

A POLÍTICA CRIMINAL ANTIDROGAS E O DIREITO PENAL DO INIMIGO.

Mateus Andrade de Araújo*, Erika Chioca Furlan*.

1. Estudante de IC da Fac.de Direito, da Universidade Presbiteriana Mackenzie.
2. Professora orientadora.

Resumo:

O presente trabalho tem por finalidade desvendar a seguinte questão: A seletividade punitiva da política criminal antidrogas se aproxima do Direito Penal do Inimigo? Tal levantamento se faz com o estudo da política antidroga, as reflexões teóricas da criminologia crítica, e o Direito Penal do Inimigo, teorizado por Günther Jakobs.

Assim, buscam-se identificar a evolução legislativa de combate às drogas no ordenamento jurídico nacional e desvendar o Direito Penal do Inimigo teorizado por Günther Jakobs. Destarte, finda descobrir se a seletividade punitiva é uma realidade bivalente, empregada na política criminal antidrogas e no Direito Penal do Inimigo, a ponto de aproximá-las.

O enfreteamento do tema se dá através de um estudo documental e bibliográfico, expresso no cotejo da doutrina pertinente ao tema, análise legislativa e dos dados estatísticos do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Dezembro de 2014, que permitiram confirmar a hipótese de pesquisa.

Palavras-chave: Tráfico de Drogas; Direito Penal do Inimigo; Seletividade.

Apoio financeiro: Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica - PIBIC/MACKENZIE.

Trabalho selecionado para a JNIC pela instituição: UPM

Introdução:

O capitalismo selvagem da pós-modernidade cria a figura do marginal, grupo de indivíduos que não se encontram inseridos na sociedade de consumo. O Estado de bem estar social foi deixado de lado, tomando-se forma a sociedade da exclusão. E é neste contexto que surge a “guerra contra as drogas”, termo utilizado por presidentes norte americanos nos anos setenta, para difundir no âmbito internacional a figura do inimigo da pátria (OLMO,1990).

Quando faz-se menção à pós-modernidade deve-se ter como referência o corte epistemológico desenhado pelo

sociólogo polonês Zygmunt Bauman, que não apresenta rigor numérico em sua definição, mas por sua vez é o mundo capitalista que surge com o fim do “Welfare State” – Estado de bem estar social (Bauman, 1998).

Nesta sociedade, sociedade de consumo, é que se pode identificar a existência de consumidores falhos que são vistos como criminosos e a pobreza um crime apenável com o cárcere. A guerra contra as drogas e a política de lei e ordem disseminam o pânico e trazem a tona a criminalização de uma classe. Assim, a lei de drogas possui uma face oculta que seria o controle social em sua face capitalista.

O estudo da política criminal de combate às drogas mostra-se primordial para a compreensão da justiça criminal, exercida tanto pelo poder judiciário como pelo poder executivo. Tal política é o maior vetor de criminalização dos novos tempos. Segundo informações do Ministério da Justiça o número de presos por tráfico cresceu de dezembro de 2007 a igual período de 2012, 111,00%, ou seja, a população carcerária presa por tráfico de drogas mais que dobrou nos últimos anos, e cresce em ritmo mais acelerado que as demais infrações.

Dos marginalizados vê-se a seletividade punitiva visto que os traficantes de drogas são pobres de baixa escolaridade. A eles estão reservados os rigores da lei penal e a proximidade com a corrente defendida pelo penalista alemão, Gunther Jakobs, intitulada Direito Penal do Inimigo (Moraes, 2006).

Logo, tem-se como objetivo identificar a evolução legislativa de combate as drogas no ordenamento jurídico nacional e desvendar o Direito Penal do Inimigo teorizado pelo penalista alemão Gunther Jakobs. Destarte, finda descobrir se a seletividade punitiva é uma realidade bivalente, empregada na política criminal antidrogas e no Direito Penal do Inimigo, a ponto de aproximá-las.

Metodologia:

O método empregado é o dialético, pois parte do colóquio entre autores e dados, o que torna mais assertivas as conclusões obtidas, visto que o norte neste estudo é traçar um paralelo entre a dada política criminal e o modelo teórico do Direito Penal do Inimigo.

A elaboração do presente artigo funda-se amparado pelo método dialético, consistente na interpelação de autores. A fonte precípua seria a pesquisa bibliográfica para se estabelecer os conceitos, terminologias, sua aplicabilidade e aceitação pela comunidade acadêmica.

De logo, procedeu-se a um levantamento histórico embasado na obra de Rosa Del Omo (1990), criminalista venezuelana, sumidade no estudo da política proibicionista das drogas na América Latina. É possível identificar que os grandes trabalhos acadêmicos usam sua obra como referencial teórico, o que nesse artigo se reflete certo.

Posteriormente, os conceitos deveriam tomar conta da pesquisa. As definições deveriam ser trazidas a luz. Assim, cotejou-se a doutrina nacional mais atenta ao tema em Salo de Carvalho, Graco Filho, Juarez Cirino dos Santos, Manuel Cancio Meliá, Cezar Roberto Bitencourt e Maurides de Melo Ribeiro. A visão crítica fica a cargo de Zaffaroni, penalista argentino, bem como a criminologia crítica de Baratta, de Vera Malaguti Batista e de Nilo Batista.

Ao que pese a análise documental convém realçar que a legislação nacional sobre drogas foi esmiuçada desde o império até os dias atuais como forma de compreensão da política de controle e seus reflexos observados no levantamento feito pelo Ministério da Justiça no que tange a situação carcerária nacional.

A este modo, o referencial teórico bibliográfico e documental foi edificado para, no crivo da dialética, estabelecer um paralelo entre a política criminal antidrogas e o direito penal do inimigo. O ponto central da discussão foi saber se a seletividade punitiva opera na política antidrogas ao ponto de se aproximar ao direito penal do inimigo de Günther Jakobs.

Resultados e Discussão:

Em seu funcionalismo o Direito Penal de Jakobs é a resposta do Estado para reafirmar a vigência da norma violada. Assim, *“a pena se justifica como a reação ante a infração de uma norma e deve, por isso, ser definida positivamente”* (BITENCOURT, 2013). Diante desta premissa, qual seria a finalidade (entendimento e sistematização) do Direito Penal? Para Jakobs seria justamente reafirmar a vigência da norma.

Este entendimento acarreta em uma desagregação dos bens jurídicos relevantes (perde substancialmente o seu conteúdo material), tuteláveis pela norma penal, visto que em primeiro lugar o Direito Penal protege a norma, e em segundo plano os bens jurídicos.

Como referido, *“para Jakobs, o verdadeiro bem jurídico penal a ser protegido é a validade fática das normas, pois só assim se pode esperar o respeito aos bens que interessam ao indivíduo e ao convívio social”* (JAKOBS, 1995, apud BITENCOURT, 2013).

Para o autor a pena ostenta caráter estritamente de prevenção geral positiva, na medida em que confessa a já mencionada influência sociológica de Luhmann. Por seguinte lógico, a pena corresponde a uma expectativa social para se alcançar a *estabilização das expectativas normativas* (fenômeno de psicologia social) (JAKOBS, 1995, apud SANTOS, 2016).

Zaffaroni e Batista, em sua obra destinada ao estudo do Direito Penal brasileiro, negrita que se entendermos ser a finalidade da pena a prevenção geral positiva o Direito Penal passaria a se atrelar com a opinião pública. *“Segundo ela, uma pessoa seria criminalizada porque com isso a opinião pública é normalizada ou renormalizada, dado ser importante o consenso que sustenta o sistema social”* (ZAFFARONI, 2003). Vejamos, que *“na prática, tratar-se-ia de uma ilusão que se mantém porque a opinião pública a sustenta, e convém continuar sustentando-a e reforçando-a porque com ela o sistema penal se mantém: ou seja, o poder a alimenta para ser por ela alimentado”* (ZAFFARONI, 2003).

Mas qual seria o limite de um sistema autopoietico? *“A estrita medida da necessidade é a estrita medida de algo que não tem limites”* (ZAFFARONI, 2007).

O Finalismo exacerbado de Günther Jakobs nada mais é do que a resposta teórica para o Ideário de Segurança Nacional aonde a guerra legítima a era das exceções.

A construção filosófica e política da figura do inimigo não é algo recente. Filósofos de peso como Immanuel Kant e Thomas Hobbes já buscavam em suas reflexões desvendar este conceito jurídico. Para ambos o inimigo, ou o hostil, seria um determinado indivíduo, assim entendido – *réu de alta traição* (JAKOBS, 2008). Este entendimento não foi seguido de forma unânime e passaria por Jean-Jacques Rousseau e Johann Gottlieb Fichte.

Assim, seja o inimigo de alta traição, os assassinos, outro Estado ou qualquer criminoso é visível que a figura do inimigo sempre teve uma roupagem filosófica, o que não é diferente em Günther Jakobs. Em sua obra, Jakobs faz referencia à atividade terrorista como trações de hostilidade. Seriam estes, então, os inimigos de Jakobs. “Tentando adaptar esse raciocínio à realidade brasileira, poderiam ser considerados como inimigos, por

exemplo, os traficantes que praticam o comércio ilícito de drogas, principalmente nas grandes cidades” (GRECO, 2016).

Logo, o Direito Penal do inimigo estaria pautado em duas categorias de seres humanos – os cidadãos e os inimigos, “cujos postulados transitam dos princípios do democrático Direito Penal do fato e da culpabilidade para um discriminatório Direito Penal do autor e da periculosidade” (SANTOS, 2016).

Conclusões:

A dicotomia em Günther Jakobs teorizada em sistemas penais em um mesmo ordenamento jurídico destoa da clássica ideia de igualdade. Vislumbram-se dois tipos de autor (inimigo e cidadão) com status jurídico diferenciado aonde inimigo e cidadão não são visto de mesmo modo pela lei. Esta seria o fim da igualdade formal.

Às avessas, tal teoria fere diretamente o Estado Democrático de Direito, a ideia de República e qualquer pacto internacional sobre direitos humanos, visto que a igualdade é princípio basilar de qualquer Estado liberal.

Ante o exposto, a criminologia clássica surgiria com a seguinte indagação: Quem seria o criminoso? Pois bem, com base no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Dezembro de 2014, a população carcerária é em sua maioria negra (61,67%), jovem entre 18 e 29 anos (55,07%), do sexo masculino (94,2%), de baixa escolaridade, visto que analfabetos ou letrados que cursaram só o ensino fundamental são 75,08% dos reclusos. Outro relato expressivo é que 28% das condenações são pela prática do crime de tráfico de drogas. De logo, traça-se um estereótipo do sistema penal brasileiro.

Para Juarez Cirino dos Santos (2016) a seletividade punitiva existente em qualquer sistema penal deixou de ser analisado por Günther Jakobs, que a omitiu. As teorias etiológicas da criminologia, no que se destaca *Labeling Approach*, buscaram estudar as causas que levam a delinquência e quem seriam os infratores, não estaria presente no estudo do modelo defendido por Jakobs. (SANTOS, 2016, P.114-15).

A este modo, o Direito Penal do Inimigo deixa de estruturar um pensamento criminológico e sucumbe por uma métrica pouco aprimorada, se unindo a qualquer política repressiva. É a exata medida do Estado de exceção, ao ponto de legitimar a segregação dos inimigos. Assim sendo, a política bélica de combate às drogas seleciona o inimigo e o direito de Jakobs estrutura no

campo jurídico a segregação e neutralização do inimigo.

Günther Jakobs não chegou a mencionar a existência de uma seletividade punitiva por parte das agências de controle, na exata medida que também nunca a descartou totalmente. Assim, é possível concluir que tal Direito Penal por não possuir uma análise de fatores criminológicos sensíveis aceita qualquer filosofia de repressão.

O Direito Penal do Inimigo é um visível retrocesso ao Estado Democrático de Direito. A Constituição desta República jamais conviveria em paz com as desigualdades, visto que foi instituída justamente para combatê-las (art. 3º, incisos I e IV da Constituição Federal de 1988). O discurso de um Direito Penal desigual é lamentável. A tese da desigualdade formal na clara distinção entre inimigos e cidadãos contradiz o princípio democrático.

A negritude do cárcere é uma triste realidade. Assim deve-se questionar sobre o que difere o cárcere de hoje dos porões dos velhos navios negreiros que cruzavam o Atlântico? A resposta parece se limitar ao tempo. Então, “*Andrada! arranca esse pendão dos ares! Colombo! fecha a porta dos teus mares!*” (CASTRO ALVES, 1869).

Referências bibliográficas

BARATTA, Alessandro: **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Insitutito Carioca de criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo, n. 20, 1997.

BATISTA, Vera Malaguti. **Dífceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998. Inquietações da vida contemporânea e suas formas atuais de organização: uma relação de imanência.

BITENCOURT, César Roberto. **Manual de direito penal - parte geral**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**, 7ª edição. Saraiva, 07/2014.

FILHO, GRECO, Vicente, RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada Lei N. 11.343/2006**, 3ª edição. Saraiva, 01/2009.

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

FILHO, GRECO, Vicente. **Tóxicos - prevenção - repressão - Cometários à lei n. 11.343/2006**, 14ª edição. Saraiva, 08/2010.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>. Acesso em: maio de 2016.

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.

LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN – Dezembro de 2014. BRASIL, Ministério da Justiça. Disponível em www.mi.gov.br/depen. Acesso em maio de 2015.

MALAGUTI BATISTA, Vera. **Estudos Críticos sobre o sistema penal: A Escola Crítica e a Criminologia de Juarez Cirino dos Santos**. /Jacson Zillo, Fábio Bozza. Curitiba: LedZe Editora, 2012.

OLMO, Rosa Del. **A face oculta da droga**; tradução de Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

RIBEIRO, Maurides Melo. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas**, 1ª edição. Saraiva, 07/2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: www.icpcjur.com.br/images/direito_penal_do_inimigo.pdf. Acesso em: abril de 2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luíz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

ZAFFARONI, E. Raúl e BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991.