletividade.⁵ O que, no caso dos adversários da ordem social “pode ser adequado, isto é, tomar como ponto de referência as dimensões do perigo, e não o dano a vigência da norma, já realizado”.⁶

Destarte, a coação é o vínculo que se assume com o inimigo, ao passo que o vínculo existente entre as pessoas que não delinquem de forma gravosa - ao ponto de serem consideradas inimigas – se dá pelo Direito, como expressão da titularidade de direitos e deveres.⁷ Tal repartição do Direito penal é exposta por Jakobs ao reconhecer a existência de duas tendências em suas regulações: “Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.”⁸

Os delitos cometidos pelos cidadãos e considerados reparáveis são aqueles vistos como não atentadores do Estado. Como no exemplo dado por Jakobs do sobrinho que mata o tio para se beneficiar de sua herança. Desta maneira, o ato que não vai de encontro à organização e própria manutenção do Estado é considerado, ante a Teoria do Direito Penal do Inimigo, como algo possível de reparação. Tal premissa leva à conclusão que uma pessoa que mediante uma conduta danifica a vigência da norma – e tão somente dela -, é coativamente obrigado a compensar o dano, mas isso, *a priori*, não o torna um inimigo.⁹

Portanto, o Direito Penal do Cidadão trabalha no âmbito da “compensação de um dano à vigência da norma”, enquanto o Direito Penal do Inimigo se ocupa com a extirpação do perigo através da coação preventiva e não efetiva. O *in statu quo ante bellum* é um estado de ausência de normas, de modo que “quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a esta determinação”.¹⁰ O indivíduo que rechaça, por princípio, essa

⁵ JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p. 23.

⁶ Ibidem, p. 44.

⁷ Ibidem, p. 25.

⁸ Ibidem, p. 37.

⁹ Ibidem, p. 32.

¹⁰ Ibidem, p. 36.

determinação influi na destruição da ordem, portanto, deve ser etiquetado e tratado como inimigo do Estado, indigno de gozar dos benefícios do conceito de pessoa, como regra a teoria preconizada por Jakobs.¹¹

No direito penal, como o ramo que aplica as coações mais intensas, qualquer pena ou legítima defesa tem como sujeito passivo o inimigo. Em defesa de tal ideia, Jakobs traz à baila argumentações de filósofos que entendem as relações do Estado como contratuais, como Jean-Jacques Rousseau, de modo que quando o “antes cidadão” infringe as regras do contrato, ele não só vai de encontro com o Estado, mas também com o direito social e o bem-estar social objetivado por ele. De modo que, essa inconsonância com o presumidamente estabelecido no “contrato social” gera uma exclusão do Estado e a declaração de uma “guerra” contra este.¹²

Argumenta na mesma linha, o filósofo alemão, Johann Gottlieb Fichte, que a característica de cidadão é algo que não se pode perder, de modo que “quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos”.¹³

Segundo Günther Jakobs, entretanto, o inimigo não deve ser totalmente apartado da sociedade, pois com ela tem uma “dívida”, a qual deve reparar, e também, em detrimento de não mais possuir direitos sociais, o criminoso tem o direito a voltar a ajustar-se com a sociedade. Thomas Hobbes da mesma forma justifica que o Estado, inicialmente, mantém o delinquente em sua função de cidadão, e quando esse atenta contra o processo de auto-organização daquele, ele elimina sua condição de cidadão passando a ser visto como um inimigo.¹⁴

¹¹ JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p. 36.

¹² Ibidem, p. 25.

¹³ Ibidem, p. 27.

¹⁴ Ibidem, p. 27.

Na concepção de Immanuel Kant, “toda pessoa está autorizada a obrigar a qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã.”¹⁵ Desta forma, quem não se adequa ao “estado comunitário-legal”, deve ser expelido (ou impelido à custódia de segurança) dele, e tratado como um inimigo.¹⁶

Nenhum contexto de normas existe por si mesmo, assim também acontece com a pessoa em Direito, a qual deve se integrar numa sociedade.¹⁷ Desta feita, não existem infrações à ordem em meio a desordem. “Os delitos só acontecem em uma comunidade ordenada, no Estado, do mesmo modo que o negativo só se pode determinar ante a ocultação do positivo e vice-versa.”¹⁸

Jakobs conclui a distinção entre Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo, ao ressaltar que o “o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos” (os inimigos).¹⁹ Hobbes vê o inimigo como o “réu de alta traição”, já Kant o identifica naquele que “permanentemente ameaça”.²⁰ Quanto à coação aplicada a esse indivíduo, essa não atingirá os seus bens, assim como não excluirá a possibilidade de um futuro acordo de paz. O Direito penal do cidadão é uma forma de manutenção preventiva das normas, o Direito penal do inimigo é uma forma de manutenção corretiva do que anteriormente era um cidadão.²¹

A desconsideração do cidadão como pessoa surge na medida em que aumenta a reincidência em se desviar de um comportamento pessoal, esperado pela sociedade. A partir desse ponto Jakobs define os crimes através dos quais a incidência levaria o sujeito a ser caracterizado como inimigo – aquele que “se tem afastado, provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa” -, a título de exemplo: o terrorismo, a criminalidade

¹⁵ Kant, *Metaphysik der sitten* (nota 5), p. 255 e ss. (1. Theil, 1. Hauptstück, p. 8), In: JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p. 28.

¹⁶ *Ibidem*, p. 31

¹⁷ *Ibidem*, p. 31

¹⁸ *Ibidem*, p. 32

¹⁹ *Ibidem*, p. 30.

²⁰ *Ibidem*, p. 30.

²¹ *Ibidem*, p. 30.

relacionada com as drogas, a criminalidade organizada, os delitos sexuais, a criminalidade econômica e outras infrações penais consideradas perigosas.²²

O indivíduo que não corresponde aos anseios comportamentais impostos pelo Estado como ideais ao bem-estar social, não deve esperar que o Estado tenha a contraprestação de tratá-lo como pessoa, tampouco como cidadão; pois se assim agisse violaria o direito à segurança devido aos que não ameaçam o Estado, os ditos cidadãos.²³ Àqueles que almejam a destruição do ordenamento jurídico, o tratamento é diferenciado, mais extremo e rígido, dirigido à “eliminação de riscos terroristas”.²⁴

1.2 Críticas à Teoria do direito penal do inimigo

1.2.1 O Direito Penal do Inimigo, uma crítica de Manuel Cândia Meliá

Manuel Cancio Meliá está entre os muitos autores que criticam a teoria do Direito Penal do Inimigo, retomada por Jakobs principalmente após os ataques terroristas aos Estados Unidos em 11 de setembro de 2001 e “inequivocamente a partir de 2003”.²⁵

Sublinha Meliá que estamos passando por um momento em que se verifica uma expansão do ordenamento penal, nunca vista, com o “surgimento de setores inteiros de regulação”, e que essas inovações no combate à criminalidade contam ainda com reformas na tipificação já existente de determinadas condutas.²⁶ As tendências atuais são dirigidas para a “criminalização no estado prévio a lesões de bens jurídicos”.²⁷ Segundo o autor esse desenvolvimento pode resumir-se em dois fenômenos: o Direito penal simbólico e o ressurgir do punitivismo.²⁸

²² JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p. 35.

²³ *Ibidem*, p. 42.

²⁴ *Ibidem*, p. 40.

²⁵ GOMES, Luís Flávio. *Direito Penal do Inimigo (ou Inimigo do Direito Penal)*. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivolD_47.pdf> Acesso em: 31 jan. 2012.

²⁶ JAKOBS. MELIÁ, op. cit. p. 56.

²⁷ *Ibidem*, p. 56.

²⁸ *Ibidem*, p. 58.

O Direito penal assume um caráter simbólico quando se constata nos agentes políticos o objetivo de “dar a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido” ao se utilizar de fenômenos da neocriminalização para atender aos anseios punitivos da sociedade²⁹ Contudo, as inovações e reformas na classificação da criminalidade cumprem muito mais que um mero aspecto simbólico.³⁰ Esses fenômenos integram necessariamente o direito penal.³¹

Quanto ao “ressurgir do punitivismo”, esse é encarado como um retrocesso - aqui entendido como um processo inverso ao ocorrido em momentos anteriores da história, em que foram descriminalizadas várias infrações - às formas de criminalização corroborado pela introdução, cada vez maior, de novas normas penais e pela intransigência das normas já existentes.³² Evidencia-se que “a tendência atual do legislador é a de reagir com firmeza [...], no marco da luta contra a criminalidade, isto é, com um incremento das penas previstas.”³³

Nota-se, por conseguinte, que os dois fenômenos apresentados – punitivismo e Direito penal simbólico - não são passíveis de separação. A introdução no ordenamento jurídico de normas extremamente punitivistas leva, conseqüentemente, a análise, pelo legislador, dos efeitos simbólicos que tal introdução causaria.³⁴ Essa importância outorgada pelo legislador aos aspectos de comunicação política na aprovação de medidas repressivas é o que propõem a denominação de Direito penal simbólico. Manuel Cancio Meliá vê nesse fenômeno a identificação de determinado “fato” e também a construção de um tipo específico de autor, de uma identidade social “etiquetada”, em que o indivíduo “é definido não como igual, mas como outro.” E essa formação só é possível graças ao punitivismo exacerbado, principalmente na reforma e rigorosidade de condutas já tipificadas. Da associação desses dois fatores é que surge o Direito Penal do Inimigo.³⁵

²⁹ JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p. 59.

³⁰ *Ibidem*, p. 57.

³¹ *Ibidem*, p. 58.

³² *Ibidem*, p. 60.

³³ *Ibidem*, p. 62.

³⁴ *Ibidem*, p. 64.

Meliá identifica na teoria proposta por Jakobs a presença de três elementos fundamentais: em primeiro lugar, o “amplo adiantamento da punibilidade”, em que a pena é usada como forma prospectiva de coação e não efetiva; em segundo lugar constata-se que as penas previstas são “desproporcionalmente altas”; por último “determinadas garantias processuais são relativizadas”, ou até mesmo suprimidas.³⁶

Nesse momento, o autor da crítica ao Direito Penal do Inimigo cita as concepções de Silva Sánchez quanto à imposição das penas e sua flexibilização na composição de duas velocidades presentes no ordenamento jurídico-penal, e o surgimento de uma terceira velocidade do direito penal onde se encaixaria o Direito penal do inimigo. A primeira velocidade seria caracterizada pela imposição de penas privativas de liberdade, nas quais, “devem manter-se de modo estrito os princípios político-criminais, as regras de imputação e os princípios processuais clássicos”.³⁷ A segunda velocidade resultaria das infrações possíveis de imposição de penas pecuniárias ou restritivas de direitos, a essa constituição “caberia flexibilizar de modo proporcional esses princípios e regras clássicos a menor gravidade das sanções”.³⁸ Já na terceira velocidade - como expressão do Direito penal do inimigo - seria possível uma flexibilização (*in pejus*) dos princípios político-criminais e das regras de imputação diante das penas privativas de liberdade.³⁹

Cancio Meliá leciona que a concepção de Direito penal do inimigo é incompleta na medida em que “só se ajusta de maneira parcial, com a realidade”.⁴⁰ Desse ponto ele conclui que esse Direito é regido pelo “reconhecimento de função normativa do agente mediante a atribuição de perversidade, mediante sua demonização” e não pela identificação do infrator como fonte de perigo.⁴¹ O que se busca, portanto, não é o combate ao inimigo como fenômeno natural, mas ao que sua figura representa como encarnação do mal. Neste enfoque, a ideia do punitivismo exacerbado na pena como controle da criminalidade, se une a do Direito

³⁶ JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p. 69

³⁷ *Ibidem*, p. 69

³⁸ *Ibidem*, p. 69

³⁹ *Ibidem*, p. 69

⁴⁰ *Ibidem*, p. 72

⁴¹ *Ibidem*, p. 72

penal simbólico expressado pela “tipificação penal como mecanismo de criação da identidade social” do considerado inimigo, e juntos originam as bases do Direito penal do inimigo, quais sejam, a definição de caracteres próprios e exclusivos dos inimigos e a sua punição de maneira perversa e sem garantias.⁴²

Em segundo lugar, Meliá conclui que, o inimigo é assim classificado quando possui as características desse determinado grupo. O fato tipificado em si já não mais importa, adquirindo assim um caráter meramente acessório, de modo que, “o princípio da legalidade e suas complexidades já não são um ponto de referência essencial para a tipificação penal”.⁴³

O autor, ao analisar se o Direito penal do inimigo deveria ser incluído como uma vertente do Direito penal moderno, conclui que não deve sequer haver Direito penal do inimigo por ser politicamente errôneo e inconstitucional. E em um segundo momento pode argumentar-se ainda que no âmbito da segurança e da efetividade, o Direito penal do inimigo a nada serve, não contribuindo nem mesmo com a “prevenção policial-fática de delitos”.⁴⁴

Da mesma forma que não se preocupa em prevenir os atos atentadores do Estado, o Direito penal do inimigo se diferencia do Direito penal por não buscar estabilizar normas, mas tão somente classificar determinados grupos infratores, conduzindo assim não a um “Direito penal do fato, mas do autor.”⁴⁵

Conceitua Meliá que a função da pena no Direito penal do inimigo defendida como forma de proporcionar segurança a sociedade – através da exclusão do inimigo - e de proteção da existência dessa, ignora que o risco social é uma construção sociológica que nada tem a ver com as dimensões reais de determinadas condutas. Se observa nos grupos tidos como inimigos, como por exemplo, a criminalidade organizada, a máfia das drogas, os grupos terroristas, que nenhum realmente possa exterminar “os parâmetros fundamentais das sociedades

⁴² JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p. 72

⁴³ *Ibidem*, p. 72

⁴⁴ *Ibidem*, p. 73

⁴⁵ *Ibidem*, p. 75

correspondentes em um futuro previsível”.⁴⁶ Isso se constata ao se comparar as lesões de bens jurídicos pessoais cometidas por esses grupos e infrações penais que se cometem de forma massiva.

A repressão aos delitos, cometidos pelos considerados inimigos dentro da teoria estudada, é muito mais severa por se dirigir ao combate de “comportamentos delitivos que afetam, certamente, os elementos essenciais e especialmente vulneráveis da identidade das sociedades questionadas [...] dentro de um determinado plano simbólico”.⁴⁷ As infrações cometidas pelos inimigos não ferem exclusivamente o bem que se apresenta de forma clara num primeiro momento, mas vai bem além dessa lesão superficial, adentrando em outros âmbitos de afetação ao atingir bens jurídicos de titularidade individual. Diante dessa perspectiva Meliá formula diversas hipóteses como que:

O punitivismo existente em matéria de drogas pode estar relacionado, não só com as evidentes consequências sociais negativas de seu consumo, mas também com a escassa fundamentação axiológica e efetividade das políticas contra seu consumo nas sociedades ocidentais; que a criminalidade organizada, nos países nos quais existe como realidade significativa, causa prejuízos à sociedade em seu conjunto, incluindo também a infiltração de suas organizações no tecido político, de modo que ameaça não só as finanças públicas ou outros bens pessoais dos cidadãos, mas ao próprio sistema político-institucional; que o ETA, finalmente, não só mata, fere e sequestra, mas põe em xeque um consenso constitucional muito delicado e frágil no que se refere à organização territorial da Espanha.⁴⁸

O Direito penal do Inimigo como resposta às condutas que afetam elementos vulneráveis na identidade social deveria, portanto, se valer da manifestação da normalidade, baseando-se em critérios de proporcionalidade e de

⁴⁶ JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p. 76

⁴⁷ *Ibidem*, p. 78

⁴⁸ *Ibidem*, p. 78

imputação, os quais são encontrados na formação do sistema jurídico-penal normal.⁴⁹

Portanto, o Direito penal do inimigo, ao reconhecer uma exclusão do inimigo e uma excepcionalidade à infração cometida, “mediante uma troca de paradigma de princípios e regras de responsabilidade penal”, adquire uma característica disfuncional de acordo com o Direito penal. O Direito penal do inimigo demonizando os grupos de infratores segue numa direção contrária a sua intenção, uma vez que reconhece mediante essa atitude a competência normativa do infrator em propagar os seus atos, servindo assim somente na criação de critérios de identidade entre os excludentes.⁵⁰

Conclusivamente, o autor destaca a incompatibilidade do Direito penal do inimigo e do direito penal do fato. O direito penal do fato é entendido como o princípio que rechaça a punição por meros atos preparatórios, meros pensamentos; ou seja, é necessário um fato para se incorrer no tipo penal. Enquanto o Direito penal do inimigo se mostra como um direito penal do sujeito ao antecipar as barreiras de punição, como já demonstrado na explanação sobre a função preventiva da coação, e se dirigir mais à definição “de um determinado grupo de sujeitos – os inimigos –, que na definição de um fato”.⁵¹

1.2.2 Estudo e crítica de Luís Greco à teoria do Direito Penal do Inimigo

Luís Greco, em seu estudo sobre o Direito Penal do Inimigo, faz remissão às diversas formas de crítica às quais a teoria foi alvo após uma palestra de Jakobs realizada na Alemanha. Vários foram os argumentos contrários à posição defendida pelo autor. Os autores em seus debates orais criticavam o Direito Penal do Inimigo pela inconstitucionalidade de sua concepção, a sua inaplicabilidade em um estado de direito, sua justificação em sistemas totalitários, sua aplicação como uma forma de terrorismo estatal – “a pior forma de terrorismo” –, e sua inadequação

⁴⁹ JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p. 78

⁵⁰ *Ibidem*, p. 79

⁵¹ *Ibidem*, p. 81

diante do trabalho dogmático e político-criminal necessário ao direito penal moderno.⁵²

O autor destaca, ainda, três conceituações de direito penal do inimigo: um conceito legitimador-afirmativo, em que seus pressupostos de legitimidade seriam absolutamente satisfeitos e legítimos na realidade. Em segundo lugar, poderia se encaixar o direito penal do inimigo em uma posição descritiva, em que o termo nada mais seria que uma expressão de certas normas do nosso ordenamento jurídico. A terceira maneira de se conceituar o direito penal do inimigo seria de um modo crítico-denunciador, em que, ao analisar certa regra desse ordenamento, poderia se apontar para uma necessidade de reformá-la.⁵³

⁵² GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. V. 13 n. 56. Setembro - Outubro 2005. p. 91.

⁵³ *Ibidem*, p. 93.

1.2.2.1 O conceito legitimador-afirmativo do Direito Penal do Inimigo

No âmbito do conceito legitimador-afirmativo de direito penal do inimigo se verificaria duas razões que o tornaria insustentável: a primeira de tendência epistemológica, e a segunda de índole pragmática. A razão epistemológica de recusa ao direito penal do inimigo se justifica uma vez que a aplicação do direito penal do inimigo, pelo Estado, é decorrente de um dado empírico: “a existência de um potencial para o cometimento de delitos”.⁵⁴ Porém, diante dessa legitimação dada à incursão do direito penal do inimigo nos deparamos com um problema epistemológico: do empírico não deriva nada de modo exato, mas apenas de modo incerto.⁵⁵ Se nos ativermos exclusivamente em dados empíricos, “acabamos por entregar o autor às contingências do empírico”, negando, dessa forma, a formação de limites ao poder estatal de punir.⁵⁶ Um desses limites remete ao pensamento de Kant, segundo o qual, “o homem, um fim em si mesmo, nunca pode ser tratado apenas como instrumento para finalidades diversas”.⁵⁷ Tal ideia se opõe a concepção legitimadora-afirmativa do direito penal do inimigo, o qual, pune contrariando exatamente esse limite.

A afirmativa de Jakobs, de que ainda assim não é possível fazer com o inimigo o que se bem quiser, pois ele seria dotado de “personalidade potencial”, de modo que não seria permitido ultrapassar a medida do necessário, não é uma solução, mas justamente o problema. Afinal, quem é tratado apenas segundo considerações de utilidade e necessidade não é uma pessoa, e sim uma coisa.⁵⁸

A segunda razão que fundamenta a recusa ao conceito legitimador do direito penal é chamada por Greco de pragmática. O autor usa o termo para demonstrar que “já existem conceitos melhores, mais precisos e não tão emocionais para designar os vários aspectos preventivos que existem e que devem existir no direito penal”.⁵⁹ Portanto, mesmo diante de perigos advindos de determinado agente,

⁵⁴ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 13 n. 56. Setembro - Outubro 2005. p. 98

⁵⁵ *Ibidem*, p. 98.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 99.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 99.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 99.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 100.

podem ser usados outros mecanismos de controle, que ao contrário do direito penal do inimigo, não legitimam uma intervenção estatal ilimitada.⁶⁰

Conclusivamente, recusa-se o caráter legitimador-afirmativo do direito penal do inimigo, uma vez que, tal conceito anula os limites impostos ao poder punitivo, não goza de precisão diante dos aspectos preventivos que são realmente dignos de discussão, e ainda traz um indício autoritário que é imprestável na atual ciência do direito penal.

1.2.2.2 O conceito descritivo do Direito Penal do Inimigo

O conceito descritivo do direito penal padece de um problema em si mesmo. Afinal, “a palavra “inimigo” é tão carregada valorativamente, que parece muito difícil empregá-la apenas para descrever.”⁶¹ Ao se utilizar o termo inimigo, é quase impossível não assumir uma postura legitimadora da qualidade ou denunciadora crítica. Pois no âmbito do direito penal uma atitude distanciada da situação se torna difícil, por assumirmos, quase sempre, uma posição de penalistas dogmáticos que toma conclusões, através das regras do ordenamento jurídico, sobre como o juiz deve decidir; ou de penalistas filósofos, que discutem a respeito das condições de aplicação que tornam a pena legítima.⁶² Por conseguinte, se torna tarefa difícil aos penalistas somente descrever, se ao iniciar esse processo extrai diretrizes para decisões judiciais ou fundamentações para legitimidade da pena; pois dessa forma a conceituação passa do campo meramente descritivo, para o valorativo.⁶³

A segunda razão de recusa ao conceito descritivo do direito penal do inimigo reside no fato de que a criminalidade e as sanções aplicadas interessam a toda sociedade, a qual sempre se vê no contexto criminal como vítima e nunca como possível autor potencial. Diante de tal constatação, a introdução de conceitos,

⁶⁰ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminas. V. 13 n. 56. Setembro - Outubro 2005. p. 100.

⁶¹ Ibidem, p. 103.

⁶² Ibidem, p. 103.

⁶³ Ibidem, p. 104.

mesmo que descritivos, como “amigo” e “inimigo” vai sempre gerar uma manifestação contrária àqueles que forem considerados como inimigos.⁶⁴

Greco traz ainda uma terceira razão, chamada de pragmática, contra o uso descritivo do conceito de direito penal do inimigo. Essa razão se refere à imprecisão e desnecessidade do termo ante a existência de outros conceitos tradicionais, como por exemplo, “incapacitação”, “periculosidade” e “criminoso habitual”, os quais satisfariam plenamente a esfera de definição de setores problemáticos.⁶⁵

1.2.2.3 O conceito denunciador-crítico do Direito Penal do Inimigo

Luís Greco se presta ainda em seu estudo à análise do conceito denunciador-crítico do direito penal do inimigo, o que no presente trabalho vem a ser o de maior valia ao entendimento posterior da problemática do direito penal do inimigo expresso em normas de nosso ordenamento jurídico.

O autor esclarece dois aspectos intrínsecos ao conceito tratado, primeiramente, “o conceito do direito penal do inimigo pode ser utilizado no sentido de denunciar criticamente certos institutos do direito penal. Em segundo lugar, uma severa autocrítica é algo de que a ciência do direito penal urgentemente necessita”.⁶⁶ Destarte, a verificação de que certa norma se trata de uma expressão do direito penal do inimigo permitiria uma decomposição do direito penal e uma análise dos seus “aspectos obscuros” e dos padrões ilegítimos que ainda são inconscientemente ativos no ordenamento.⁶⁷

A questão que resta é se realmente necessitamos do conceito crítico de direito penal do inimigo para a necessária crítica ao direito penal. Greco conclui que não há essa necessidade, visto que a noção crítico-denunciadora do direito

⁶⁴ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais. V. 13 n. 56. Setembro - Outubro 2005. p. 104.

⁶⁵ Ibidem, p. 105.

⁶⁶ Ibidem, p. 109.

⁶⁷ Ibidem, p. 108.

penal do inimigo vai muito além do esperado de sua conceituação.⁶⁸ O debate causado pelo emprego do conceito vai tão longe na condenação de normas, que exaltaria os ânimos de tal forma que seria impossível prosseguir com posicionamentos sóbrios na questão.

O principal problema do conceito crítico do direito penal do inimigo é que ele escorrega inevitavelmente da opinião criticada para o caráter de quem opina, de modo *que ele dificilmente pode ser empregado, sem que com isso se formule um reproche pessoal e moral ao defensor de determinada opinião*. Uma tal atitude não padece de modo algum útil para uma discussão sóbria e objetiva.⁶⁹

Greco conclui também pela recusa do conceito denunciador-crítico do direito penal do inimigo pela sua “dimensão excessivamente difamatória e emocional” e por sua dispensabilidade no campo de ferramenta do direito penal. Com isso o autor chega ao resultado de que o conceito de direito penal do inimigo não atende à nenhuma das funções propostas em seu estudo, ele não serve para justificar um determinado dispositivo (função afirmativa-legitimadora), nem para descrever (função descritiva), tampouco para criticar determinada norma (função denunciadora-crítica).

⁶⁸ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais. V. 13 n. 56. Setembro - Outubro 2005. p. 109.

⁶⁹ Ibidem, p. 109.

1.2.3 A crítica de Eugenio Raúl Zaffaroni ao Direito Penal do Inimigo

Para Eugenio Raúl Zaffaroni o tratamento de inimigo, dispensado aos seres humanos privados da concepção de pessoas, provoca uma contradição entre a doutrina penal e o conjunto de princípios do Estado constitucional de direito, visto que, esse último não admite a despersonalização dos seres humanos nem mesmo em estados de guerra. Esse posicionamento de aceitação do conceito de inimigo pelo Estado de direito levaria a sua autodestruição, pois implicaria em abandonar sua defesa pelos direitos individuais e a sua regressão ao Estado de polícia e, por conseguinte, ao Estado absoluto.⁷⁰ Ao Estado seria permitida a privação ao direito de cidadania do inimigo, porém essa permissão não sugere, ou pelo menos não deveria sugerir, que lhe seja subtraída a condição de pessoa.⁷¹

O conceito de inimigo tem raízes no direito romano e sua essência foi mais bem trabalhada por Carl Schmitt, para o qual “o inimigo não é qualquer infrator, mas sim o outro, o estrangeiro”.⁷² O conceito de inimigo remontaria a outros conceitos romanos como: *o estrangeiro*, *o estranho*, *o hostil*, ou seja, quem estava fora da comunidade.

O autor Eugenio Zaffaroni ao analisar o inimigo na prática do exercício real do poder punitivo exercido na esfera dos Estados Unidos, da América Latina e União Europeia conclui que os detentores do poder sempre foram os responsáveis por individualizar o inimigo segundo suas prioridades e conveniências, aplicando essa etiqueta de hostil aos que iam contra seus interesses, fosse de forma real, imaginária ou potencial. Esse tratamento diferenciado dispensado ao inimigo consecutivamente sempre esteve atrelado às “circunstâncias políticas e econômicas concretas.”⁷³

No direito penal do inimigo não há limites para a punição do agente, segundo Zaffaroni, “a estrita medida da necessidade é a estrita medida de algo que

⁷⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. O Inimigo no Direito Penal. Instituto Carioca de Criminologia. Revan. 2007. p. 18.

⁷¹ Ibidem, p. 19.

⁷² Ibidem, p. 21.

⁷³ Ibidem, p. 82

não tem limites, porque esses limites são estabelecidos por quem exerce o poder”.⁷⁴ Portanto, os legitimados a exercer o poder são os únicos capazes a definirem quando deverá cessar o tratamento diferenciado ao inimigo. Sendo esse último como alguém de atos imprevisíveis, essa incerteza do futuro permite ao detentor do poder o juízo subjetivo de periculosidade do inimigo e da sua necessidade de contenção. Tal discricionariedade arbitrária e sem limites por parte do julgador é o que leva fundamentalmente ao Estado absoluto.⁷⁵ Essa coação ilimitada baseada na presunção da conduta delitiva futura do inimigo e aspirada na necessidade prioritária de segurança da sociedade, nada mais é que um pretexto para a legitimação do controle social punitivo que leva a sociedade a um caráter robotizado, despersonalizado e sempre preconceituoso em relação às condutas posteriores possíveis do inimigo.⁷⁶

A crítica de Zaffaroni se une, ainda, a posição tomada por Manuel Cancio Meliá ao observar que o inimigo no direito penal só encontra lugar dentro do *direito penal do autor*, ou seja, “se o tratamento diferenciado se destina ou se reduz a um grupo de pessoas claramente identificáveis mediante características físicas”.⁷⁷

Do contrário teria que ser autorizado ao Estado limitar as garantias e as liberdades de toda sociedade a fim de que fossem identificados os verdadeiros inimigos. Como, por exemplo, haveria investigação indiscriminada de ligações telefônicas, manutenção de prisões preventivas prolongadas, autorização de testemunhas, magistrados e acusadores não identificados; o que levaria a invasão da intimidade e segurança de todos os indivíduos sejam eles, inimigos ou não.⁷⁸

Destarte, o controle social seria bem mais rígido e autoritário e seus efeitos seriam *erga omnes*, como única forma de identificar os hostis ao Estado, sem, contudo descartar o efeito contrário, qual seja, a possibilidade de uma identificação errônea e da condenação de inocentes. Mesmo aos que garantem perseguição limitada apenas aos inimigos não se pode deixar exercer esse

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugênio. Raúl. O Inimigo no Direito Penal. Instituto Carioca de Criminologia. Revan. 2007. p. 25.

⁷⁵ Ibidem, p. 25.

⁷⁶ Ibidem, p. 21.

⁷⁷ Ibidem, p. 116.

⁷⁸ Ibidem, p. 117.

tratamento diferenciado, pois o poder de individualização, concedido a tais entes, seria exercido de acordo com os objetivos que melhor lhes conviessem, não estando limitados ao disposto pelo legislador no momento da tipificação dos delitos e da subtração das garantias dos não cidadãos.⁷⁹

A admissão jurídica do conceito de inimigo no direito [...] sempre foi lógica e historicamente, o germe ou o primeiro sintoma da destruição autoritária do Estado de direito, posto que se trata apenas de uma questão de quantidade – não de qualidade – de poder. O poder do soberano fica aberto e incentivado a um crescente incremento a partir da aceitação da existência de um inimigo que não é pessoa.⁸⁰

Zaffaroni argumenta, ainda, que o inimigo quando tratado diante do conceito romano de *hostis*, é enquadrado fora do contexto bélico de guerra. A guerra travada contra o inimigo possui um caráter, embora não admitido, permanente e irregular por lidar com indivíduos que transgredem regras de um Estado que não está necessariamente em guerra civil. Portanto, até mesmo as normas e limitações que devem ser respeitadas em um conflito armado – de acordo com o direito internacional humanitário de Genebra – não são observadas dentro da teoria do direito penal do inimigo por se tratar de uma guerra *stricto sensu*.⁸¹

Certa feita, em um Congresso na cidade de Guaiacuil, Günther Jakobs expôs que a sua teoria trabalharia com uma proposta de contenção na qual o inimigo só seria privado com o rigor necessário para neutralizar seu perigo, restando com ele todos os seus demais direitos. Entretanto, a argumentação do autor é contestada por Zaffaroni que acredita ser essa tática destinada a fracasso, na medida em que, o conceito de necessidade no direito penal do inimigo “não conhece lei nem limites”.⁸²

Na concepção do crítico em apreço, a teoria do direito penal do inimigo não deveria causar tanta indignação pelo fato de que o direito penal foi formado com noções de que determinados indivíduos deveriam ser segregados,

⁷⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. O Inimigo no Direito Penal. Instituto Carioca de Criminologia. Revan. 2007. p. 118.

⁸⁰ Ibidem, p. 153.

⁸¹ Ibidem, p. 45.

⁸² Ibidem, p. 161.

devido a sua periculosidade. Tal medida, implicitamente, resultou numa despersonalização destes, quase sempre, ocultada por racionalizações que legitimavam as regras impostas pelo direito penal.

Jakobs não constata nada diferente desse tratamento em sua proposta e, com isso, não faz mais do que descrever uma realidade, assumindo a consequência que não é admitida por outros autores que pretenderam a aplicação deste tratamento diferencial a um ser humano, sem causar danos ao seu caráter de pessoa.⁸³

O autor destaca, mediante tal conclusão, que se deveria observar mais a incoerência daqueles – operadores do direito penal – que postulam e legitimam os mesmos ideais do direito penal do inimigo, sem, contudo, considerarem as consequências de suas medidas.⁸⁴

Zaffaroni, ao fim do seu estudo afirma que a legitimação, e até mesmo a repulsa, ao tratamento diferenciado dos inimigos atinge o Estado de direito, pois “toda racionalização doutrinária nesse sentido implica uma quebra do instrumento orientador da função política do direito penal”.⁸⁵

Dentro de um Estado de direito não será possível determinar quem são os inimigos sem com isso reduzir as garantias de todos os cidadãos. Pois, o tratamento diferenciado com o objetivo de identificar os hostis ao Estado tem que ser dirigido a todos, dado que não sabemos a princípio quem é o inimigo. Esse poder de definição e punição está sempre nas mãos de institutos que o utiliza segundo seus interesses circunstanciais.⁸⁶ Por conseguinte, tal falta de limite punitivo poderia, até mesmo, desencadear na eliminação do Estado de direito e na instauração de um Estado absoluto.⁸⁷

Destarte, as críticas apresentadas no presente capítulo se resumem ao fato de que o direito penal do inimigo é um método penal de punitivismo extremo que não cuida da persecução do fato, como deveria, mas visa tão somente um

⁸³ ZAFFARONI, E. Raúl. O Inimigo no Direito Penal. Instituto Carioca de Criminologia. Revan. 2007. p. 163.

⁸⁴ Ibidem, p. 163.

⁸⁵ Ibidem, p. 190.

⁸⁶ Ibidem, p. 191.

⁸⁷ Ibidem, p. 192.

padrão de personalidade do agente objetivando a extirpação dos direitos fundamentais dos considerados inimigos. Em contrapartida com os preceitos constitucionais e com os diversos tratados de direitos humanos vigentes, alguns diplomas legais atuais são verdadeiras expressões do direito penal do inimigo, concebido por Günther Jakobs.

2 LEI DE DROGAS – O TRATAMENTO DISPENSADO AO USUÁRIO E AO TRAFICANTE

2.1 O tratamento dispensado ao usuário de drogas na Lei nº 11.343/06

O ordenamento jurídico brasileiro também foi afetado pela tendência legiferante em torno da teoria do Direito Penal do Inimigo. Em 2006 surgiu a nova Lei de Drogas, trazendo consigo tratamentos específicos destinados àqueles classificados como usuários e aos enquadrados como traficantes.

O conceito de usuário de drogas está tipificado no artigo 28, caput, da Lei 11.343/06 como aquele que: “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.” As penas aplicadas aos que se enquadram no tipo também se encontram no mesmo dispositivo, e foram abrandadas diante da antiga previsão da Lei 6.368/76 de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e do pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.⁸⁸ Passou-se a adotar na nova lei de drogas aos usuários as penas de advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.⁸⁹

A própria norma traz no texto do §2º, artigo 28, instrumentos para distinção na classificação do infrator como usuário ou traficante. Conforme o parágrafo supracitado caberá ao juiz determinar se a droga se destinava ao consumo pessoal, atendendo à natureza e quantidade da droga apreendida, o lugar e às condições da infração, às circunstâncias pessoais e sociais, assim como à

⁸⁸ Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

⁸⁹ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

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

conduta e antecedentes do réu.⁹⁰

Ademais, as penas aplicadas ao usuário de drogas serem diferentes às aplicadas ao traficante, percebe-se uma preocupação no âmbito da saúde pública direcionada ao dependente como sujeito mais carente de tratamento do que de punição, uma vez que ao usuário deve ser colocado à disposição, estabelecimento para tratamento especializado, conforme o §7º do artigo 28.⁹¹

Conforme leciona Fernando Capez, o objeto jurídico do crime aqui tratado é a saúde pública, e não o usuário em si. O que se quer evitar com a tipificação da conduta, portanto, é o perigo social da possível disseminação do uso de droga pela detenção ilegal da mesma.⁹²

Sobre a jurisdição do Estado no julgamento do usuário de drogas, esta se pautará pela Lei 9.099/95, de acordo com a previsão do artigo 48, §1º, da Lei 11.343/06, conforme as penas, já citadas, aplicadas em abstrato.

2.2 O crime de tráfico e o tratamento dirigido ao traficante na Lei 11.343/06

A Lei n. 11.343/2006 descreve diversas formas de se praticar o tipo penal de tráfico de entorpecentes, trazendo um tipo misto alternativo. São taxados 18 núcleos do tipo no artigo 33, caput, da referida lei: *importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a*

⁹⁰ Art. 28 § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

⁹¹ Art. 28. § 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

⁹² CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: legislação penal especial. 6ª edição. Volume. 4. São Paulo: Editora Saraiva. 2011. p. 754.

consumo e fornecer. Podendo estes serem praticados de forma isolada ou sequencial.⁹³

O bem jurídico tutelado na incriminação das condutas previstas no referido artigo é a coletividade, que se torna um “sujeito passivo direto, permanente, que está presente em todos os delitos do art. 33”.⁹⁴ Segundo Fernando Capez, “o tráfico coloca em situação de risco um número indeterminado de pessoas, cuja saúde, incolumidade física e vida são expostas a uma situação de perigo.”⁹⁵ Enquanto o usuário ou viciado se encaixa no perfil do “sujeito passivo eventual, mediato, de acordo com a modalidade da conduta praticada.”⁹⁶ Desta feita, quanto à objetividade jurídica encontra-se a saúde pública, de maneira imediata e a incolumidade física e saúde individual de modo mediato.

Em sentido contrário, mais radicalmente, Paulo Queiroz defende que o tráfico é, precisamente, “um crime sem vítima, porque é direito do indivíduo (capaz), senhor que é de seu próprio corpo, decidir sobre o que consumir ou não consumir.” Por conseguinte, a criminalização do tráfico de drogas não objetivaria proteger bem jurídico algum, servindo-se simplesmente como razão para “legitimar uma opção político-criminal paternalista, irracional e absolutamente desastrosa.”⁹⁷

Contrário aos doutrinadores Luiz Flávio Gomes e Damásio de Jesus, que sustentam ser inconstitucional o delito de perigo abstrato diante dos princípios do estado de inocência e da ofensividade ou do *nullum crimen sine iuria*,⁹⁸ Capez defende ser o crime de tráfico de perigo abstrato, sendo o Estado legitimado a “coibir o crime em sua forma ainda embrionária”,⁹⁹ protegendo o bem jurídico – saúde da coletividade – de um dano futuro.

No mesmo sentido, defende Guilherme de Souza Nucci ser o crime de tráfico ilícito de entorpecentes de perigo abstrato cuja conduta coloca em risco a

⁹³ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: legislação penal especial. 6ª edição. Volume. 4. São Paulo: Editora Saraiva. 2011. p. 768.

⁹⁴ Ibidem, p. 771.

⁹⁵ Ibidem, p. 769.

⁹⁶ Ibidem, p. 771.

⁹⁷ QUEIROZ, Paulo. Comentários Críticos à Lei de Drogas. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 43.

⁹⁸ CAPEZ, op. cit., p. 770.

⁹⁹ Ibidem, p. 771.

integridade das pessoas que vivem em sociedade. Salaria o autor que a construção de tipos penais de perigo abstrato em nada fere os princípios da inocência e da ofensividade, como parte da doutrina afirma, se o legislador agir dentro dos parâmetros democráticos esperados pautando-se na necessidade de se coibir certa conduta que se praticada envolveria o definhamento de “bens considerados indispensáveis à vida em sociedade.”¹⁰⁰

A pena do crime de tráfico na nova lei de drogas foi aumentada, antes fixada de 3 a 15 anos com pagamento de 50 a 360 dias-multa pela Lei 6368/76, agora o infrator passa a ser apenado em 5 a 15 anos de reclusão, com pagamento de 500 a 1.500 dias-multa.¹⁰¹

Em relação aos benefícios legais assegurados na Lei 11.343/06, o traficante ao contrário do considerado como usuário ou dependente recebe tratamento de extirpação de direitos e garantias. Aos incursos nos artigos 33, *caput* e §1º, e 34 a 31 são vedados a fiança, o sursis, a graça, o indulto, a anistia e a liberdade provisória, nos termos do artigo 44, *caput*.¹⁰² Destacando-se que a parte final do referido artigo que tratava da vedação da conversão das penas em restritivas de direitos foi declarada inconstitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.¹⁰³

2.3 A vedação da liberdade provisória no crime de tráfico de drogas

A liberdade provisória é uma medida contra-cautelar que garante o

¹⁰⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010. p. 355.

¹⁰¹ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

¹⁰² “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.”

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Tráfico de Drogas. Art. 44 da Lei 11.343: Impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Declaração incidental de inconstitucionalidade. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Habeas Corpus nº 97.256, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Brito. Rio Grande do Sul - RS, 1º set. 2010. RT, v. 100, n. 909, p. 279-333, dez. 2010.

direito do acusado de se manter em liberdade durante o processo até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e é também conceituada como a medida intermediária entre a prisão provisória e a liberdade completa.¹⁰⁴

Conforme a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXVI, a liberdade provisória se impõe quando a lei a admitir nas modalidades sem fiança e afiançável. A primeira pode ser considerada uma contracautela de natureza pessoal garantidora da liberdade desde que inexistentes os requisitos legais, do artigo 312, do Código de Processo Penal, para a manutenção da prisão.¹⁰⁵ Já a modalidade de liberdade provisória com fiança é contracautela na qual se dá a substituição da restrição à liberdade do acusado pela prestação pecuniária, sua previsão está inserida no artigo 322 do Código de Processo Penal, segundo o qual:

A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.¹⁰⁶

A liberdade provisória sem fiança é também apontada pela doutrina como liberdade provisória vinculada, é a regra e tem maior aplicabilidade que a modalidade com fiança.¹⁰⁷ Exige-se para a concessão da liberdade provisória sem fiança apenas a ausência dos requisitos de justificação para a decretação judicial da prisão e, conforme o caso, a imposição das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal mediante a observância dos critérios presentes no artigo 282.¹⁰⁸

¹⁰⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 623.

¹⁰⁵ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

¹⁰⁶ BRASIL, Decreto-Lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Planalto, Brasília, DF-2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 05 abr. 2012

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2008. p. 460.

¹⁰⁸ Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

No que concerne a Lei 11.343/2006, o seu artigo 44 proíbe a concessão de liberdade provisória para os crimes previstos no artigo 33, *caput*, e §1º, e 34 a 37 todos da referida lei sem se referir à fiança. Contudo, o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal prevê a inafiançabilidade ao crime de tráfico de entorpecentes, o qual está inserido nos artigos citados.¹⁰⁹ A Lei 12.403/2011, que reformou vários artigos do Código de Processo Penal, confirmou em seu artigo 323, inciso II, a impossibilidade de concessão de fiança ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Resta, portanto, a interpretação de que válida é a possibilidade da concessão da liberdade provisória sem fiança. Para Fernando Capez a vedação legal da concessão da liberdade provisória pela Lei 11.343/2006 foi abolida supervenientemente pela Lei 11.464/2007 que modificou a Lei dos Crimes Hediondos revogando a vedação absoluta da liberdade provisória constante em seu artigo 2º, inciso II.¹¹⁰

Pontua, ainda, Paulo Queiroz em defesa da revogação do artigo 44 da lei 11.343/06 pela Lei 11.464/07, que a importância de se discutir a derrogação ou não da proibição da liberdade provisória está na possibilidade da questão ser “objeto de novas legislações de cunho recrudescente.”¹¹¹ Ademais, a Constituição Federal ao prever a inafiançabilidade aos crimes de tráfico não veda sua concessão sem fiança. Nesse esboço, Rubens Casara ressalta que o ordenamento jurídico e a atuação dos operadores do direito deve se pautar na “constitucionalização do mundo sensível e do direito infraconstitucional com a ampliação dos direitos fundamentais.”¹¹²

2.4 O crime de tráfico e o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto à concessão da liberdade provisória

¹⁰⁹ Art. 5º XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

¹¹⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: legislação penal especial. 6ª edição. Volume. 4. São Paulo: Editora Saraiva. 2011. p. 222.

¹¹¹ QUEIROZ, Paulo. Comentários Críticos à Lei de Drogas. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 162.

¹¹² CASARA, Rubens apud QUEIROZ, Paulo. Comentários Críticos à Lei de Drogas. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 162.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal por longo período de tempo se posicionou contrária à concessão da liberdade provisória nos crimes de tráfico. Entretanto este panorama tem se alterado no sentido de que a liberdade provisória não pode ser negada por mera alusão à vedação legal. De tal forma que a simples referência à vedação do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 não seria suficiente para o indeferimento do pedido de liberdade provisória se ausentes os requisitos do art. 312 do CPP. Contudo, ainda restam posicionamentos ministeriais no sentido de vedação do benefício baseados no dispositivo n. 44 da Lei 11.343/2006.

O entendimento pela concessão da liberdade provisória ao acusado por traficância foi recentemente defendido pelo Ministro Ayres Britto no julgamento do Habeas Corpus 103.595/SP alegando em suma:

A mera alusão à gravidade do delito ou a expressões de simples apelo retórico não valida a ordem de prisão cautelar; sendo certo que a proibição abstrata de liberdade provisória também se mostra incompatível com tal presunção constitucional de não-culpabilidade. 3. Não se pode perder de vista o caráter individual dos direitos subjetivo-constitucionais em matéria penal. E como o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte, todo instituto de direito penal que se lhe aplique – pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos – há de exibir o timbre da personalização. Tudo tem que ser personalizado na concreta aplicação do direito constitucional-penal, porque a própria Constituição é que se deseja assim orteguianamente aplicada (na linha do “Eu sou eu e minhas circunstâncias”, como sentenciou Ortega Y Gasset). [...]5. O fato em si da inafiançabilidade dos crimes hediondos e dos que lhe sejam equiparados parece não ter a antecipada força de impedir a concessão judicial da liberdade provisória, conforme abstratamente estabelecido no art. 44 da Lei 11.343/2006, jungido que está o juiz à imprescindibilidade do princípio tácito ou implícito da individualização da prisão (não somente da pena).¹¹³

Por outro lado, insta salientar que ainda há entendimentos conforme a letra da lei pela vedação da concessão da liberdade provisória como o defendido no julgamento do HC 109.236/SP de relatoria da Ministra Cármen Lúcia:

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 103.595, Segunda Turma. Relator: Ministro Ayres Britto. São Paulo- SP, Acórdão eletrônico DJe-072 Divulg. 12-04-2012 Public. 13-04-2012.

[...] A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis.¹¹⁴

Assim também foi no passado o posicionamento do Ministro Ricardo Lewandowski no HC 99.890/SP ressaltando que “A vedação à liberdade provisória para o delito de tráfico de drogas advém da própria Constituição, a qual prevê a inafiançabilidade (art. 5º, XLIII).”¹¹⁵

Contudo, oportuno salientar que os Ministros da Suprema Corte que não admitiam a concessão da liberdade provisória têm mudado seu posicionamento e se alinhado ao pensamento defendido pelo Ministro Celso de Mello no HC 97.976/MG segundo o qual a vedação legal absoluta, em caráter apriorístico, da concessão da liberdade provisória pelo artigo 44 da Lei de Drogas constitui em inconstitucionalidade e uma ofensa aos postulados constitucionais da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, sendo este último visto sob a perspectiva da “proibição do excesso” como fator de contenção e conformação da própria atividade normativa do Estado.¹¹⁶

A respeito da forte inclinação para uma possível declaração de inconstitucionalidade do artigo 44 que veda a concessão da liberdade provisória na lei de drogas, por parte do Supremo Tribunal Federal, o autor Renato Marcão acentua que as razões que fundamentaram o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 21 da Lei 10.823/2006 (Estatuto do Desarmamento) que vedava a concessão da liberdade provisória, servem na mesma medida para

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 109.236, Primeira Turma. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. São Paulo- SP, DJe-032 Divulg. 13-02-2012 Public. 14-02-2012

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 99.890, Primeira Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. São Paulo- SP, DJe-232 Divulg. 10-12-2009 Public. 11-12-2009

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 97.976, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 09/03/2009, publicado em DJe-047 DIVULG 11/03/2009 PUBLIC 12/03/2009 RTJ VOL-00210-02 PP-00994.

fundamentar a inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória contida no artigo 44 da Lei de Drogas.¹¹⁷ Neste sentido discorreu que

ainda que tardiamente, o Supremo Tribunal Federal vem revendo seu posicionamento, de maneira a reconhecer a inconstitucionalidade da vedação *a priori* à liberdade provisória, e, de consequência, a insubsistência da negativa ao benefício com fundamento exclusivo na literalidade do artigo 44 da Lei de Drogas.

Não obstante, o tema merece, ainda, maior reflexão da Corte Suprema o que se espera na ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 601.384/RS, com repercussão geral reconhecida pela questão constitucional suscitada sobre a possibilidade de ser concedida liberdade provisória ao preso em flagrante pela prática de tráfico de drogas, considerada a cláusula constitucional vedadora da fiança nos crimes hediondos e equiparados.¹¹⁸

¹¹⁷ MARCÃO, Renato. *A liberdade provisória na visão do Supremo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-nov-12/liberdade-provisoria-traffic-drogas-visao-supremo>> Acesso em: 15 abril. 2012.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601384/RS, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 10/09/2009, LEXSTF v. 31, n. 371, 2009, p. 506-508.

3 A VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO CRIME DE TRÁFICO - USUÁRIO COMO CIDADÃO E TRAFICANTE COMO INIMIGO

Não se deve admitir em um Estado Democrático de Direito normas contrárias às conquistas dos direitos fundamentais, principalmente no que corresponde a ampla defesa. O direito penal do inimigo diante das nossas garantias constitucionais não encontraria respaldo, entretanto, algumas leis do nosso ordenamento incorporaram disposições verdadeiramente baseadas no direito penal do autor.¹¹⁹

Quanto a ampliação da formulação original da Teoria do Direito Penal do Inimigo, Jakobs não limitou a sua aplicação apenas aos sujeitos vinculados aos grupos terroristas, mas a todos aqueles cujas atividades estão ligadas às organizações criminosas e que demonstrem possibilidade de reiteração criminosa. Definindo uma forma de rotulação do inimigo típica dos modelos penais do autor.¹²⁰

A melhor doutrina tem se posicionado no sentido de considerar a lei de drogas como uma expressão da aplicação do direito penal do inimigo no Brasil. A vedação à liberdade provisória expressa na lei em seu artigo 44, suscitou em doutrinadores o posicionamento pela inconstitucionalidade da restrição; leciona Luiz Flávio Gomes:

Afirmar que não é cabível a liberdade provisória no crime de tráfico de drogas é um rematado equívoco (seja do ponto de vista legal, seja do ponto de vista constitucional). Cuida-se de postura típica do Direito penal do inimigo (de Jakobs), que consiste precisamente em admitir que o processo contra o inimigo não deve ter todas as garantias do processo contra o cidadão. Pessoa é pessoa e não-pessoa é não-pessoa!¹²¹

¹¹⁹ A exemplo das leis nº 8.072/1990 dos crimes hediondos, a Lei nº 10.792/2003 que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado e a Lei nº 9.034/95 do Crime Organizado, que a despeito de não serem tratadas no presente trabalho também carregam características do Direito Penal do Inimigo.

¹²⁰ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil (Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006). 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 75

¹²¹ GOMES, Luiz Flávio. DAMÁSIO, Bárbara. *Liberdade provisória e tráfico de drogas*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> Acesso em: 27 mar. 2012

Para o doutor em direito penal, André Luís Callegari, a rotulação do crime de tráfico de entorpecentes como hediondo pela Lei 8.072/90 trouxe como consequência jurídica uma contaminação do direito penal do inimigo na legislação ordinária, pois, de fato, os enquadrados como autores deste crime passaram a ter um tratamento diferenciado, com restrições de garantias penais e processuais.¹²²

Quanto ao caráter de direito penal do autor presente na Teoria aqui tratada, a punição aplicada nos crimes de tráfico no Brasil tem caráter extremamente punitivista e condena o autor do crime cometido pelo o que ele é e não pelo que ele fez.¹²³

Enquanto o Direito Penal do Cidadão busca punir, porém mantendo a observância da norma e dos direitos e garantias, o Direito Penal do inimigo combate perigos. Independente da denominação que se dê, é evidente “a presença deste Direito Penal do inimigo, ou de terceira velocidade, como já ressaltou Silva Sánchez, no campo do combate penal das drogas.”¹²⁴

Analisando a teoria de Jakobs, Luis Gracia Martín tomou conclusões quanto à sua aplicabilidade ao crime de tráfico. Segundo o autor, à luz da teoria estudada, poderia se considerar que os indivíduos que integram organizações de narcotráfico têm em sua atitude delitiva um comportamento que se distancia, presumidamente pela sociedade, de forma duradoura em relação ao Direito; não garantindo a segurança cognitiva esperada pelo Estado de um comportamento como cidadão.¹²⁵ De tal forma, os infratores reincidentes, com profissionalismo delitivo e integrantes de organizações estruturadas se enquadrariam na definição de Günther

¹²² CALLEGARI, André Luís e MOTTA, Cristina Reindolff. Estado e Política Criminal: A Contaminação do Direito Penal Ordinário pelo Direito Penal do Inimigo ou a Terceira Velocidade do Direito Penal. *Revista dos Tribunais*, 867, jan/2008, p. 453.

¹²³ IEMINI, Matheus Magnus Santos. Direito penal do inimigo: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 75, 01/04/2010. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619. Acesso em: 28 mar. 2012.

¹²⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Drogas: aspectos penais e criminológicos. *Drogas e Política Criminal: entre o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal racional*. Coordenação de Miguel Reale Júnior. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 40.

¹²⁵ MARTÍN, Luis Gracia. O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo. Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 82.

Jakobs como os “inimigos” por negação dos princípios políticos e socioeconômicos básicos do modelo de convivência em sociedade.¹²⁶

Entre os elementos típicos do direito penal do inimigo presentes na lei de tóxico poderíamos identificar: a transição para uma “legislação de combate”, a ampla antecipação da punibilidade, uma pena desproporcional nos tipos correspondentes e o desmantelamento de garantias processuais.¹²⁷ Sendo as duas últimas características citadas facilmente identificadas nas diferentes penas aplicadas ao usuário e ao traficante e na vedação da liberdade provisória no crime de tráfico.

O projeto de transnacionalização do combate às drogas fez surgir um modelo médico-sanitário-jurídico de controle fundado em um discurso de diferenciação entre o consumidor e o traficante.¹²⁸ A partir deste ponto sobre os traficantes passou a incidir o discurso político-jurídico do qual surge o “estereótipo do criminoso corruptor da moral e da saúde pública”. Quanto ao consumidor recaiu o discurso médico-psiquiátrico baseado no controle sanitarista, que ganhou ênfase na década de 50, e difundiu o “estereótipo da dependência”.¹²⁹

Ademais, os discursos presentes na Lei de Drogas possibilitaram a construção político-criminal da categoria *inimigo* – não-pessoa, não merecedor de direitos identificado nos indivíduos envolvidos nos tipos penais classificadores do tráfico.¹³⁰ Conforme leciona Salo de Carvalho, os discursos dirigidos ao usuário e traficante de drogas deflagram, no senso comum dos operadores do direito e da sociedade, “a ideia de políticas públicas de segurança pautadas pela lógica beligerante da eliminação de incômodos.”¹³¹ Desta forma, as agências de

¹²⁶ MARTÍN, Luis Gracia. O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo. Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 83.

¹²⁷ NEUMANN, Ulfrid. Direito Penal do Inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 69, 2007, p. 160.

¹²⁸ JESCHECK apud CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil (Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006). 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 14.

¹²⁹ Ibidem, p. 15.

¹³⁰ Ibidem, p. 296.

¹³¹ Ibidem, p. 296.

punitividade adquirem uma legitimidade para suas ações em que inexistem limites ou obstáculos legais a se respeitar.

O fosso entre as severas sanções dirigidas aos indivíduos envolvidos com o tráfico ilícito de entorpecentes e a implementação de medidas alternativas ambulatoriais para usuários demonstra a dupla face do proibicionismo presente no ordenamento jurídico e na Lei de Drogas: intensa repressividade às hipóteses de comércio ilegal e idealização da pureza e da normalidade representada socialmente por condutas moderadas. Destarte, nota Salo de Carvalho que “o aumento desproporcional da punibilidade ao tráfico de drogas se encontra aliado, bem como potencializa, o projeto moralizador de abstinência imposto aos usuários de drogas”.¹³²

Pontua Ulfrid Neumann que, “numa ordem jurídica real, elementos tipicamente de um direito penal do inimigo se combinam com os de um direito penal do cidadão – não existe um direito penal do cidadão puro, tampouco um direito penal do inimigo puro.”¹³³ Sendo a lei de drogas um exemplo da aplicação concomitante do direito penal do cidadão ao usuário e do direito penal do inimigo ao traficante. Poderíamos até mesmo dentro do tipo penal de tráfico reconhecer essa junção dos dois âmbitos do direito, e encarar a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a vedação da liberdade provisória como o ponto em que o Direito Penal do cidadão se entrelaçaria com o Direito Penal do inimigo.

Quanto à diferenciação do direito penal do cidadão do direito penal do inimigo, constata-se que o primeiro está muito mais atrelado ao significado da pena e à comunicação social; enquanto o segundo se liga à ação física e ao combate ao perigo.¹³⁴

As penas aplicáveis aos usuários de drogas têm função preventiva e cuidam de evitar que o indivíduo volte a fazer uso da substância entorpecente. Temos na advertência (art. 28, I, da Lei 11.343/06) uma função de aconselhamento

¹³² CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil (Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006). 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 69.

¹³³ NEUMANN, Ulfrid. Direito Penal do Inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 69, 2007, p. 160.

¹³⁴ Ibidem, p. 166

destinada muito mais a proteger e auxiliar o usuário que exatamente puni-lo. A pena de prestação de serviços à comunidade (art. 28, II, da Lei 11.343/06) é a pena mais rigorosa dentre as sanções cominadas aos usuários de drogas.¹³⁵ Já a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III da Lei 11.343/06) é aplicável ao infrator quando se entender que a admoestação verbal prevista no inciso I não foi suficiente.¹³⁶ Quanto à reincidência prevista no § 4º do art. 28 da Lei 11.343¹³⁷, assevera-se o significado preventivo das penas aplicadas ao usuário ao prever a aplicação das mesmas penas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses ao invés da conversão em pena privativa de liberdade.

Ademais, o crime de tráfico será punido com a pena de reclusão de 5 a 15 anos e multa, conforme o artigo 33 da Lei 11.343/2006. Dessa breve análise da punição nos crimes praticados pelo usuário e pelo traficante se torna manifesta uma das características do direito penal do inimigo: a desproporcionalidade da pena nos tipos correspondentes.¹³⁸

Confirma tal entendimento Neuman ao afirmar que

no que se refere às diferentes funções da pena no campo do direito penal do cidadão, de um lado, e do direito penal do inimigo, do outro, seria possível dizer o seguinte: precisamente porque Jakobs reduz a função da pena no direito penal do cidadão a um ato comunicativo e rejeita a instrumentalização do autor para fins de intimidação, ele se vê forçado, ali onde parece inevitável a intervenção de técnicas de prevenção de delitos, a estabelecer um outro âmbito penal. Neste sentido também é consequente a avaliação de Jakobs de que seu conceito de direito penal do inimigo seria necessário exatamente para a proteção das regras do direito penal do cidadão.¹³⁹

O modelo penal do inimigo tomou forma na lei de drogas pela preocupação do legislador em fixar normas voltadas à política ou combate aos comportamentos incriminados. No que concerne à vedação da concessão de liberdade provisória a ofensa aos postulados básicos do Direito Penal é flagrante;

¹³⁵ ARRUDA, Samuel Miranda. Drogas aspectos penais e processuais penais [Lei 11.343/2006]. 1ª edição. São Paulo. Método. 2007. p. 26

¹³⁶ Ibidem, p. 26

¹³⁷ Art. 28 § 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

¹³⁸ NEUMANN, Ulfrid. Direito Penal do Inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminas, 69, 2007, p. 160.

¹³⁹ Ibidem, p. 167.

pois dentro de um Estado Democrático a prisão é medida excepcional, porquanto seja a liberdade a regra.¹⁴⁰

A limitação do poder do Estado na persecução penal se faz necessária e fundamental na subsistência do Estado Democrático de Direito, razão pela qual se mostra desarrazoada qualquer limitação legislativa das garantias individuais, ainda mais a limitação pautada na classificação dos indivíduos em cidadãos ou inimigos.¹⁴¹

Corroborando com a ideia de proteção das garantias individuais em detrimento da extirpação de direitos e garantias típica do direito penal do inimigo, Norberto Bobbio assenta que “o problema atual não é mais fundamentar os direitos do homem, é sim protegê-los, ou melhor, não se trata de um problema de cunho filosófico, mas sim jurídico, em um sentido mais amplo, político.”¹⁴² Portanto, um Direito Penal sem fronteiras ou limites, construído com extrema severidade na punibilidade, incerteza e imprevisibilidade, a exemplo da legislação de narcotráfico, não contém bases ideais de certeza e racionalização; mostrando-se, assim, intervencionista e por demais autoritário.¹⁴³

Sob a ótica da criminologia crítica nos delitos que envolvem entorpecentes a seletividade atua constantemente distinguindo cidadãos de inimigos; fazendo com que a clientela do sistema altamente punitivo de direito penal do autor seja, em regra, a classe socioeconômica mais baixa.¹⁴⁴ Conforme determinados atributos pessoais, o sujeito será punido severamente ou não (se traficante ou se consumidor) e a tendência geralmente é a de que sendo um indivíduo pobre, será imputado pelo crime de tráfico, se de classe média ou alta, seu delito será o de uso.¹⁴⁵

¹⁴⁰ LOPES, Cláudio Ribeiro. Constatações e considerações sobre o conceitos de inimigo no direito penal contemporâneo. *Revista de Ciências Penais*, 14, 2011, p. 112.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 113

¹⁴² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24-25.

¹⁴³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Drogas: aspectos penais e criminológicos. Drogas e Política Criminal: entre o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal racional*. Coordenação de Miguel Reale Júnior. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 42

¹⁴⁴ WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Uso de drogas e sistema penal: Entre o proibicionismo e a redução de danos*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 101.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 102.

Segundo a socióloga Vera Malaguti Batista, a criminalização das drogas promove ainda, um verdadeiro extermínio dos jovens, em sua maioria negros e pobres (“os traficantes”). Quando não são assassinados, esses jovens abarrotam os presídios, enquanto aos jovens das classes superiores é aplicado o estereótipo de usuário necessitado de tratamento.¹⁴⁶ A seletividade do sistema penal, os diferentes tratamentos destinados aos jovens ricos e aos pobres conjuntamente com a aceitação social quanto ao consumo de drogas, permite afirmar que “o problema do sistema não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da juventude considerada perigosa”.¹⁴⁷

A criminalização do tráfico de drogas se mostra, por conseguinte, como mais uma faceta do controle social, tendo o traficante o papel de inimigo da nação, discurso que justifica, para o direito penal do inimigo, o uso abusivo da violência e a violação dos direitos humanos no combate às drogas.

Ao buscar dar à sociedade uma resposta punitiva à crescente criminalização, o Poder Público escolhe sua forma própria de interpretação da lei, usando, às vezes, de normas claramente antagônicas à Constituição Federal, adotando um modelo punitivista de aplicação das leis e penas, punindo o agente transgressor pelo que é, e não pelo que fez, em clara adoção ao direito penal do inimigo, proposto por Jakobs.¹⁴⁸

Diante dos apontamentos doutrinários aqui levantados denota-se que apesar do ordenamento jurídico brasileiro não adotar explicitamente a teoria do direito penal do inimigo, resta clara a possibilidade de se encontrar resquícios ou traços do que se poderia chamar de inimigo ou de cidadão, presentes na lei de drogas.

¹⁴⁶ BATISTA, Vera Mallaguti. A construção do transgressor. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2003. p. 162.

¹⁴⁷ Idem. Díficeis Ganhos Fáceis: Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: ICC/Freitas Bastos, 1998. p. 122.

¹⁴⁸ IEMINI, Matheus Magnus Santos. Direito penal do inimigo: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em : < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619 > Acesso em: 28 mar. 2012.

CONCLUSÃO

O objetivo principal do presente trabalho consistiu numa análise crítica a respeito da Teoria do Direito Penal do Inimigo e sua aplicação na figura dos infratores – usuário e traficante - da Lei de Drogas.

A teoria estudada, em sua concepção, destina-se àqueles que reiteradamente violam as normas do ordenamento jurídico e do contrato social, não oferecendo garantias de retorno a uma vida idônea em sociedade, são estes os considerados, na teoria de Günther Jakobs, como os inimigos. Diante da segregação daqueles que se afastam do Estado de direito e perdem seus direitos e garantias processuais surge também a figura do cidadão, como aquele que, a despeito de também infringir as normas, conserva seu *status* de cidadão e suas garantias, pelo simples fato de cometer delitos considerados não graves e de forma não reiterada permanecendo com suas características de pessoa

A ideia de inimigo formulada por Jakobs diz respeito aos indivíduos que deliberada e permanentemente decidiram por abandonar o direito, revelando em suas condutas delitivas a prática não ocasional, mas reiterada, de atividades consideradas de maior gravidade, como, o terrorismo, o crime organizado e o tráfico ilícito de entorpecentes.

Estudando mais a fundo o conceito de inimigo proposto pela teoria, tem-se que a relativização das garantias processuais encontra subsidio em um verdadeiro Processo Penal do Inimigo, onde exclue-se as garantias inerentes aos inimigos como meio de falsear a manutenção da ordem.

Em conformidade com os estudos doutrinários realizados para a elaboração deste trabalho, constatou-se que a figura do inimigo sempre esteve presente em civilizações, a exemplo do hostil na Roma antiga e do terrorista nos Estados Unidos pós-atentados do dia 11 de setembro de 2001. O recrudescimento

do sistema penal faz surgir novas facetas para o considerado como inimigo pela teoria concebida por Jakobs.

No ordenamento jurídico brasileiro ainda não se identifica um inimigo específico, como o terrorista para os Estados Unidos e Europa, contudo, em determinadas leis é possível reconhecer os “inimigos de ocasião” eleitos como ameaçadores da ordem e do Estado pelos detentores do poder.

A ampliação da aplicação do conceito de inimigo traz como consequência um alargamento da punitividade a partir da secessão com o sistema de garantias processuais constitucionais realizada pelos agentes políticos como forma de atendimento aos anseios punitivos da sociedade. Essa preocupação política na formulação e reforma de medidas repressivas faz surgir a identificação de determinados fatos a serem punidos e também a idealização de um tipo específico de autor, de uma identidade social tarjada, em que o indivíduo é etiquetado não mais como cidadão, mas como inimigo.

Desta forma, o Direito penal do inimigo se distancia do Direito penal por não objetivar a definição de normas, mas apenas a classificação das organizações criminosas que receberão seu tratamento de supressão de garantias, guiando-se assim não pelo direito penal do fato, mas do autor.

Adentrando no estudo da Lei de Drogas verifica-se que esta procedeu no artigo 28 uma amenização das penas antes impostas ao usuário pela Lei 6.368/76. Não despenalizando as condutas de uso pessoal da droga o legislador pretendeu punir o infrator, sem, contudo, estigmatizá-lo perante a sociedade.

Nas penas alternativas - advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo - previstas no referido artigo se reconhece muito mais um caráter educativo e ambulatorial da pena dirigida ao usuário do que, propriamente, punitivo. É a tendência legiferante de aplicação do Direito Penal do cidadão ao usuário - como àquele que apesar do comportamento contrário ao Direito

ainda mantém fidelidade às normas, sem abandonar por completo a confiança social.

No que concerne à incriminação do tráfico ilícito de entorpecentes, a Lei 11.343/2006, recrudescer a punibilidade, aumentando a pena mínima privativa de liberdade, impondo severo tratamento penal, processual e executório - a exemplo da vedação da concessão da liberdade provisória prevista no artigo 44 da referida lei -, em clara adoção do direito penal do inimigo.

Não obstante a revogação da vedação presente na Lei dos Crimes Hediondos pela Lei 11.464/2007, o direito constitucional à liberdade provisória ainda é interdito ao crime de tráfico na Lei de Drogas. Entendemos que a permanência da vedação talvez se dê pela contemporânea política de segurança pública que vê no extremo punitivismo – sem respeito a direitos e garantias – uma forma de responder ao anseio da sociedade por segurança.

Conclui-se que vedação da concessão da liberdade provisória deve ser revogada, a exemplo da Lei dos Crimes Hediondos, para que sua subsistência não permita a composição de novas legislações de caráter recrudescer baseadas no direito penal do inimigo. Diante dos recentes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal pela concessão da liberdade provisória, a despeito da vedação legal, aguarda-se o julgamento da questão de repercussão geral no Recurso Extraordinário n. 601.384/RS, com expectativa da declaração de inconstitucionalidade da vedação.

Outrossim, corroborou-se a presença do direito penal do inimigo na lei de tóxicos pela diferenciação entre o estereótipo do consumidor-doente, porém, cidadão merecedor da confiança e do tratamento médico-sanitário estatal, e o estereótipo do traficante-delinquente como inimigo do Estado e ameaçador da ordem social, “merecedor” tão-somente da extirpação de seus direitos e garantias processuais.

Ante a criminologia crítica se constatou que os indivíduos acusados de tráfico de drogas que compõem o sistema prisional são em grande parte de

classes inferiores, enquanto aos infratores pertencentes às classes mais abastadas frequentemente é aplicado o estereótipo de usuário carente de tratamento. Realidade esta exemplificadora da aplicação do direito penal do autor.

Quanto à aplicabilidade do Direito Penal do Inimigo se conclui que a punibilidade conforme seus parâmetros é algo quase impossível de ser contido diante das formas ocultas de manifestação no ordenamento. Contudo, como modelo indominável, o direito penal do autor cai em contrassenso por não oferecer garantias quanto à segurança jurídica, não podendo, sequer, exigir isso dos seus inimigos. O elemento de freio do Direito Penal do Inimigo pode ser encontrado no Direito Penal do fato e na punição pelo crime e não conforme o autor.

Além do que, a limitação do poder punitivo estatal se torna essencial e indispensável na manutenção do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Samuel Miranda. *Drogas aspectos penais e processuais penais* [Lei 11.343/2006]. São Paulo: Método, 2007.

BATISTA, Vera Mallaguti. *A construção do transgressor*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2003.

_____. *Difíceis Ganhos Fáceis: Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: ICC/ Freitas Bastos, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL, Decreto-Lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Planalto, Brasília, DF-2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 05 abr. 2012.

BRASIL. LEI N.º 11.343, de 23.08.2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. DOU de 24.08.2006.

BRASIL. LEI N.º 6368, de 21.10.1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. DOU de 22.10.1976. P. 14839.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601384/RS, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 10/09/2009, LEXSTF v. 31, n. 371, 2009, p. 506-508.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus nº 97.256. Relator: Ministro Ayres Brito. Rio Grande do Sul – RS, dez. 2010. RT, v. 100, n. 909, p. 279-333.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 97.976, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 09/03/2009, publicado em DJe-047 DIVULG 11/03/2009 PUBLIC 12/03/2009 RTJ VOL-00210-02 PP-00994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 99.890, Primeira Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. São Paulo- SP, DJe-232 Divulg. 10-12-2009 Public. 11-12-2009

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 103.595, Segunda Turma. Relator: Ministro Ayres Britto. São Paulo- SP, Acórdão eletrônico DJe-072 Divulg. 12-04-2012 Public. 13-04-2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 109.236, Primeira Turma. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. São Paulo- SP, DJe-032 Divulg. 13-02-2012 Public. 14-02-2012

CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff. *Estado e Política Criminal: A Contaminação do Direito Penal Ordinário pelo Direito Penal do Inimigo ou a Terceira Velocidade do Direito Penal*. Revista dos Tribunais, 867, jan/2008.

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

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil (Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006)*. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010.

GOMES, Luís Flávio. *Direito Penal do Inimigo (ou Inimigo do Direito Penal)*. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/Arquivoid_47.pdf> Acesso em: 31 jan. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. DAMÁSIO, Bárbara. *Liberdade provisória e tráfico de drogas*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> Acesso em: 27 mar. 2012.

GRECO, Luís. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. V. 13 n. 56. Set. – Out. 2005.

IEMINI, Matheus Magnus Santos. *Direito penal do inimigo: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 75, 01/04/2010. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619. Acesso em: 28 mar. 2012.

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

LOPES, Cláudio Ribeiro. *Constatações e considerações sobre o conceitos de inimigo no direito penal contemporâneo*. Revista de Ciências Penais, 14, 2011.

MARCÃO, Renato. *A liberdade provisória na visão do Supremo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-nov-12/liberdade-provisoria-traffic-drogas-visao-supremo>> Acesso em: 15 abril. 2012.

MARTÍN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007.

NEUMANN, Ulfrid. *Direito Penal do Inimigo*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 69, 2007.

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2008.

QUEIROZ, Paulo. *Comentários Críticos à Lei de Drogas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Drogas: aspectos penais e criminológicos: Drogas e Política Criminal: entre o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal racional*. Coordenação de Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Uso de drogas e sistema penal: Entre o proibicionismo e a redução de danos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Instituto Carioca de Criminologia. Revan. 2007.