

**DIREITO PENAL DO INIMIGO:** o “traficante” e o Estado democrático de direito

Lília Machado de Bem<sup>1</sup>

Luiz Alexandre Velloso Botelho<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente estudo tem por escopo uma análise crítica a cerca da Teoria do Direito Penal do Inimigo proposta pelo jurista alemão Günther Jakobs, fundada em três principais pilares, quais sejam: adiantamento da punibilidade, recrudescimento das penas e relativização ou supressão de garantias processuais. Busca-se demonstrar que no Brasil, o principal expoente da referida teoria é a legislação antidrogas, Lei 11.343/2006, tendo-se a figura do “traficante” como o inimigo número um do Estado, e que mesmo não sendo a melhor solução, os indícios da teoria de Jakobs em nosso ordenamento revelam-se como uma tentativa de amenização dos anseios da sociedade quanto à crescente criminalidade, decorrente principalmente do tráfico de drogas. No entanto é de se ressaltar a forte mitigação da referida teoria na legislação brasileira face ao atual sistema democrático de direitos do Brasil, onde prevalece o Garantismo Constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITO PENAL DO INIMIGO. DIREITO PENAL DO CIDADÃO. JAKOBS. LEI 11.343/2006. GARANTISMO.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Instituto Vianna Junior - Juiz de Fora – MG. Cursa a pós-graduação *latu sensu* em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Gama Filho (RJ). Mestrando em Direito Público, tendo como área de concentração Acesso à Justiça pela UNINCOR de Três Corações/MG. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e com atuação principalmente no Tribunal do Júri. Atua também nos seguintes temas: direitos humanos e criminologia.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo promover uma reflexão sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo, do alemão Günther Jakobs, a partir de um confronto com o Garantismo Constitucional, e principalmente com determinados direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988. Bem como a presença desta teoria no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na Lei antidrogas, qual seja, Lei 11.343/2006.

Dessa forma, o primeiro item busca preparar o leitor para compreender a Teoria objeto deste estudo, bem como as críticas por ela sofrida, a partir principalmente, da visão de dois grandes autores: Eugênio Raúl Zaffaroni e Manoel Cancio Meliá.

O segundo item, por sua vez, trata especificamente da compatibilidade ou não da Teoria do Direito Penal do Inimigo com o garantismo constitucional brasileiro, a partir de apelo social desencadeado pelo discurso midiático atual.

Já o terceiro item faz promover uma reflexão acerca da presença real da concepção de Inimigo de Jakobs, na Lei 11.343/2006 mesmo que de forma mitigada.

Assim, o objetivo geral da presente pesquisa é promover uma reflexão acerca dessa teoria tão duramente criticada e ao mesmo tempo demonstrar sua presença na prática, em nosso ordenamento jurídico, precipuamente na Lei antidrogas mesmo que de forma já tão mitigada, a partir de algumas medidas processuais aplicadas no direito penal vigente. Nota-se que é de extrema relevância social a questão em debate, pois se trata da ponderação e flexibilização de garantias constitucionalmente instituídas.

## 1 DIREITO PENAL DO INIMIGO

### 1.1 A teoria do direito penal do inimigo por Günther Jakobs

A Teoria do Direito Penal do Inimigo desenvolvida por Günther Jakobs procura enquadrar aquele indivíduo considerado como desviante e que, portanto, não se adequa ou respeita as normas sociais e principalmente jurídicas penais, precipuamente no que tange ao cometimento de delitos considerados mais gravosos, como inimigos do Estado e perante a sociedade, pois nas palavras do próprio Jakobs (2012, p.40):

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

Quando se trata de aplicação do direito penal na visão de Jakobs há que se fazer primeiramente uma distinção de dois polos de imposição da norma penal: o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo; “dois tipos ideais que dificilmente aparecerão transladados à realidade de modo puro” (JAKOBS, 2012, p.21).

Então, essa distinção do Direito Penal em dois polos, segundo Jakobs (2012, p. 36) se dá da seguinte maneira:

o Direito Penal conhece dois pólos ou 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.

E na teoria Jakobsiana, a pena é coação e deve ser vista como resposta ao ato de uma pessoa racional que delinque em desautorização da norma, atacando sua vigência, neste sentido, a pena também significa que a afirmação do autor do fato é irrelevante e que a norma segue vigente sem alterações, para manter a configuração da sociedade. (JAKOBS, 2012).

Pode-se concluir então, que na teoria de Jakobs, deve-se fazer a distinção de “dois tipos de Direito Penal”, um para o cidadão e outro para o inimigo. Nesse sentido, de um lado, está o direito penal dirigido aos cidadãos, à pessoa, um sistema

no qual a pena tem a função de proteger a vigência da norma; de outra banda, há de haver um direito penal dirigido aos inimigos, desviantes por natureza, um sistema no qual a pena tem a função de eliminar um perigo concreto, iminente ou meramente passível de acontecer. Assim, o primeiro teria como destinatários, aquelas pessoas que incidentalmente delinquem, ou seja, abrangeria fatos isolados, contradições entre pessoa e norma jurídico-penal que existem de forma inevitável na vida em sociedade, mas que são ocasionais. Já o segundo sistema tomaria por destinatários aqueles que delinquem e desviam-se das normas de forma habitual, isto é, abarcam práticas reiteradas vinculadas principalmente à organizações criminosas, associações terroristas, tráfico de entorpecentes, criminalidade econômica, realidades na sociedade atual que devem ser combatidas de forma excepcional. Sendo assim, o direito penal do inimigo, aplicado àqueles indivíduos que se afastaram de forma duradoura ou ao menos de modo decidido do direito, e desta maneira não apresentam ou no mínimo aparentam, qualquer possibilidade mínima de reabilitação.

Finalmente, poderíamos resumir a teoria de Jakobs (2012, p. 47), em suas próprias palavras, traçando-se um paralelo entre o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Cidadão, da seguinte forma:

no Direito Penal do cidadão, a função da pena é a contradição, enquanto que no direito Penal do inimigo é a eliminação de um perigo. Sendo que, quem por princípio, conduz-se de forma desviada, não apresenta garantias de um comportamento pessoal. Por isso deve ser combatido como inimigo, e não tratado como cidadão. Trata-se de uma Guerra, e essa guerra tem lugar, como legítimo direito dos cidadãos, por exemplo, à segurança, mas diferente da pena, não é direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.

Fato é que a teoria Jakobsiana é bastante extremista, digamos que ao classificar pessoas entre cidadãos, sujeitos de direito e deveres, e inimigos, os quais não devem nem mesmo ser tratados como pessoas, ao contrário, devem ser excluídos, faz-se necessário nesse sentido uma relativização de direitos, uma diferenciação entre os membros de um mesmo estado, uma segregação social, etc.

e é exatamente por isso, que tal teoria é muito criticada, apesar de respeitada, por grandes Criminólogos, como se demonstrará.

## 1.2 A crítica de Manuel Cancio Meliá

Manuel Cancio Meliá (2012, p. 73 e 74) é um dos grandes e renomados autores a criticar a Teoria do Direito Penal do Inimigo “cuja discussão foi recentemente (re)introduzida por Jakobs, de modo um tanto macabro *avant la lettre* (das consequências) de 11 de setembro de 2001.”

Para Meliá (2012, p. 75), as principais características das políticas criminais adotadas mais recentemente podem se resumir no conceito da “expansão do Direito Penal”. E o autor ainda revela que:

qualquer análise do fenômeno, que pode denominar-se a “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 do nosso entorno 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. (MELIÁ, 2012, p. 76)

Neste contexto, Cancio Meliá, passa a expor a teoria de Jakobs, como uma dessas fontes de expansão do Direito Penal nos ordenamentos jurídicos, ou seja, uma fonte que adota um sistema de maior intervenção, e cada vez mais, do Direito Penal.

O autor, como já dito, é contrário e diz como sendo ilegítima a aplicabilidade da Teoria Jakobsiana no Direito positivo, e neste diapasão nos revela (MELIÁ, 2012, p.89):

[...] duas razões fundamentais pelas quais, desde a perspectiva do sistema jurídico-penal atualmente praticado, o conceito de Direito Penal do inimigo só pode ser concebido como instrumento para identificar, precisamente, o não Direito Penal presente nas legislações positivas: por um lado, a função da pena neste setor, que

difere da do Direito Penal “verdadeiro”; por outro lado, como consequência do anterior, a falta de orientação com base no princípio do Direito Penal do fato.

Para mero esclarecimento, quando Meliá (2012, p. 89) refere-se ao “não Direito Penal”, estaria ele querendo dizer que se trata apenas de “um Direito Penal meramente formal, que difere estruturalmente da imputação que é praticada normalmente sob essa denominação”.

Quer isso dizer, que um Direito Penal do Inimigo, só é Direito no nome, quando comparado ao que habitualmente costuma-se denominar Direito, uma vez que tem por escopo a “eliminação” do autor do delito, considerado como inimigo, por sua probabilidade de voltar a incidir no mesmo fato, assim, pune-se mais por um perigo iminente do que absolutamente concreto, ou seja, não pelo fato praticado propriamente dito.

Para o crítico, no tocante à perspectiva adotada, do Direito Penal do inimigo, trata-se de uma “definição incompleta” que só se ajusta parcialmente à realidade “legislativa, política e da opinião publicada” (MELIÁ, 2012, p.96)

E neste sentido conclui em primeiro lugar, que o direito penal do inimigo se dá pelo “reconhecimento de função normativa do agente mediante a atribuição de perversidade, mediante sua demonização” e não pela sua identificação na realidade, como fonte de perigo (MELIÁ, 2012, p.96 e 97).

Logo após, Cancio Meliá (2012, p.98) conclui por uma segunda característica estrutural na classificação do inimigo, de que o que está na base para a tipificação de determinado fato penal, não é mais somente o fato em si, mas principalmente o autor do fato por pertencer a determinado grupo de inimigos. Assim sendo, o fato passa a ter caráter meramente secundário, enquanto o primordial é o autor/inimigo e deste modo “o princípio da legalidade e suas “complexidades” deixam de ser a referência essencial para a tipificação penal”.

O autor, ao abordar uma valoração do Direito Penal do inimigo, como parte integrante do ordenamento jurídico se pergunta retoricamente, se este deve ser aceito como instrumento inevitável de um Direito Penal moderno. E responde ao

próprio questionamento de forma negativa a partir de dois pontos (MELIÁ, 2012, p. 98):

em primeiro lugar, pode-se recorrer aos pressupostos de legitimidade mais ou menos externos ao sistema jurídico-penal no sentido estrito: não deve haver Direito Penal do inimigo porque é politicamente errôneo (ou: inconstitucional). Em segundo lugar, pode argumentar-se dentro do paradigma de segurança ou efetividade no qual a questão é situada habitualmente pelos agentes políticos que promovem este tipo de normas penais: o Direito Penal do inimigo não deve ser porque não contribui à prevenção policial-fática de delitos. Estes são, naturalmente, caminhos transitáveis, que de fato se transitam na discussão e que devem transitar. Porém aqui se pretende – em terceiro lugar– esboçar uma análise prévia, interna ao sistema jurídico-penal, em sentido estrito: o Direito Penal do inimigo (faticamente existente) integra, conceitualmente, o Direito penal?”

Frente a esta pergunta, o autor oferece uma resposta negativa, propondo duas diferenças principais, entre Direito Penal e Direito Penal do inimigo: de um lado o fato de que “o Direito Penal do inimigo não estabiliza normas (prevenção geral positiva), mas demoniza (igual exclui) a determinados grupos de infratores”, por outro lado, e em consequência, “o Direito Penal do inimigo não é um Direito Penal do fato, mas do autor”. E apesar de esta diferenciação na prática não ser tão facilmente assim percebida, pelo menos conceitualmente é possível a tentativa de se traçá-la. (MELIÁ, 2012, p.101 e 102)

Para Meliá (2012, p. 103), a teoria Jakobsiana propaga uma repressão extremamente mais severa àqueles considerados como inimigos, pois “se trata de comportamentos delitivos que afetam, certamente, os elementos essenciais e especialmente vulneráveis da identidade das sociedades questionadas.” E isto, no sentido não de um “risco fático extraordinário para esses elementos essenciais”, mas sim, em “um determinado plano simbólico.” E ainda afirma que Jakobs “representa uma teoria do delito e do Direito Penal na qual ocupa um lugar proeminente [...] o entendimento do fenômeno penal como pertencente ao mundo do normativo, dos significados, em oposição ao das coisas” e deste ponto de vista toda infração, supõe como resultado, a quebra da norma, ou seja, há a colocação em dúvida da vigência de tal norma, e assim a pena seria uma reação para reafirmar a validade de tal norma, ou seja, trata-se de “prevenção geral positiva”.

Diante de toda uma argumentação e exposição de idéias e fatos, a grande questão é responder de forma sucinta quanto à possibilidade de haver ou não o Direito Penal do inimigo concebido sob a ótica de Jakobs e segundo Câncio Meliá. Obviamente diante de todo o exposto, a resposta a esta indagação é a sua negativa, e em suas próprias palavras:

portanto, a questão de poder existir *Direito Penal* do inimigo se resolve negativamente, no plano da teoria da pena. Precisamente, da perspectiva de um entendimento da pena e do Direito Penal, com base na prevenção geral positiva, a reação que reconhece excepcionalidade à infração do “inimigo”, mediante uma troca de paradigma de princípios e regras de responsabilidade penal, é disfuncional, de acordo com o conceito de Direito Penal. [...]. O Direito Penal do inimigo praticamente reconhece, ao optar por uma reação estruturalmente diversa, excepcional, a competência normativa (a capacidade de questionar a norma) do infrator. (MELIÁ, 2012, p. 105 e 106)

Nesta perspectiva, segundo o discurso que legitima o Direito Penal do inimigo positivado, na discussão político-criminal, poder-se-ia concluir que existe “algo ‘menos’ que o direito penal da culpabilidade” (ou seja, uma reação necessária, mas realizada de forma técnica frente a um perigo analisado de modo neutro), “na realidade é algo ‘mais’ (a construção de uma categoria de representantes humanos do mal; algo mais grave que ser ‘simplesmente’ culpado).” (MELIÁ, 2012, p.106)

Conclusivamente, Meliá (2012, p. 107), destaca a “incompatibilidade do Direito Penal do inimigo com o princípio do direito penal do fato.”

Pois, em se entendendo o princípio do direito penal do fato como um princípio puramente liberal, de acordo com o qual os meros pensamentos não serão alvos de responsabilização penal, ou seja, rechaça-se um “Direito penal orientado na mera ‘atitude interna’ do autor”. (MELIÁ, 2012, p. 108)

Assim sendo, o mencionado autor diz que é estrutural esta divergência, assim como a função da pena, que a produz, e finaliza:

não é que haja um cumprimento melhor ou pior do princípio do direito penal do fato – o que ocorre em muitos outros âmbitos de ‘antecipação’ das barreiras de punição – mas que a regulação tem, desde o início, uma direção centrada na identificação de um

determinado grupo de sujeitos – os ‘inimigos’ – mais que na definição de um ‘fato’.

O direito penal do inimigo não é compatível portanto, com o direito penal do fato. (MELIÁ, 2012, p.109)

Ou seja, é mais do que claro, é evidente, que Manuel Cancio Meliá, por mais respeito que demonstre a Jakobs e sua teoria, posiciona-se duramente contra esta, pois encontra nela grandes afrontamentos ao Direito Penal, segundo ele, “verdadeiro”, pois não só a função da pena é desviada, como também o sentido que se dá ao inimigo, que na realidade não é de fato aquele que pode pôr em risco a sociedade e sua estrutura, como também esta teoria é incompatível com o Direito Penal do fato, no momento que pune por quem é o autor, e não pelo ato que cometeu.

### **1.3 O Inimigo no Direito Penal: crítica de Eugênio Raúl Zaffaroni.**

Assim Como Manuel Cancio Meliá, outro grande autor a tecer críticas à Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs é Eugênio Raúl Zaffaroni.

Para Zaffaroni (2007, p.18) “a essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito *lhe nega sua condição de pessoa*”. E assim, este inimigo apenas é tratado como um “*ente perigoso ou daninho*”. Neste sentido, quando se sugere uma diferenciação entre “cidadãos (pessoas) e *inimigos* (não-pessoas)” inevitavelmente referencia-se a indivíduos privados de pelo menos alguns direito individuais, assim apresenta-se uma primeira incompatibilidade entre a aceitação de um inimigo no Direito e o princípio do Estado de Direito.

Zaffaroni (2007) ainda assevera que não é de agora que o Direito Penal por admitir que alguns seres humanos são mais perigosos, busca segregá-los ou eliminá-los, passando a vê-los como coisas e não pessoas.

Para Zaffaroni (2007, p.81) verifica-se que sempre se controlou e reprimiu diferenciadamente os “iguais e os estranhos, os amigos e os inimigos. A discriminação no exercício do poder punitivo é uma constante derivada de sua seletividade estrutural”.

E ainda, diz o autor que:

a história do exercício real do poder punitivo demonstra que aqueles que exerceram o poder foram os que sempre individualizaram o inimigo, fazendo isso da forma que melhor conviesse ou fosse mais funcional – ou acreditaram que era conforme seus interesses em cada caso, e aplicaram esta etiqueta a quem os enfrentava ou incomodava, real, imaginária ou potencialmente. O uso que fizeram deste tratamento diferenciado dependeu sempre das circunstâncias políticas e econômicas concretas, sendo em algumas vezes moderado e em outras absolutamente brutal, porém os eixos centrais que derivam da primitiva concepção romana do hostis são perfeitamente reconhecíveis ao longo de toda história real do exercício do poder punitivo no mundo.”(ZAFFARONI, 2007, p.82).

Na visão de Zaffaroni (2007, p. 24) o tratamento de exceção é sempre invocado por “uma necessidade que não conhece lei nem limites”. E neste sentido “a estrita medida da necessidade é a estrita medida de algo que não tem limites, porque esses limites são estabelecidos por quem exerce o poder”.

Neste contexto, conclui:

tudo isso, se cola como uma limitação aos princípios do Estado de direito, imposta pela *necessidade* e em sua estrita medida. Sem dúvida, esta tática de contenção está destinada ao fracasso, porque não reconhece que para os teóricos – e sobretudo para os práticos – da exceção, está sempre invoca uma necessidade *que não conhece lei nem limites*. (ZAFFARONI, 2007, p. 161).

Assim, Zaffaroni (2007, p. 152 e 153) ainda afirma:

a admissão jurídica do conceito de inimigo no direito (que não seja estritamente de guerra) 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.

Conclui ainda, Zaffaroni (2007, p. 190), que o Estado de direito enquanto princípio ideal, não admite exceções de forma legítima, pois se assim fosse, estar-se-ia neutralizando-se sua função de instrumento orientador do direito penal “na dialética que opera no interior de todo Estado de direito real ou histórico como Estado de polícia.”

Portanto, pode-se dizer que na concepção de Eugênio Raúl Zaffaroni, admitir-se um Direito Penal do Inimigo é ir de encontro aos preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito. Assim, não se pode, em sua visão, admitir a categoria de inimigo, pois esse tratamento de exceção só é compatível com os Estados Absolutistas, pois nesse método penal, há um punitivismo extremo que visa a punição do agente considerado perigoso ou daninho, por uma concepção política, ou seja, de quem tem o poder, e não uma punição voltada estritamente à prática de um fato.

## **2 O INIMIGO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

### **2.1 O garantismo constitucional.**

Como se sabe, todo Estado de Direito é regido, principalmente, por sua Constituição, e no Brasil não é diferente. O Estado Democrático de Direito Brasileiro fundamenta-se na Constituição Federal de 1988, uma Constituição extremamente garantista, por assim dizer.

E nos ensina Luiz Régis Prado (2010, p. 115) que o garantismo se caracteriza essencialmente, pela distinção entre “ser e dever ser do Direito” e pela utilização do Direito e do Estado como meio/instrumento para garantir bens e direitos fundamentais ao cidadão.

Nessa linha de raciocínio, a Constituição Federal de 1988, traz elencado principalmente em seu artigo 5º, dentre os Direitos e Garantias Fundamentais, as principais garantias penais e processuais penais, exemplos do garantismo constitucional, no âmbito jurídico-penal, como o direito à ampla defesa e ao contraditório, ao devido processo legal, à individualização da pena, vedação ao juízo ou tribunal de exceção, dentre outros.

No tocante ao garantismo jurídico-penal em confronto com o Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs, daremos ênfase a dois princípios essenciais, que podemos dizer, são duas fontes de ilegitimação da Teoria Jakobsiana, quais sejam, o princípio da Individualização da Pena e o princípio da Intervenção Estatal Mínima, que passaremos agora a expor mais pormenorizadamente.

### 2.1.1 Individualização da pena

O princípio da Individualização da Pena está expressamente elencado entre os direitos e garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

**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:

(...)

**XLVI.** a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a. Privação ou restrição da liberdade;
- b. Perda de bens;
- c. Multa;
- d. Prestação social alternativa;
- e. Suspensão ou interdição de direitos;

A partir daí, Luiz Regis Prado (2010, p. 150) resumidamente define o princípio da Individualização da Pena como sendo: “em suma, a pena deve estar proporcionada ou adequada à magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente”.

André Estefam (2010, p. 298, 299), quanto à Individualização da Pena ainda menciona uma divisão, em três momentos distintos de individualização, e que segundo ele é voz corrente na doutrina, e assim perfaz essa divisão:

em primeiro lugar, constitui comando a ser obedecido pelo legislador, ao elaborar as leis penais. Significa que ele não pode retirar do magistrado os instrumentos necessários para que, no exame do caso concreto, possa aplicar a pena individualizadamente. De fato, não só este como todos os princípios constitucionais constituem, antes de tudo, parâmetros à atividade do legislador. Do mesmo modo que ele deve respeitar a individualização da pena, deve também atender à dignidade da pessoa humana, à legalidade etc.

Os dois outros momentos, contudo, são importantes a se destacar. Trata-se da aplicação e da execução da pena.

O Código Penal fornece ao juiz criminal inúmeros instrumentos para analisar o caso concreto e impor ao réu uma pena que leve em conta todos os aspectos do fato cometido (...). O princípio proíbe, portanto,

a aplicação sistemática da mesma pena a casos distintos, ou seja, a inflação de uma “pena-padrão”.

Durante o cumprimento da pena, do mesmo modo, a individualização deverá ser cuidadosamente respeitada. O Código Penal e a Lei de Execução Penal contêm diversos mecanismos que permitem individualizar o cumprimento da pena, dos quais se destacam o sistema progressivo (LEP, art. 112), a detração (CP, art. 42), a remição (LEP, arts. 126 e s.), o livramento condicional (CP, arts.83 e s. e LEP, arts.130 e s.).

Pelo exposto, claro está, que quando admitimos um inimigo em nosso ordenamento jurídico, ferimos frontalmente a garantia constitucional de Individualização da Pena, pois quando elegemos o traficante como o inimigo mor do Estado Brasileiro, cuja até a denominação tem extrema carga pejorativa e discriminativa, editamos as leis que a ele se aplicam de forma a puni-lo não se levando totalmente em consideração as peculiaridades de cada um e da conduta que praticou, mas o mais relevante tornou-se simplesmente o fato típico por ele praticado, qual seja, o tráfico de drogas.

### 2.1.2 Intervenção estatal mínima

Segundo Damásio Evangelista de Jesus (2009, p. 10) o Princípio da Intervenção Mínima objetiva:

restringir ou impedir o arbítrio do legislador, no sentido de evitar a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas, desumanas ou cruéis, a criação de tipos delituosos deve obedecer à imprescindibilidade, só devendo intervir o Estado, por intermédio do Direito Penal, quando os outros ramos do Direito não conseguirem prevenir a conduta ilícita.

Já André Estefam (2010) ainda afirma que a Intervenção Mínima surge com a Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, e atua como uma forma de limitar a atuação estatal no plano individual, fazendo com que essa interferência só aconteça quando estritamente necessária.

O autor ainda continua, dizendo que no Brasil, a intervenção mínima decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como do art. 5º, caput da CF/88

quanto ao fato deste declarar a inviolabilidade da liberdade, da vida, da segurança e da propriedade. (ESTEFAM, 2010)

Temos também, no mesmo viés, Luiz Regis Prado (2010, p.148 e 148) que aduz que, o princípio da intervenção mínima, atua como uma orientação político-criminal para limitar o *jus puniendi* e decorre “da própria natureza do Direito Penal e da concepção material de Estado Democrático de Direito”. Afirmando ainda, que o uso em excesso das sanções criminais não irão garantir maior proteção, pelo contrário, segundo afirma Prado, essa “inflação penal” irá é condenar “o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa.”

Outro grande autor a posicionar-se no sentido de conceituar o Princípio da Intervenção Mínima é Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 43), que o faz dizendo que tal princípio, também conhecido como *ultimaratio* é um orientador e limitador do poder de incriminação do Estado, e segundo o qual, a “criminalização de uma conduta só se legitima se construir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico”. Ou seja, se forem suficientes medidas administrativas ou civis para restabelecer a ordem jurídica violada, estas é que devem ser utilizadas, não se utilizando assim as medidas penais. Por este motivo é que a Intervenção Penal Mínima também é denominada como *ultimaratio*, pois o Direito Penal, apenas deve atuar quando os demais ramos do Direito forem incapazes de restabelecer a ordem, tutelando os bens jurídicos relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Neste sentido podemos então inferir, que a utilização do Direito Penal do Inimigo em nosso ordenamento jurídico vai totalmente de encontro à Intervenção Mínima, pois como se nota, há um excesso punitivo empregado a aqueles considerados como inimigos, que no ordenamento brasileiro, destacamos, é a figura do traficante, o qual é punido com maior rigor tendo assim algumas de suas garantias flexibilizadas ou até mesmo suprimidas.

## **2.2 A Legitimação da iniquidade de tratamento**

### **2.2.1 O discurso midiático penal**

Obviamente hoje, quando falamos em formação de opinião pública, não há outro meio tão eficaz de fazê-lo, quanto à mídia. Os veículos de comunicação em massa, como a Internet e principalmente a televisão são as maiores fontes de informação da sociedade, e, neste sentido, são também os maiores formadores da opinião pública, uma vez que são os meios mais eficazes de se levar a notícia dos fatos ocorridos no Brasil e no mundo até o cidadão.

Destaca-se neste contexto, que o poder de formação de opiniões exercido pela mídia deve-se principalmente à falta de consciência crítica da maior parte da população alvo do discurso midiático.

Esse poder exercido pela mídia não é diferente na esfera do Direito Penal. A superexposição de eventos propagadores do medo como ondas de terror ligadas ao crescente aumento da criminalidade faz com que a população alvo deste discurso midiático, clame cada vez mais por leis e medidas mais severas de contenção deste aumento. No entanto, é necessário aqui se destacar que atrás desta indução do clamor público por leis mais severas está obviamente o Estado, que neste sentido demonstra-se totalmente incapaz de conter a criminalidade por outros meios que não a aplicação de sanções penais cada vez mais gravosas, o que obviamente resta, mais do que claro, não ser a solução ideal para tais problemas.

Em relação à criminalidade, e a imagem que se tem desta através dos meios de comunicação de massa, podemos destacar Juarez Cirino dos Santos (2007, p. 698 e 699) que nos remonta ao Teorema de THOMAS, e assim o faz:

A teoria da linguagem permitiu descobrir o significado da projeção de imagens ou símbolos na psicologia do povo pelos meios de comunicação de massa, segundo o célebre teorema de THOMAS, assim formulado: situações definidas como reais produzem efeitos reais. Logo se imagens da realidade produzem efeitos reais, então seria desnecessário agir sobre a realidade para produzir resultados concretos, porque ações sobre a imagem da realidade seriam suficientes para criar efeitos reais na opinião pública – por exemplo, ações sobre a imagem da criminalidade têm sido suficientes para criar efeitos reais de alarme social, necessário para campanhas de lei e ordem desencadeadas com o objetivo de ampliar o poder político e legitimar a repressão penal, em épocas de crise social –, como a história da América Latina e do Brasil demonstram.

Neste sentido, em relação à influência midiática, Fernanda Otero Costa (2012, p. 82) também nos ensina:

o incremento da criminalidade nos últimos anos teve como consequência uma forte demanda por políticas criminais mais rígidas, exigindo-se do Estado respostas criminalizadoras e penalizadoras satisfatórias e eficientes. Está em voga nos meios de comunicação a utilização de expressões como *guerra contra o terror* ou também *luta contra a criminalidade*. Devemos ter em vista, no entanto, que a criminalidade é um problema da comunidade, que nasce na comunidade e que deve ser solucionado (ou ao menos tentar ser solucionado) pela comunidade. O problema criminal possui diversas raízes e acreditar que a resposta e a solução para o mesmo deve necessariamente ser encontrada no âmbito legislativo-penal é uma ilusão. A criação de leis mais rígidas nada mais é do que uma panacéia; a promulgação de tais leis não possui o condão de diminuir a prática delitiva.

Assim, também o é, eleito pelo discurso midiático, o inimigo mor do Estado brasileiro, qual seja, o traficante. A Lei 11.343 de 2006 é o exemplo atual mais evidente de quanto à criação de leis pode ser influenciada pelo clamor público contra a criminalidade, e este, influenciado sem sombra de dúvidas pela mídia.

Ora, se o tráfico é um dos delitos mais desencadeadores de outros delitos, no sentido de que muitas vezes o sujeito para conseguir a droga de que necessita irá cometer outros crimes como o furto, o roubo, o latrocínio, dentre outros, assim como também o traficante, por exemplo, na cobrança de dívidas do tráfico irá cometer práticas como o homicídio, tortura, ocultação de cadáver dentre outros, podemos então concluir que o tráfico ilícito de entorpecentes é um dos grandes responsáveis pelo aumento da criminalidade, e que a lei que o disciplina, com suas peculiaridades de maior rigidez, se legitima também pelo clamor social, influenciado pela mídia.

E no tocante à eleição de um inimigo com base nos discursos dos veículos de comunicação em massa, Cirino Santos (2007, p. 699) ainda demonstra que:

o estudo de *percepções e atitudes* projetadas na opinião pública permitiu descobrir os efeitos reais de *imagens da criminalidade* difundidas pelos meios de comunicação de massa, que disseminam representações ideológicas unitárias de *luta contra o crime*, apresentado na mídia como *inimigo comum* de todas as classes sociais(...).

Então, resta mais do que claro que a mídia e seu discurso influenciador da opinião pública, no que tange ao Direito e principalmente ao Direito Penal, é a maior fonte a legitimar o Direito Penal do Inimigo, uma vez que, o clamor social, esculpido pelo discurso midiático, é forte o suficiente para fazer com que o legislador posicione-se no sentido de cada vez mais endurecer a legislação penal, precipuamente no que toca ao tráfico de drogas, pois sempre vinculado ao aumento da criminalidade, a qual a sociedade deseja sempre combater.

Infere-se então, que o Discurso Midiático, é no Brasil o maior Legitimador do Direito Penal do Inimigo.

### **3 LEI 11.343/2006 COMO EXPOENTE MOR DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL.**

Ao longo deste estudo, sempre se referiu à Lei de Drogas Brasileira, Lei 11.343/2006, como o expoente da Teoria de Jakobs em nosso ordenamento jurídico, sendo o “traficante” o inimigo número um do Estado brasileiro. Então, a partir de agora, buscar-se-á demonstrar, efetivamente, partindo-se principalmente de uma análise evolutiva e minuciosa da legislação referente ao tráfico de drogas, para assim se comprovar, ser o traficante o inimigo no Brasil, como até aqui se mencionou.

#### **3.1 A evolução histórica da legislação antidrogas no Brasil.**

Segundo Néelson Hungria (1959, p. 134), por conta da crescente difusão do uso de substâncias tóxicas e a extensão do tráfico de drogas no cenário internacional (apresentando-se como um dos males que desrespeitam o “direito das gentes”), “várias Conferências ou Convenções foram realizadas no sentido de uma conjunta ação preventiva e repressiva entre as nações contra o flagelo” citando como exemplo, a Convenção de Haia (1912) e as de Genebra (1925, 1935 e 1936) ambas ratificadas pelo Brasil.

No entanto, para Salo de Carvalho (2013, p. 59) é lícito afirmar que mesmo que haja resquícios da criminalização de drogas no decorrer da história da legislação brasileira, é só na década de 40 que se verifica o nascimento da “política proibicionista sistematizada”. Diferentemente da criminalização esparsa, que apenas demonstra preocupação episódica com determinada situação, com a criação de sistemas punitivos autônomos que demonstram relativa coerência em seu discurso, ou seja, modelos criados “objetivando demandas específicas e com processos de seleção (criminalização primária) e incidência dos aparatos repressivos (criminalização secundária) regulados com independência de outros tipos de delitos” nota-se que as políticas de controle de drogas, passam a serem estruturadas.

Assim, segundo Saulo de Carvalho (2013, p. 60), com a publicação do Código Penal pelo Decreto-Lei 2.848/40 a matéria, já tratada pela Convenção de Genebra como retro mencionado, é recodificada sob o título de “comércio clandestino ou facilitação do uso de entorpecentes, cuja previsão encontra-se no art. 281 do mencionado diploma legal, *in verbis* (última redação antes da revogação):

**art. 281.** Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: (Redação dada pela Lei nº 5.726, de 1971)  
Pena - reclusão, de 01 (um) a 6 anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. (Redação dada pela Lei nº 5.726, de 1971)

A característica marcante do Código Penal de 1940 é a tentativa de preservação das hipóteses de criminalização junto às regras gerais de aplicação e interpretação da lei positivada, a partir do ensaio da Consolidação das Leis Penais na década de 1930. Porém, é a partir do Decreto-Lei 4.720/42 (que dispõe sobre o cultivo), e com a Lei 4.451/64 (que acrescenta a ação de plantar ao art. 281), que começa na legislação pátria, não só no que diz respeito às drogas, mas de maneira especial, aos entorpecentes, “amplo processo de descodificação, cujas

consequências serão drásticas para o descontrole da sistematicidade da matéria criminal (dogmática jurídico-penal)". (CARVALHO, 2013, p. 61).

O autor ainda afirma que "a década de 50 fomenta o primeiro discurso relativamente coeso sobre as drogas ilegais e a necessidade do seu controle repressivo" (CARVALHO, 2013, p. 61).

O artigo 281 do Código Penal é, podemos dizer o marco inicial da tipificação específica e positivada quanto ao tráfico de drogas. Tal artigo, ao longo de sua vigência, até chegarmos à Lei 6.368 de 1976 que o revogou, sofreu algumas alterações.

Como exemplo dessas alterações podemos citar:

I - A Lei 4.451/64 que assim como já antes mencionado, acrescentou ao tipo penal a ação de plantar; (CARVALHO, 2013).

II - O Decreto-Lei 159 de 1967, que iguala aos entorpecentes as substâncias capazes de determinar dependência física e ou psíquica (CARVALHO, 2013);

III - O Decreto-Lei 385 de 1968, quem codificou o art. 281 para criminalizar o usuário, impondo-lhe pena idêntica àquela destinada ao traficante, contrariando as orientações internacionais e rompendo com o discurso de diferenciação (CARVALHO, 2013);

IV - A Lei 5.726 de 1971 "que adequa o sistema repressivo brasileiro de drogas às orientações internacionais, marcando, definitivamente, a descodificação da matéria" redefinindo as hipóteses de criminalização, modificando o rito processual e inovando na técnica de repressão aos entorpecentes, que apesar de não mais incriminar o dependente, continua identificando o usuário ao traficante, passando a impor pena ainda maior, ou seja, reclusão de um a seis anos e multa (CARVALHO, 2013, p.67).

No tocante à Lei 6.368/76, diz Salo de Carvalho (2013, p. 69) que esta inaugura no Brasil um "modelo inédito de controle, acompanhando as orientações político criminais dos países centrais refletidas nos tratados e convenções internacionais".

As condutas tipificadas na Lei 6.368/76 não se diferem essencialmente daquelas encontradas nos dispositivos precedentes, principalmente do texto do art.

281 do Código Penal, com redação dada pela Lei 5.726/71. A diferença principal relaciona-se à graduação das penas, “cujo efeito reflexo será a definição do modelo político-criminal configurador do estereótipo do narcotraficante” (CARVALHO, 2013, p. 69).

Assim, passamos a ter o art. 12 da Lei 6.368 de 1976 tipificando a conduta do tráfico, e assim dispunha:

**art. 12.** Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – Reclusão, de três a quinze anos, e pagamento de cinquenta a trezentos e sessenta dias-multa.

No tocante a essa tipificação do tráfico na Lei 6.368/76, argumenta Salo de Carvalho (2013) que o artigo supramencionado, especificava diversas modalidades de conduta, não restringindo as penas do tipo somente à importação, exportação e venda de drogas, como no revogado tipo do art. 281 do Código Penal. Somam-se a estes verbos nucleares do tipo, as condutas de remessa, preparo, produção, fornecimento e transporte, implicando a elas tratamento penal ainda mais rígido, visto o amplo aumento das penas mínima e máxima e a ampla margem de discricionariedade conferida ao julgador, face ao largo lapso entre essas penas, qual seja de 3 a 15 anos.

Esse tratamento dado pela lei, e principalmente pelo judiciário quando da aplicação da lei que o conferiu o poder de discricionariedade devido à elasticidade do lapso entre as penas máxima e mínima, ocorre desta forma principalmente porque os destinatários da sanção penal são na maioria esmagadora das vezes, a juventude pobre e marginalizada da sociedade.

Nesse diapasão, Vera Malaguti Batista (1998, p.122), no tocante ao tráfico no Rio de Janeiro, mas que se aplica a realidade brasileira como um todo, nos ensina que:

a disseminação do uso de cocaína trouxe como contrapartida o recrutamento da mão de obra jovem para sua venda ilegal e constitui

núcleos de força nas favelas e bairros pobres do Rio de Janeiro. Aos jovens de classe média que a consumiam, aplicou-se sempre o estereótipo médico e aos jovens pobres que a comercializavam, o estereótipo criminal. Este quadro propiciou um colossal processo de criminalização de jovens pobres que hoje superlotam os sistemas de atendimento aos adolescentes infratores.

A visão seletiva do sistema penal para adolescentes infratores e a diferenciação no tratamento dado aos jovens pobres e aos jovens ricos, ao lado da aceitação social que existe quanto ao consumo de drogas, permite-nos afirmar que o problema do sistema não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da juventude considerada perigosa.

Outro ponto é que, a legislação sob análise ainda autonomiza a “associação para o tráfico” (art. 14), tipificando o concurso de pessoas com o fim de praticar o comércio de drogas ilícitas, reiteradamente. “Esta previsão independente, cuja pena é a de reclusão de 03 a 10 anos, agregada à possibilidade do concurso de delitos (art. 69 do CP) com o art. 12” demonstra a preocupação legislativa com o crescimento do tráfico de drogas no Brasil. (CARVALHO, 2013, p. 78).

Diante de todo o exposto, só podemos mais uma vez concluir que em nosso ordenamento está presente a figura do inimigo delineada por Günther Jakobs em sua Teoria do Direito Penal do Inimigo, mesmo que de forma mitigada, essa presença já permeava a antiga lei de tóxicos como acima demonstrado e continua a permear a novel Lei de Drogas, Lei 11.343/2006, como agora se passará a demonstrar.

### **3.2 Uma análise do “Traficante” na Lei 11.343 de 2006 como inimigo número um do Estado Brasileiro.**

Até aqui se afirmou sempre existir em nosso ordenamento jurídico a figura do inimigo do Direito Penal, como desenhado por Günther Jakobs em sua Teoria do Direito Penal do Inimigo, obviamente em nossa legislação essa figura está presente de forma mitigada, pois não há uma privação, como proposta por Jakobs, da qualidade de pessoa, pelo menos não no sentido dado por ele.

Mas voltamos a afirmar, ou melhor, reafirmar, que o inimigo existe e este é, sem sombra de dúvidas, o “traficante”. E demonstraremos essa presença a partir da análise da Lei 11.343 de 2006.

Assim, mais uma vez, reafirmando a até então defendida tese de que o inimigo está presente na figura do traficante, temos Salo de Carvalho (2013, p. 141) que diz:

a Lei 11.343/06 nivela a importância dos tratamentos penais entre usuários e traficantes, criando dois estatutos autônomos com respostas punitivistas de natureza distinta: alta repressão ao traficante de drogas, com imposição de severo regime de punibilidade (penas privativas de liberdade fixadas entre 05 e 15 anos); e patologização do usuário e do dependente com aplicação de penas e medidas.

Fundamental perceber, portanto, para que se possa dar a real dimensão às novas respostas punitivas trazidas pela Lei 11.343/06, que, apesar da crítica criminológica relativa ao fracasso da política hemisférica de guerra às drogas, não apenas a criminalização do comércio de entorpecentes e suas variáveis é mantida, como são aumentadas substancialmente as penas e restringidas as hipóteses de incidência dos substitutos penais.

Então, a partir de uma análise crítico - comparativa do tratamento dispensado ao traficante na legislação atual, demonstraremos o que até aqui já se afirmou, que na atualidade o traficante é o inimigo número um do Estado Brasileiro.

Temos então, o art. 33 da Lei 11.343 de 2006:

**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.

O supracitado dispositivo legal conta com 18 verbos nucleares em seu tipo, enquanto o antigo art. 281 do Código Penal contava com 11 verbos em seu tipo em sua redação original, e ao longo de sua vigência passou por alterações, acrescentando-se mais alguns verbos, chegando a 14 quando da sua revogação, e o art. 12 da revogada Lei 6.368 de 1976 já passava a possuir 18 verbos nucleares,

ou seja, nota-se a partir da tipificação do Tráfico pelo art. 281 do Código Penal, um aumento nas condutas abarcadas pelo tipo para que, cada vez mais, mais ações possam ser enquadradas como Tráfico Ilícito de Drogas.

Em relação à pena *in abstracto*, percebe-se um aumento gradativo desta, se no art. 281 do Código Penal (redação original) o lapso temporal mínimo e máximo das penas era de 01 a 05 anos de reclusão e pagamento de multa de dois mil a dez mil cruzeiros, passando a ser de 03 a 15 anos de reclusão e multa de cinquenta a trezentos e sessenta dias-multa na Lei 6.368/76, é agora de 05 a 15 anos de reclusão e multa de quinhentos a mil e quinhentos dias multa. Esse gradativo aumento, já demonstra de início uma preocupação com o tráfico de drogas, bem como a tentativa de diminuição deste pelo recrudescimento das penas.

Quanto a associação de pessoas para a prática delitiva, mais uma vez ao traficante é dispensado tratamento diferenciadamente negativo. No artigo 288 do Código Penal, a formação de associação criminosa, ou seja, a associação de 3 ou mais de três pessoas, para o fim de cometer crimes recebe pena de reclusão de 01 a 03 anos, sendo que a pena será aumentada até a metade se a associação criminosa for armada, ou se contar com crianças ou adolescentes, acorde com parágrafo único do art. 288 do Código Penal, alterado pela Lei 12.850/2013. Já na Lei de Crimes Hediondos, Lei 8.072 de 1990, em seu art. 8º, é de 03 a 06 anos de reclusão a pena prevista para a conduta do art. 288 do CP quando se tratar da prática de crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo, ou seja, os crimes equiparados aos hediondos.

No entanto, a Lei 11.343 de 2006, por ser específica quanto ao tráfico ilícito de drogas, é a que a ele se aplica essencialmente, mesmo em se tratando de um crime equiparado a hediondo, e, assim, mais uma vez temos o tratamento negativamente diferenciado no que tange ao traficante, pois o artigo 35 da referida lei prevê pena de reclusão de 03 a 10 anos e pagamento de setecentos a mil e duzentos dias-multa para a associação de duas ou mais pessoas para praticarem de forma reiterada, ou não, o tráfico de drogas. Ou seja, a pena máxima, além de ser maior do que a estipulada na Lei de Crimes Hediondos é, também, bem maior que a destinada à associação criminosa do art. 288 do Código Penal.

Como se não bastassem a pena aumentada em relação à associação criminosa do art. 288 do Código Penal, à associação criminosa armada do parágrafo único de art. 288 do Código Penal e à associação criminosa para a prática de crimes hediondos ou equiparados, a quantidade de agentes necessários para configurar a associação também é diferenciada negativamente, ou seja, na associação criminosa do art. 288 do Código Penal, exige-se a associação de três ou mais pessoas, ou seja, no mínimo três indivíduos, porém a associação na Lei de Drogas se dá pela união de duas ou mais pessoas, ou seja, bastam no mínimo dois agentes e está configurada a associação. Assim, demonstra-se novamente que o tratamento dispensado ao traficante é sempre mais severo.

Temos também, a Lei 8.072 de 1990, Lei de Crimes Hediondos, que se aplica subsidiariamente ao tráfico ilícito de drogas, por ser este crime equiparado a hediondo, e nesta lei temos já no art. 2º a vedação à concessão de graça, anistia e indulto, fiança, a obrigatoriedade de cumprimento da pena em regime inicialmente fechado, independentemente do *quantum* de pena *in concreto*, sendo que anteriormente o regime de cumprimento era integralmente fechado, até posterior alteração legal.

Há também a questão da progressão de regime quando da prática de crimes hediondos ou equiparados, como é o caso do tráfico, que de acordo com art. 2º, § 2º da Lei 8.072/90 só se dará após o cumprimento de 2/5 da pena, se o agente for primário e 3/5 se reincidente, diferentemente dos demais delitos, em que a progressão dar-se-á após cumprido 1/6 da pena, conforme art. 112 da Lei de Execução Penal, Lei 7.210 de 1984, ou seja, ao traficante é imposto lapso temporal mais gravoso para a progressão de regime.

Outro ponto que também demonstra a inequidade de tratamento destinado ao traficante é quanto à concessão de livramento condicional, conforme se extrai do art. 83, V, do Código Penal combinado com art. 44, parágrafo único da Lei 11.343/06 (apesar de o art. 44 ter sido declarado inconstitucional pelo STF, mas o lapso para a concessão do livramento condicional, descrito neste artigo é o mesmo que o descrito no art. 83 do CP), em que o livramento condicional dar-se-á após o cumprimento de 2/3 da pena, vedada a sua concessão se o agente for reincidente específico, assim

sendo, trata-se do lapso temporal mais gravoso para a concessão do livramento condicional.

Há que se destacar ainda, a questão da vedação à concessão de liberdade provisória ao traficante. Pois a Lei de Crimes Hediondos em seu art. 2º, II somente após a sua alteração pela Lei 11.464/07, passou a possibilitar tal benefício, desde que sem fiança, a todos os crimes hediondos ou equiparados. No entanto, o art. 44 da Lei de Drogas veda expressamente a concessão de tal benefício.

Ora, o diploma alterador (Lei 11.464/07) fez com que tal vedação constante na *Lex specialis* fosse derogada. Uma vez que o art. 2º da Lei de Crimes Hediondos passa a ter nova redação dada pela Lei 11.464/07, que, por sua vez, é posterior à lei 11.343/06 (motivo da derrogação).

Diante de todo o exposto, o que se percebe claramente, e que até aqui se afirmou diversas vezes, é que o tratamento destinado ao traficante é naturalmente mais rígido e baseia-se na inequidade, e o que se nota principalmente é que as peculiaridades do caso concreto são deixadas de lado, punindo-se o agente por ser ele traficante. Ou seja, resta mais do que evidente, que o traficante é o inimigo número um do Estado Brasileiro, e que a Lei 11.343/2006 é o expoente mor da teoria descrita por Günther Jakobs.

## CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, o que se pôde então, finalmente concluir, é que de fato o inimigo eleito no Brasil é o traficante, e assim deve continuar sendo, pois apesar de o recrudescimento das penas, do tratamento penal, processual e executório, não serem a solução para a criminalidade, uma vez que, enquanto houver usuário haverá tráfico e vice-versa, pois se trata da lei da oferta e da procura, o tráfico é o maior desencadeador de outros delitos tais como roubos, furtos, latrocínios, homicídios dentre outros, e, portanto deve ser tratado com mais rigor uma vez que é um dos grandes responsáveis pelo aumento da criminalidade.

A questão da criminalidade, já deixou de ser uma questão meramente penal, e a sua diminuição, certamente não depende do aumento do rigor punitivo, pois este só demonstra a incapacidade do Estado em gerir outros aspectos sociais da população, dando-lhes condições de igualdade para que não precisem recorrer ao crime e principalmente ao tráfico, aspectos estes tais como, saúde, educação e segurança. No entanto se o Estado é incapaz, como de fato realmente é, ainda não se encontrou outro meio de reprimir a criminalidade que não o cada vez maior, rigor punitivo, mesmo que para tanto tenha-se que flexibilizar certas garantias fundamentais individuais em prol da coletividade.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos Fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: ICC/Freitas Bastos, 1988.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Fernanda Otero. Aquém da paz e além da guerra: uma análise jurídica e sociológica do Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. ano 20, n.94, 2012, p.57-86.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1959.

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

JESUS, Damásio E. de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral, arts. 1º. a 120. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal**. V.1, parte geral. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.