

**DIREITO PENAL DO INIMIGO
E A GUERRA CONTRA O TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL**
**CRIMINAL LAW OF THE ENEMY
AND THE WAR AGAINST DRUG TRAFFICKING IN BRAZIL**

*Clara Maria Roman Borges**

*Vivian Von Hertwig Fernandes de Oliveira***

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo contribuir para o debate existente em torno do direito penal do inimigo, tendo como referência o contexto brasileiro de guerra contra o tráfico de drogas. Para isso, realiza uma breve análise do conceito e dos fundamentos do direito penal do inimigo e de sua incorporação na teoria de Sánchez como “terceira velocidade” do direito penal, identificando-o com o atual direito penal dirigido aos traficantes no Brasil. Em seguida, analisa algumas das críticas formuladas contra o direito penal do inimigo e, diante da verdadeira guerra travada contra os traficantes, propõe que se pense a questão do tráfico de drogas no Brasil a partir de uma nova perspectiva.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal do inimigo. Terceira velocidade do direito penal. Tráfico de drogas.

ABSTRACT: The present article aims to contribute to the existing debate surrounding the theme of criminal law of the enemy, with reference to the Brazilian context of war against drug trafficking. For this, it briefly examines the concept and fundamentals of criminal law of the enemy and its incorporation into Sánchez’s theory as “third gear” of criminal law, identifying it to the current criminal law aimed at drug traffickers in Brazil. Then, it analyses some of the criticisms stated against criminal law of the enemy and, considering the real war waged against drug traffickers, proposes to consider the issue of drug trafficking in Brazil from a new perspective.

KEYWORDS: Criminal law of the enemy. Third gear of criminal law. Drug trafficking.

* Mestre e Doutora pela Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Processual Penal no Curso de Graduação e no Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR. *E-mail:* romanborges@uol.com.br.

** Mestranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em “Ministério Público – Estado Democrático de Direito” pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. *E-mail:* vivianhfo@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Num contexto de crescente expansão do direito penal, fundamentada no discurso do aparecimento de novos riscos, na sensação social de insegurança, na falta de confiança nas tradicionais instituições responsáveis pela proteção de importantes bens jurídicos, é evidente a dificuldade de concretizar os princípios, as garantias e as regras de imputação típicas do direito penal liberal, voltado essencialmente à limitação do exercício do poder punitivo estatal.

Como explica Zaffaroni (2012, p. 307 e ss.), nesse contexto, a criminologia midiática cria um mundo de pessoas decentes frente a uma massa de criminosos, identificada através de estereotipados que configuram um “eles”, que devem ser separados do resto da sociedade, por ser um conjunto de diferentes e maus. A punição dos “eles” deve ocorrer para que os bons possam viver tranquilos, sem medos, dormindo de janelas e portas abertas, gozando de suas férias em paz. Na América Latina, a mídia, por meio de uma manipulação de imagens, associou o “eles” à imagem do traficante que ameaça os homens de bem, assim a sociedade passou a acreditar que o único perigo que espreita sua vida são os traficantes que controlam as periferias e favelas, portanto da sua eliminação passa a depender a segurança de todos. Neste momento, entra em ação o “neopunitivismo” (ou o velho punitivismo requentado), gestado nos EUA, que se globaliza e na América Latina se dirige principalmente à neutralização dos traficantes de drogas com a banalizada decretação da prisão preventiva e o aumento desproporcional das penas para suas típicas condutas, bem como a supressão das garantias processuais.

Sem dúvida, nesse cenário em que parece não haver freios à promulgação de normas penais com fins meramente simbólicos e ao punitivismo exacerbado e acelerado, que aparenta constituir a principal aposta na guerra contra o tráfico, a proposta do direito penal do inimigo formulada por Jakobs enseja inúmeras reflexões.

Defender a existência de um direito penal diferenciado, voltado a “inimigos”, a quem se nega o *status* de “pessoa” em razão da falta de segurança cognitiva que emana de seu comportamento, aplicando-se medidas de contenção que visam neutralizar sua periculosidade em detrimento das garantias processuais e materiais reconhecidas aos cidadãos, parece realmente assustador e inadmissível diante do tradicional discurso dos direitos humanos e do Estado Democrático de Direito.

Não por outro motivo, as críticas a esse pensamento geralmente são formuladas de maneira apaixonada e dramática, sem deixar qualquer espaço

para uma efetiva compreensão da teoria de Jakobs, bem como do seu importante diagnóstico: esse dito direito penal do inimigo ou qualquer outro nome que se dê a essa ordem legal que responde a uma guerra contra os considerados diferentes se encontra disseminado e dissimulado nos atuais sistemas penais, atuando sem qualquer limite nas sociedades ocidentais.

Assim, o presente excerto propõe-se a uma breve análise do conceito e dos fundamentos do direito penal do inimigo, da sua incorporação na teoria de Sánchez como “terceira velocidade” do direito penal e das respectivas críticas à possibilidade de reconhecimento de um direito penal do inimigo, denunciando sua presença na guerra contra o tráfico de drogas no Brasil.

2 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

Segundo Sánchez (2011, p. 29), em todas as legislações penais das sociedades pós-industriais há uma tendência dominante no sentido de sua “expansão”, caracterizada pela introdução de novos tipos penais e pelo agravamento dos já existentes, e que acaba resultando numa restrição ou reinterpretação das clássicas garantias penais e processuais penais. Nesse contexto, em que o debate na seara da política criminal passou das políticas abolicionistas e reducionistas à expansão do poder punitivo, acabou ganhando relevo o tema do inimigo da sociedade (ZAFFARONI, 2007, p. 13).

Meliá (2008, p. 55-56) explica que essa ideia de expansão do direito penal compreende os principais aspectos da política criminal dos últimos anos, pois o elemento mais marcante da evolução atual das legislações penais ocidentais consiste no surgimento de novos setores de regulação e na reforma, num ritmo bastante acelerado, de tipos penais vigentes. Segundo o autor (MELIÁ, 2008, p. 57), tal tendência político-criminal envolve dois fenômenos que constituem a linhagem do direito penal do inimigo: o “direito penal simbólico” e o que denomina de “ressurgir do punitivismo”.

Em relação ao primeiro, afirma que, quando utilizada em sentido crítico, a expressão “direito penal simbólico” se refere à criminalização levada a cabo pelos agentes políticos com o objetivo de tranquilizar a população, demonstrando a atenção dispensada pelo legislador às demandas sociais através da criação de normas penais destinadas muitas vezes a não serem aplicadas, mas cuja mera promulgação já produz efeitos simbólicos (MELIÁ, 2008, p. 57-60). Trata-se assim da criação de normas de forma instrumental pelo legislador, motivado primordialmente pela eficácia simbólica de sua mera aprovação.

Já no que se refere ao “ressurgir do punitivismo”, traduzido na concepção de novas normas penais destinadas a serem rigorosamente aplicadas e no endurecimento das penas e condições relativas às normas vigentes, Meliá (2008, p. 60) constata que se percebe “a existência, no debate político, de um verdadeiro ‘clima punitivista’: o recurso a um incremento qualitativo e quantitativo no alcance da criminalização como único critério político-criminal”.

Além disso, um dos aspectos mais importantes desse punitivismo, que fundamenta a expansão do direito penal, é o fato de que se encontra apoiado num consenso social geral, ou quase geral, em torno de uma suposta eficiência do direito penal para garantir a segurança e proteção efetivas da população (SÁNCHEZ, 2011, p. 32). Nesse sentido, de acordo com Andrade (2010, p. 264), não apenas setores politicamente conservadores, mas também os progressistas parecem cada vez mais atraídos pelas promessas penais “ilusionistas” de combate ao crime, segurança e tutela de direitos. Veja-se que desde os integrantes de uma elite econômica que procura manter o conveniente *status quo* aos movimentos sociais contestadores da opressora ordem vigente entoam inflamados discursos que defendem o avanço da criminalização e o aumento das penas, seja para punir os traficantes, os homofóbicos, os sonegadores ou os agentes políticos corruptos.

Ressalte-se ainda que o direito penal simbólico e o punitivismo não são fenômenos apartados, mas mantêm uma relação bastante próxima. Ao mesmo tempo que uma legislação punitivista, embora aplicada com rigor, pode ter sua aprovação motivada por efeitos simbólicos, normas em princípio consideradas meramente simbólicas podem gerar uma persecução penal real (MELIÁ, 2008, p. 64). No primeiro caso, aponta-se como exemplo a legislação brasileira que impõe severas penas às organizações criminosas¹, as quais têm sido aplicadas com rigor, mas cujo efeito se restringe a criar uma falsa sensação de segurança para a sociedade que, iludida, crê estar a salvo dos atos violentos e atrozos praticados pelas “empresas do crime”. No segundo caso, identifica-se a legislação que pune o preconceito étnico ou religioso², que em princípio tem um caráter simbólico, porque sua aplicação jamais colocará fim à discriminação, contudo pode ensejar um processo penal real, essencialmente em situações que ganham repercussão midiática.

Finalmente, Meliá (2008, p. 65) conclui que o direito penal do inimigo é o produto da “fraternal” relação entre o punitivismo e o direito penal simbólico.

¹ Lei nº 12.850/2013, que recentemente revogou a Lei nº 9.034/95, substituindo-a.

² Lei nº 7.716/89.

3 CONCEITO E FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Nesse contexto de expansão penal, a expressão “direito penal do inimigo” foi utilizada por Jakobs pela primeira vez³ em 1985 (GRECO, 2005, p. 81) para criticar o endurecimento legislativo das últimas décadas, referindo-se especificamente à criminalização no estágio prévio à lesão dos bens jurídicos (ZAFFARONI, 2007, p. 157).

Contudo, a partir de 1999, tendo em vista o perigoso avanço dessa tendência, o referido autor alterou seu posicionamento, passando, segundo Zaffaroni (2007, p. 157), a defender a legitimação parcial⁴ do direito penal do inimigo como estratégia para conter seu próprio crescimento, acendendo com isso o intenso debate a respeito do tema. Aliás, segundo o penalista alemão, o grande problema é que esse direito penal do inimigo tem seus fragmentos espalhados pelo direito penal geral, o que impõe confusão e permite que os infratores comuns sejam tratados como adversários do ordenamento jurídico, como indivíduos perigosos sujeitos à cassação de suas garantias de cidadão. Em resumo, essa dispersão do direito penal do inimigo no ordenamento penal geral abre espaço à sua descontrolada e perigosa expansão (JAKOBS, 2008, p. 43-44).

Para desenvolver o tema do direito penal do inimigo, Jakobs (2008, p. 33) parte da ideia de que o Estado moderno considera o autor de um fato delitivo “normal” não como um inimigo a ser destruído, mas como um cidadão que atentou contra a vigência da norma mediante sua conduta e que, diante disso, sofre a imposição coativa da pena, mantendo-se, assim, válida a norma, e reafirmando-se as expectativas normativas defraudadas pelo autor do delito.

Segundo o doutrinador alemão, para que uma norma efetivamente determine a configuração de uma sociedade, deve haver uma suficiente segurança cognitiva, ou seja, as pessoas devem ter a expectativa confirmada de que os demais

³ Segundo Meliá (2008, p. 64), embora tenha sido Jakobs quem introduziu o conceito de direito penal do inimigo na discussão mais recente, pode-se identificar antecedentes materiais dessa noção em outros momentos históricos.

⁴ No prólogo à obra *Direito penal do inimigo: noções e críticas* (JAKOBS, 2008; MELIÁ, 2008, p. 10), parecendo sustentar que apenas faz uma descrição do fenômeno (embora no texto efetivamente o defenda), Jakobs faz a seguinte afirmação: “A respeito desse diagnóstico [do aparecimento do indivíduo perigoso, o inimigo, e de seu afastamento enquanto não admite ser incluído numa constituição civil], submetido à discussão há anos, existem diversos posicionamentos [...], raras vezes afirmativos, na maioria das ocasiões críticos, chegando à concepção, surpreendente no âmbito da ciência, de que o diagnóstico dá medo e que sua formulação é indecorosa: certamente, o mundo pode dar medo, e de acordo com um velho costume, mata-se o mensageiro que traz uma má notícia, em face da mensagem indecorosa. Nenhuma palavra a mais sobre isso”.

se comportarão de acordo com a norma, não a infringindo. Caso contrário, ela não teria força suficiente para influir eficazmente na sociedade e acabaria se tornando uma “promessa vazia”. Isso também é válido no que tange à personalidade do autor de um fato punível, que é tratado como pessoa quando há uma expectativa de que, apesar do ato cometido, ele se conduzirá de forma geral como cidadão, mantendo-se fiel ao ordenamento jurídico (JAKOBS, 2008, p. 33-34).

Assim, no direito penal do cidadão, tanto o delito cometido por uma pessoa quanto a pena a que se encontra sujeito são meios de interação simbólica; nesse sentido, o fato punível como ato de uma pessoa racional significa um ataque à vigência da norma, enquanto a pena tomada como coação significa que a afirmação do autor do fato é irrelevante e que a norma permanece vigente sem quaisquer alterações, restando mantida a configuração da sociedade (JAKOBS, 2008, p. 22). A pena, nesse caso, realiza a função de prevenção geral positiva, demonstrando a manutenção da vigência da norma por meio da reação à sua infração (BITENCOURT, 2008, p. 98).

No entanto, quando a expectativa de um comportamento pessoal é violada de forma duradoura, há uma diminuição na disposição em tratar o autor do fato punível como pessoa, o que pode ser verificado, segundo Jakobs (2008, p. 35), pela análise da legislação de “luta” relativa à criminalidade econômica, terrorismo, criminalidade organizada, delitos sexuais, etc⁵. Nas palavras do referido autor:

Pretende-se combater, em cada um destes casos, a indivíduos que em seu comportamento (por exemplo, no caso dos delitos sexuais), em sua vida econômica (assim, por exemplo, no caso da criminalidade econômica, da criminalidade relacionada com as drogas e de outras formas de criminalidade organizada) ou mediante sua incorporação a uma organização [...] se tem afastado, provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa. (JAKOBS, 2008, p. 35).

Na realidade, diz o professor alemão que o Estado pode legitimamente tratar aqueles que cometem fatos delituosos de duas maneiras: considerando-os como pessoas que cometem um erro ao delinquir ou como indivíduos que, por meio de coação, devem ser impedidos de levar a ordem jurídica à aniquilação. Nesse sentido, aqueles que não oferecem segurança cognitiva suficiente em relação ao

⁵ Embora o autor se refira expressamente à legislação alemã, acreditamos que isso possa ser verdadeiro também em relação ao direito penal brasileiro, no que tange à “guerra contra as drogas”, por exemplo, conforme se abordará no decorrer do artigo.

seu comportamento não devem, em nome do direito à segurança titularizado pelos demais, ser reconhecidos e tratados como pessoa pelo Estado, nem poderiam ter expectativas de receber tal tratamento (JAKOBS, 2008, p. 42).

Aliás, Jakobs (2008, p. 35-36) afirma que, diante de um fato praticado por uma não pessoa, a resposta dada pelo ordenamento jurídico à violação da norma não objetiva compensar o dano causado pelo fato punível à sua vigência, estabilizando as expectativas normativas, como ocorre no direito penal do cidadão, mas sim eliminar um perigo. E na busca desse objetivo, a punibilidade retrocede para alcançar em parte os atos preparatórios e a pena acaba se tornando um meio de garantir a segurança diante de fatos futuros. Portanto, o inimigo não é alguém culpável pela violação da norma, mas alguém perigoso que deve ser neutralizado.

Deve-se ressaltar que, de acordo com Zaffaroni (2007, p. 161), o inimigo, na proposta de Jakobs, seria privado da condição de pessoa apenas na estrita medida da necessidade para neutralizar seu perigo, conservando-se seus outros direitos. Tratar-se-ia, desse modo, de um conceito limitado de inimigo, pois a despersonalização não seria total.

Em síntese, conforme explica Meliá (2008, p. 67), o direito penal do inimigo se caracteriza por três aspectos: (i) o adiantamento da punibilidade, vez que o ordenamento jurídico-penal atua prospectivamente, tendo como referência fatos futuros, e não de forma retrospectiva, sancionando o fato cometido, como faz o direito penal clássico; (ii) a desproporcionalidade das penas previstas; e (iii) a relativização ou mesmo supressão de determinadas garantias processuais.

Portanto, podem ser identificadas duas tendências no direito penal: o tratamento oferecido ao cidadão, que consiste na reação, após o cometimento do fato delitivo, com o fim de demonstrar a validade da estrutura normativa, e aquele dirigido ao inimigo, que pode ocorrer num estágio prévio à lesão, e que tem como objetivo conter sua periculosidade (JAKOBS, 2008, p. 37). Nesse contexto, Jakobs (2008, p. 21) destaca que o direito penal do inimigo e o direito penal do cidadão são modelos ideais que representam dois polos opostos presentes num mesmo contexto jurídico-criminal, de forma que é plenamente possível que se sobreponham na realidade fática. Assim explica que:

[...] inclusive no processamento de um fato delitivo cotidiano que provoca um pouco mais que tédio – Direito penal do cidadão – se misturará ao menos uma leve defesa frente a riscos futuros – Direito penal do inimigo –, e inclusive o terrorista mais afastado da esfera cidadã é tratado, ao menos formalmente, como pessoa, ao lhe ser concedido no processo penal os direitos de um acusado cidadão. (JAKOBS, 2008, p. 21).

Contudo, a introdução de fragmentos de direito penal do inimigo no direito penal clássico é bastante criticada pelo autor (JAKOBS, 2008, p. 43), conforme já mencionado, uma vez que tal entrelaçamento poderia levar a que se desse tratamento de inimigo aos que deveriam ser tratados como pessoas, o que seria mais danoso ao Estado de Direito que o próprio reconhecimento do direito penal do inimigo, desde que devidamente delimitado (JAKOBS, 2008, p. 49-50).

Nesse sentido, citando os atentados aos Estados Unidos ocorridos em 11 de setembro de 2001, Jakobs (2008, p. 37) afirma que, para que se possa manter o direito penal do cidadão com suas garantias clássicas, vinculadas à ideia de Estado de Direito, é preciso reconhecer que outro deve ser o tratamento dispensado aos terroristas, que deve ser denominado de forma distinta, como direito penal do inimigo ou guerra contida, sob pena de poder ocorrer uma mistura entre os conceitos de “guerra” e “processo penal” quando se inclui o inimigo na noção de delinquente-cidadão.

Portanto, parece bastante claro que, para além da constatação de uma situação que efetivamente ocorre na realidade, ainda que não com essa denominação, a defesa, por parte do professor alemão, do reconhecimento formal do direito penal do inimigo consiste numa estratégia voltada exatamente para sua contenção, pois a devida delimitação impediria que se alastrasse para o direito penal como um todo, o que possivelmente levaria à supressão de inúmeras garantias formais e materiais e, por conseguinte, à eliminação dos limites para o exercício do poder punitivo. Conforme aduz Zaffaroni (2007, p. 159), “a proposta de Jakobs [...] é da mais absoluta boa fé quanto ao futuro do Estado constitucional de direito”.

No mesmo sentido, Massimo Pavarini ressalta a boa intenção do penalista alemão ao reconhecer a existência de um direito penal não liberal, que se infiltra no Estado Democrático de Direito para defender a sociedade dos inimigos, com o intuito de limitá-lo para manter a salvo o patrimônio das garantias liberais.

Contudo, como adverte esse penalista italiano (PAVARINI, 2007, p. 9), quando Jakobs afirma que o direito penal do inimigo é dirigido à neutralização das não pessoas, está admitindo que se pode eliminar a massa de socialmente perigosos, ainda que não tenha acenado com essa hipótese extrema. Em suma, seria como dizer que o holocausto é uma eventualidade que subjaz na justiça penal fraterna e garantista. Não por outro motivo que os seus críticos negam que o direito penal do inimigo possa ser reconhecido como direito penal.

4 O DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL

Antes de analisar algumas das críticas formuladas contra o reconhecimento formal e a legitimação do direito penal do inimigo, parece interessante realizar um breve interlúdio para compreender a proposta de Sánchez relativa às três diferentes velocidades do direito penal, em razão de sua interlocução significativa com Jakobs e da visível incorporação do fenômeno do “inimigo” à sua concepção político-criminal (MELIÁ, 2008, p. 68).

Diante da referida expansão que vem ocorrendo no campo do direito penal, a qual parece difícil de ser freada, Sánchez propõe uma configuração dualista do sistema de direito penal, com diferentes regras de imputação e garantias em cada um dos níveis, buscando com isso evitar uma plena “modernização” do direito penal, que levaria à flexibilização dos princípios político-criminais em todas as situações, inclusive nos casos em que as sanções criminais correspondem à pena privativa de liberdade (SÁNCHEZ, 2011, p. 187).

Assim, com o objetivo de salvaguardar o modelo de imputação e os princípios clássicos do direito penal em relação a um núcleo intangível de delitos, aos quais corresponde uma pena privativa de liberdade, o autor (SÁNCHEZ, 2011, p. 190 e ss.) sugere que o direito penal seja composto de duas “velocidades”. A primeira estaria relacionada ao setor do ordenamento jurídico penal em que são impostas penas privativas de liberdade, no qual devem ser rigidamente mantidos os princípios clássicos e as regras de imputação tradicionais, tais como nos casos de homicídio ou crimes contra o patrimônio. Por outro lado, a segunda velocidade abarcaria os casos de penas de privação de direitos e pecuniárias, podendo ser flexibilizados tais princípios e regras de maneira inversamente proporcional à intensidade da sanção, como já ocorre no Brasil em relação às infrações de menor potencial ofensivo.

A partir dessa distinção e com base nas ideias relacionadas ao direito penal do inimigo, Sánchez (2011, p. 193) questiona a possibilidade de se aceitar uma “terceira velocidade” do direito penal, que combinaria a imposição de penas privativas de liberdade com uma vasta relativização das garantias político-criminais, princípios processuais e normas de imputação, especialmente diante da existência de fenômenos como a delinquência sexual violenta e reiterada, a criminalidade organizada e o terrorismo, que ameaçam destruir os próprios fundamentos da sociedade. No Brasil, seria possível identificar esse direito penal de terceira velocidade dirigido ao tráfico de drogas, identificado como o grande mal ou maior risco ao qual está submetida a nossa sociedade.

Embora com várias ressalvas, e admitindo que, na prática, não há dúvidas da existência de um direito penal com essas características, o autor chega a aceitar a ideia do direito penal de terceira velocidade como um “mal menor”, na forma de reações justificáveis em termos de proporcionalidade e ajustadas ao estritamente necessário, diante de fenômenos de excepcional gravidade, desde que inexistindo perigo de “contaminação do direito penal da normalidade” (SÁNCHEZ, 2011, p. 196-197). Nesse sentido, ressalta que:

[...] o Direito Penal da terceira velocidade não pode manifestar-se senão como o instrumento de abordagem de fatos “de emergência”, uma vez que expressão de uma espécie de “Direito de guerra” com o qual a sociedade, diante da gravidade da situação excepcional de conflito, renuncia de modo qualificado a suportar os custos da liberdade de ação. (SÁNCHEZ, 2011, p. 196).

Assim, para Sánchez (2011, p. 196-197), seria possível pensar na aplicação do direito penal de terceira velocidade quando a conduta delitiva cometida não apenas representasse a desestabilização de uma norma em concreto, mas sim consistisse numa afronta direta aos princípios políticos ou socioeconômicos básicos da sociedade, como nos casos de criminalidade de Estado, terrorismo e criminalidade organizada.

De toda forma, defendendo que a justificativa de tal aplicação demanda um estudo permanente e intenso desses pressupostos, o autor adverte que os Estados vêm, aos poucos, pautando-se pela lógica da emergência constante, de forma que o âmbito do direito penal dos “inimigos” tende, de maneira ilegítima, a se expandir (SÁNCHEZ, 2011, p. 197).

Por fim, questiona ainda se o direito penal do inimigo é realmente direito ou se corresponde, então, a um “não direito”, a uma mera reação de defesa perante determinados sujeitos considerados perigosos, realizada por meio da aplicação de medidas de segurança, ainda que estas apresentem muitas vezes a aparência formal de penas (SÁNCHEZ, 2011, p. 195-196).

De qualquer maneira, esse autor espanhol ressalta algo que já vinha sendo afirmado por Jakobs: esse direito penal do inimigo, ou ainda de terceira velocidade, implica uma reação do ordenamento jurídico estatal contra os indivíduos perigosos, a fim de combatê-los e neutralizá-los, tal como numa guerra. Trata-se de um direito que se traduz em luta, tal como Foucault constatou, de uma guerra necessária para se retomar a ordem, a segurança e a paz, justificativa engendrada pelo discurso sofisticado que percorreu muitas bocas desde Sieyès aos biólogos eugenistas, os quais sustentavam que a ordem nasce das cidades incendiadas,

dos massacres, das batalhas, das terras devastadas com os inocentes mortos, das conquistas (FOUCAULT, 1999, p. 58 e ss.).

Seguindo esse raciocínio, poder-se-ia identificar o atual direito penal dirigido aos traficantes, com suas penas exorbitantes, com a supressão das garantias penais e processuais, com a antecipação da punição para atos que antecedem e extrapolam a própria comercialização ilegal da droga, como essa resposta do ordenamento penal estatal contra aquele considerado um dos maiores riscos para a sociedade brasileira, pois subverte sua economia formal, tem como efeitos colaterais atos de violência, invade a casa dos “bem nascidos” para seduzi-los ao vício. Portanto, nesse discurso da guerra contra o tráfico, defende-se que as casas dos moradores da favela violadas pela polícia, os inocentes mortos nos tiroteios em que a polícia trava com os traficantes, a supressão de garantias processuais e penais contra encarcerados constituem consequências medidas e necessárias para a manutenção da ordem e da segurança.

Com ênfase Massimo Pavarini (2007, p. 9), a importação da lógica bélica tende a transformar o instrumento jurídico numa arma de guerra, cujo risco é deformar progressivamente o sistema penal todo, desconstruindo-o a partir da dilatação da figura do inimigo.

5 CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Como se vê, a teorização a respeito do direito penal do inimigo, bem como a defesa de seu reconhecimento formal, ainda que como estratégia de proteção do direito penal liberal para que este não fosse contaminado pela lógica da guerra, provocou inúmeras críticas por parte da doutrina penal.

Segundo Zaffaroni (2007, p. 159), os impactos negativos à doutrina do direito penal do inimigo decorreram provavelmente não tanto do conteúdo da teoria de Jakobs, mas da terminologia por ele utilizada, especificamente quanto aos termos “inimigo” e “não pessoa”, vez que a maior parte dos penalistas geralmente defende esse mesmo tratamento penal, ainda que com outra denominação.

Aliás, tal penalista argentino, fundado numa verificação histórica, sociológica e jurídica, afirmou que o poder punitivo sempre conferiu um tratamento penal diferenciado, legitimado por leis e pela doutrina jurídica e criminológica, aos indivíduos considerados perigosos, assinalados como inimigos da sociedade, aos quais é negado o direito de terem seus atos delitivos processados com base nos princípios e regras inerentes ao direito penal liberal, sendo-lhes assim refutado um tratamento digno de “pessoas” (ZAFFARONI, 2007, p. 11).

Segundo ele, o conceito de inimigo já existia no direito romano e foi resgatado na teoria política por Carl Schmitt (ZAFFARONI, 2007, p. 21). Com base na distinção romana entre *hostis* e *inimicus*, referindo-se este último ao inimigo pessoal, Schmitt considerou que o verdadeiro inimigo político não era o simples adversário, mas sim o *hostis*, o inimigo público, aquele contra o qual há possibilidade real de guerra (SCHMITT, 1992, p. 55-62).

Para esse teórico do Estado absoluto, o inimigo político era o existencialmente outro, o estrangeiro, num sentido particularmente intenso, de maneira que, numa situação extrema, seria possível ocorrerem conflitos com ele que não poderiam ser decididos por meio de uma normatização prévia ou por um terceiro imparcial, mas apenas pelos próprios interessados. Estes deveriam definir se a alteridade do estrangeiro, no conflito concreto, representaria a negação da sua própria forma de vida e, nesse caso, deveriam combatê-lo para preservá-la (SCHMITT, 1992, p. 52).

O direito romano, que segundo Zaffaroni consiste na base para as subclassificações do *hostis* utilizadas pelo poder punitivo e pela doutrina penal, ainda diferenciava entre o *hostis alienigena*, que era o estrangeiro, o estranho, protegido em certa medida pelos *jus gentium*, e o *hostis judicatus*, que era o cidadão romano assim declarado pelo Senado quando houvesse ameaçado a segurança da República mediante conspirações ou traição, e a quem se tornavam aplicáveis as penas vedadas aos cidadãos, vez que era reduzido à condição de escravo (ZAFFARONI, 2007, p. 21-22).

Ainda de acordo com o professor argentino, a noção de *hostis*, inimigo ou estranho perpassou toda a história do direito ocidental, ainda que muitas vezes com outras denominações e de forma camuflada, chegando à modernidade com bastante vigor⁶. Com base na análise do exercício do poder punitivo a partir da Revolução Mercantil até a atualidade, Zaffaroni chega à conclusão de que sempre houve um tratamento penal diferenciado para aqueles considerados estranhos ou inimigos, ainda que de forma mais atenuada nas sociedades mais abertas, igualitárias e tolerantes (ZAFFARONI, 2007, p. 81).

Aduz que tais inimigos ou estranhos sempre foram individualizados pelos detentores do poder com notória arbitrariedade, com base em seus próprios interesses e de acordo com as circunstâncias políticas e econômicas concretas, aplicando-se tal rótulo aos que os enfrentavam ou incomodavam (ZAFFARONI,

⁶ Aduz o autor: “Trata-se de um conceito que, na versão original ou matizada, de cara limpa ou com mil máscaras, a partir de Roma, atravessou toda a história do direito ocidental e penetrou na modernidade, não apenas no pensamento de juristas como também no de alguns de seus mais destacados filósofos e teóricos políticos, recebendo especiais e até festejadas boas-vindas no direito penal” (ZAFFARONI, 2007, p. 24).

2007, p. 82). Apenas para exemplificar, o autor explicita as diferenças de tratamento penal existentes na América Latina, em que o poder punitivo é exercido prioritariamente através de medidas de contenção aplicadas para sujeitos presumivelmente perigosos, por meio da prisão preventiva:

Nos casos de delitos *graves*, a prisão preventiva é seguida por reclusões perpétuas ou penas absurdamente prolongadas, que em muitos casos superam a possibilidade de vida das pessoas; os *indesejáveis* continuam sendo eliminados por meio de medidas administrativas, penas desproporcionais (para reincidentes) e internação em cárceres marcados por altíssimos índices de violência, de mortalidade hétero e autoagressiva e de morbidade, ou seja, alta probabilidade de eliminação física, paralelamente às execuções policiais e para-policiais sem processo. [...] De qualquer forma, cabe observar que os *indesejáveis* não sofrem pena formal, porque geralmente a cumprem na prisão cautelar. Os dissidentes são mais tolerados, ainda que a repressão ao protesto social dos excluídos do sistema produtivo tenha aumentado, mediante a aplicação extensiva de tipos penais e a interpretação restringida de causas de justificação ou exculpação. Finalmente, os iguais, cada vez mais reduzidos em função da polarização da riqueza e da degradação das velhas camadas médias, costumam gozar dos benefícios e garantias dos manuais, nos poucos casos em que são criminalizados. (ZAFFARONI, 2007, p. 70-71).

Ademais, interessante notar que a doutrina penal-criminológica sempre esteve repleta de teorias legitimadoras de um tratamento penal diferenciado dirigido aos inimigos. Exemplo disso é o positivismo criminológico, que considerava o estranho ou o inimigo como seres biologicamente inferiores, reconhecíveis pelo estereótipo, e cujo rótulo como tal derivava não de uma atribuição do poder político, mas da própria natureza, pretendendo-se assim uma individualização ôntica do inimigo. Nessa categoria, estavam incluídos não apenas os criminosos graves, mas também os considerados indesejáveis, como ladrões, prostitutas, homossexuais, e a eles se dirigiam medidas detentivas policiais ilimitadas visando à neutralização ou eliminação, em razão de sua periculosidade, enquanto aos “amigos” se destinavam medidas corretivas (ZAFFARONI, 2007, p. 91 e ss.).

Segundo Zaffaroni (2007, p. 96), desde os estudos de Carl Stooss do final do século XIX e início do século XX, criador das medidas de segurança, teoriza-se a respeito de um direito penal voltado aos iguais, que atua por meio de penas retributivas, e outro dirigido aos estranhos ou inimigos, ainda que racionalizado como direito administrativo ou de polícia, aos quais se impõem medidas administrativas que independem da gravidade do fato, sendo aplicadas com base na periculosidade do indivíduo com vistas à neutralização ou eliminação.

Dessa forma, embora a proposta de Jakobs tenha sido amplamente criticada, talvez principalmente em razão da terminologia utilizada, ela se

coaduna com todo o direito penal do século XX, que, admitindo a segregação e eliminação de indivíduos apenas em razão de sua periculosidade, acabou por coisificá-los e negar seu caráter de pessoas, ainda que encobrendo essa situação por meio de racionalizações⁷ (ZAFFARONI, 2007, p. 162). A partir dessa constatação, Zaffaroni (2007, p. 159) conclui que o vocabulário usado por Jakobs, que permitiu que a questão fosse tratada com clareza e sinceridade, realmente desnudando o fenômeno, constituiu o maior mérito de sua proposta.

De toda forma, sendo ou não um fenômeno antigo no penalismo, ao qual apenas foi dado um nome mais polêmico, o fato é que a teoria do direito penal do inimigo formulada por Jakobs está sujeita a inúmeras críticas bastante relevantes, que não podem ser descuradas.

Apesar de a existência material de um direito penal com características de direito penal do inimigo não ser refutada pela doutrina penal em geral, ainda que com uma denominação mais branda, a maior parte da literatura crítica se opõe ao seu reconhecimento formal como parte do ordenamento jurídico-penal.

Nesse sentido, conforme já mencionado, Sánchez (2011, p. 195-196) questiona se o direito penal do inimigo poderia ser considerado conceitualmente como direito ou se, por outro lado, consiste numa mera reação defensiva de fato, instrumentalizada por meio de medidas de contenção, contra sujeitos “excluídos”, correspondendo assim a um “não direito”.

Grande parte dos posicionamentos críticos a respeito dessa questão sustenta a inconstitucionalidade do direito penal do inimigo, o que impediria assim sua aceitação como segmento de um direito penal moderno. Ademais, alguns argumentam que ele não contribui efetivamente à prevenção policial-fática de delitos, diferentemente do que afirmam aqueles que promovem essa espécie de normas (MELIÁ, 2008, p. 72)⁸.

Segundo Meliá (2008, p. 76), o direito penal do inimigo representa uma contradição em seus próprios termos e não poderia conceitualmente integrar o direito penal, em razão de duas principais diferenças estruturais entre ambos, estreitamente relacionadas: o direito penal do inimigo não realiza a função de prevenção geral positiva, estabilizando as expectativas normativas referentes às normas violadas, mas identifica certos grupos como infratores, devendo assim ser considerado, e este é o segundo aspecto, um direito penal do autor, e não do fato.

⁷ No mesmo sentido, aduziu Munõz Conde (2011, p. 7-32) ao comparar o direito penal do inimigo ao direito penal nacional-socialista alemão.

⁸ De toda forma, Meliá destaca que seria bastante difícil isolar para análise a questão da efetividade preventiva do direito penal do inimigo, mesmo porque suas normas tendem a se espalhar para o resto do ordenamento jurídico-penal.

Apesar dessa resistência ao reconhecimento do direito penal do inimigo como compatível com a ordem constitucional de um Estado Democrático de Direito, não se pode negar seu avanço nas legislações atuais, principalmente no que se refere ao tráfico de drogas. Tanto nas legislações europeias, quanto nas americanas, o traficante é o estrangeiro perigoso (africano, latino-americano ou proveniente do leste-europeu), que deve ser imediatamente neutralizado, ao qual serão aplicadas penas que não objetivam estabilizar a ordem normativa, mas apenas anulá-lo, numa espécie de inocuidade social.

Veja-se que no Brasil, temos o que Salo de Carvalho denominou de “direito penal de velocidade descontrolada” quando se trata do combate ao tráfico de drogas. Trata-se de um discurso penal beligerante que destituiu a cidadania dos traficantes e absolutiza a segurança da sociedade (CARVALHO, 2013, p. 143 e ss.), tornando regra o Estado de Exceção, tal como preconizou Giorgio Agamben (2004).

5.1 A REAÇÃO DISFUNCIONAL DO DIREITO PENAL DO INIMIGO FRENTE AO DELITO COMETIDO

Inicialmente, salienta Meliá (2008, p. 78) que as condutas delitivas em relação às quais reage o direito penal do inimigo afetam elementos essenciais e especialmente vulneráveis da identidade da sociedade, não em razão de uma periculosidade extraordinária que cria riscos extremos para tais elementos, mas sim num plano simbólico.

Assim sendo, a resposta jurídico-penal funcional manifestada como reação ao questionamento de uma norma essencial à sociedade pelo inimigo deveria estar de acordo com os princípios e critérios clássicos de proporcionalidade e imputação, típicos do direito penal “normal”, pois é através da negação da excepcionalidade que se nega ao autor do fato a capacidade de questionar esses elementos fundamentais (MELIÁ, 2008, p. 78).

Com base nisso, o penalista espanhol conclui que o direito penal do inimigo não poderia ser considerado direito penal, pois a partir da ideia da função de prevenção geral positiva da pena, uma reação que admitisse a excepcionalidade do fato cometido pelo inimigo seria disfuncional no direito penal, pois praticamente reconheceria a “competência normativa” do inimigo, ou seja, sua capacidade de questionamento da norma (MELIÁ, 2008, p. 79). Aliás, a demonização de determinados grupos, implícita na tipificação legal, proporciona inclusive maior ressonância aos fatos por eles praticados (MELIÁ, 2007, p. 38).

Nesse sentido, o direito penal do inimigo cumpriria uma função distinta do direito penal normal e incompatível com a prevenção geral positiva, provavelmente relacionada, para Meliá (2008, p. 80), à “criação (artificial) de critérios de identidade entre os excludentes, mediante a exclusão”.

Em suma, admitir que os inimigos, como os traficantes, devem ser combatidos de maneira excepcional pelo sistema penal, sem observação dos direitos e das garantias fundamentais do cidadão, implica reconhecer-lhes a capacidade de questionar e fragilizar a própria ordem normativa e o próprio Estado Democrático de Direito. Noutras palavras, reconhecer a necessidade de existência de um direito penal especial para os traficantes significa torná-los poderosos e supervalorizar seus atos ou reduzir as causas de insegurança social ao tráfico de drogas. Assim, um “direito penal dos traficantes” atenta contra a legitimidade do próprio direito penal.

5.2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO DIREITO PENAL DO AUTOR

Outra característica bastante relevante é que o direito penal do inimigo é incompatível com o princípio do direito penal do fato, pois sua regulação tem como foco, mais do que definir fatos puníveis, identificar determinados grupos de sujeitos como inimigos (MELIÁ, 2008, p. 81), aos quais é aplicado um tratamento penal diferenciado que tem como principal finalidade a contenção física em razão da periculosidade.

Busca-se assim aplicar o direito penal não tanto em razão dos fatos delitivos cometidos, mas sim pelo que os inimigos são ou representam⁹. Conforme afirma Aponte (2007, p. 26), o direito penal do inimigo consiste numa máquina de produção de seletividade, pois em se tratando de um modelo politizado, de reação conjuntural, cujas normas não obedecem às prescrições dogmáticas, acaba não se aplicando aos indivíduos que simbolicamente aparecem como destinatários de suas normas no discurso que o legitima.

Com efeito, trata-se de um modelo que se baseia em normas de caráter simbólico e que é aplicado de forma seletiva, recaindo muitas vezes não sobre os grandes criminosos do narcotráfico ou do crime organizado, como se quer fazer parecer, mas sim sobre pequenos delinquentes ou mesmo pessoas inocentes (APONTE, 2007, p. 26-27).

⁹ Não se pode ignorar que, conforme ressaltado por Zaffaroni e já mencionado anteriormente, a análise histórica do poder punitivo comprova que os inimigos sempre foram identificados pelos que exercem o poder, com base em seus interesses e de acordo com as circunstâncias políticas e econômicas concretas.

Ademais, conforme ressalta Aponte (2007, p. 28), os inimigos são muitas vezes convertidos em indivíduos moralmente inferiores, por meio do processo de “moralização do inimigo”, bastante comum nos discursos totalizantes relacionados às legislações antiterroristas. E o inimigo moral é um inimigo absoluto, em relação ao qual inexistem limites para o poder punitivo, de forma que, com esse discurso, até a eliminação física pode ser legitimada.

Nesse sentido, interessante notar que, segundo Meliá (2008, p. 71-72), em todas as áreas importantes em que se aplica o direito penal do inimigo, como na criminalidade organizada, criminalidade relativa à imigração, tráfico de drogas e terrorismo, o inimigo não é identificado pelo ordenamento jurídico penal simplesmente como o “outro”, como um ente perigoso contra quem se desenvolvem operações de neutralização, mas sim como um inimigo mais num sentido pseudo-religioso que tradicional-militar, a quem se atribui uma noção de perversidade e contra quem se realizam verdadeiras cruzadas.

5.3 A DERROTA DO ESTADO DE DIREITO NA GUERRA CONTRA O TRÁFICO DE DROGAS

Conforme já afirmado, o direito penal do inimigo consiste numa estratégia de contenção formulada por Jakobs, que tem como objetivo, por meio do reconhecimento formal desse “ramo” do direito penal, restringir sua aplicação apenas aos indivíduos considerados perigosos, impedindo assim sua indevida propagação para o restante do direito penal.

No entanto, embora sua proposta tenha como escopo proteger os princípios e garantias do direito penal liberal da intromissão de características do direito penal do inimigo, o professor alemão se equivocou, de acordo com Zaffaroni (2007, p. 159), ao não levar em consideração o fato, já assinalado anteriormente por Carl Schmitt, de que não há espaço jurídico para o inimigo no marco do Estado de Direito, mas apenas num Estado absoluto, tendo em vista que:

[...] se admitimos a existência do inimigo, mas colocamos limites à sua indicação, não podemos negar que quando o poder definidor exceder esses limites fará surgir um direito de resistência por parte do cidadão arbitrariamente indicado como inimigo e isso negaria o próprio poder de sinalização do Estado e a própria essência da política. Ninguém pode resistir à sinalização como inimigo, quando esta é a essência da política e do poder definidor do soberano. (ZAFFARONI, 2007, p. 150).

E nesse mesmo erro incorreram inúmeros outros estudiosos, pois segundo o penalista argentino, desde que a modernidade entendeu ser compatível um

conceito não bélico de inimigo com o Estado Constitucional de Direito, muitos penalistas e filósofos de teoria política buscaram criar um espaço jurídico para o inimigo, sem perceber que isso acabaria levando a um Estado absoluto, que atua sem quaisquer limites (ZAFFARONI, 2007, p. 159).

Assim, uma das principais críticas ao reconhecimento formal do direito penal do inimigo é que ele permitiria a introdução de elementos típicos do Estado absoluto no Estado de Direito, resultando com isso na destruição deste (ZAFFARONI, 2007, p. 160).

Desse modo, o direito penal do inimigo acaba recaindo na lógica da teoria schmittiana¹⁰, pois seria o detentor do poder no Estado de Direito quem, invocando situações de necessidade e emergência, poderia designar indivíduos como inimigos de acordo com seus próprios interesses, e por meio de juízos de periculosidade totalmente subjetivos, sem que se pudesse oferecer qualquer resistência, anulando assim o princípio do Estado de Direito e resultando num Estado absoluto (ZAFFARONI, 2007, p. 163-164).

Afirmar que a coerção imposta ao inimigo se aplica na estrita medida da necessidade de neutralizar o perigo não traz qualquer limite para o poder, vez que aquele que o exerce sempre pode invocar a necessidade de mais segurança para proteger a Constituição e o Estado de Direito. Além disso, ainda que se assegure que a despersonalização é apenas parcial e que o inimigo pode conservar alguns de seus direitos, essa é apenas uma questão de quantidade e não de qualidade (ZAFFARONI, 2007, p. 152).

Ademais, para individualizar e neutralizar aqueles considerados como inimigos, seria frequentemente necessário que o Estado restringisse as garantias e liberdades de todos os cidadãos, pois os destinatários do tratamento penal diferenciado não são identificáveis de plano, estando imersos em meio à população. Exemplo disso é que, permitindo-se a interceptação de comunicações telefônicas visando à identificação de inimigos, a intimidade de inúmeras pessoas (não inimigas) ficaria totalmente exposta às investigações (ZAFFARONI, 2007, p. 117).

Dessa forma, a identificação dos inimigos levaria a um controle social muito mais autoritário sobre os cidadãos, próprio daquele exercido pelo Estado absoluto, pois aqueles estariam expostos a inúmeras formas de controle, limitações de liberdade e mesmo penalidades indevidas decorrentes de eventuais individualizações

¹⁰ Recai nessa lógica, ainda que Jakobs não tenha se baseado nas ideias de Carl Schmitt para formular sua proposta, vez que, como ele mesmo chegou a afirmar em certa ocasião, embora compartilhem a terminologia e determinados questionamentos, trata-se de contextos históricos diferentes. (ZAFFARONI, 2007, p. 160 e nota 13).

errôneas (ZAFFARONI, 2007, p. 118). Saliente-se que, de acordo com Zaffaroni (2007, p. 119), embora a redução de garantias seja geralmente justificada na ideia de eficientismo penal, além de a opção *eficácia versus garantias* não ser verdadeira, a eficácia do direito penal diferenciado é meramente ilusória frente aos inimigos.

Por fim, ao mesmo tempo que se restringiriam as garantias dos cidadãos para permitir uma identificação eficaz dos inimigos, as instituições e controles do Estado de Direito, que talvez pudessem impedir individualizações arbitrárias, também acabariam sendo debilitados e mesmo estigmatizados pela publicidade de massa e pelos detentores do poder como obstáculos para a neutralização dos perigos (ZAFFARONI, 2007, p. 150-151).

Portanto, o reconhecimento jurídico do conceito de inimigo, para além do direito de guerra, acabaria conduzindo à destruição do Estado de Direito e à formação de um Estado absoluto, visto que o poder soberano tende a se ampliar diante da existência de inimigos a quem se nega, ainda que (em teoria) parcialmente, a condição de pessoa (ZAFFARONI, 2007, p. 153).

6 “DIREITO PENAL DOS TRAFICANTES”

Como se percebe das atuais tendências de reforma da legislação penal no Brasil, os traficantes de drogas são o principal alvo das políticas punitivistas do Estado. Os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional¹¹, em sua maioria, propõem o aumento desproporcional das penas para todas as atividades que contribuem para a comercialização ilícita de substâncias entorpecentes, bem como a suspensão de benefícios para os acusados e condenados por esta prática.

Por outro lado, boa parcela desses projetos apresenta medidas de descriminalização para o consumo dessas substâncias e vincula o Estado a elaborar projetos que facilitem o tratamento dos adictos.

Veja-se que esta política criminal do Estado brasileiro, que se funda no discurso da punição dos traficantes e no discurso médico de tratamento dos dependentes de drogas, traduz uma tendência internacional de combate ao tráfico de entorpecentes já esboçada em legislações do início do século passado.

Aliás, esses discursos se complementam numa trama que reflete o exercício dos biopoderes pelo Estado/Mercado para governar as populações. Nesse caso, o Estado/Mercado se apropria da vida, mapeia seus fenômenos, estabelece uma curva de normalidade e faz viver os normais e deixa morrer os anormais (FOUCAULT, 1999, p. 287). Então, fundado num saber científico que desenha

¹¹ Veja-se, por todos, o PLS n° 236/2012.

a curva de comportamentos normais, passa a gerir a população e dizer a todos o que devem fazer para atenderem ao padrão de normalidade. Trata-se da chamada técnica de pastoreio, surgida no seio da Igreja para guiar dos cordeiros de Deus, agora utilizada pelo Estado/Mercado para, em nome de uma verdade científica, governar as populações, normalizá-las e docilizá-las.¹² Neste sentido, verifica-se que os dependentes de drogas são doentes/anormais passíveis de tratamento e normalização, por esse motivo o Estado/Mercado cria mecanismos para curá-los, fazê-los viver e torná-los normais. Quanto aos traficantes, pode-se dizer que são percebidos pelo Estado/Mercado como ameaças à normalização dos demais e como nós de resistência na trama do poder normalizador, em razão disso é preciso deixá-los morrer e nada melhor do que a insalubridade do encarceramento.

Além disso, é justamente esse poder de fazer viver, exercido pelo Estado e pelo Mercado quando assume as funções estatais, que autoriza a guerra e a inocuidade daqueles que ameaçam a vida da população.¹³ Sabe-se que essa preocupação exacerbada com a vida, no atual estágio do modo de produção capitalista, tem um objetivo primordial: alongar a vida para consumir por mais tempo.

Portanto, quando os traficantes são definidos como aqueles que fazem morrer os dependentes de drogas e por este motivo ameaçam a longevidade da população que pode consumir por mais tempo, é inevitável que se tornem alvo de um poder punitivo sem controle, que os coloca num lugar de não pessoas ao suspender suas garantias e trava contra eles verdadeira guerra.

Como diria Zaffaroni, a figura do inimigo sempre existiu na sociedade e sem dúvida um poder punitivo sem limites foi exercido para combatê-lo, para neutralizá-lo, contudo, admitir ou não admitir a existência de um direito penal

¹² Michel Foucault ressalta, nesse momento em que se constituem os biopoderes, a eclosão das técnicas de governo ou da governamentalidade, que ele define como: “1 – o conjunto constituído pelas instituições, procedimentos, análises e reflexões, cálculos e táticas que permitem exercer esta forma bastante específica e complexa de poder, que tem por alvo a população, por forma principal de saber a economia política e por instrumentos técnicos essenciais os dispositivos de segurança. 2 – a tendência que em todo o Ocidente conduziu incessantemente, durante muito tempo, à preeminência deste tipo de poder, que se pode chamar de governo, sobre todos os outros – soberania, disciplina, etc. – e levou ao desenvolvimento de uma série de aparelhos específicos de governo e de um conjunto de saberes. 3 – o resultado do processo através do qual o Estado de justiça da Idade Média, que se tornou nos séculos XV e XVI Estado administrativo, foi pouco a pouco governamentalizado.” (FOUCAULT, 1998, p. 291-292).

¹³ Essa preocupação do biopoder com o fazer viver não o impede de causar a morte, caso esta seja necessária para garantir a vida da população, assim se justificam as guerras, o racismo, etc. Sobre o assunto, ver: FOUCAULT, Michel. Aula de 21 de janeiro de 1976. In: _____. *Em defesa da sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 49-73; _____. Aula de 17 de março de 1976. In: _____. *Em defesa da sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 285-315.

sem garantias para punir esses inimigos, neste caso os traficantes, não impede que o tráfico de entorpecentes continue a crescer e a punição desmedida dos seus integrantes continue a acontecer.

Em suma, parece estéril dizer que não se reconhece *status* de direito penal ao nominado direito penal do inimigo, pois essa atitude não irá impedir a aplicação de penas desproporcionais aos traficantes nem a cassação de seus benefícios, ou seja, não irá suprimir a existência de um direito penal próprio para os traficantes, que autoriza a suspensão de suas garantias e atenta contra o próprio Estado Democrático de Direito.

Ao que parece, esta discussão reflete a crise em que se encontra mergulhado o próprio direito penal, que, com suas velhas fórmulas, suas penas ineficazes, mais incrementa do que combate a violência dos criminalizados. Esse direito penal dos traficantes, que traduz verdadeira guerra, não só suspende as garantias dos traficantes, mas abre espaço para a supressão das garantias de todos aqueles que como eles venham a ser considerados perigosos à vida da população. Trata-se de um direito incompatível com as práticas de poder na atualidade, por esse motivo não consegue limitá-las; trata-se de um direito viril, desde logo armado e decidido a defender o velho e lúgubre cárcere, que não é capaz de engendrar novas práticas no sistema penal, aptas a traduzir uma atitude crítica em relação ao exercício do poder punitivo como um todo¹⁴, e que sejam mais sensíveis ao sofrimento do outro, numa inspirada metáfora, que sejam mais femininas.

Em suma, ao invés de se recorrer a argumentos meticulosamente articulados pelos penalistas alemães para atacar ou aceitar um direito penal do inimigo, eventual legitimador das atrocidades dessa guerra contra os traficantes, faz-se necessário pensar o tráfico de entorpecentes no contexto brasileiro, buscar soluções para a violência por ele perpetrada dando voz aos mortos desta guerra, àqueles que diuturnamente são vítimas desta batalha, como bem ressalta o citado penalista argentino (ZAFFARONI, 2012).

Para tanto, a academia precisa ter a coragem de descer do seu templo, ouvir aqueles que estão no pelotão de frente dessa luta: os policiais, a população das comunidades que convivem de perto com o tráfico; a população que se sente ameaçada pelos traficantes, etc. Assim, é possível entender por que os discursos desses grupos são tão dissonantes e suas reivindicações, tão alienadas em relação à

¹⁴ Nesse quadro, a atitude crítica se perfilou como a arte da desobediência voluntária, da indocilidade raciocinada, que tinha por finalidade o dessujeitamento no jogo que se poderia denominar política da verdade. Ademais, para Michel Foucault, essa noção de atitude crítica remete àquela kantiana de *aufklärung* ou esclarecimento, que consiste no processo em que a humanidade supera um estado de menoridade ou de incapacidade de servir-se do próprio intelecto sem ser dirigida por outrem, de falta de coragem e de decisão, no qual é mantida de modo excessivamente autoritário. (FOUCAULT, 2000, p. 173).

realidade social. Conhecendo o discurso das “gentes” é possível aproximá-las, fazê-las dialogar e, principalmente, fazê-las perceber por que sua dissintonia acaba por dispersar seus esforços para pressionar os agentes políticos a adotarem ações eficazes no combate ao tráfico de drogas (ZAFFARONI, 2012).

Noutras palavras, é preciso reinventar a discussão sobre o tráfico de drogas, sobre a atuação do sistema penal para combatê-lo, é preciso buscar o novo para tratar essa situação-problema, como bem ressaltam os abolicionistas. É preciso combater o direito penal dos traficantes e seus discursos legitimadores, é preciso ser menos alemão e mais latino-americano para pensar em soluções e políticas criminais para a questão das drogas no Brasil.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci de Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Horizonte de projeção do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 253-270.
- APONTE, Alejandro. Guerra y política: dinámica cotidiana del derecho penal de enemigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 64, ano 15, p. 11-28, jan./fev. 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARVALHO, Salo de. A ferida narcísica do Direito Penal: primeiras observações sobre as (dis) funções do controle penal na sociedade contemporânea. In: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 179-211.
- CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei nº 11.343/06*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FOUCAULT, Michel. *A governamentalidade: microfísica do poder*. Tradução e organização de Roberto Machado. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.
- _____. Aula de 21 de janeiro de 1976. In: _____. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 49-73.
- _____. Aula de 17 de março de 1976. In: _____. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 285-315.
- _____. O que é a crítica?. *Cadernos da F.F.C.* Tradução de Antonio C. Galdino. Organização de Flávia Biroli e Marcos César Alvarez. v. 9, n. 1, 2000.
- GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 56, ano 13, p. 80-112, set./out. 2005.
- JAKOBS, Gunther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: _____. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Fundamentos do direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELIÁ, Manuel Cancio. De nuevo: ¿“derecho penal” del enemigo? In: STRECK, Lenio Luiz (Org.) et al. *Direito Penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. “Direito Penal do Inimigo?” In: JAKOBS, Gunther; _____. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 3, n. 4, jan/jun. 2011.

PAVARINI, Massimo. La giustizia penale ostile: un'introduzione. *Studi sulla questione criminale*, Bologna, n. 2, a. II, p. 7-20, 2007.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Tradução de Alvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

ZAFFARONI, E. Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. Tradução de Sérgio Lamarão. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Recebido: agosto 2013

Aprovado: setembro 2013