DOI: https://doi.org/10.14295/revistadaesmesc.2025e457

TRÁFICO PRIVILEGIADO E A OFENSA AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE

PRIVILEGED TRAFFICKING AND THE OFFENSE TO THE PRINCIPLE OF PROHIBITION OF DEFICIENT PROTECTION

Luan Carlos Pereira[1]

Resumo: O presente artigo visa analisar o delito de tráfico privilegiado e a possível ofensa ao princípio da vedação à proteção deficiente. De início, traçar-se-á breve síntese dos mandados de criminalização ao tráfico de entorpecentes, previstos tanto na Constituição da República Federativa do Brasil, como nos diplomas internacionais dos quais o Estado brasileiro é signatário. Ainda, a colaborar com a interpretação desses mandamentos de criminalização, abordar-se-ão decisões dos Tribunais Superiores, bem como interpretações dadas pela doutrina sobre o tema. Posteriormente, passar-se-á ao centro da discussão, isto é, à análise do tipo penal de tráfico de entorpecentes e, principalmente, a sua subespécie, o tráfico privilegiado e sua (o)posição frente ao princípio da vedação à proteção deficiente. Para a contemplação do objeto final da pesquisa, foi utilizado o método procedimental dialético, por meio dos métodos de interpretação sistemático, comparativo e sociológico. Em relação à técnica de pesquisa utilizada, destaca-se a documental indireta e direta, de natureza teórica, com objetivo explicativo, por meio bibliográfico-documental.

Palavras-chave: Tráfico ilícito de entorpecentes; mandado de criminalização constitucional; tráfico privilegiado; princípio da vedação à proteção deficiente.

---

1. Residente Jurídico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; Especialista em Direito Público – Gran Centro Universitário; Bacharel em Direito – Centro universitário FAI. ORCID: 0009-0000-1271-8069. *E-mail*: lcpluanpereira@gmail.com

Abstract: This article aims to analyze the crime of privileged trafficking and the possible offense against the principle of prohibiting deficient protection. To begin with, a brief summary will be outlined of the criminalization orders for drug trafficking, provided for both in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, and in international diplomas to which the Brazilian State is a signatory. Furthermore, to collaborate with the interpretation of these criminalization commandments, decisions from the Superior Courts will be addressed, as well as interpretations given by the doctrine on the subject. Subsequently, we will move on to the center of the discussion, that is, the analysis of the criminal type of drug trafficking and, mainly, its subspecies, privileged trafficking and its (o)position in relation to the principle of prohibiting deficient protection. To contemplate the final object of the research, the dialectical procedural method was used, through systematic, comparative and sociological interpretation methods. In relation to the research technique used, indirect and direct documentation stands out, of a theoretical nature, with explanatory objectives, through bibliographic-documentary means.

Keywords: Illicit drug trafficking; constitutional criminalization warrant; privileged trafficking; principle of prohibition of deficiente protection.

1 INTRODUÇÃO

O tráfico de entorpecentes é o eixo central de preocupação dos Estados modernos e dos Organismos Internacionais de combate às Organizações Criminosas, uma vez que a principal fonte de financiamento dessas organizações é o tráfico internacional de substâncias ilícitas.

Internacionalmente, com o objetivo de reprimir o tráfico de entorpecentes, foi adotada a "Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas" pela Assembleia Geral das Nações Unidas, vigendo no âmbito interno a partir da publicação do Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991.

No Brasil, a Constituição Federal trouxe mandado de criminalização expresso ao tráfico ilícito de entorpecentes e afins, buscando aumentar a repressão e combate a esse delito (artigo 5º, inciso XLIII).

A Lei n. 11.343/2006 veio a colaborar com a repressão, trazendo uma redação mais clara e penas mais elevadas. Contudo, sob severas críticas de parte da doutrina, diferenciou, por critério legal, o traficante habitual daquele que agiu esporadicamente – o qual não se dedica a atividade criminosa e, principalmente, não integra organização criminosa.

Isso posto, o presente artigo, à luz do princípio da proporcionalidade, em seu vetor de proibição à proteção deficiente, busca analisar uma possível ofensa a esse princípio que visa a proteção dos bens jurídicos por meio da tutela penal. Igualmente, examina uma plausível adequação ao princípio da proporcionalidade e da individualização das penas ao diferenciar o traficante habitual do traficante primário.

2 A CRIMINALIZAÇÃO DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES

A Constituição da República Federativa do Brasil traz, em seu vasto conteúdo, mandado de criminalização impondo ao Estado o dever de defesa dos Direitos Fundamentais expressos na Carta constitucional. Esse fenômeno deriva do dever de proteção que busca proibir determinadas condutas consideradas lesivas, capazes de macular o ordenamento constitucional e trazer severas consequências à ordem interna (Mendes; Branco, 2023).

A propósito, colhe-se do escólio de Andrade (2019) que os mandados constitucionais de criminalização indicam matérias que o legislador tem o dever de legislar. A obrigação tem como objetivo a proteção de determinados bens juridicamente selecionados pelo constituinte originário, de forma adequada e, sempre que possível, integralmente.

Em mesmo tom, *mutatis mutandis*, Gonçalves (2007) leciona que os mandados se justificam, num contexto democrático, próprio dos Estados Democráticos de Direito. O constituinte originário, preocupado com os deslindes que levarão a nação, determina comandos expressos para o constituinte derivado, implicando em um dever de proteção dirigido.

Nessa perspectiva, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIII, traz em seu bojo um mandado expresso de criminalização, ao considerar como inafiançável e insuscetível de graça ou anistia a prática de tráfico ilícito de entorpecentes e afins. Ainda, no inciso LI do artigo 5º da Carta, estabelece, entre as exceções que possibilitam a extradição de naturalizados, o comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (Lenza, 2023).

Ainda, diante da gravidade da conduta ilícita, o artigo 243, parágrafo único, preceitua: "Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei" (Brasil, 1988, tít. IX, art. 243).

A colaborar com o exposto, cita-se o julgado do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 638.491, de relatoria do Ministro Luiz Fux, *ipsi litteris*:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. PROCESSUAL PENAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 647 DO PLENÁRIO VIRTUAL. TRÁFICO DE DROGAS. VEÍCULO APREENDIDO COM O SUJEITO ATIVO DO CRIME. DECRETAÇÃO DE PERDIMENTO DO BEM. CONTROVÉRSIA SOBRE A EXIGÊNCIA DE HABITUALIDADE DO USO DO BEM NA PRÁTICA CRIMINOSA OU ADULTERAÇÃO PARA DIFICULTAR A DESCOBERTA DO LOCAL DE ACONDICIONAMENTO. DESNECESSIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 243, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.
>
> [...]
>
> 4. O tráfico de drogas é reprimido pelo Estado brasileiro, através de modelo jurídico-político, em consonância com os diplomas internacionais firmados.
>
> 5. Os preceitos constitucionais sobre o tráfico de drogas e o respectivo confisco de bens constituem parte dos mandados de criminalização previstos pelo Poder Constituinte originário a exigir uma atuação enérgica do Estado sobre o tema, sob pena de o ordenamen-

> to jurídico brasileiro incorrer em proteção deficiente dos direitos fundamentais.
>
> […]
>
> 9. Tese: É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal. 10. Recurso Extraordinário a que se dá provimento (Brasil, 2017, p. 1).

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no HC 486.173/SP, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, *in verbis*:

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM PAUTADA NA QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DENEGADA.
>
> 1. Na Constituição da República de 1988, no art. 5.º, inciso XLIII, há um mandado expresso de criminalização, o qual dispõe que 'a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem' […] (Brasil, 2019, p. 1).

Em relação, ainda, ao mandado de criminalização do tráfico de entorpecentes e afins, cabe destacar que o Brasil é signatário da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, promulgada internamente pelo Decreto n. 154/1991.

Essa convenção buscou ampliar o sistema internacional de controle às drogas, corrigindo as lacunas e sedimentando a questão de combate à difusão de drogas ilícitas no âmbito internacional (Reale Jr., 2005).

Portanto, com vista a atender o reclamo do constituinte originário, o legislador ordinário, evitando incorrer em proteção deficiente dos direi-

tos fundamentais, *in casu*, o combate ao tráfico de entorpecentes e afins, promulgou a Lei n. 11.343/2006, revogando expressamente a Lei n. 6.368/1976 e a Lei n. 10.409/2002, buscando implementar maior rigor à narcotraficância.

3 TIPIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E AFINS

O crime de tráfico ilícito de entorpecentes e afins possui sua conduta típica fundamental no artigo 33, *caput,* da Lei n. 11.343/2006. Já, em seu §1º, traz condutas equiparadas, às quais incidirá a mesma pena cominada ao *caput*.

Além dessas, Silva (2016) aponta o que a doutrina considera como modalidades de tráfico de drogas ou, ao menos, equiparando-se a ele, os tipos penais previstos nos artigos 34 e 36 da referida lei.

Sem adentrar a tormentosa discussão doutrinária sobre quais artigos da Lei n. 11.343/2006 são qualificados como tráfico ilícito de entorpecentes, o presente trabalho restringir-se-á à análise apontada pela doutrina tradicional.

O *caput* do artigo 33 traz o tipo fundamental do tráfico de drogas, classificado pela doutrina como tipo misto alternativo, por abrigar vários verbos, que isolada ou cumulativamente, tipificam um só crime. *In verbis*:

> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar […].
>
> § 1º Nas mesmas penas incorre quem:
>
> I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

> II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;
>
> III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.
>
> IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente (Brasil, 2006, cap. II).

É importante salientar que, ao contrário do que muitos pensam, para a caracterização da infração penal não é necessária nenhuma ação de comercialização, uma vez que se trata de um ilícito permanente e o simples fato de praticar qualquer das condutas descritas no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 é suficiente para configurá-lo.

Nesse sentido, o entendimento da Corte Catarinense no julgamento da Apelação Criminal n. 0005704-47.2017.8.24.0036, de relatoria do Desembargador Alexandre d'Ivanenko:

> APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO A ESSE FIM (ARTS. 33, "CAPUT" E § 1º, INC. II, E ART. 35, DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. RECURSOS DA DEFESA E DA ACUSAÇÃO. [...] 1. A prática de qualquer uma das dezoito condutas (verbo núcleo do tipo penal descrito no art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/2006) é suficiente para configurar o crime de tráfico de drogas. [...] (Brasil, 2018).

Por seu turno, os §§ 2º e 3º não configuram tráfico de drogas e, por derradeiro, não são qualificados como crimes análogos a hediondo, conforme aponta a doutrina (Silva, 2016). *Ipsi litteris*:

> Art. 33. […]

> § 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga […].
>
> § 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem […] (Brasil, 2006, cap. II).

No tocante ao delito de tráfico de drogas privilegiado, por ser o objeto principal deste estudo, será tratado em subtítulo específico.

Vejamos.

3.1 Tráfico privilegiado de entorpecentes

Conquanto haja previsão de tratamento mais rigoroso ao tráfico de drogas por imposição constitucional, a Lei n. 11.343/2006 prevê causa de diminuição de pena, cuja aplicação sem parcimônia não se coaduna com o mandado de criminalização expresso na Constituição Federal.

No ponto, é importante destacar que a Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006) trouxe, em seu bojo, a diferenciação entre o traficante profissional e o traficante eventual, o que veio disposto no artigo 33, § 4º, da indigitada Lei:

> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
>
> [...]
>
> §4o Nos delitos definidos no caput e no §1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (Brasil, 2006, cap. II).

Para aplicação da minorante, o agente deverá ser primário, com bons antecedentes (somente caracterizam maus antecedentes as condenações penais transitadas em julgado antes do fato que não possam mais caracterizar reincidência), não se dedicar a atividades criminosas, ou seja,

somente terá direito à benesse a pessoa que não faça do crime seu modo de vida e, por fim, não integrar organização criminosa (Silva, 2016).

Quanto à organização criminosa, é relevante a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC n. 131795, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, que trata da pessoa responsável pelo transporte de drogas, o chamado "mula":

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO. TRANSPORTE DE DROGA. EXAME DAS CIRCUNSTÂNCIAS DA CONDUTA. ATUAÇÃO DA AGENTE SEM INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.
>
> 1. A não aplicação da minorante prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 pressupõe a demonstração pelo juízo sentenciante da existência de conjunto probatório apto a afastar ao menos um dos critérios – porquanto autônomos –, descritos no preceito legal: (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; e (d) não integração à organização criminosa. Nesse juízo, não se pode ignorar que a norma em questão tem a clara finalidade de apenar com menor grau de intensidade quem pratica de modo eventual as condutas descritas no art. 33, caput e § 1º, daquele mesmo diploma legal em contraponto ao agente que faz do crime o seu modo de vida, razão pela qual, evidentemente, não estaria apto a usufruir do referido benefício.
>
> 2. A atuação da agente no transporte de droga, em atividade denominada "mula", por si só, não constitui pressuposto de sua dedicação à prática delitiva ou de seu envolvimento com organização criminosa. Impõe-se, para assim concluir, o exame das circunstâncias da conduta, em observância ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).
>
> 3. Assim, padece de ilegalidade a decisão do Superior Tribunal de Justiça fundada em premissa de causa e efeito automático, sobretudo se consideradas as premissas fáticas lançadas pela instância ordinária, competente para realizar cognição ampla dos fatos da causa, que revelaram não ser a paciente integrante de organização criminosa ou se dedicar à prática delitiva.
>
> 4. Ordem concedida (Brasil, 2016, p. 1).

No mesmo sentido, têm-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça, no HC n. 387077, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas:

> PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AGENTE NA CONDIÇÃO DE "MULA". AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. [...]. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> [...]
>
> 3. Embora haja diversos julgados de ambas as Turmas deste Tribunal Superior nos quais se afirme não ser possível o reconhecimento do tráfico privilegiado ao agente transportador de drogas na qualidade de "mula", acolho o entendimento uníssono do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, no sentido de que a simples atuação nessa condição não induz, automaticamente, à conclusão de que o sentenciado integre organização criminosa, sendo imprescindível, para tanto, prova inequívoca do seu envolvimento, estável e permanente, com o grupo criminoso, para autorizar a redução da pena em sua totalidade. Precedentes do STF.
>
> [...]
>
> 7. Habeas corpus não conhecido. Ordem, concedida, de ofício, para fazer incidir em 1/6 a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. art. 11.343/2006, resultando a pena definitiva da paciente em 5 anos de reclusão mais o pagamento de 500 dias-multa (Brasil, 2017b, p. 1).

Nesse viés, é pacífico nos Tribunais Superiores de que a condição de "mula" do tráfico, por si só, não afasta a possibilidade de aplicação da minorante do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, uma vez que a figura de transportador da droga não induz, automaticamente, a conclusão de que o agente integre, de forma estável e permanente, organização criminosa.

Não obstante, comprovado o envolvimento efetivo entre o agente e a associação/organização criminosa, de modo que seja habitual sua dedicação à atividade criminosa, deverá ser afasta a circunstância privilegiadora do delito.

É o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, expressado no julgamento da Apelação Criminal n. 0008100-67.2017.8.24.0045, de relatoria do Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli:

> [...]
> A benesse do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, somente será aplicada ao condenado que, dentre outros requisitos, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, de modo que é ilógica e contrária à própria norma sua concessão caso o réu seja condenado no crime previsto no art. 2º da Lei nº 12.850/2013.
> [...] (Brasil, 2020).

A corroborar, ensina Renato Brasileiro de Lima:

> c) não dedicação a atividades criminosas: o terceiro requisito para a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, é que o agente não se dedique às atividades criminosas, o que significa dizer que o acusado deve desenvolver algum tipo de atividade laborativa lícita e habitual, não apresentando personalidade voltada para a criminalidade, sendo o crime de tráfico a ele imputado naquele processo um evento isolado em sua vida. [...] (2016, p. 757).

Cumpre salientar que após a publicação daLei de Drogas, por certo período, questionou-se acerca da admissibilidade da aplicação simultânea da lei revogada e do texto atual – entendimento rechaçado pelas Cortes Superiores.

A antiga lei de drogas previa pena mais benéfica, ao passo que a nova lei elevou a sanção cominada, mas trouxe causa de diminuição de pena outrora inexistente (Capez, 2023).

Outrossim, é importante frisar que até 2016, mesmo na hipótese de aplicação da privilegiadora, as Cortes Superiores consideravam que o tráfico ilícito de drogas continuaria a ser equiparado a hediondo (*Vide* Súmula 512 do Superior Tribunal de Justiça, atualmente superada – Tema 600/STJ).

Nesse sentido, Nucci (2010) ensinava, à época, que não era admissível criar um novo delito apenas com base na aplicação de uma causa de diminuição de pena. Por esse motivo, o tráfico ilícito de entorpecentes

será sempre considerado como crime equiparado a hediondo, mesmo que, por decisão legislativa, possa receber uma pena reduzida quando preenchidos os requisitos do §4º.

Não obstante, no ano de 2016, a Terceira Seção afetou o julgamento da questão de ordem a fim de revisar a tese firmada no REsp 1.329.088, para adequá-la à posição atual do Supremo Tribunal Federal, cancelando, assim, sua Súmula 512.

O tema/repetitivo 600 firmou tese que o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo.

Posteriormente, a Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/1984), no parágrafo 5º do art. 112, adotou a posição jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, estabelecendo, agora por meio de lei, que "[n]ão se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006" (Brasil, 1984, tít. V, cap. I, seç. II).

4 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE

Os princípios são normas jurídicas por meio das quais se estabelecem deveres de otimização, ou seja, são normas que ordenam que algo seja realizado na medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes (Lenza, 2023).

A ideia de proporcionalidade como vedação à proteção deficiente (*untermassverbot*) se desenvolveu no direito penal germânico a partir da concepção de que os direitos fundamentais não são meros direitos subjetivos negativos, mas, também, possuem uma dimensão objetiva, na medida em que tutelam certos bens jurídicos e valores que devem ser promovidos e protegidos diante de riscos e ameaças originários de terceiros (Souza Neto, 2013).

Reconheceu-se, portanto, um dever de proteção estatal dos direitos fundamentais, mesmo o de matriz liberal, que se estende ao Legislativo, à Administração Pública e ao Poder Judiciário. Esse dever de proteção é também denominado de imperativo de tutela, daí decorre que o prin-

cípio da proporcionalidade também pode ser manejado para controlar a observância pelo Estado desse dever de proteção, de forma a coibir a sua inação ou atuação deficiente (Souza Neto, 2013).

O reconhecimento do princípio da proporcionalidade pela doutrina e jurisprudência nacional propõe uma reflexão sobre a qualidade desse instrumento e o alcance que, hoje, ele conhece, e as potencialidades que nele podemos identificar, especialmente no âmbito da aplicação dos direitos fundamentais, há que se ter em conta a forma como dele se tem feito uso (Souza Neto, 2013).

Por força do princípio da proibição de proteção deficiente, nem a lei, nem o Estado podem apresentar insuficiência em relação à garantia dos direitos fundamentais, ou seja, cria-se um dever para o Estado, que não pode prescindir dos mecanismos de tutela, a fim de assegurar a proteção de um direito fundamental (Lenza, 2023).

O Estado, enquanto destinatário dos direitos fundamentais, é uma premissa da qual não se poderá afastar no transcurso deste estudo, sendo certo que, por vezes, poderá parecer que as circunstâncias levam a crer que o cidadão e a sociedade civil como um todo assumem esse papel, porém, tratar-se-á apenas de uma conjuntura aparente e não real. Mesmo em questões limítrofes, em que o exercício dos direitos fundamentais produz nítido impacto na esfera de interesses de terceiros, deve-se manter em foco que quem agiu ou se absteve para que se desse eficácia ao referido direito foi o Estado, por intermédio do qual o titular do direito fundamental terá encontrado os meios para exercê-lo.

Sobre o tema, Claus-Wilhelm Canaris, ainda que reconheça a existência de posições divergentes, leciona:

> Designadamente, mantém-se, por um lado, a posição de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é também sobre ele que recai a obrigação de os proteger. Por outro lado, resulta clara a razão pela qual outros cidadãos são também atingidos e os direitos fundamentais produzem também – de certa forma por uma via indireta – efeitos em relação a eles: justamente porque também no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro (2003, p. 58).

A proibição da proteção deficiente foi reconhecida pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Alemão, em sua segunda decisão sobre o aborto. Na oportunidade, o Tribunal afirmou que: o Estado deveria tomar medidas suficientes ao cumprimento do seu dever de tutela, que façam com que obtenha uma tutela adequada e, enquanto tal, eficaz (Schwabe, 2005).

Ainda, reconheceu que cumpre ao legislador a função de estabelecer que tipo de proteção a ser conferida ao titular de direito, afirmou que aquele está obrigado a proibição de proteção deficiente no cumprimento do dever prestacional por força de mandado constitucional (Schwabe, 2005).

Quanto à proibição da proteção deficiente, o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo sua aplicação, o que se tornou argumento de reforço por parte dos tribunais de piso.

A despeito do tema, Ribeiro aponta alguns precedentes históricos sobre o tema:

> O Ministro Gilmar Mendes, no voto condutor da decisão da maioria no RE 418.376-5/MS, que teve concluído seu julgamento em 9 de fevereiro de 2006, foi quem primeiro, salvo engano meu, ao menos no âmbito do direito penal, suscitou o princípio da proteção deficiente. Para tanto, além de fundamentar seu voto na jurisprudência e na doutrina alemã, mencionou artigos publicados em 2005 na Revista da Ajuris, por Lenio Luiz Streck e Ingo Wolfgang Sarlet.
>
> Essa decisão foi proferida no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário contra decisão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso que havia acolhido recurso de apelação do Ministério Público contrário à extinção da punibilidade, da sentença, por união do réu que havia cometido estupro em uma menina que tinha, à época do fato, 9 anos de idade. O Ministro Joaquim Barbosa inaugurou a divergência ao argumento de que não se podia admitir que a menina exercia a sua livre vontade de convivência, tendo ficado grávida logo que completou 11 anos, no início da menstruação. E, na sequência do julgamento, o Ministro Gilmar Mendes trouxe os brilhantes acréscimos da fundamentação que constam da ementa do acórdão.
>
> [...]

> No âmbito do direito penal esse princípio novamente amparou a decisão que admitiu a constitucionalidade do porte de arma de fogo desmuniciada no HC 102.287/MG, julgamento em 28 de fevereiro de 2012, caracterizado como crime de perigo abstrato. Esse julgamento ocorreu na Segunda Turma do STF, com o voto vitorioso do Ministro Gilmar Mendes, contra o voto do Relator, o Ministro Celso de Mello. Nesse julgamento o Ministro Gilmar Mendes sustenta e fundamenta, em voto longo e erudito, o cabimento da análise da proporcionalidade, que estaria também baseada na vedação de proteção deficiente, não apenas na vedação do excesso, este que seria o lado negativo da interpretação.
>
> [...] (2015, p. 1):

Observa-se, assim, a aplicação evolutiva do princípio da proibição da vedação à proteção deficiente na jurisprudência, utilizado em larga escala pelos tribunais para a imposição do *potesta puniendi* estatal.

Em relação ao citado postulado, destaca-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Ceará (HC n. 0621376-87.2019.8.06.0000), que bem sintetiza o princípio:

> HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA, CONFIGURAÇÃO. PRINCÍPIO DO PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE. MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. ORDEM DENEGADA 01. Ainda que configurado certo excesso de prazo na formação da culpa, a jurisprudência nacional tem evoluído no sentido de que a concessão ad liberdade não é consequência obrigatória da verificação da extrapolação temporal, ante o princípio da proibição da proteção deficiente. Cumpre ao poder judiciário adotar as medidas necessárias para proteger os bens indispensáveis, no caso, a ordem da segurança pública. No momento o Estado do Ceará enfrenta a maior crise de segurança pública de sua história, com ataques a viadutos, veículos de transportes públicos, veículos destinados à coleta de lixo, prédios públicos, creches, estabelecimentos comerciais, dentre outros, circunstância esta indicativa de notória periculosidade concreta do Paciente, o qual assume posição de relevância em facção criminosa responsável pelos ataques, sendo indispensável à manutenção de sua custódia cautelar. 02. Ordem denegada, com recomendação (Brasil, 2019b, p. 1).

Diante do apresentado, forçoso reconhecer que o princípio da proporcionalidade em sua face da proibição à proteção deficiente encontra fundamento na própria essência dos direitos fundamentais, na medida em que constitui instrumento de controle de constitucionalidade dos atos do Estado, precipuamente em relação ao dever de proteger e realizar esses direitos.

Desse modo, caso o Estado se omita em seu dever de proteção dos direitos fundamentais, ou não o faça de forma adequada e eficaz, seu ato estará eivado de inconstitucionalidade, por violação da proibição da proteção deficiente.

Não obstante ser ainda um mecanismo tímido no meio jurídico pátrio, não há dúvidas sobre sua importância e ligação direta com os deveres do Estado no que tange aos direitos fundamentais, sendo um promissor candidato a ser reconhecido como um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

Em relação, ainda, ao princípio da proibição à proteção deficiente, entende parte da doutrina, capitaneada por Capez (2023), que a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 é inconstitucional, pois afronta os mandados constitucionais de criminalização, bem como o princípio da proporcionalidade no que toca à sua vertente da não proteção deficiente.

Entretanto, não assiste razão a essa corrente doutrinária.

A Constituição Federal não deve ser interpretada em tiras, mas, ao oposto, deve ser lida e interpretada como um todo (Eros Grau, 2008). Portanto, o mandado de criminalização ao tráfico de entorpecentes e afins, como demonstrado neste trabalho, tem como objetivo impor ao Estado um dever, qual seja, de criminalizar as condutas consideradas graves pelo Poder Constituinte Originário, destacando-se, entre elas, o tráfico de drogas.

No entanto, são situações completamente distintas – e devem ser individualizadas – às reguladas no *caput* e parágrafo primeiro do art. 33, daquela que possibilita a causa de diminuição de pena, prevista no parágrafo quarto, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Dito isso, observa-se que os requisitos que possibilitam a aplicação da minorante, os quais já foram tratados em tópico próprio, demonstram que este indivíduo não é criminoso habitual, muito menos pertence a uma Organização Criminosa.

Ao interpretar o mandado de criminalização constitucional de forma sistemática com os demais princípios constitucionais-penais, é perceptível que eles buscam repelir o traficante habitual e, principalmente, integrante de Organizações Criminosas (Pereira e Silva, 2012).

De mais a mais, não há que se falar em ofensa ao princípio da proibição à proteção deficiente, pois toda a forma de tráfico é punida, inclusive o denominado tráfico privilegiado. Contudo, em situações fáticas diferentes, como ocorre entre o traficante profissional e o ocasional, a sanção deve ser aplicada de forma diferente, à luz do princípio da individualização da pena, o qual impõe, junto ao princípio da proporcionalidade, limites ao *potesta puniendi*.

Portanto, como bem demonstrado nas linhas deste trabalho, não há óbice à aplicação da minorante do parágrafo quarto, art. 33, da Lei n. 11.343/06, dado que, repisa-se, está em conformidade com o ordenamento jurídico nacional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da problemática apresentada ao longo deste trabalho, torna-se possível afirmar que, à luz da Constituição Federal e do Ordenamento Jurídico-penal, a minorante prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 não ofende o princípio da proibição à proteção deficiente.

Como bem pontuou o Ministro Eros Grau em seu sublime voto na Arguição de Descumprimento Fundamental n. 101, a Constituição Federal não deve ser interpretada em tiras, pelo contrário, deve ser lida como um todo, sistematicamente, evitando-se, assim, interpretações equivocadas, como ocorre com os mandados de criminalização, a nosso ver.

Conquanto a Constituição Federal se refira a criminalização do tráfico de entorpecentes e afins, ela não diferencia as circunstâncias fáticas

ensejadoras dessa conduta, deixando para que o legislador ordinário o faça, individualizando-as.

Permitiu-se, assim, uma adequação do mandado de criminalização ao princípio da proporcionalidade e da individualização das penas, ao separar o traficante habitual, muitas vezes integrante de organizações criminosas, do traficante primário, o qual não se dedica a essa atividade de forma rotineira, bem como, não é integrante de uma organização criminosa.

Nessa senda, a Lei n. 11.343/2006 foi promulgada para ampliar o combate ao tráfico ilícito de entorpecentes, e, digna de aplausos, diferenciou, à luz do princípio da individualização da pena – mas não se afastando do mandado de criminalização ao tráfico de drogas, evitando, assim, ofender o princípio da proibição de proteção deficiente –, as circunstâncias mais graves, como o tráfico praticado pelo traficante profissional, do traficante eventual, permitindo que esse, sob os auspícios da proporcionalidade, seja beneficiado com diminuição de pena, concretizando, assim, o princípio da individualização da pena.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho. **Mandados implícitos de criminalização**: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 maio2025.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 maio 2025.

BRASIL. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**.Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004- 2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 22 de maio de 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus 486.173/SP**. [...] TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM PAUTADA NA QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA [...]. Impetrante: Sergio Afonso Mendes. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 26 de março de 2019. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/. Acesso em 29 de abril de 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Habeas Corpus 387.077/SP**. PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AGENTE NA CONDIÇÃO DE "MULA". AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. [...]. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO [...]. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 6 de abril de 2017. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/. Acesso em 29 de abril de 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101/DF**. Voto-vista do Ministro Eros Grau, 25 de junho de 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/voto-vista-eros-grau.pdf. Acesso em: 29 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus 131.795**. [...] TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO. TRANSPORTE DE DROGA. EXAME DAS CIRCUNSTÂNCIAS DA CONDUTA. ATUAÇÃO DA AGENTE SEM INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA [...]. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki, 3 de maio de 2016. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/. Acesso em: 29 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário638.491**. [...] PENAL. PROCESSUAL PENAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 647 DO PLENÁRIO VIRTUAL. TRÁFICO DE DROGAS. VEÍCULO APREENDIDO COM O SUJEITO ATIVO DO CRIME. DECRETAÇÃO DE PERDIMENTO DO BEM. CONTROVÉRSIA SOBRE A EXIGÊNCIA DE HABITUALIDADE DO USO DO BEM NA PRÁTICA CRIMINOSA OU ADULTERAÇÃO PARA DIFICULTAR A DESCOBERTA DO LOCAL DE ACONDICIONAMENTO. DESNECESSIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 243, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO[...]. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Carlos Alexandre Gomes. Relator: Ministro Luiz Fux, 17 de maio de 2017. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/. Acesso em: 29 abr.2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Quarta Câmara Criminal). **Apelação Criminal 0005704-47.2017.8.24.0036**. [...]CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO A ESSE FIM (ARTS. 33, "CAPUT" E § 1º, INC. II, E ART. 35, DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. RECURSOS DA DEFESA E DA ACUSAÇÃO [...]. Apelantes e Apelados: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Genésio Luís MoeschSjoeberg e outros. Relator: Desesembargador Alexandre d'Ivanenko, 7 de dezembro de 2018. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em: 29 abr. 2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Quarta Câmara Criminal). **Apelação Criminal 0008100-67.2017.8.24.0045**. [...] RE-

CONHECIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS - TESE RECHAÇADA - RÉU QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS [...]. Apelante: Rian Rodrigue. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli, 27 de agosto de 2020. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em: 29 abr. 2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará (Segunda Câmara Criminal). **Habeas Corpus 0621376-87.2019.8.06.0000**. [...]ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA, CONFIGURAÇÃO. PRINCÍPIO DO PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE. MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. ORDEM DENEGADA[...]. Impetrante: Elisangela Maria Mororo. Impetrado: Juiz de Direito da Vara de Delitos de Organizações Criminosas da Comarca de Fortaleza. Relator: Desembargador Haroldo Correia de Oliveira Máximo, 27 de março de 2019. Disponível em: https://esaj.tjce.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do. Acesso em: 29 abr. 2025.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PEREIRA E SILVA, Igor Luis. **Princípios Penais**. Salvador: Jus Podium, 2012.

REALE JUNIOR, Miguel. **Funções manifestas e latentes da política de warondrugs. Drogas**: aspectos penais e criminológicos. São Paulo: Editora Forense, 2005.

RIBEIRO, Diogenes Vicente Hassan. Vedação de excesso e de proteção insuficiente em Direito Penal. **Canal Ciências Criminais**, São Paulo, 23 out. 2015. Disponível em:https://canalcienciascriminais.com.br/vedacao-de-excesso-e-de-protecaoinsuficiente-em-direito-penal/. Acesso em: 21maio 2025.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldes Ferreira. Montevideu: Fundação Konrad-Adenauer, 2005.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada**. 2. ed. São Paulo: APMP Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

Recebido em: 29/04/2025
Aprovado em: 25/06/2025