

## A ANÁLISE DA LEI N. 11.343/2006 SOB A ÓTICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

### ANALYSIS OF LAW N. 11.343/2006 UNDER THE OPTICS OF THE ENEMY'S CRIMINAL LAW

*Cândida Joelma Leopoldino<sup>1</sup>  
Mariana Hazt Lencina<sup>2</sup>*

**RESUMO:** O presente estudo tem por objetivo analisar a Lei n. 11.343/06 a partir da ótica da Teoria do Direito Penal do Inimigo e como ocorre a inserção deste dispositivo legal no ordenamento jurídico brasileiro. Utilizando-se tanto da obra de Jakobs, como de doutrinadores contrários à sua teoria, tentar-se-á entender a formação do Direito Penal do Inimigo e o problema em separá-lo do “Direito Penal do Cidadão”. Em que pese tal teoria não ser aceita no ordenamento jurídico brasileiro, o presente artigo demonstra suas características presentes na Lei de Drogas. Serão os principais dispositivos da Lei n. 11.343/06 que se mostram contrários às garantias e princípios constitucionais. Por meio de comparações entre teorias e discussões jurisprudenciais presentes acerca dos dispositivos da Lei n. 11.343/06, examinar-se-á de que modo incide na referida lei características da teoria desenvolvida por Günther Jakobs.

**Palavras-chave:** Direito; Inimigo; Constituição; Tráfico de Drogas.

**ABSTRACT:** The present study aims to analyse law n. 11.343/06 from the optics of the theory of the criminal law of the enemy and as the insertion of this legal device in the Brazilian legal order. Using both the work of Jakobs and indoctriners contrary to his theory, it will be trying to understand the formation of the criminal law of the enemy and the problem of separating him from the "criminal law of the citizen". In that weighing such a theory is not accepted in the Brazilian legal order, this article demonstrates its characteristics present in the drug law. Will be analysed as well the main devices of Law n. 11.343/06, which seems to be contrary to the constitutional guarantees and principles. Through comparisons between the theories and jurisprudence discussions about the devices of Law n. 11.343/06, it will be examined in which way it affects the aforementioned law of theory developed by Günther Jakobs.

**Keywords:** Law; Enemy; Constitution; Drug dealing.

**Sumário:** Introdução - 1 O Direito Penal do Inimigo - 1.1 O inimigo de Günther Jakobs - 3 A incidência do Direito Penal do Inimigo na Lei de Drogas n. 11.343/06 - 3.1 As restrições de direitos do crime de tráfico de drogas, em decorrência da sua equiparação a crime hediondo - 3.2 A vedação da liberdade provisória na Lei n. 11.343/06 e o posicionamento do STF - 3.3 O sistema garantista frente às características do Direito Penal do Inimigo e a Lei n. 11.343/06 – Conclusão – Referências.

<sup>1</sup> Coordenadora do Curso de Direito do Instituto Federal do Paraná - IFPR - *Campus* Palmas (PR). Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Integrante do Núcleo de Direito Cooperativo e Cidadania - NDCC da UFPR e Núcleo de Riscos Urbanos - NUPRU da Universidade Tecnológica Federal do Paraná – UTFPR – *Campus* de Pato Branco. E-mail: candida.leopoldino@ifpr.edu.br

<sup>2</sup> Graduanda do 10º período de Direito na instituição de ensino Instituto Federal do Paraná – *Campus* Palmas (PR).

## **A análise da Lei n. 11.343/2006 sob a ótica do Direito Penal do inimigo**

### **INTRODUÇÃO**

O ordenamento jurídico brasileiro encontra suas raízes no sistema garantista, sistema este conhecido pela ideia de normatividade forte das constituições, com princípios muito bem delineados na legislação, com o intuito de proporcionar maior segurança jurídica aos indivíduos. Todavia, para o presente trabalho, torna-se necessário o estudo de uma teoria oposta ao garantismo, denominada Direito Penal do Inimigo.

Günther Jakobs, por meio de fundamentos filosóficos, apresenta uma nova vertente do Direito Penal, passando a ser considerada a terceira velocidade do Direito Penal. O direito penal do cidadão confere ao autor do delito garantias e direitos que deverão ser respeitados no processo penal, para que, após sua condenação existam medidas menos rígidas que restabeleçam a ideia de segurança fornecida pelo contrato social.

Por outro lado, o direito penal do inimigo dirige-se aos indivíduos que se mostram persistentes no cometimento de delitos, sujeitando-os à retirada do caráter de pessoa, e sendo tratados meramente como inimigos, mitigando direitos como o grau máximo de reprovação estatal. Tal intervenção deve ocorrer antes mesmo da prática delitiva, pois trata-se de um direito direcionado ao futuro e não aos cometimentos de fatos passados. Busca-se, segundo Jakobs, a manutenção da ordem e do sentimento de segurança em sociedade, o que não poderia ser garantido com o inimigo em decorrência da sua periculosidade, devendo ser, então, coagido.

O objetivo do presente trabalho é demonstrar a existência de ideais do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente na Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06). Assim, será possível verificar a incidência da teoria de Jakobs no ordenamento pátrio, por meio de estudos históricos sobre o combate às drogas e principais fundamentos da Lei n. 11.343/06.

Por fim, objetiva-se entender quais os principais impactos da teoria sustentada por Jakobs na Lei n. 11.343/06, diante da existência de ideais basilares do direito penal do inimigo, através de dispositivos formulados por um modelo proibicionista, utilizando-se do Estado para a obtenção de respostas a curto prazo.

Cândida Joelma Leopoldino

Mariana Hazt Lencina

## 1 O DIREITO PENAL DO INIMIGO

### 1.1 O INIMIGO DE GÜNTHER JAKOBS

Jakobs não define o direito penal utilizando-se essencialmente da proteção a bens jurídicos, mas sim por meio da preocupação com a ‘vulnerabilização’ da vigência da norma (BITENCOURT, 2016, p.125). Como explica Bittencourt, “para Jakobs, o verdadeiro bem jurídico penal a ser protegido é a validade fática das normas, porque somente assim se pode esperar o respeito aos bens que interessam ao indivíduo e ao convívio social” (BITENCOURT, 2016, p. 126).

Utilizando-se da vigência da norma como proteção primordial, todos os associados ao contrato devem fazer seu papel no Estado, transmitindo cognição da segurança de um comportamento favorável às normas às quais se submeteram. Em momentos nos quais o cidadão descumpra a norma, não perde seu caráter, ou sequer sua obrigação estatal, de modo que haverá uma intervenção após o cometimento do fato, como forma de garantir a segurança jurídica e normativa (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 33). Nesse sentido, explica Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 05):

Assumida a classificação de criminosos em cidadãos e inimigos, JAKOBS não vacila em atribuir natureza descritiva ao conceito de inimigo – que designaria uma realidade ontológica do ser social, identificável por diagnósticos de personalidade e objeto de prognósticos de criminalidade futura –, propondo a distinção entre cidadãos e inimigos no âmbito da imputação penal, deste modo: a) o cidadão é autor de crimes normais, que preserva uma atitude de fidelidade jurídica intrínseca, uma base subjetiva real capaz de manter as expectativas normativas da comunidade, conservando a qualidade de pessoa portadora de direitos, porque não desafia o sistema social; b) o inimigo é autor de crimes de alta traição, que assume uma atitude de insubordinação jurídica intrínseca, uma base subjetiva real capaz de produzir um estado de guerra contra a sociedade, com a permanente frustração das expectativas normativas da comunidade, perdendo a qualidade de pessoa portadora de direitos, porque desafia o sistema social.

Portanto, o cidadão é aquele que atende as expectativas do Estado, podendo eventualmente cometer desvios que serão punidos de maneira proporcional. Por outro lado, o inimigo é insubordinado às normas impostas, apresentando risco à vigência normativa e à sociedade. Assim, aquele que for considerado inimigo perde o caráter de cidadão.

### **A análise da Lei n. 11.343/2006 sob a ótica do Direito Penal do inimigo**

Se o Direito Penal “do cidadão” mantém a vigência da norma (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 30), para cada ato delinquido haverá uma resposta estatal como forma de coação, a fim de que o pacto social seja mantido e disciplinado. Ainda que a pena resulte em uma reação, a coação científica o cidadão que a norma danificada continua forte (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 22).

Todavia, este Direito Penal descrito somente será aplicado aos cidadãos que não têm o costume de cometer crimes, devendo estes esporádicos atos serem tratados como meros desvios, possibilitando a recuperação destas pessoas (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 22).

Desta forma, a segunda vertente do Direito Penal, descrita por Jakobs, deixa de considerar o criminoso habitual como pessoa. Este indivíduo perde as garantias e direitos assegurados pelo Estado, de modo que seu julgamento será com base não em fatos passados, mas no combate a novas práticas infracionais. A diferença entre o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo é clara para Jakobs: o cidadão, apesar do delito cometido, ainda proporciona uma garantia cognitiva mínima de sua continuidade de submissão às normas impostas, mantendo ainda seu direito de ser considerado pessoa (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 33). O inimigo, por sua vez, não apresenta essa garantia cognitiva mínima, representando perigo e devendo ser neutralizado (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 43).

Ao escrever sobre o assunto, Zaffaroni, o qual demonstra-se contrário ao direito penal do inimigo sustentado por Jakobs, explica que a negação do caráter de pessoa ocorre não a partir privação de direitos, mas sim do seu tratamento como algo perigoso, necessitado de “pura contenção”:

Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos, etc) lhe sejam reconhecidos. Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um ente perigoso (ZAFFARONI, 2007, p. 18).

A partir das ideias de Jakobs, observa-se que se houver exceção para que seja aceita a prática da despersonalização do indivíduo diante de sua periculosidade,

**Cândida Joelma Leopoldino**

**Mariana Hazt Lencina**

o Direito Penal será passível de exercícios repetitivos, confrontando os ideais principiológicos do Estado democrático de direito pátrio.

Juarez Cirino dos Santos explica a proposta de pena para o inimigo de Jakobs, em contraposição ao cidadão (2012, p. 02-03):

a) a pena para o cidadão seria uma reação contra-fática dotada do significado simbólico de afirmação da validade da norma, como contradição ao fato passado do crime, cuja natureza de negação da validade da norma a pena pretende reprimir [...]; b) a pena para o inimigo seria uma medida de força dotada do efeito físico de custódia de segurança, como obstáculo antecipado ao fato futuro do crime, cuja natureza de negação da validade da norma a pena pretende prevenir.

Em sua crítica, Zaffaroni define as consequências da ideia de contenção e punição do Direito Penal do Inimigo:

A privação da liberdade – ou a deportação – de uma pessoa em razão de um quarto ou um quinto delito de gravidade leve ou média contra a propriedade, quando essa pessoa foi condenada e cumpriu pena pelos delitos anteriores, é uma reação totalmente desproporcional à entidade de seu injusto e de sua culpabilidade e, portanto, o sofrimento que se lhe impõe é uma pena entendida como mera contenção, um encerramento que cria um puro impedimento físico; trata-se de uma espécie de enjaulamento de um ente perigoso (ZAFFARONI, 2007, p. 18).

Diante do exposto, verifica-se que a exclusão do inimigo assentava-se em medidas urgentes, no entendimento inicial de aplica-lo a casos específicos, como em estado de guerra, porém, ao criar precedentes para este tratamento, o resultado fático é a prática comum e reiterada na sociedade.

No mesmo sentido é a observação de Fabricio Antônio da Silva (no prelo):

[...] a identificação destas não pessoas seria de grande valia para toda construção jurídica desenvolvida até esta quadra da história, pois, de acordo com o que expõe seu principal pensador, a ausência de distinção legal entre cidadãos e inimigos faz com que todo o ordenamento jurídico acabe sendo contaminado por um certo conteúdo de irracionalidade.

Diante do exposto, é possível concluir que alguns direitos, como o direito ao esquecimento, direito à imagem, vida privada e dignidade da pessoa humana não se encontram nas bases formadoras do modelo apresentado por Jakobs. Ainda que o sistema penal brasileiro siga em caminho contrário ao da recuperação do apenado, continuar perseguindo o indivíduo por sua dívida já paga com o Estado e com a

### **A análise da Lei n. 11.343/2006 sob a ótica do Direito Penal do inimigo**

sociedade fere a democracia e a segurança jurídica, afinal em algum momento aquele ser humano precisa deixar de ser punido.

Segundo as conclusões de Juarez Cirino dos Santos, Jakobs propõe um “duplo sistema de imputação”:

Ao introduzir no Sistema de Justiça Criminal a categoria do inimigo como um diferenciado tipo de autor de fatos puníveis, a proposta do direito penal do inimigo introduz também um duplo sistema de imputação penal e processual penal, assim concebido por JAKOBS: a) o sistema penal seria constituído por um Direito Penal da culpabilidade pelo fato passado de autores definidos como cidadãos, por um lado, e por um Direito Penal preventivo da medida de segurança pelo perigo de fato futuro de autores definidos como inimigos, por outro lado; b) o sistema processual penal seria dividido entre a imputação fundada no princípio acusatório para o cidadão, acusado com as garantias constitucionais do processo legal devido (ampla defesa, presunção de inocência etc.), por um lado, e a imputação fundada no princípio inquisitório para o inimigo, punido sem as garantias constitucionais do processo legal devido (defesa restrita, presunção de culpa etc.), com investigações ou inquéritos secretos, vigilâncias sigilosas, interceptação telefônica, escuta ambiental, prisões temporárias, proibição de contato com advogado etc., por outro lado (SANTOS, 2012, p.10).

Ademais, uma das premissas do direito penal de Jakobs é a punição prévia à lesão ao bem jurídico, o que, nas observações de Meliá, já se encontra presente nos ordenamentos jurídicos em razão da “expansão do Direito Penal”:

O ponto de partida de qualquer análise do fenômeno, que pode denominar-se de expansão do ordenamento penal, está, efetivamente, em uma simples constatação: a atividade legislativa em matéria penal, desenvolvida ao longo das duas últimas décadas nos países de nosso entrono tem colocado, ao redor do elenco nuclear de normas penais, um conjunto de tipos penais que, vistos desde a perspectiva dos bens jurídicos clássicos, constituem hipóteses de “criminalização no estado prévio” a lesões de bens jurídicos, cujos marcos penais, ademais, estabelecem sanções desproporcionalmente altas. Resumindo: na evolução atual, tanto do Direito penal material, como do Direito penal processual, pode constatar-se tendências que, em seu conjunto, fazem aparecer no horizonte político-criminal os traços de um “Direito penal da colocação em risco” de características antiliberais (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 56).

Meliá relaciona o Direito Penal do Inimigo com a essência do direito penal simbólico, ou seja, que “surge, imediatamente a ideia de que se inflige um dano concreto com a pena, para obter efeitos um pouco mais simbólicos” (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 58).

Assim, diante da exposição do punitivismo político, verifica-se a incidência do direito penal simbólico, vez que a inserção de normas radicais é feita a partir de uma visão de repercussão simbólica:

**Cândida Joelma Leopoldino**

**Mariana Hazt Lencina**

Assim, por exemplo, quando se introduz uma legislação radicalmente punitivista em matéria de drogas, isso tem uma imediata incidência nas estatísticas da persecução criminal (isto é, não se trata de normas meramente simbólicas, de acordo com o entendimento habitual) e, apesar disso, é evidente que um elemento essencial da motivação do legislador, na hora de aprovar essa legislação, está nos efeitos simbólicos, obtidos mediante sua mera promulgação. E, ao contrário, também parece que, normas que em princípio poderiam ser catalogadas de meramente simbólicas passam a ensejar um processo penal real (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 64).

Por fim, a identidade do inimigo não se restringe no seu passado delituoso, mas vai além, atingindo determinados grupos sociais, religiosos ou étnicos. A partir do momento que Jakobs separa o Direito Penal do Cidadão, dedicado ao bom cidadão, do Direito Penal do Inimigo, direcionado ao mau indivíduo, há um “etiquetamento” daquele que é considerado merecedor de direitos no Estado Democrático de Direito e uma identificação dos inimigos que merecem restrições a esses direitos.

### **3 A INCIDÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEI DE DROGAS N. 11.343/06**

#### **3.1 AS RESTRIÇÕES DE DIREITOS DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, EM DECORRÊNCIA DA SUA EQUIPARAÇÃO A CRIME HEDIONDO**

Após a edição da Constituição Federal de 1988 e sua menção aos crimes hediondos, tem-se uma onda de novas leis com descrições fortemente restritivas às garantias fundamentais. A Lei dos crimes hediondos (Lei n. 8.072/90) é um dos principais exemplos de políticas criminalizadoras e punitivistas, equiparando o crime de tráfico de drogas ao seu rol (RODRIGUES, 2006, p. 155).

O artigo 2º da Lei n. 8.072/90 equipara o crime de tráfico de entorpecentes aos crimes hediondos, ao mesmo tempo que dispõe sobre as restrições de direitos que o acusado e o condenado sofrerão, tais quais a impossibilidade de concessão de anistia, graça ou indulto, ou mesmo de fiança. Ainda, determina-se um maior período de cumprimento de pena para progressão de regime e um prazo muito elevado para a prisão temporária. Ademais, a Lei de drogas n. 11.343/06, em seu artigo 44, reforça as restrições de direitos e garantias impostas pela Lei dos crimes hediondos:

## **A análise da Lei n. 11.343/2006 sob a ótica do Direito Penal do inimigo**

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

Com relação ao instituto da prisão temporária, importante salientar brevemente que este será aplicado quando restar demonstrado que a liberdade do investigado pode prejudicar ou impossibilitar o andamento da investigação e a coleta do acervo probatório (LOPES JR, 2016, p. 691).

A prisão temporária possui prazo máximo de duração previsto na Lei n. 7.960/89, sendo 05 dias prorrogáveis por igual período. Todavia, o artigo 2º, § 4º, da Lei n. 8.072/90 estipula que o prazo da prisão temporária para crimes hediondos e equiparados (como no caso do tráfico de entorpecentes) poderá ser de 30 dias, prorrogáveis por igual período. Desconsiderando os limites da razoabilidade, o legislador fixou na Lei n. 11.343/06, em seu artigo 51, o prazo de 30 dias para conclusão do inquérito, quando o indiciado estiver preso e 90 dias, quando solto. Ainda, o parágrafo único do mesmo artigo declara a possibilidade de duplicação destes prazos, mediante pedido justificado da autoridade policial judiciária.

Para o caso em análise, partindo de um entendimento crítico sustentado por Aury Lopes Júnior com relação ao prazo para conclusão do inquérito policial previsto pela Lei n. 8.072/90, quando o indiciado estiver preso, deveria ser a prisão temporária convertida em prisão preventiva, para que o autuado seja removido para o estabelecimento prisional adequado. Ainda assim, Aury Lopes Júnior sustenta:

Ainda que a lei preveja a possibilidade de prorrogação por igual período, entendemos que na prática ela jamais deveria ocorrer. O prazo inicial já é excessivamente longo, muito além do necessário para que a polícia realize as diligências imprescindíveis que exijam a prisão do imputado (LOPES JUNIOR, 2016, p. 129).

Diante da previsão legal de prazos muito maiores para a duração da prisão temporária e conclusão do inquérito policial do que aqueles estabelecidos pelo Código de Processo Penal, tem-se a clara aplicação do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico Brasileiro. Jakobs defende a antecipação da pena ao inimigo (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 67), e isso se torna evidente na concordância estatal

**Cândida Joelma Leopoldino**

**Mariana Hazt Lencina**

com o desrespeito ao devido processo legal e à privação do direito à liberdade na vigência do artigo 51 da Lei n. 11.343/06.

Estas previsões legais, tanto na Lei de Crimes Hediondos como na Lei de Drogas, seriam a configuração de um estado de exceção para garantir a vigência da norma ante a periculosidade do agente, segundo Jakobs, (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p.36) e como medida urgente, segundo a visão crítica de Zaffaroni (2007, p. 20). Ocorre que, no direito penal brasileiro, tal previsão não é uma exceção, mas sim uma aplicação reiterada.

### 3.2 A VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEI N. 11.343/06 E O POSICIONAMENTO DO STF

O artigo 44 da Lei n. 11.343/06 dispõe que “Os crimes previstos nos artigos 33, § 1º, e 34 a 37 desta Lei são infiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”.

A proibição da liberdade provisória estava inicialmente prevista na Lei de crimes hediondos, Lei n. 8.072/90. Todavia, por sua clara violação de direitos, a Lei n. 11.464/07 excluiu do inciso II do artigo 2º da Lei de crimes hediondos esta vedação. Conforme observa Cabette (2012, p. 01):

Agora o artigo 2º, II, da Lei 8072/90, somente impede a fiança, sendo que a concessão ou não da liberdade provisória sem fiança segue a regra geral da demonstração da necessidade processual da custódia, de acordo com os fundamentos da prisão preventiva (art. 312, CPP).

Ocorre que, na Lei de Drogas, a vedação da liberdade provisória permanece prevista, de modo que além de afrontar a Constituição Federal, vai também contra a Lei de crimes hediondos (CABETTE, 2012, p.01).

O STF, em decisão proferida no Habeas Corpus 104339, afirmou que a vedação da liberdade provisória na Lei n. 11.343/06 é inconstitucional, afirmando o ministro Gilmar Mendes na oportunidade que “é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência e do devido processo legal, dentre outros princípios” (NOTÍCIAS STF, 2012). Cumpre citar a ementa da decisão:

Habeas corpus. 2. Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, caput, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006. 3. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). 4. Construção cautelar mantida somente com base na proibição legal. 5. Necessidade de análise dos

**A análise da Lei n. 11.343/2006 sob a ótica do  
Direito Penal do inimigo**

requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea. 6. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida. (STF - HC: 104339 SP, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 10/05/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 05-12-2012 PUBLIC 06-12-2012)

A posição do STF restou esclarecida, deixando precedentes de que devem ser observadas as garantias fundamentais. Todavia o artigo 44 da Lei n. 11.343/06 se mantém intacto, considerando que a decisão do Habeas Corpus n. 104339 não produz efeitos de Ação Direita de Inconstitucionalidade, como foi o caso da ADI 3112 que declarou inconstitucional o artigo 21 do Estatuto, o qual negava a liberdade provisória aos acusados de posse ou porte ilegal de arma de uso restrito, comércio ilegal de arma e tráfico internacional de arma (NOTÍCIAS STF, 2007).

### 3.3 O SISTEMA GARANTISTA FRENTE ÀS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E A LEI N. 11.343/06

A proposta final é demonstrar as premissas do sistema garantista sendo atingidas por uma Lei infraconstitucional, através da comparação desta com os ideais da teoria do Direito Penal do Inimigo.

Imperioso explicar novamente a proposta de Günther Jakobs que, conforme a análise de Juarez Cirino dos Santos, seria uma aplicação de um duplo sistema de imputação, de acordo com a caracterização do autor inimigo e do autor cidadão (2012, p. 10). Nesse sentido:

O duplo sistema de imputação de JAKOBS suprime seculares garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito, como expressamente propõe: o processo contra o inimigo não precisa ter forma de Justiça (justizförmig), porque não é regido pelo processo legal devido; ao contrário, o processo contra o inimigo deve ter forma de guerra (kriegsförmig): é preciso destruir o terrorismo, ou, pelo menos, matar o terrorista, ainda que implique a morte de terceiros inocentes, segundo JAKOBS (SANTOS, 2012, p. 10).

Verifica-se que a proposta da Lei de Drogas nada mais é que um subsistema de Direito Penal e Direito Processual Penal, afinal, dispõe de prazos específicos e muito superiores para a conclusão de inquérito de réu preso, veda a possibilidade de “sursis, graça, indulto, anistia” e a conversão de suas penas em restritivas de direito, conforme artigo 44 da referida Lei, e ainda prevê em seu artigo 59 a inaplicabilidade das garantias constitucionais da presunção da inocência e do recurso em liberdade, ao possuir a seguinte redação: “nos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34

**Cândida Joelma Leopoldino**

**Mariana Hazt Lencina**

a 37, todos desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória”.

Com relação ao artigo 59 da Lei n. 11.34/06, o qual veda ao condenado recorrer em liberdade, o STF se manifestou favorável à concessão do recurso em liberdade, em decisão do Habeas Corpus 103529, prolatada em 03 de agosto de 2010. Conforme consta no acórdão, a fundamentação da sentença resumiu-se “unicamente no artigo 59 da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06), que reconduz ao artigo 594 do Código de Processo Penal (CPP)”, este último considerado inconstitucional e revogado pela Lei n. 11.719/08 (NOTÍCIAS STF, 2010). Em que pese a comparação na decisão do Supremo entre o artigo 59 da Lei de Drogas e um artigo já revogado e considerado inconstitucional, aquele se mantém intacto na legislação. Imperioso citar a ementa da decisão:

Assim, diante da manutenção do artigo 59 na Lei n. 11.343/06, tem-se a ofensa a alguns princípios integrantes do ordenamento jurídico brasileiro, como o da razoabilidade e da presunção da inocência.

Inicialmente, cumpre transcrever os artigos da Constituição Federal que asseguram algumas das garantias que na Lei de drogas são tratadas como medidas excepcionais:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

De acordo com o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, até o trânsito em julgado, presumir-se-á a inocência do réu. Portanto, a previsão legal de vedação ao recurso em liberdade afronta o princípio da presunção da inocência previsto constitucionalmente.

Ainda, o mesmo artigo fere o princípio da razoabilidade, uma vez que dita a todos indivíduos processados pelos crimes previstos nos artigos. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 do mesmo dispositivo legal, a impossibilidade do recurso em liberdade, com a ressalva da primariedade e bons antecedentes. Ou seja, segundo a disposição, não há análise do caso concreto, mas sim uma imposição àqueles que forem processados incorrendo em crimes previstos nos artigos supracitados.

### **A análise da Lei n. 11.343/2006 sob a ótica do Direito Penal do inimigo**

Luciana Boiteux descreve com clareza o risco evidenciado pela Lei n. 11.343/06 em seu tratamento diferenciado ao acusado e/ou sentenciado sem mencionar objetivamente a teoria do Direito Penal do Inimigo, todavia explicitando suas características:

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

Tal descrição se enquadra na proposta de punição e processamento discriminatório e desigual proposto por Jakobs, considerando o tratamento diferenciado imposto pela Lei de Drogas, em comparação com as garantias constitucionais e basilares do direito penal.

O modelo proibicionista do consumo e comercialização de entorpecentes ilícitos menospreza a utilização de políticas públicas e busca a intervenção estatal como resposta prática e rápida ao problema (RODRIGUES, 2006, p. 224).

Verifica-se a mesma proposta elaborada por Günther Jakobs, na qual define o tratamento diferenciados aos cidadãos e àqueles que não “prestam uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal”, em prol do “direito à segurança das demais pessoas” (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 42).

Claramente, assim como ocorre com a incidência do Direito Penal do Inimigo, o princípio da *ultima ratio* é substituído por uma medida “mais eficaz” diante da celeridade na sua resposta à sociedade (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 44), olvidando as graves consequências da aplicação deste sistema.

O inimigo de Jakobs é tratado com algo perigoso, havendo a necessidade de contenção (ZAFFARONI, 2007, p. 18). A crítica de Meliá vai além, apontando a junção do punitivismo e do direito penal simbólico:

Em efeito, a identificação de um infrator como inimigo, por parte do ordenamento penal, por muito que possa parecer, a primeira vista, uma qualificação como outro, não é, na realidade uma identificação como fonte de perigo, não supõe declará-lo um fenômeno natural a neutralizar, mas, ao contrário, é um reconhecimento de função normativa do agente mediante a atribuição de perversidade, mediante sua demonização. (...) Neste sentido, a carga genética do punitivismo (a ideia de incremento da pena como único instrumento de controle e criminalidade) se recompõe com a do Direito penal simbólico (a tipificação penal como mecanismo de criação de

**Cândida Joelma Leopoldino**

**Mariana Hazt Lencina**

identidade social) dando lugar ao código do Direito Penal do inimigo (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 72).

Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues critica de forma veemente a ausência da taxatividade e certeza na previsão legal para os crimes de consumo, comercialização e fornecimento de entorpecentes ilícitos, ao evidenciar que a Lei n. 11.343/06 admite a criminalização após a complementação de outro instrumento normativo, instrumento este que seria a parte principal do delito gravemente imputado.

Cumprе salientar que aos considerados traficantes, pela tipificação da Lei n. 11.343/06, estão especificadas as restrições de inaplicabilidade da fiança pelo artigo 44, a quebra da razoável duração do processo, uma vez que se o autuado estiver preso o prazo é de 30 dias para conclusão de inquérito com a possibilidade de duplicar o prazo pelos termos do artigo 51 e seu parágrafo único, bem como da prévia punição, nos termos do artigo 59 do referido diploma legal, uma vez que prevê “os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37, todos desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória”.

Pois bem, todos os institutos mencionados são garantias legais através de uma análise do caso concreto. Todavia, o artigo 44 da Lei n. 11.343/06 é uma reprodução ainda mais ampla dos objetivos da Lei dos Crimes Hediondos (n. 9.714/98), de modo que “houve uma obsessiva vontade de exasperar brutalmente a punição de determinadas infrações penais, ignorando-se, inclusive, os princípios do bem jurídico e da proporcionalidade” (BITENCOURT, 2016, p. 704).

Bitencourt, ao citar os crimes hediondos e equiparados, critica a ausência de observação aos princípios norteadores do direito penal com o objetivo de endurecer a resposta estatal:

O excesso de legislação extravagante, sem qualquer cientificidade, destruiu o que restava de harmonia e coerência no sistema criminal brasileiro, ignorou os *princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da lesividade do bem jurídico* e abandonou todo e qualquer critério que pudesse orientar a *primeira fase de individualização da pena*, a legislativa, renunciando, inclusive, o dever constitucional de adotar uma política criminal adequada aos postulados de um Estado Social e Democrático de Direito (BITENCOURT, 2016, p. 706).

Torna-se necessário mencionar que a Constituição Federal dispõe, em seu artigo 5º, XLIII, a possibilidade de "crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou

### **A análise da Lei n. 11.343/2006 sob a ótica do Direito Penal do inimigo**

anistia”, todavia não prevê a vedação dos demais institutos legais previstos nos artigos 44, 51 e 59 da Lei n. 11.343/06.

Conforme observa-se pela crítica de Ferrajoli (2002, p. 298), o princípio da retribuição penal garante uma punição posterior ao cometimento do crime e não anterior ou por critérios pessoais ou perfis estigmatizados. Porém, verifica-se que os indivíduos processados pelos delitos previstos nos artigos 33 a 37 da Lei de Drogas recebem um tratamento diferenciado, como se fosse uma resposta estatal divergente em razão da criação de um delinquente específico. Ou seja, a vedação de fiança, liberdade provisória e do recurso em liberdade (estes últimos com discussões jurisprudenciais já mencionadas), implica em um processamento penal em prisão preventiva, sem utilizar-se da análise dos requisitos necessários ou do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

A prisão preventiva, no ordenamento jurídico brasileiro, é tratada como exceção, sendo cabível somente quando não por possível a aplicação de outra medida cautelar, segundo o artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal. Todavia, a Lei n. 11.343/06 positivou a vedação da fiança e liberdade provisória, de modo que o encarceramento prévio não é visto mais como faculdade por meio da análise do preenchimento de requisitos legais.

Deste modo, impor na descrição legal que o indivíduo suporte o processo em prisão preventiva, sem a necessidade do preenchimento dos requisitos necessários para tal medida excepcional, nada mais é do que uma antecipação da pena e uma afronta aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e retribuição penal

Meliá entende necessário diferenciar pontos essenciais entre o Direito Penal e o Direito proposto por Jakobs, ainda que na teoria não apareça explicitamente:

Por isso, propor-se-ão duas diferenças estruturais (intimamente relacionadas entre si) entre –Direito penal- do inimigo e Direito penal: a) o Direito penal do inimigo não estabiliza normas (prevenção geral positiva), mas denomina determinados grupos de infratores; b) em consequência, o direito penal do inimigo não é um Direito penal do fato, mas do autor. Há que ser enfatizado, de novo, que estas características não aparecem com esta nitidez preto no branco, no texto da Lei, mas que se encontram sobretudo em diversas tonalidades cinzentas (JAKOBS; MÉLIA 2007, p. 75).

Verifica-se que alguns dispositivos da Lei n. 11.343/06 violam as bases do sistema garantista adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como princípios norteadores do Direito Penal pátrio. De acordo com a observação de Meliá

**Cândida Joelma Leopoldino**

**Mariana Hazt Lencina**

(2007, p. 75), o Direito Penal do Inimigo “denomina determinados grupos”, em razão do tratamento mais gravoso e diferenciado, consequência similar aos indivíduos processados por alguns dos crimes previstos na Lei de Drogas.

Assim, os dispositivos constantes na Lei n. 11.343/06 têm forte incidência das bases do Direito Penal do Inimigo, demonstrando um tratamento diferenciado aos indivíduos que praticam os delitos previstos no mesmo dispositivo legal. Além de se tratar de normas falhas que dispõem acerca da prática delitiva, as restrições de garantias individuais expressas na Lei de drogas demonstram um descaso com os princípios basilares do Direito Penal.

## **CONCLUSÃO**

Em contraste ao sistema garantista, verifica-se o modelo sugerido pelo jurista alemão, Günther Jakobs. A teoria do Direito Penal do Inimigo propõe a dualidade de sistemas, de modo que as garantias penais e processuais serão asseguradas aos cidadãos e mitigadas aos inimigos. A análise de Jakobs é feita não a partir de bens jurídicos tutelados, mas sim, como forma de assegurar a vigência da norma.

Assim, constata-se que, para Jakobs, o Direito Processual Penal torna-se o início da pena para quem delinque e, pelo grau de periculosidade apresentada, remove o seu caráter de cidadão.

A partir do momento em que Jakobs separa o Direito Penal do Cidadão, dedicado ao bom cidadão, do Direito Penal do Inimigo, direcionado ao mau indivíduo, será estimulada a identificação daquele que é considerado merecedor de direitos no Estado Democrático de Direito e o “etiquetamento” dos inimigos que merecem restrições a esses direitos.

Através destas análises, conclui-se que o maior intervencionismo da Lei de Drogas e a restrição de direitos e garantias fundamentais são compatíveis com a Teoria do Direito Penal do Inimigo desenvolvida por Günther Jakobs, sendo possível perceber o esquecimento da proteção a bens jurídicos e a forte incidência do direito penal simbólico descrito por Meliá.

Nota-se que a Lei de Drogas prevê disposições desproporcionais em relação ao consumo e o tráfico de entorpecentes, bem como restringe garantias mínimas de pessoas acusadas das práticas delitivas previstas nos artigos 33 ao 37 da Lei n. 11.343/06. Algumas das garantias mitigadas que foram abordadas estão previstas

### **A análise da Lei n. 11.343/2006 sob a ótica do Direito Penal do inimigo**

nos artigos 44, 51 e 59, do mesmo Diploma Legal, tais como a liberdade provisória, o prazo para conclusão de inquérito e para a prisão temporária em comparação com a previsão do Código de Processo Penal para os demais crimes, bem como a vedação do recurso em liberdade, salvo se o réu for primário.

Deste modo, observa-se a ocorrência de indícios da aplicação do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, frisa-se que Jakobs defende a antecipação da pena ao inimigo, medida que pode ser considerada como aplicada na mitigação dos princípios norteadores do Direito Penal com vigência dos artigos 49, 51 e 59, todos da Lei n. 11.343/06.

Cumpra salientar que, conforme exposto, apesar de existirem discussões jurisprudenciais acerca dos mencionados artigos, estes seguem vigentes no ordenamento jurídico.

Do mesmo modo, estas previsões legais, tanto na Lei de Crimes Hediondos como na Lei de Drogas, configurariam a aplicação da dualidade sistêmica proposta por Jakobs, ou seja, um estado de exceção para garantir a vigência da norma ante a periculosidade do agente. Ocorre que, no Direito Penal brasileiro, tais medidas não são exceções, tornando reiterada a aplicação da dualidade sistêmica.

Se o objetivo da Lei de Drogas era a redução do consumo de entorpecentes e o controle da comercialização ilícita, não há uma certeza de sua eficácia. Todavia, por intermédio do estudo realizado, a aplicação desta Lei resulta na mitigação de direitos e garantias fundamentais como desculpa para a falsa sensação de segurança social, resultando no “etiquetamento” do inimigo e exemplificando a prática do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro.

### **REFERÊNCIAS**

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte geral. 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 19 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras

**Cândida Joelma Leopoldino**

**Mariana Hazt Lencina**

providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 12 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 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. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 18 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 103529SP. Pacientes: LIDIANE VIANA SILVA e SILVIO FRAZZATTO. Coator: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: CELSO DE MELLO. Brasília, DF, 03 de agosto de 2010. **Acórdão Eletrônico**. Brasília, 13 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=103529&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 104339SP. Paciente: MARCIO DA SILVA PRADO. Coator: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 10 de maio de 2012. **Acórdão Eletrônico**. Brasília, 06 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=104339&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 17 Jul. 2017.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Três velocidades, um inimigo, nenhum direito. Um esboço crítico dos modelos de direito penal propostos por Silva Sánchez e Jakobs**. 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/três-velocidades-um-inimigo-nenhum-direito-um-esboço-crítico-dos-modelos-de-direito-penal-p>>. Acesso em: 27 Mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **STF decide que no crime de tráfico de entorpecentes proibição de liberdade provisória é inconstitucional**. 2012. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937312/stf-decide-que-no-crime-de-trafico-de-entorpecentes-proibicao-de-liberdade-provisoria-e-inconstitucional>>. Acesso em: 12 Jul. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. In: IX SIMPÓSIO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA ABDCONST, 9., 2010, Curitiba. **Anais...** IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst. Curitiba: Abdconst, 2011. p. 95 - 113. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acesso em: 03 Abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. 3. ed. Trad. Luiz Flávio Gomes et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

**A análise da Lei n. 11.343/2006 sob a ótica do  
Direito Penal do inimigo**

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: Noções e críticas. 2. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELIÁ, Manuel Cancio. Sobre o Estado atual da política Criminal: Diagnóstico: a expansão do Direito Penal. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: Noções e Críticas. 2. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NOTÍCIAS STF: **Regra que proíbe liberdade provisória a presos por tráfico de drogas é inconstitucional**. Brasília, 10 maio 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207130>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Supremo declara inconstitucionalidade de três dispositivos do Estatuto do Desarmamento**. Brasília, 02 Maio 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69810>>. Acesso em: 18 Jul. 2017.

PÊCEGO, Antonio José F. de S.; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Antecedentes e reincidência criminais**: necessidade de releitura dos institutos diante dos novos paradigmas do Direito Penal. 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=297b631a88835f89>>. Acesso em: 14 Ago. 2017.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. 273 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://comunidadesegura.org.br/files/controlepenalsobredrogasilicitas.pdf>>. Acesso em: 09 Set. 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Maio 2012. Disponível em: <[http://icpc.org.br/wpcontent/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wpcontent/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf)>. Acesso em: 12 Mar. 2017.

SILVA, Fabricio Antônio da. **Direito Penal do Inimigo e retórica**: um debate argumentativo entre defesa e ataque ao estado de direito. No prelo 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

*Artigo recebido em: Setembro/2017*

*Aceito em: Novembro/2017*