

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**JOÃO PAULO PIRES MONTEIRO**

**A INCIDÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO CRIME DE  
TRÁFICO DE DROGAS E SEU REFLEXO NA SUPERLOTAÇÃO DAS  
PENITENCIÁRIAS BRASILEIRAS**

**VITÓRIA  
2022**

JOÃO PAULO PIRES MONTEIRO

**A INCIDÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO CRIME DE  
TRÁFICO DE DROGAS E SEU REFLEXO NA SUPERLOTAÇÃO DAS  
PENITENCIÁRIAS BRASILEIRAS**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.  
Orientador: Prof. Dr. Raphael Boldt de Carvalho.

VITÓRIA

2022

## RESUMO

O presente trabalho monográfico busca definir a teoria do Direito Penal do Inimigo, bem como delimitar em qual contexto mundial esta teoria ascendeu, analisando para isto o movimento de expansão do Poder Punitivo e suas implicações. Passada tal fase, o presente trabalho irá expor dados estatísticos que comprovem o superencarceramento no Brasil, dispondo sobre o estado de coisa inconstitucional vigente no sistema prisional brasileiro e sobre os crimes de drogas como proeminentes na construção desta inconstitucionalidade. Por fim, a análise será reduzida à Lei 11.343/06, que tipificou o tráfico de drogas e o porte de drogas para consumo próprio, apontando, assim, as questões controversas deste instrumento legal.

**Palavras-chave:** Direito Penal do Inimigo. Encarceramento em Massa. Criminologia Midiática. Guerra às Drogas. ADPF 347.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	4
<b>1 GÜNTHER JAKOBS E O CONTEXTO DE CRIAÇÃO DO MODELO TEÓRICO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO</b> .....	7
1.1 O TRATAMENTO DIFERENCIADO AOS “INIMIGOS” .....	10
1.2 OS INIMIGOS CONTEMPORÂNEOS E A CENTRALIDADE DA MÍDIA .....	14
<b>2 O ENCARCERAMENTO EM MASSA NO BRASIL</b> .....	17
2.1 ADPF 347 E O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO .....	19
2.2 OS CRIMES DE DROGAS COMO OS DELITOS QUE MAIS ENCARCERAM NO BRASIL .....	22
<b>3 A GUERRA ÀS DROGAS COMO POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA</b> .....	25
3.1 A POLÍTICA CRIMINAL REPRESSIVA E DESPROPORCIONAL EMPREGADA AO TRATAMENTO PARA COM AS DROGAS .....	26
3.2 A LEI DE DROGAS E A FALHA DISTINÇÃO ENTRE TRAFICANTE E USUÁRIO DE DROGAS .....	29
<b>3.2.1 REFLEXO DA LEI DE DROGAS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO</b> .....	32
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	34
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	36

## INTRODUÇÃO

O Direito Penal é um ramo essencial ao Direito. Isso porque a convivência social necessariamente culmina, cedo ou tarde, em conflitos entre os indivíduos, que, por sua vez, podem violar bens jurídicos imprescindíveis à manutenção da vida humana. Tais lesões devem ser solucionadas por algum instituto, por um Poder Punitivo centralizado, do qual o Estado é o único legítimo e exercê-lo.

Nesse sentido, Capez aduz:

O Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação<sup>1</sup>.

Entretanto, ao mesmo tempo que essencial, o Direito Penal demonstrou uma faceta que o tornava um ramo potencialmente perigoso, seletivo e arbitrário, sendo utilizado pelo Estado, por vezes, como um mecanismo de seleção de “inimigos” à sociedade.

Imputar a um sujeito que comete determinados ilícitos penais o título de “inimigo” difere-o dos demais infratores. O “inimigo” não é um mero transgressor, mas sim um mal à sociedade, alguém que deve ser repreendido da forma mais rigorosa pelo poder punitivo estatal.

Tal alcunha, na prática, busca legitimar arbítrios do poder punitivo para com indivíduos que cometem certos tipos de crimes, de modo a afastar seus direitos e garantias fundamentais e tratá-los, com todo o rigor, faticamente como inimigos – ou seja, como seres irreparáveis, de perigo comum à sociedade, que devem ser purgados do meio social.

Nesse contexto, emerge a teoria criada por Gunther Jakobs, visando a criação de um Direito Penal de expurgação dos ditos “inimigos”.

---

<sup>1</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. V. 1., 15. ed. Editora Saraiva, 2011, p. 19.

Trata-se da teoria do Direito Penal do Inimigo, que mascaradamente incide nos sistemas jurídico-penais de inúmeras localidades, tendo forte influência, sobretudo, no contexto brasileiro.

Toda a situação de inconstitucionalidade vivenciada no sistema carcerário brasileiro, por exemplo, decorre em parte da subsistência de tal teoria no sistema jurídico contemporâneo.

Não obstante, reflete um modelo de atuação predatória do Poder Punitivo, que flexibiliza direitos, ignora princípios basilares do Direito Penal e do próprio Estado Democrático de Direito para “eliminar” os ditos inimigos, conforme demonstrar-se-á no presente trabalho.

Inegável, ainda, que tal teoria incide de forma predominante em alguns tipos penais, sendo que o enfoque nesta oportunidade será sobre os crimes de drogas, em específico o tráfico de drogas.

A presente monografia, portanto, tem por objetivo analisar, através da utilização do método dedutivo, a incidência da teoria do Direito Penal do Inimigo no sistema penal brasileiro por meio da análise de dados e notícias referentes ao crime de tráfico de drogas e, por vezes, referentes aos crimes de drogas no geral, analisando seu reflexo na superlotação das penitenciárias brasileiras. Sintetizando, o escopo do presente trabalho é discutir e dissertar sobre a seguinte questão: é possível aferir que o tratamento do tráfico de drogas com base na teoria do Direito Penal do Inimigo possuiu reflexos na superlotação carcerária brasileira?

Dado o exposto, no capítulo 1 do presente trabalho monográfico buscar-se-á definir a teoria do Direito Penal do Inimigo, dar o contexto histórico mundial de sua criação e ascensão, expor o significado da figura do “inimigo” – conceito central na teoria de Jakobs –, demonstrar as consequências práticas de atribuir a alguém esta qualidade e a eterna contradição desta atribuição com o Estado Democrático de Direito e, por fim, buscar identificar figuras que se enquadrariam como “inimigos” na

contemporaneidade, bem como o papel da mídia na construção e disseminação destes.

No capítulo 2 serão analisados dados estatísticos referentes à população carcerária das penitenciárias brasileiras, de modo a comprovar-se a superlotação vigente nestas. Irá se aduzir no sentido de expor, a partir da ADPF 347, o estado de coisa inconstitucional presente no sistema prisional brasileiro, que acaba por criar uma situação degradante e aviltante à dignidade e aos direitos dos detentos. Após, será demonstrado como os crimes de drogas – priorizando nesta oportunidade o tráfico de drogas – são proeminentes na construção desta inconstitucionalidade.

No capítulo 3, por fim, será feita uma análise sobre a guerra às drogas motivada pelo Poder Punitivo, que se vale de preceitos do Direito Penal do Inimigo para atuar. Após, o estudo será delimitado à Lei 11.343/06, conhecida como Lei de Drogas, que gerou impactos notáveis na situação de superlotação das penitenciárias brasileiras. Serão expostas, ainda, as questões controversas referentes a esta Lei, que tipificou o tráfico de drogas e o porte de drogas para consumo próprio, mas não estabeleceu critérios concretos para distinguir-se essas duas condutas no plano fático.

## 1 GUNTHER JAKOBS E O CONTEXTO DE CRIAÇÃO DO MODELO TEÓRICO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi criada pelo alemão Gunther Jakobs, sendo abordada pela primeira vez no Seminário de Direito Penal em Frankfurt no ano de 1985, apresentando-a, primordialmente, de forma descritiva, exaltando o *modus operandi* dos sistemas penais da época<sup>2</sup>.

Apesar de não ter chamado grande atenção à época, após os episódios terroristas ocorridos nos Estados Unidos no dia 11/09/2001, a teoria volta a ser discutida e ganha força. Jakobs passou, a partir deste episódio, a defender a efetiva implementação dos preceitos deste modelo criminal nos sistemas penais, de modo a evitar que tragédias como a supracitada voltassem a ocorrer.

Tal teoria, denominada “terceira velocidade” do Direito Penal (em que se aplicam penas privativas de liberdade com uma minimização das garantias necessárias a esse fim<sup>3</sup>), buscava reprimir veementemente as ameaças inerentes aos “inimigos” – conceito este que será adiante elucidado.

Jakobs, àquela época, muito em razão do fatídico episódio de 11/09/2001, trouxe exemplificativamente como inimigos grupos terroristas e organizações criminosas. Aos sujeitos envolvidos nestes grupos, deve-se aplicar um regime penal diferenciado, visto que optaram por “afastar-se do Direito”.

Uma diferenciação central na teoria de Jakobs é da distinção entre cidadãos e inimigos, ao passo que estes não são considerados pessoas enquanto aqueles são<sup>4</sup>. Isto, como já exposto, culmina na flexibilização dos direitos dos inimigos, visto que são considerados entes perigosos.

---

<sup>2</sup> HAUSER, Ester Eliana. Política criminal. Ijuí: Unijuí, 2015, p. 40.

<sup>3</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: Uma Visão Minimalista do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 20.

<sup>4</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 18.

Por isso, a distinção acima exposta também se estende aos que cometem ilícitos penais. Aos cidadãos que cometem crimes, resguardam-se todos os direitos e garantias devidas; entretanto, no concernente aos inimigos, o Poder Punitivo atua de modo a privá-lo da condição de pessoa, ou seja, de sua qualidade de portador de todos os direitos que assistem a um ser humano pelo simples fato de sê-lo<sup>5</sup>.

Efetivamente, observa-se que a acepção e absorção do conceito de inimigo no sistema penal e a conseqüente ascensão da terceira velocidade do Direito Penal provêm de um movimento de ampliação do Poder Punitivo, de modo que sem esta ampliação não é viável a aplicação da doutrina do inimigo.

Tal tendência expansiva é, ainda, diretamente conflitante com os dogmas do direito penal liberal, este que é basilarmente garantista.

Minimizando, portanto, esta linha garantista e ampliando o Poder Punitivo, têm-se conseqüências típicas de um Direito Penal do Inimigo, como a antecipação das barreiras de punição, desproporção das conseqüências jurídicas dos ilícitos (ou seja, penas como medidas de contenção sem proporção com a lesão realmente inferida ao bem jurídico), flexibilização das garantias processuais e identificação dos sujeitos ativos dos ilícitos penais com forte base no direito penal do autor<sup>6</sup>.

Tal movimento de expansão do poder punitivo é tratado por diversos penalistas como uma tendência natural da ascensão do neoliberalismo e de suas instituições, tal qual exposto por Batista: [...] o empreendimento neoliberal precisa de um poder punitivo onipresente e capilarizado, para o controle penal dos contingentes humanos que ele mesmo marginaliza<sup>7</sup>.

A polarização da riqueza trazida pelo neoliberalismo gera uma cisão, uma anomia<sup>8</sup> – no sentido exposto por Durkheim – na sociedade. Por isso, as massas buscam

---

<sup>5</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 19.

<sup>6</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 14.

<sup>7</sup> BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. Revista Brasileira de Ciências Criminas, v. 42, 2003. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em 16 out. 2022.

<sup>8</sup> BOUVIER, Pierre et al. **O trabalho na história do pensamento ocidental**. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 215-234.

discursos capazes de restaurar tal coesão social, de torná-la uma unidade novamente, ainda que este discurso seja de viés vingativo, popularesco ou simplista<sup>9</sup>.

Não obstante, no âmbito político, a expansão do Poder Punitivo torna-se, nas sociedades neoliberais, um plano de governo e modelo predatório de controle social. Nesse sentido, Wacquant alega:

O governo da população e a gestão da vida correm paralelamente à aceitação dos custos altos das mortes como estratégia de segurança. As sociedades ocidentais, na esteira do dismantelamento do estado de bem-estar social, têm investido no modelo de controle social pelo encarceramento, pela vigilância e pela liquidação de direitos, o que reforça a obsessão por segurança e por punição<sup>10</sup>.

Ainda assim, por mais que o neoliberalismo seja determinante para o processo de crescimento do poder punitivo, não é possível alegar que é aquele é necessário para a existência deste crescimento, afinal, conforme será oportunamente exposto, a expansão do poder punitivo e o emprego da lógica do “inimigo” no Direito Penal antecedem Jakobs.

Sobre o emprego de aspectos da dogmática do “inimigo” durante a história, Zaffaroni aduz:

Em outras palavras, 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 [...]. 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<sup>11</sup>.

Desta forma, abusos do Poder Punitivo são datados diante de toda a história do mundo, permeando a sociedade até os presentes dias.

---

<sup>9</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 72-73.

<sup>10</sup> WACQUANT, Loïc. *Les Prisons de la Misère*. Paris: Éditions Raisons d’Agir, 1999.

<sup>11</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 82.

## 1.1 O TRATAMENTO DIFERENCIADO AOS “INIMIGOS”

Como exposto no tópico anterior, o modelo penal teorizado por Jakobs não busca incidir sobre todos os indivíduos que cometem delitos, mas sim recair exclusivamente sobre os denominados “inimigos”.

Discorrendo acerca da origem dos "inimigos" na obra de Jakobs, Zaffaroni assinala:

O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas, dado que os considerava apenas como entes perigosos ou daninhos. Esses seres humanos são assinalados como inimigos da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente<sup>12</sup>.

Seguindo tal linha lógica, parte-se do pressuposto, como exposto anteriormente, de que o emprego de um tratamento penal que se apodera da construção de inimigos e de todos os efeitos decorrentes desta construção antecede a teoria de Jakobs, sendo um artifício repressivo usado pelo Poder Punitivo durante toda a história da dogmática penal.

Dirimindo tal tópico, este mesmo autor supracitado prossegue:

O hostis, inimigo ou estranho nunca desapareceu da realidade operativa do poder punitivo nem da teoria jurídico-penal (que poucas vezes o reconheceu abertamente e, quase sempre, o encobriu com os mais diversos nomes). 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<sup>13</sup>.

Para o alemão, o Direito Penal do inimigo não atua para apenar aqueles cidadãos que ocasionalmente cometeram algum ilícito penal, mas sim para eliminação de um perigo:

---

<sup>12</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 11.

<sup>13</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 24.

Por lo tanto, en lugar de una persona que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena aparece el individuo peligroso, contra el cual se procede -en este ámbito: a través de una medida de seguridad, no mediante una pena- de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación, Derecho penal del enemigo (en este contexto, Derecho penal al menos en un sentido amplio: la medida de seguridad tiene como presupuesto la comisión de un delito) en vez de Derecho penal del ciudadano [...]<sup>14</sup>.

A “luta contra um perigo” se traduz na repressão dos ditos inimigos, que são reconhecidos como indivíduos de alta periculosidade, transgressores das próprias regras do contrato social. Para estes sujeitos, segundo Jakobs, deve aplicar-se o Direito Penal do inimigo.

Neste mesmo sentido entende Greco:

Jakobs, por meio dessa denominação, procura traçar uma distinção entre um Direito Penal do Cidadão e um Direito Penal do Inimigo. O primeiro, em uma visão tradicional, garantista, com observância de todos os princípios fundamentais que lhe são pertinentes; o segundo, intitulado Direito Penal do Inimigo, seria um Direito Penal despreocupado com seus princípios fundamentais, pois que não estaríamos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado<sup>15</sup>.

Para Jakobs, os inimigos são os terroristas, os criminosos econômicos, os integrados em organizações criminosas, autores de delitos sexuais, integrados em narcotráfico e outros tipos de condutas delitivas mais complexas<sup>16</sup>. Nesse sentido, Jakobs alega:

O inimigo é um indivíduo que, não só de maneira incidental, em seu comportamento (delitos sexuais; o antigo delinqüente habitual “perigoso” segundo o § 20 do Código Penal alemão), ou em sua ocupação profissional (delinqüência econômica, delinqüência organizada e também, especialmente, tráfico de drogas), ou principalmente através de uma organização (terrorismo, delinqüência organizada, novamente o tráfico de drogas ou o antigo “complô de assassinato”), isto é, em qualquer caso, de uma forma supostamente duradoura, tem abandonado o direito e, portanto, não garante a mínima certeza de segurança de comportamento pessoal e demonstra este déficit através de seu comportamento<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> JAKOBS, Gunther. CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. 2. ed. 2006, p. 26.

<sup>15</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 18.

<sup>16</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do inimigo** (ou inimigos do Direito Penal). São Paulo: Notícias Forenses, 2004.

<sup>17</sup> JAKOBS, Gunther. *La Ciencia Del Derecho Penal ante las exigencias del presente*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal Y Filosofía del Derecho, Tradução: Teresa Manso Porto, 2000.

Desta forma, em decorrência de seu perigo à sociedade, estes devem ser expurgados do meio social com a maior celeridade possível; para isso, flexibiliza-se direitos fundamentais, garantias, transgride-se o rito formal do processo adiantando a punibilidade, aplicam-se penas desproporcionais, obtém-se provas ilegais, entre outras medidas.

Consideram-se tais indivíduos irrecuperáveis, incapazes de ressocialização, e, por isso, recebem o mais furor dos tratamentos punitivos e são expulsos da sociedade dado o “risco comum” que geram.

É perceptível que Jakobs traz um raciocínio de que os inimigos optaram por afastar-se do Direito, estando, portanto, em um estado de natureza, de ausência de normas. Em decorrência disto, não podem ser aplicados preceitos fundamentais de cidadãos, como seus próprios e personalíssimos direitos fundamentais:

Una ulterior formulación: un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona. Y es que el estado de naturaleza es un estado de ausencia de normas, es decir, de libertad excesiva tanto como de lucha excesiva. Quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación<sup>18</sup>.

Há um detrimento claro, portanto, das regras jurídicas aplicadas aos cidadãos comuns para as aplicadas aos inimigos, estes últimos que devem ser neutralizados para que se mantenha a integridade do ordenamento jurídico.

Em verdade, sob o discurso de "manutenção ou aprimoramento da segurança nacional", o Poder Punitivo comete seus abusos e causa danos/fissuras irremediáveis ao Estado Democrático de Direito. Retirar de alguém seus valores intrínsecos, inerentes à natureza humana, é uma avilta direta ao Estado de Direito. Para Zaffaroni, há, inclusive, uma contradição permanente entre a doutrina jurídico-penal que admite e legitima o conceito de inimigo e os princípios constitucionais internacionais do Estado de Direito<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> JAKOBS, Gunther. CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. 2. ed. 2006, p. 41

<sup>19</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 11.

Evidente que o “inimigo” da teoria de Jakobs é um sujeito que não merece ter sua dignidade garantida, sendo isto uma violação a um dos direitos individuais mais basilares do Estado Democrático de Direito. Tratando destes dois componentes, Coura et al aduz:

O Estado Democrático de Direito, na verdade, muito mais do que imprimir a necessidade de uma constituição como vinculação jurídica do poder, trouxe para o epicentro a pessoa humana e sua dignidade. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana passa a conformar um núcleo mínimo de onde emanam diretrizes para interpretação e aplicação dos direitos fundamentais<sup>20</sup>.

Impossível cogitar-se na contemporaneidade um regresso nos Direitos Humanos garantidos pelo Estado Democrático de Direito, que foram conquistados a duras penas. A prevalência destas duas conquistas se dá em razão de um processo de evolução histórica, social e cultural do povo a quem ela destina seus preceitos e normas<sup>21</sup>.

O Direito Penal do Inimigo, portanto, com seu *modus operandi*, é incompatível com o Estado de Direito, sendo uma clara demonstração, na verdade, de um Estado Absoluto. Nas palavras de Zaffaroni:

O conceito mesmo de inimigo introduz de contrabando a dinâmica da guerra no Estado de direito, como uma exceção à sua regra ou princípio, sabendo ou não sabendo (a intenção pertence ao campo ético) que isso leva necessariamente ao Estado absoluto, porque o único critério objetivo para medir a periculosidade e o dano do infrator só pode ser o da periculosidade e do dano (real e concreto) de seus próprios atos, isto é, de seus delitos, pelos quais deve ser julgado e, se for o caso, condenado conforme o direito. Na medida em que esse critério objetivo é abandonado, entra-se no campo da subjetividade arbitrária do individualizador do inimigo, que sempre invoca uma necessidade que nunca tem limites [...]<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> COSTA, Renata Pereira Carvalho; COURA, Alexandre de Castro. A atuação do magistrado e sua conformação paradigmática: o desafio de materializar o estado democrático de direito. Porto Alegre, ano 7, n.32, p. 23-41, mar./abr. 2010. Disponível em: [https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/670/1/Direito%20Publico%20n322010\\_Renata%20Pereira%20Carvalho%20Costa%20Alexandre%20de%20Castro%20Coura.pdf](https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/670/1/Direito%20Publico%20n322010_Renata%20Pereira%20Carvalho%20Costa%20Alexandre%20de%20Castro%20Coura.pdf). Acesso em: 25 out. 2022.

<sup>21</sup> BERNARDI, Renato. JUNIOR, Marco Antonio Turatti. Quem Matou Odete Roitman? A Responsabilidade do Estado sobre o Entretenimento Televisivo e os Reflexos Jurídicos da Representatividade Social na Telenovela Brasileira. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 20, n. 1, p. 71-94, jan./abr. 2019. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_boi\\_2006/Rev-Dir-Garantias-Fundamentais\\_v.20\\_n.1.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boi_2006/Rev-Dir-Garantias-Fundamentais_v.20_n.1.pdf). Acesso em: 25 out. 2022. DOI: 10.18759/rdgf.v20i1.949.

<sup>22</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25.

## 1.2 OS INIMIGOS CONTEMPORÂNEOS E A CENTRALIDADE DA MÍDIA

Inegável que, na contemporaneidade, o Direito Penal atua em grande parte como instrumento de governo. A máquina estatal com seu sistema punitivo é movida antes mesmo que se configurem lesões ao bem jurídico protegido<sup>23</sup>. Esta é uma lógica intrínseca ao Direito Penal do Inimigo, e só mostra que, ainda nos tempos modernos, tal teoria incide em no sistema jurídico brasileiro.

Bianchini aduz que tal inversão do sistema punitivo fere o princípio da culpabilidade, mas que é uma “solução” aderida por inúmeros juristas:

Este seria o contributo possível, no entendimento de considerável parcela de juristas, à solução de problemas sociocriminais, como os relativos às agressões ao meio ambiente, à criminalidade organizada (**incluídas as preocupações com o tráfico de drogas**) e às políticas econômicas, financeira e tributária, dentre outras<sup>24</sup> (grifo nosso).

A escolha dos inimigos é, portanto, uma escolha meramente política, uma forma que o poder punitivo elege para alcançar seus fins – quaisquer que sejam eles.

Sobre a natureza política de tal escolha, Zaffaroni leciona:

[...] por mais que se oculte sob os mais reluzentes enfeites jurídicos, a reação que suscita a presença descarnada do inimigo da sociedade no direito penal é de caráter político, porque a questão que se coloca é - e sempre foi - dessa natureza<sup>25</sup>.

Não obstante, inequívoco é aduzir que algumas forças não integrantes do Poder Público também contribuem para a seleção dos inimigos, bem como para inflamar as massas no sentido de criar um sentimento de repulsa para com estes infratores.

---

<sup>23</sup> Moraes, Alexandre Rocha Almeida de. **A terceira velocidade do direito penal: o direito penal do inimigo**. 2006. 699 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

<sup>24</sup> BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais do Século XXI, vol. 7, 2002, p. 64-65.

<sup>25</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 16.

Nesse sentido, destacam-se as agências de comunicação social, que atuam de maneira determinante no auxílio do Poder Punitivo.

A punição desproporcional e árdua dos infratores selecionados e denominados “inimigos” é recebida positivamente pelas massas, que se sentem recepcionadas pelo sentimento de segurança e sensação de justiça mediante as sanções aplicadas. Parte de tal sentimento provém justamente em decorrência da construção feita pelos agentes midiáticos, utilizando, por ora, o temor para aguçar as massas.

Elegendo inimigos, alarmando a sociedade para o mal que aqueles indivíduos representam, adentrando no imaginário popular em auxílio ao Poder Punitivo, a mídia auxilia na construção de um Direito Penal do Inimigo. Nesse sentido, Zaffaroni alega:

[...] o poder punitivo, ao projetar-se na opinião das pessoas como o remédio para tudo, não é mais do que o delito máximo da propaganda desleal da nossa civilização. Trata-se do instrumento discursivo que proporciona a base para criar um estado de paranoia coletiva que serve para aquele que opera o poder punitivo o exerça sem nenhum limite e contra quem lhe incomoda<sup>26</sup>.

A mídia possui, portanto, papel preponderante na exaltação das massas, empenhada, nas palavras de Zaffaroni, em uma propaganda "volkisch", ou seja, em um discurso que obtém sua simpatia de modo não só demagógico, mas também grosseiro, mediante a reafirmação, o aprofundamento e o estímulo primitivo dos seus piores preconceitos<sup>27</sup>.

Portanto, a mídia, como extensão e instrumento do Poder Punitivo, é central para a escolha dos ditos "inimigos", e legitima a eliminação destes entes considerados perigosos sob o discurso de ordem e segurança pública.

Tratando acerca da relação entre mídia e a construção de determinados discursos criminológicos, Nilo Batista pondera:

---

<sup>26</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 33.

<sup>27</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 15.

O discurso criminológico midiático pretende constituir-se em instrumento de análise dos conflitos sociais e das instituições públicas, e procura fundamentar-se numa ética simplista (a 'ética da paz') e numa história ficcional (um passado urbano cordial; saudades do que nunca existiu, aquilo que Gizlene Neder chamou de 'utopias urbanas retrógradas'). O maior ganho tático de tal discurso está em poder exercer-se como discurso de lei e ordem com sabor 'politicamente correto'. Naturalmente, esse discurso admite aliar-se a outros que não lhe reneguem o ponto de partida: a modernidade realizou-se plenamente, suas promessas estão cumpridas, e se o resultado final é decepcionante, tratemos de atenuá-lo pela caridade, pelo voluntariado, por campanhas publicitárias; mas lei é lei. Paralelamente a teorias sociais que excluem a conflitividade de suas costuras, caminham concepções jurídicas para as quais a teoria do delito é o mais audacioso limite da reflexão. Os conflitos sociais podem dessa forma ser lidos apenas pela chave infracional: a tragédia fundiária brasileira é reduzida à dogmática do esbulho [...]<sup>28</sup>.

As agências midiáticas, adotando o discurso de pacificação social pela lei e ordem, operacionaliza a criminalização de indivíduos em um típico direito penal do autor, fomentando a seletividade penal e construindo paradigmas no imaginário popular, propagando e provocando sentidos comuns.

Tais sentidos comuns amplificados e por vezes criados pelas agências de comunicação atingem não só os leigos do sistema penal, mas também operadores do Direito, sejam eles juízes, advogados ou juristas *lato sensu*. Isto confere autoridade e cientificidade ao discurso comum, que, por isso, se dissemina com maior força. Sobre isso, Zaffaroni aduz:

Os simplismos mais grosseiros e as hipóteses mais estapafúrdias se retroalimentam entre a televisão, a mesa do bar e as decisões políticas. O certo, porém, é que o pensamento mágico substitui esses saberes. A criminologia midiática não pode ignorar a necessidade de vestir-se de científica e, para isso, convoca seus especialistas<sup>29</sup>.

Em razão disso, há uma retroalimentação deste discurso pautado na criminologia midiática. O mesmo autor complementa:

A chave reside no fato de a criminologia midiática operar com uma onda de retroalimentação. Assim é denominado o temido fenômeno de que um aparato criado pelos humanos se torne tão inteligente que se retroalimente e nos impeça de desligá-lo, o que faz com que seja impossível pará-lo. E com a criminologia midiática acontece isso: o especialista fala do que sabe

<sup>28</sup> BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 42, 2003. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em 16 out. 2022.

<sup>29</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 222.

(organização policial, dificuldades de investigação, melhoria do processo, diagnóstico de algum caso particular etc.). Em um dado momento, o apresentador o interroga sobre o aumento do delito, da criminalidade, as causas do delito, os fatores sociais, se a droga tem muito a ver, se a liberação sexual tem incidência, se a desintegração da família pesa, se 'isso' se conserta com planos sociais, com penas maiores, com o valor simbólico da pena, com a restauração dos valores etc. Ou seja, lhe formula perguntas que só um criminólogo poderia responder e, mesmo assim, depois de pesquisas de campo que, obviamente, não são realizadas em nosso país porque não se destina nem um mísero tostão para isso. [...] O que acontece é que, quando o apresentador lhe pergunta, o especialista não pode deixar de responder ao apresentador, porque acha que responde sobre conhecimentos que são comuns e até óbvios, porque pertencem à realidade construída, dada como certa. E é ali onde se produz a onda de retroalimentação: o especialista reproduz o discurso da criminologia midiática; fala do que sabe e em seguida fica falando do óbvio, que é a realidade construída midiaticamente, e que assimilou na padaria e no supermercado<sup>30</sup>.

A mensagem simplista, portanto, é de fácil adesão e propagação, visto que oferece “soluções mágicas” e rápidas para problemas estruturais. Com a hegemonia deste discurso único constrói-se um autoritarismo vedado, afinal, aqueles que não seguem a narrativa majoritária são desqualificados e desmoralizados no meio social.

Nesta oportunidade, todavia, limitar-se-á a alegar que os crimes que mais flagrantemente possuem um tratamento penal similar ao Direito Penal do inimigo são os crimes de drogas. Isto é bastante perceptível ao se analisar os dados dos sistemas carcerários brasileiros e o tratamento jurídico-penal para com tais crimes, os quais serão explicitados em tópico posterior.

Nesse sentido, Nucci alega que:

Um acusado por tráfico de drogas, cuja quantidade seja pequena ou média, não pode jamais ficar sujeito a prisão preventiva de meses, por vezes atingindo mais de ano. Fere a razoabilidade, mormente sendo primário, com bons antecedentes [...] <sup>31</sup>.

## 2 O ENCARCERAMENTO EM MASSA NO BRASIL

<sup>30</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 223.

<sup>31</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **A droga da Lei de Drogas**. São Paulo, 4 nov. 2016. Disponível em: <https://guilhermenucci.com.br/droga-da-lei-de-drogas>. Acesso em: 15 mai. 2022.

Atualmente, o Brasil se consolida como um dos países que mais prendem em todo o mundo. Em 13 de maio de 2022, dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) revelaram que o número de pessoas privadas de liberdade chegou a 919.651, o maior número já registrado em pesquisas oficiais do país, tendo um abrupto salto de 7,6% em dois anos. Os mesmos dados revelam que existem, ainda, 352.000 mandados de prisão em aberto.

Tal crescimento na população carcerária, entretanto, não é isolado dos demais anos. Estima-se, de acordo com pesquisas do DEPEN, que a população carcerária triplicou entre o período dos anos 2000 e 2019, perpassando de 232.755 para 773.151 pessoas.

É evidente, ademais, o déficit das vagas em presídios se comparadas com o número de pessoas privadas de liberdade, visto que, de acordo com dados supracitados, em dezembro de 2021 foram datadas 466.529 vagas. Tal quadro, conforme será adiante exposto, cria um cenário de precariedade extrema nas condições carcerárias e no próprio sistema prisional brasileiro, sendo a causa constitutiva do presente estado de coisa inconstitucional nas penitenciárias.

O ímpeto punitivista do Estado moderno leva à crença equivocada de que as penas de privação de liberdade promovidas pelo Direito Penal são o único caminho de garantir-se a segurança pública. Nesse sentido, Alves discorre:

A política de encarceramento aumenta a insegurança pela sua ação criminogênica, tendo como efeito colateral o crescimento do crime organizado, que, aproveitando-se das péssimas condições das unidades prisionais e da superpopulação, recruta a juventude pobre que é encarcerada. Temos, neste ponto, uma outra falácia do discurso punitivo: as pretendidas eficácias preventivas geral e especial negativas da pena de prisão como as únicas ou as principais soluções para o problema da insegurança<sup>32</sup>.

Evidente é que tal crença acaba por gerar danos fulcrais no sistema penal brasileiro como um todo, visto que busca sanar a criminalidade por meio de uma lógica de

---

<sup>32</sup> ALVES, Jader Santos. **A Atuação Policial na Perspectiva de Jovens Negros: Vozes dos Invisíveis**. Tese (Mestrado em Segurança Pública, Justiça e Cidadania) – Faculdade de Direito – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2017.

“causalidade mágica”<sup>33</sup>, que é, em verdade, ineficaz. O encarceramento desenfreado resulta, no plano fático, em instabilidades no sistema prisional, encarceramento em massa e precarização/desumanização dos encarcerados.

## **2.1 ADPF 347 E O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

Constatou-se no decorrer da experiência político-criminal brasileira que um dos principais reflexos do encarceramento em massa e da política criminal por vezes predatória praticada pelo Poder Punitivo é o abarrotamento das penitenciárias, bem como a completa precarização do sistema carcerário, de modo a expor os detentos às mais primitivas e melindrosas condições.

Tal constatação acarretou à propositura da ADPF 347, protocolada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) em 27 de maio de 2015, visando justamente, segundo a própria Inicial, que “seja reconhecido o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, e, em razão disso, determinada a adoção das providências listadas ao final, tendentes a sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, a seguir descritas, no tratamento da questão prisional no país”.

Sustenta o Autor que a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, presente a ofensa de diversos preceitos fundamentais consideradas a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

O Supremo Tribunal Federal (STF) enfrentou esta questão em setembro de 2015 ao julgar a Ação supracitada. Nesta oportunidade, o Tribunal efetivamente reconheceu

---

<sup>33</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 198.

que se instaurou, no sistema carcerário brasileiro, um Estado de Coisas Inconstitucional, marcado por incontáveis violações de direitos fundamentais e evidente transgressão à cogência da Lei de Execução Penal.

Tal expressão foi desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia em 06 de novembro de 1997, sendo utilizada na decisão SU-559<sup>34</sup>. Tratava-se de uma Ação proposta por professores que viam seus direitos previdenciários sistematicamente transgredidos por parte do Poder Público.

Após reconhecer a efetiva violação sistemática e grave aos direitos fundamentais deste grupo por questões estruturais, instauradas no sistema jurídico daquele país, a Corte Colombiana declarou o Estado de Coisas Inconstitucional, visando superar o quadro de inconstitucionalidades estruturais fixado. Para isso, deveria o Estado adotar soluções estruturais, dialógicas e pactuadas, de modo que as entidades estatais atuassem em conjunto para solucionar tal situação<sup>35</sup>.

No que tange a ADPF 347, constatou-se uma verdadeira inconstitucionalidade por omissão estrutural<sup>36</sup> no sistema prisional brasileiro, omissão esta que levou a uma violação generalizada de direitos fundamentais e que motivou a propositura da Ação em questão.

Nas palavras do Ministro Relator do caso, Marco Aurelio, a inércia do Poder Público – tratado aqui como o Estado em sua integralidade – se demonstra na ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias que visem conter efetivamente

---

<sup>34</sup> GUIMARÃES, Mariana Rezende. O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do supremo tribunal federal a partir da experiência da corte constitucional colombiana. Boletim Científico Esmpu, Brasília, v. 49, p. 79-111, jan. 2017. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/o-estado-de-coisas-inconstitucional-a-perspectiva-de-atuacao-do-supremo-tribunal-federal-a-partir-da-experiencia-da-corte-constitucional-colombiana>. Acesso em: 18 out. 2022.

<sup>35</sup> GUIMARÃES, Mariana Rezende. O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do supremo tribunal federal a partir da experiência da corte constitucional colombiana. Boletim Científico Esmpu, Brasília, v. 49, p. 79-111, jan. 2017. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/o-estado-de-coisas-inconstitucional-a-perspectiva-de-atuacao-do-supremo-tribunal-federal-a-partir-da-experiencia-da-corte-constitucional-colombiana>. Acesso em: 18 out. 2022.

<sup>36</sup> MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 14, n. 3, e32760, set./dez. 2019. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369432760>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32760>. Acesso em: 18 out. 2022.

a situação. Haveria, portanto, uma falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação<sup>37</sup>.

Dissertando acerca desta falha estrutural, o Ministro prossegue:

A responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelado amplo espectro de deficiência nas ações estatais. Tem-se a denominada “falha estatal estrutural”. As leis existentes, porque não observadas, deixam de conduzir à proteção aos direitos fundamentais dos presos. Executivo e Legislativo, titulares do condomínio legislativo sobre as matérias relacionadas, não se comunicam. As políticas públicas em vigor mostram-se incapazes de reverter o quadro de inconstitucionalidades. O Judiciário, ao implementar número excessivo de prisões provisórias, coloca em prática a ‘cultura do encarceramento’, que, repita-se, agravou a superlotação carcerária e não diminuiu a insegurança social nas cidades e zonas rurais<sup>38</sup>.

Reconheceu-se na ADPF 347 a situação precária das unidades prisionais brasileiras, que em decorrência de falhas estruturais e sistemáticas do Poder Público acabam por criar uma situação de extrema gravidade para os encarcerados. Itens básicos para a sobrevivência destes, como água, medicamentos, alimentação, entre outros, não são fornecidos devidamente, acabando por aviltar à dignidade e aos direitos mais basilares dos presos.

Outro fator que acaba por acarretar a situação precária dos sistemas prisionais brasileiros é a superlotação dos presídios. Tal qual exposto outrora, segundo dados do CNJ, enquanto foram datadas 466.529 vagas nos presídios, o Brasil possui 919.651 pessoas privadas de liberdade, excedendo em mais de 95% o número de vagas.

Tratando da superlotação, Fernandes aduz:

A superlotação potencializa os problemas do grande encarceramento: diversas unidades com enormes celas coletivas, onde os detentos ficam amontoados, muitos dormem no chão, brigam por colchonetes se desfazendo. Proliferam-se as doenças de todo tipo. Faltam médicos,

---

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADPF 347. ADPF nº 347. PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE. Relator: Ministro Marco Aurélio. 09 de Setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 14 out. 2022.

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADPF 347. ADPF nº 347. PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE. Relator: Ministro Marco Aurélio. 09 de Setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 14 out. 2022.

psiquiatras, psicólogos para atender essa população que não para de crescer. Acirram-se a violência e as disputas internas, um desafio à segurança. A superlotação, inevitavelmente, vem acompanhada de maus-tratos, doenças, motins, rebeliões e mortes em muitos estados do país<sup>39</sup>.

Tal quadro inconstitucional é, como visto, um risco para a saúde e integridade física dos presos, visto que muitos acabam vir a óbito em decorrência da falta de suporte básico para sua subsistência.

Pesquisas promovidas pela Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP/Fiocruz) nos anos de 2016 e 2017 analisaram as principais causas de falecimento dos encarcerados no Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, chegando a conclusão de que 30% destes vão a óbito por doenças infecciosas, 22% por doenças do aparelho circulatório, 12% por causas externas e 10% por doenças do aparelho respiratório<sup>40</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, como se expôs, identificou esta alarmante situação, que é de responsabilidade de todos os agentes públicos:

Em síntese, assiste-se ao mau funcionamento estrutural e histórico do Estado – União, estados e Distrito Federal, considerados os três Poderes – como fator da violação de direitos fundamentais dos presos e da própria insegurança da sociedade. Ante tal quadro, a solução, ou conjunto de soluções, para ganhar efetividade, deve possuir alcance orgânico de mesma extensão, ou seja, deve envolver a atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade<sup>41</sup>.

## **2.2 OS CRIMES DE DROGAS COMO OS DELITOS QUE MAIS ENCARCERAM NO BRASIL**

<sup>39</sup> FERNANDES, Maíra. Brasil chegou a mais de 900 mil presos durante a Covid-19. 2022. In: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-08/escritos-mulher-sistema-prisional-durante-covid>. Acesso em: 15 out. 2022.

<sup>40</sup> FERNANDES, Maíra. Brasil chegou a mais de 900 mil presos durante a Covid-19. 2022. In: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-08/escritos-mulher-sistema-prisional-durante-covid>. Acesso em: 15 out. 2022.

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADPF 347. ADPF nº 347. PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE. Relator: Ministro Marco Aurélio. 09 de Setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 14 out. 2022.

Conforme suscitado outrora, a doutrina do Direito Penal do Inimigo se manifesta mais expressamente com relação ao tratamento do Poder Punitivo para com os crimes de drogas.

À política criminal de controle das drogas atribui-se um verdadeiro imaginário de guerra, ao passo que os discursos proferidos – e absorvidos pela sociedade – passaram a ser no sentido de combater e exterminar um certo inimigo.

Os efeitos de tal constatação são aferíveis da análise dos dados fornecidos pelo SISDEPEN. Em 2021, 29,41% dos detentos recaem nos ilícitos referentes às drogas, ao passo que 39.96% incidem em crimes contra o patrimônio.

Todavia, em uma análise individual sob os tipos penais, depreende-se que o mais preponderante dos crimes de drogas – tráfico de drogas – supera o delito contra o patrimônio preponderante – roubo qualificado –, visto que 115.829 indivíduos estão encarcerados em razão deste, enquanto 165.961 estão em decorrência daquele.

Um dos motivos desta preponderância dos crimes de drogas – em especial o crime de tráfico de drogas – sobre os demais é a criação da Lei 11.343/2006, que culminou no aumento vertiginoso do número de prisões em razão destes crimes, conforme será posteriormente exposto.

As medidas tomadas em razão da política de guerra às drogas, características do Direito Penal do Inimigo, possuem relação direta com os dados apresentados. Convergindo com o anteriormente disposto, Valois aduz:

Nossa posição – necessário antecipá-la aqui – está estreitamente ligada aos males que o superencarceramento, resultado da guerra às drogas, causa para a sociedade como um todo. A prisão tem sido a droga que mais mata, a que mais produz violência e a que mais causa insanidade para aqueles com ela relacionados<sup>42</sup>.

Neste mesmo mérito, este mesmo autor prossegue:

---

<sup>42</sup> VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da guerra às drogas**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 17-18.

Desconsiderar que a solução dada à questão das drogas tem sido a prisão imunda, insalubre e violenta é um grande absurdo. Muitos pesquisadores estudam e trabalham com as drogas, atuam no campo da saúde pública, médicos, químicos, entendidos acerca dos males físicos dessas substâncias, e manifestam-se a favor da proibição sem considerar o que significa o uso do direito penal<sup>43</sup>.

O tratamento penal para com os crimes de drogas, delimitando especialmente, nesta oportunidade, o tipo penal do tráfico de drogas disposto no artigo 33 da Lei 11.343/2006, é indubitavelmente desproporcional.

Alguns doutrinadores corroboram com a ideia de que o delito tipificado no artigo supracitado infringe e avilta ao bem jurídico da saúde coletiva. Sob essa lógica, no momento em que o sujeito ativo incorre no tráfico de drogas, sua conduta lesa a sociedade como um todo. Segundo Capez:

A Lei de Drogas protege a saúde pública. A disseminação ilícita e descontrolada da droga pode levar à destruição moral e efetiva de toda a sociedade, solapando as suas bases e corroendo sua estrutura. O tráfico coloca em situação de risco um número indeterminado de pessoas, cuja saúde, incolumidade física e vida são expostas a uma situação de perigo. Assim, a lei protege a saúde da coletividade como bem jurídico principal<sup>44</sup>.

Contudo, em verdade, este crime não afeta substancialmente qualquer bem jurídico. A tentativa de imputar a tal delito “consequências nefastas que atingem à coletividade em sua generalidade” é justamente parte do processo de “inimização” do tipo, fazendo com que medidas repressivas e desproporcionais para contê-lo sejam justificáveis. Nesse sentido, assinala Queiroz:

Rigorosamente, portanto, a criminalização do tráfico de droga e afins não protege bem jurídico algum. A alegação de que tutelaria a saúde pública constitui simples pretexto para legitimar uma opção político criminal irracional, violenta e absolutamente desastrosa<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da guerra às drogas**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 18.

<sup>44</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 4, p. 771.

<sup>45</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. A propósito do bem jurídico protegido no tráfico de droga e afins. Conteúdo Jurídico, Distrito Federal: 23 nov. 2009. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25504&seo=1>. Acesso em: 18 nov. 2022.

O crime de tráfico de drogas é considerado um “crime de mera conduta”, ou seja, o mero comportamento previsto no tipo penal já consoma o delito, não se exigindo resultado naturalístico<sup>46</sup>.

Portanto, para Capez, não é necessário que a conduta cause danos/perigos efetivos e concretos no plano fático para que lese o bem jurídico, aduzindo que:

Por essa razão, pouco importa a quantidade da droga, pois se esta contiver o princípio ativo (capacidade para causar dependência física ou psíquica), estará configurada a infração. Qualquer que seja o montante de droga, haverá sempre um perigo social [...]<sup>47</sup>

Com a devida vênia ao nobre doutrinador, tal linha de raciocínio supracitada é extremamente perigosa, pois fere expressamente o princípio do *nullum crimen sine iuria*, traduzido como princípio da lesividade, segundo o qual o Direito Penal também não poderá punir aquelas condutas que não sejam lesivas a bens de terceiros, pois não excedem ao âmbito do próprio autor<sup>48</sup>.

### **3 A GUERRA ÀS DROGAS COMO POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA**

Da análise de toda a argumentação suscitada até o presente ponto, bem como da análise dos dados trazidos, há uma inescapável conclusão: a guerra às drogas é institucionalizada no sistema criminal brasileiro, sendo os sujeitos que cometem crimes de drogas – em específico que incorrem no tipo penal do tráfico de drogas – os tratados como “inimigos” na lógica de Jakobs.

Viu-se que o método empregado no combate aos crimes de drogas é pautado em uma verdadeira lógica de guerra, excepcionando, inclusive, a própria lógica do Estado de Direito fundamentalmente garantista.

---

<sup>46</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, vol. 1, p. 309.

<sup>47</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: legislação penal especial. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 4, p. 772.

<sup>48</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, vol. 1, p. 102.

A visão criada pelo Poder Punitivo – auxiliado pela criminologia midiática – acerca das drogas habilitou e legitimou socialmente a guerra contra elas, de modo que ainda que esteja bem definida a classe em que o poder policial exerce a repressão massiva, o medo não encontra limites e se propaga sem freios por toda a sociedade<sup>49</sup>.

Portanto, a guerra às drogas é, além de tudo, um mecanismo do Direito Penal que opera mediante o medo. Nesse sentido, Boldt aduz:

O direito penal produzido em nosso país com o objetivo de enfrentar ‘emergências’ como o crime organizado e o tráfico de drogas evidencia-se cotidianamente como o traço principal da difusão do medo. Com o apoio da mídia, a violência é reproduzida, o medo é alimentado e a inflação legislativa é ampliada<sup>50</sup>.

Um grande reflexo deste tratamento diferenciado para com estes crimes é a Lei 11.343/06, conhecida como Lei de Drogas, que será oportunamente dirimida.

### **3.1 A POLÍTICA CRIMINAL REPRESSIVA E DESPROPORCIONAL EMPREGADA AO TRATAMENTO PARA COM AS DROGAS**

O emprego da teoria de Jakobs no tratamento dos crimes de drogas gera consequências jurídicas, tanto materiais quanto processuais. As questões envolvendo o flagrante delito e o inquérito policial são problemáticas que devem ser avaliadas neste ponto.

Estes dois institutos penais já são, por si só, criticados por inúmeros autores, à exemplo de Valois:

Convivemos passivamente com uma legislação sobre prisão em flagrante e inquérito policial da década de 40, com uma jurisprudência que a convalida, porque em clima de guerra. Seria inviável pensar em um inquérito como o nosso brasileiro, distante do modelo acusatório, com pouquíssimas garantias para o indiciado, se não estivéssemos em um ambiente de guerra,

<sup>49</sup> VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da guerra às drogas**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 23.

<sup>50</sup> CARVALHO, Raphael Boldt de. **Mídia, Legislação Penal Emergencial e Direitos Fundamentais**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória. Vitória, p. 101. 2009.

onde o medo e a desconfiança tomaram conta dos instrumentos e agentes jurídicos<sup>51</sup>.

Não obstante, quando se tratam de crimes de drogas, tanto o flagrante quanto o inquérito policial demonstram-se ainda mais problemáticos, visto que estes conferem extrema arbitrariedade à autoridade policial em desfavor do acusado.

A lógica de guerra empregada nestes delitos bebe diretamente da fonte do Direito Penal do Inimigo. Tal *modus operandi* acaba por conferir à autoridade policial, tal qual supracitado, a arbitrariedade de decidir se o indivíduo abordado será enquadrado como usuário ou traficante de drogas.

Além disso, via de regra, as testemunhas do delito serão unicamente os policiais constantes da abordagem, viciando, desta forma, a ampla defesa e o contraditório do acusado, que terá de provar sua inocência mediante extrema dificuldade. Nesse sentido, Valois:

Na avaliação dos autos em flagrantes coletados não foi buscada qualquer conclusão definitiva, mas tão somente ilustrar o que muitos já sabem, que as prisões em flagrantes são lavradas quase que unanimemente apenas com testemunhos de policiais, com invasões de domicílio em casas de pobres, sem fundamentação alguma por parte da autoridade policial, fazendo o judiciário refém do que decide, sem expressar o porquê, o delegado de polícia, talvez refém do que lhe apresentam os soldados na linha de frente da guerra, os policiais da rua<sup>52</sup>.

Flexibilizam-se, portanto, princípios indissociáveis do Direito Penal e do próprio Estado Democrático de Direito. Constrói-se uma presunção de veracidade sobre a palavra da autoridade policial, esta que, por vezes, é suficiente para o encerramento do inquérito policial, denúncia e até prisão preventiva do acusado.

Em contraste à presunção de veracidade da polícia há a presunção de culpabilidade do sujeito pego portando algum tipo de droga, invertendo completamente o princípio da inocência presumida.

---

<sup>51</sup> VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da guerra às drogas**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 23.

<sup>52</sup> VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da guerra às drogas**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 23.

Para Valois, o Judiciário também atua em conjunto da “polícia criminal”, visto que é peça integrante do Poder Punitivo:

Por óbvio, o judiciário pensa como a polícia e como pensaram os primeiros diplomatas a criarem o crime de tráfico de drogas: se não aceitarmos testemunha exclusivamente policial, não conseguiremos outras testemunhas e não condenaremos ninguém. E assim o judiciário se transforma em uma máquina de condenações ao invés de um local de averiguação desses fatos<sup>53</sup>.

Para ilustrar tal situação, Silva relata um caso concreto:

João e outros dois amigos foram abordados por Policiais Militares. Os policiais encontraram uma pequena quantia de droga com ele e outra quantia no chão, próximo a eles. Em juízo (depoimentos no processo por áudio visual) os dois amigos de João foram categóricos em dizer que ele não tinha drogas destinadas a venda, que ele era usuário de drogas, mas que eles não tinham conhecimento de que ele era traficante. Muito embora os depoimentos das testemunhas fossem claros nesse sentido, os Policiais Militares repetiram de forma “decorada” as informações do Boletim de Ocorrência, e em dos policiais disse em juízo não se recordar da informação de que as testemunhas compravam droga de João. Apesar de todo esse conjunto probatório em favor do réu, ou pelo menos da dúvida se o réu era ou não traficante, a sentença da Juíza da 1ª Vara Criminal de Mairinque [...] ignorou completamente as demais provas nos autos, e se baseou exclusivamente na palavra dos policiais para condenar João à 06 anos e 03 meses de reclusão<sup>54</sup>.

Necessário destacar, ademais, que há um incentivo dentro das corporações policiais relacionado à “produtividade” do policial, que se traduz no número de pessoas que aquele agente prendeu.

Políticas como esta incentivam o encarceramento desenfreado e a atuação predatória das autoridades policiais, recaindo majoritariamente sobre delitos mais favoráveis ao encarceramento, que são, inegavelmente, os crimes de drogas. Isso porque para a polícia é muito mais fácil ir à esquina, montar uma blitz e pescar alguém com drogas, do que investigar um furto, um roubo, um sequestro ou um homicídio<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da guerra às drogas**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 490-491.

<sup>54</sup> SILVA, Renan Joubert Almeida. **Guerra às drogas e o punitivismo penal: a lei de drogas brasileira e seus mecanismos a favor do encarceramento em massa**. 1 ed. São Paulo: Renan Joubert Almeida Silva, 2020, p. 117-118.

<sup>55</sup> VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da guerra às drogas**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 495-496.

Observa-se, portanto, que existe no plano fático uma arbitrariedade e uma desproporcionalidade tremenda no tratamento com os crimes de drogas no Brasil. Nucci, por fim, traduz todo o exposto até o momento:

Um acusado por tráfico de drogas, cuja quantidade seja pequena ou média, não pode jamais ficar sujeito a prisão preventiva de meses, por vezes atingindo mais de ano. Fere a razoabilidade, mormente sendo primário, com bons antecedentes [...] <sup>56</sup>.

### **3.2 A LEI DE DROGAS E A FALHA DISTINÇÃO ENTRE TRAFICANTE E USUÁRIO DE DROGAS**

Em 23 de agosto de 2006 criou-se a Lei 11.343/06, denominada “Lei de Drogas”, que, segundo preâmbulo,

prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências <sup>57</sup>.

A Lei de Drogas trouxe uma inédita distinção entre o tratamento penal para com traficantes e usuários de drogas, sendo que se estabeleceram repercussões jurídicas diferentes para cada um destes. Nesse sentido, a tipificação da posse de drogas para uso pessoal está no art. 28, ao passo que a da posse para fins referentes ao tráfico de drogas está no art. 33.

Ainda que o legislador não tenha estabelecido uma pena privativa de liberdade ao tipo penal descrito no art. 28 da Lei supracitada, não há de se falar em descriminalização desta conduta, visto que ainda são imputadas penas restritivas de direitos aos que incorrem neste delito.

---

<sup>56</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. A droga da Lei de Drogas. Guilherme Nucci, São Paulo, 04 nov. 2016. Disponível em: <https://guilhermenucci.com.br/droga-da-lei-de-drogas>. Acesso em: 15 mai. 2022.

<sup>57</sup> BRASIL. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, Brasília, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm#view](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm#view). Acesso em: 28 out. 2022.

A controvérsia se dá, contudo, pelo fato da Lei não ter estabelecido parâmetros claros de distinção entre estes dois sujeitos, fato que acarreta em arbitrariedades por parte do Poder Público. Foi conferido ao julgador e às autoridades policiais uma margem de discricionariedade enorme, de modo que estes serão quem distinguirão quem é considerado traficante de quem é considerado usuário.

Por isso, por mais que as penas descritas no artigo 28 sejam mais brandas (só podem ser punidos com advertência, prestação de serviços à comunidade ou obrigação de comparecer em programas ou cursos educativos), ao passo que a Lei não estabelece um critério de distinção claro entre usuários e traficantes, criou-se uma lacuna enorme, que é sanada por uma interpretação rígida da Lei.

Tal diferenciação, muitas vezes, é feita por um critério meramente geográfico e social, de modo a enquadrar classes economicamente vulneráveis como traficantes.

Esta seletividade é muito presente no sistema penal brasileiro, sendo proeminente e clara nos crimes de drogas. Sobre isso, Silva *et al*:

A seletividade operacional do sistema penal, atrelada às funções classistas e modulada a partir dos tipos étnico-raciais de sua clientela, considera, em geral, que o crime é definido por ações ou omissões toscas ou grosseiras (de fácil constatação) cometidas por pessoas de baixa influência política e econômica, condicionando-se a visão de que os mais vulneráveis têm maior propensão à prática delitiva e, assim, devem ser submetidos à maior vigilância e punição<sup>58</sup>.

Inegável que a Lei de Drogas contribui para este cenário de discriminação e arbitrariedade. Exemplo disto é a disposição do art. 28, §2º desta Lei, segundo o qual:

Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às

---

<sup>58</sup> SILVA, Tédney Moreira da. Sobre Bugres e Índios no Espetáculo do Crime: a Subjetividade Indígena Deformada em Jornais do Mato Grosso do Sul. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 22, n. 3, p. 159-202, set./dez. 2021. Disponível em: [sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1864/599](http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1864/599). Acesso em: 25 out. 2022. DOI: 10.18759/rdgf.v22i3.1864.

condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente<sup>59</sup>.

Os requisitos utilizados para diferenciar o porte da droga para uso pessoal e para o tráfico padecem de uma subjetividade ímpar, deixando a cargo das autoridades policiais a escolha de qual crime o sujeito recairá. Por óbvio, a incidência do art. 28 acaba sendo reduzida, visto que não possui repercussões penais tão gravosas quanto o enquadramento no tipo penal do art. 33.

Versando sobre o parágrafo supracitado, Nicolitt aduz:

A Lei nº 11.343/2006 autoriza uma interpretação geograficamente racista, para distinguir traficante e usuário de drogas. No §2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 consta que, para considerar se a droga se destinava a consumo pessoal, deverá o juiz avaliar a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente<sup>60</sup>.

No plano fático, portanto, a diferenciação entre estes dois tipos passou a ser feita por autoridades policiais e magistrados, levando em conta, indubitavelmente, critérios raciais e sociais. Existe um peso distinto entre um jovem negro periférico e um jovem branco rico portando a mesma quantidade de drogas.

O Poder Punitivo, desproporcional e viciado, pautando-se no pretexto da guerra às drogas, utilizou da Lei 11.343/06 para aumentar o número de encarceramentos, atingindo majoritariamente usuários de drogas pobres e negros, que passaram a ser imputados como traficantes.

Segundo Valois:

Quando uma pessoa chega ao judiciário indiciada como autora da prática do crime do art. 33 da Lei de Drogas, ela não é mais uma simples acusada,

---

<sup>59</sup> BRASIL. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, Brasília, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm#view](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm#view). Acesso em: 28 out. 2022.

<sup>60</sup> NICOLITT, André et al. Mídia, poder punitivo e tráfico de drogas: a Zona Sul continua linda. In: Revista Consultor Jurídico, 03 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-03/nicolitt-borges-midia-poder-punitivo-trafico-drogas>. Acesso em: 25 out. 2022.

após a denúncia não é uma simples ré, mas passa a ser um traficante, independentemente da conduta atribuída entre aquelas tantas do artigo de lei citado. A força da palavra policial não se reflete apenas na importância atribuída pelo judiciário, mas contamina desde os corredores do fórum até as partes do processo<sup>61</sup>.

### **3.2.1 REFLEXO DA LEI DE DROGAS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Os dados oficiais convergem no sentido de que, após a promulgação da Lei de Drogas, houve uma aceleração substancial no processo de encarceramento em massa.

Segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, a população carcerária como um todo aumentou em 254%. Não obstante, o número de pessoas presas por delitos ligados às drogas aumentou em 156%. Se até 2005 as pessoas presas por crimes ligados às drogas eram aproximadamente 9%, hoje o número chega, segundo dados do SISDEPEN, a aproximadamente 29%.

Evidente, desta forma, que a Lei de Drogas contribuiu em muito para o estado de coisa inconstitucional que beira o sistema carcerário brasileiro, encarcerando mais e com menos garantias de direitos dos acusados.

Conforme já exposto em tópico anterior, a aplicação da Lei é distorcida, de modo que maior parte dos indivíduos encarcerados com base na Lei 11.343/06 é composta de pessoas que portam drogas para consumo próprio ou pequenos traficantes.

Segundo estudo do instituto “Sou da Paz”, no estado de São Paulo, até 2018, metade das ocorrências policiais de indivíduos presos por tráfico de maconha se deu pelo porte de até 40 gramas da droga. Em sentido semelhante foi levantamento feito pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, segundo o qual 29,27% das apreensões de cocaína no Rio de Janeiro foram de até 20 gramas.

---

<sup>61</sup> VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da guerra às drogas**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 457.

Segundo Alves:

A política da repressão atinge essa população há muito tempo. O retrato disso é a tragédia do encarceramento em massa. A nova lei de drogas de 2006 fez com que aumentasse muito o número de pessoas presas pelo crime de tráfico. Isso se dá através de uma interseccionalidade entre raça, classe e gênero que influencia drasticamente no número de presos que temos hoje no Brasil.

Infla-se, portanto, as penitenciárias brasileiras por conta de quantidades ínfimas de drogas, uma avilta direta ao princípio da insignificância – este que, via de regra, não é aplicado nos casos de tráfico.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto no decorrer do trabalho, restou exposta a incidência da teoria do Direito Penal do Inimigo idealizada por Jakobs no que tange ao tratamento jurídico-penal com os crimes de drogas.

Inegável que tal tratamento diferenciado acabou por contribuir com a superlotação das penitenciárias brasileiras, contribuindo para a criação de um verdadeiro estado de coisa inconstitucional, tal qual entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADPF 347.

Os veículos midiáticos, aproveitando-se das fortes emoções que emanam da população em razão do medo da criminalidade, constroem sua narrativa com base no temor e no alarde, auxiliando no processo de molde dos inimigos.

É da natureza humana a busca pelo conforto e pela segurança. Inegável dizer que o temor pelo diferente, pelo terceiro, sempre fez parte do ímpeto humano. Tais sentimentos extremados levam à conclusão equivocada de que a solução para os problemas criminais é a punição desenfreada, o encarceramento a qualquer custo.

É mediante estes sentimentos que a teoria do Direito Penal do Inimigo ganha sua força, sempre utilizando de discursos popularescos para convencer as massas das atrocidades cometidas.

A população clama por segurança e teme a impunidade, e por isso protestam por mais e mais prisões, sem perceber, entretanto, que esta “fórmula mágica” não é a efetiva solução do problema.

A Lei de Drogas é um singelo, quase imperceptível reflexo deste quadro instaurado. Como já visto, apesar da diferenciação entre usuário e traficante de drogas, não se estabeleceram critérios claros e palpáveis para identificar, no plano fático, qual é qual.

É um problema técnico quase imperceptível na Lei para a população comum, só sendo aferível por um operador do Direito. Por isso alega-se desde o início que o Direito Penal do Inimigo é um mal mascarado, que abrange a legislação e a prática jurídica brasileira de modo velado.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Jader Santos. **A Atuação Policial na Perspectiva de Jovens Negros: Vozes dos Invisíveis**. Tese (Mestrado em Segurança Pública, Justiça e Cidadania) – Faculdade de Direito – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2017.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 3, 2003. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em 16 out. 2022.

BERNARDI, Renato; JUNIOR; Marco Antonio Turatti. Quem Matou Odete Roitman? A Responsabilidade do Estado sobre o Entretenimento Televisivo e os Reflexos Jurídicos da Representatividade Social na Telenovela Brasileira. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 20, n. 1, p. 71-94, jan./abr. 2019. Disponível em:

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Rev-Dir-Garantias-Fundamentais\\_v.20\\_n.1.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-Garantias-Fundamentais_v.20_n.1.pdf). Acesso em: 25 out. 2022. DOI: 10.18759/rdgf.v20i1.949.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, Série As Ciências Criminais do Século XXI, 2002, v. 7.

BOUVIER, Pierre et al. **O trabalho na história do pensamento ocidental**. Petrópolis: Vozes, 2005.

BRASIL. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, Brasília, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm#view](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm#view). Acesso em: 28 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADPF 347. ADPF nº 347. PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE. Relator: Ministro Marco Aurélio. 09 de Setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 14 out. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 15 ed. Editora Saraiva, 2011, v. 1.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4.

CARVALHO, Raphael Boldt de. **Mídia, Legislação Penal Emergencial e Direitos Fundamentais**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória. Vitória, 2009.

COSTA, Renata Pereira Carvalho. COURA, Alexandre de Castro. A atuação do magistrado e sua conformação paradigmática: o desafio de materializar o estado democrático de direito. Porto Alegre, ano 7, n. 32, p. 23-41, mar./abr. 2010. Disponível em: [https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/670/1/Direito%20Publico%20n322010\\_Renata%20Pereira%20Carvalho%20Costa%20Alexandre%20de%20Castro%20Coura.pdf](https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/670/1/Direito%20Publico%20n322010_Renata%20Pereira%20Carvalho%20Costa%20Alexandre%20de%20Castro%20Coura.pdf). Acesso em: 25 out. 2022.

FERNANDES, Maíra. Brasil chegou a mais de 900 mil presos durante a Covid-19. 2022. In: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-08/escritos-mulher-sistema-prisional-durante-covid>. Acesso em: 15 out. 2022.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do inimigo** (ou inimigos do Direito Penal). São Paulo: Notícias Forenses, 2004.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, v. 1.

GUIMARÃES, Mariana Rezende. O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do supremo tribunal federal a partir da experiência da corte constitucional colombiana. Boletim Científico Esmpu, Brasília, v. 49, p. 79-111, jan. 2017. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/o-estado-de-coisas-inconstitucional-a-perspectiva-de-atuacao-do-supremo-tribunal-federal-a-partir-da-experiencia-da-corte-constitucional-colombiana>. Acesso em: 18 out. 2022.

HAUSER, Ester Eliana. **Política criminal**. Ijuí: Unijuí, 2015.

JAKOBS, Gunther. **La Ciencia Del Derecho Penal ante las exigencias del presente**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal Y Filosofía del Derecho, Tradução: Teresa Manso Porto, 2000.

JAKOBS, Gunther. CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. 2. ed. 2006.

MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 14, n. 3, e32760, set./dez. 2019. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369432760>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32760>. Acesso em: 18 out. 2022.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A terceira velocidade do direito penal: o direito penal do inimigo**. 2006. 699 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

NICOLITT, André et al. Mídia, poder punitivo e tráfico de drogas: a Zona Sul continua linda. In: Revista Consultor Jurídico, 03 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-03/nicolitt-borges-midia-poder-punitivo-trafico-drogas>. Acesso em: 25 out. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. A droga da Lei de Drogas. São Paulo, 4 nov. 2016. Disponível em: <https://guilhermenucci.com.br/droga-da-lei-de-drogas>. Acesso em: 15 mai. 2022.

QUEIROZ, Paulo de Souza. A propósito do bem jurídico protegido no tráfico de droga e afins. Conteúdo Jurídico, Distrito Federal: 23 nov. 2009. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25504&seo=1>. Acesso em: 18 nov. 2022.

SILVA, Renan Joubert Almeida. **Guerra às drogas e o punitivismo penal: a lei de drogas brasileira e seus mecanismos a favor do encarceramento em massa**. 1. ed. São Paulo: Renan Joubert Almeida Silva, 2020.

SILVA, Tédney Moreira da. Sobre Bugres e Índios no Espetáculo do Crime: a Subjetividade Indígena Deformada em Jornais do Mato Grosso do Sul. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 22, n. 3, p. 159-202, set./dez. 2021. Disponível em: [sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1864/599](http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1864/599). Acesso em: 25 out. 2022. DOI: 10.18759/rdgf.v22i3.1864.

VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da guerra às drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

WACQUANT, Loïc. **Les Prisons de la Misère**. Paris: Éditions Raisons d'Agir, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.