

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

ANDRÉIA ELISIANE BITENCOURT MARTINS

**VENDA DE DROGAS A AGENTE POLICIAL DISFARÇADO
TRABALHO DE CURSO**

Santa Rosa
2021

ANDRÉIA ELISIANE BITENCOURT MARTINS

**VENDA DE DROGAS A AGENTE POLICIAL DISFARÇADO
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas
Machado de Assis, como requisito parcial para
obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. William Dal Bosco Garcez Alves

Santa Rosa
2021

ANDRÉIA ELISIANE BITENCOURT MARTINS

**VENDA DE DROGAS A AGENTE POLICIAL DISFARÇADO
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora

Prof. Esp. William Dal Bosco Garcez Alves – Orientador(a)

Prof. Ms. Rafael Lago Salapata

Prof. Ms. Bruno Cerejo

Santa Rosa, 01 de dezembro de 2021.

DEDICATÓRIA

Em primeiro lugar dedico este trabalho ao nosso salvador, Jesus Cristo, o qual sempre me manteve em condições de lutar, tanto nos momentos bons, quanto nos momentos ruins. Agradeço aos meus pais pela vida e pelos ensinamentos que me trouxeram até aqui. Como gratidão especial, transmito meus eternos sentimentos ao meu filho Marlon, que por 5 anos, conviveu com minha abdicação do seio familiar e sempre me deu o combustível para eu não desistir dos meus sonhos, a minha irmã Márcia e ao grande amigo André Stürmer, que sempre me apoiaram e acreditaram em mim, e as minhas colegas e amigas Bianca e Valéria que me apoiaram e ajudaram na minha caminhada até o final.

AGRADECIMENTOS

Registro a minha gratidão ao meu orientador Prof° William Garcez, que, em razão da atenção destinada a este trabalho, contribuiu com o desenvolvimento de mais uma conquista. Do mesmo modo, agradeço o carinho e profissionalismo de cada professor que me acompanhou durante a trajetória acadêmica.

RESUMO

O tema desta monografia versa sobre a problemática envolvida na elucidação dos fatos diante da venda de drogas a agente policial disfarçado. Delimita-se o estudo a partir da apuração das circunstâncias presentes no ato de comprovar a legalidade do flagrante preparado a partir da vigência da Lei nº 13.964/19, (Pacote Anticrime) além de investigar, com base na análise jurisprudencial, o entendimento dos Tribunais Superiores nos julgados realizados que versam sobre a matéria. O problema de pesquisa consiste em responder: Em que medida, havendo elementos de crime preexistente, na venda ou na entrega de drogas ao agente policial disfarçado o legislador autoriza a prisão. Neste sentido, o flagrante preparado sendo ilícito, pode se tornar lícito? A monografia tem como objetivo geral analisar a legislação que coíbe a prática do crime de venda de drogas a agente policial disfarçado e as circunstâncias presentes na infração penal, incluindo a perspectiva da doutrina e jurisprudência. Para alcançar o objetivo geral, foram estabelecidos como objetivos específicos: pesquisar a política das drogas no Brasil, o tratamento legal dispensado ao traficante e ao usuário e conceito de drogas; investigar o instituto do flagrante preparado, espécies de flagrantes, art.302, CPP e súmula 145 do STF; verificar o crime descrito no art. 33, §1º, inc. IV, da lei 11.343/06. A pesquisa justifica-se para possibilitar a discussão acerca da problematização presente nessa tipificação penal, pois sendo uma temática recente, traz muita discussão a respeito das decisões tomadas pelo legislador no sentido de tornar lícito o flagrante preparado e assim legal a prisão do autor do delito. Utilizou-se como método de abordagem o hipotético-dedutivo, por meio de uma pesquisa teórica, com tratamento de dados de forma qualitativa, coletados a partir de fontes bibliográficas, livros, artigos científicos e monografias. Como método procedimental utiliza-se o histórico, logo, acompanha-se a evolução dos comportamentos sociais e da lei, no tocante ao objeto da pesquisa. A presente monografia organiza-se em dois capítulos. Assim, no primeiro capítulo discorre-se sobre a legislação penal especial comentada, que versa sobre a política das drogas. No segundo capítulo abordam-se os meios probatórios, e o posicionamento dos Tribunais Superiores acerca da matéria. A partir dos estudos realizados, tem-se como principais conclusões que as normas penais não são suficientes para coibir a prática da venda de drogas.

Palavras-chave: Drogas – Flagrante Preparado – Agente Policial Disfarçado – Legalidade.

ABSTRACT

The theme of this monograph deals with the problems involved in elucidating the facts regarding the sale of drugs to an undercover police agent. The study is delimited from the investigation of the circumstances present in the act of proving the legality of the flagrant prepared from the validity of Law No. 13,964/19, (Anti-Crime Package) in addition to investigating, based on the jurisprudential analysis, the understanding of the Courts Superiors in the judgments carried out that deal with the matter. The research problem consists of answering: To what extent, with elements of preexisting crime, in the sale or delivery of drugs to an undercover police agent, the legislator authorizes the arrest. In this sense, can the flagrant prepared being illicit become lawful? The monograph has as general objective to analyze the legislation that prohibits the practice of the crime of selling drugs to undercover police agents and the circumstances present in the criminal offense, including the perspective of doctrine and jurisprudence. In order to reach the general objective, specific objectives were established: to research the drug policy in Brazil, the legal treatment given to the trafficker and the user, and the concept of drugs; investigate the institute of the prepared flagrante, species of flagrantes, art.302, CPP and summary 145 of the STF; verify the crime described in art. 33, §1, item IV, of law 11.343/06. The research is justified to enable the discussion about the problematization present in this criminal classification, as being a recent theme, it brings a lot of discussion about the decisions taken by the legislator in order to make the prepared flagrant legal and thus legal the arrest of the offender. The hypothetical-deductive method of approach was used, through theoretical research, with data treatment in a qualitative way, collected from bibliographical sources, books, scientific articles and monographs. As a procedural method, the history is used, therefore, the evolution of social behaviors and the law is followed, with regard to the object of research. This monograph is organized into two chapters. Thus, the first chapter discusses the special penal legislation discussed, which deals with drug policy. The second chapter addresses the evidence and the position of the Superior Courts on the matter. Based on the studies carried out, the main conclusions are that penal rules are not sufficient to curb the practice of selling drugs.

Keywords: Drugs – PreparedFlagrant – Undercover Police Agent – Legality.

LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS.

§ – parágrafo

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

Nº. – Número

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 POLÍTICA ANTIDROGAS E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	13
1.1 A DIFERENÇA NO TRATAMENTO DO USUÁRIO E DO TRAFICANTE NA LEGISLAÇÃO ATUAL: PREVENÇÃO OU REPRESSÃO	13
1.2 CONTROVÉRSIAS ACERCA DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006	19
1.3 CONSIDERAÇÕES DOCTRINARIAS SOBRE O TRÁFICO DE DROGAS.....	25
2 A LEGALIDADE DO FLAGRANTE PREPARADO NA LEI DAS DROGAS	32
2.1 ESPÉCIES DE FLAGRANTE	32
2.2 A VENDA OU ENTREGA DE DROGAS A AGENTE POLICIAL DISFARÇADO .	37
2.3 A CONSTRUÇÃO DA VERDADE NOS CASOS DE FLAGRANTE PREPARADO A DEMONSTRAÇÃO DA SUA LEGITIMIDADE	43
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

O crime de tráfico de drogas é caracterizado com os requisitos de: importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, 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 a determinação legal ou regulamentar. Neste estudo procura-se verificar as possíveis formas de legitimidade da ação do agente policial disfarçado, onde o flagrante preparado, que, segundo a súmula 145 do STF é ilícito tal flagrante, mas que com a inovação do pacote anticrime, o torna lícito.

O tema desta monografia versa sobre a problemática na atuação dos agentes policiais disfarçados inseridos na tentativa de combater o tráfico de entorpecentes.

Desse modo, a delimitação temática abordará os obstáculos por trás da denúncia e os desafios da produção de provas para a punição do crime de tráfico de entorpecentes no Brasil a partir da vigência da Lei 11.343/06, artigo, 33, inciso IV.

Nesse sentido, tem-se que o intuito é produzir um referencial teórico pertinente à pesquisa, tomando por base a legislação e doutrina, e ainda, investigar a partir de análise jurisprudencial, o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça quanto aos julgados realizados que versam sobre a matéria.

O problema de pesquisa consiste em analisar em que medida, havendo elementos de crime preexistente, na venda ou na entrega de drogas ao agente policial disfarçado o legislador autoriza a prisão. Neste sentido, o flagrante preparado sendo ilícito, pode se tornar lícito? A primeira hipótese sustenta que a legislação penal vigente pode ser considerada eficiente no sentido de punir o agente que pratica o tráfico de drogas, mesmo sendo instigado por agente policial para a concretização da prática criminosa. Já a segunda hipótese propõe que a legislação penal vigente pode ser considerada eficiente no sentido de relativizar a ilicitude do flagrante preparado no caso de tráfico de drogas.

Portanto este estudo tem como objetivo geral a análise da legislação criminal que coíbe a prática do crime de vendas de entorpecentes e as circunstâncias

presentes na infração penal, sob a perspectiva da jurisprudência e doutrina, a fim de compreender em que medida pode ser considerado (l)ícito o flagrante preparado.

Para alcançar o objetivo geral, foram estabelecidos os objetivos específicos, sendo que o primeiro deles aborda a legislação penal vigente pode ser considerada eficiente no sentido de punir o agente que pratica o tráfico de drogas, mesmo sendo instigado por agente policial para a concretização da prática criminosa. Por conseguinte, o segundo objetivo envolve a legislação penal vigente podendo ser considerada eficiente no sentido de relativizar a ilicitude do flagrante preparado no caso de tráfico de drogas.

A pesquisa justifica-se, pois, na Lei 11.343/06, para garantir a veracidade e a legalidade do flagrante preparado, utilizando-se a técnica investigatória do agente policial disfarçado, são utilizados os elementos de informações, considerando elementos substanciais que transmitem a capacidade para a concepção do julgador através de uma análise jurisdicional. A partir dessa análise, constata-se que no flagrante preparado é necessário elemento de crime preexistente para que se torne lícito e que a prisão seja autorizada - ou não, dessa forma. Esta é a circunstância que determina a realização desta pesquisa.

Considera-se relevante este estudo para potencializar a discussão acerca do instituto do flagrante preparado tornar-se lícito.

A pesquisa é viável, uma vez que, facilita a compreensão no meio acadêmico acerca da problemática envolvida no flagrante preparado, haja vista que, em regra, este flagrante é ilícito, ilegal, não podendo ser feito. Porém, com o novo crime do artigo 33, § 1º, inciso IV, da lei 11.343/06, o legislador autorizou a prisão desde que existam elementos de crime preexistente, dessa forma a doutrina vai discutir se o flagrante preparado foi autorizado ou não.

Assim, a repercussão esperada está no acesso e compartilhamento de tais informações, incorporando-as à formação jurídica da pesquisadora e aos demais acadêmicos, docentes ou população em geral que tiverem acesso a esta pesquisa, para que conheçam os caminhos percorridos desde a instauração da fase investigativa, até o final da operação onde a prisão será considerada legal.

Dessa forma, a pesquisa justifica-se para possibilitar a discussão acerca da problematização presente nessa tipificação penal, pois sendo uma temática recente, traz muita discussão a respeito das decisões tomadas pelo legislador no sentido de tornar lícito o flagrante preparado e assim legal a prisão do autor do delito.

Dessa forma, procura-se iniciar o desenvolvimento do conteúdo que será matéria do Trabalho de Conclusão de Curso, no intuito de analisar a legislação penal que coíbe a prática criminosa de venda de drogas a agente policial disfarçado e as circunstâncias presentes na infração penal, sob a perspectiva da jurisprudência e doutrina, a fim de compreender as medidas que devem ser tomadas, considerando os obstáculos presentes na apuração dos fatos, visto que, existe a necessidade do elemento de conduta criminal preexistente para a legitimidade do flagrante preparado.

A presente pesquisa parte de análise teórica, vez que abordará o assunto através de documentação indireta, visando a análise da legislação penal que coíbe a prática do crime de tráfico de drogas e as circunstâncias presentes na infração penal, sob a perspectiva da jurisprudência e doutrina, a fim de compreender em que medida a legislação vigente conseguiu pôr fim à tal delito.

Para tanto, a presente pesquisa caracteriza-se como qualitativa na forma de análise dos dados, coletados a partir de livros, artigos científicos, monografias e na própria legislação nacional. Sendo assim, busca-se apoiar a pesquisa com os ensinamentos de doutrinadores reconhecidos e o entendimento dos Tribunais Superiores.

Como método procedimental utiliza-se o histórico, logo, acompanha-se a evolução dos comportamentos sociais e da lei, relacionados ao objeto da pesquisa construindo os dados da pesquisa através da trajetória histórica. O método de abordagem utilizado é o hipotético-dedutivo, com a finalidade de fazer a construção de uma proposição inicial sobre a problemática, para que ao final seja confirmada ou descartada. Com efeito, são utilizadas as obras dos seguintes autores: William Garcez, Renato Brasileiro de Lima, Jamil Chaim Alves e Joaquim Leitão Junior.

O estudo que se propõe, divide-se em dois capítulos. No primeiro, discute-se a política antidrogas e a legislação brasileira, as quais versão sobre a diferença no tratamento do usuário e do traficante de drogas na legislação atual, bem como, verifica-se as controvérsias acerca do art. 28 da lei nº 11.343/06, e na última subseção do capítulo, as considerações doutrinárias sobre o tráfico de drogas.

No segundo capítulo, aborda-se a legitimidade do flagrante preparado na lei de drogas. Na primeira subseção aborda-se as espécies de flagrantes, quais são lícitos e quais são ilícitos, quais as consequências do não cumprimento do flagrante perante a lei, e quem pode utilizar-se do flagrante. Na segunda subseção, foca-se na venda ou entrega de drogas ao agente policial disfarçado, e na última subseção do capítulo,

analisa-se a construção da verdade nos casos de flagrante preparado e a demonstração da sua legitimidade.

Por fim, acredita-se que esse trabalho é viável para o cenário acadêmico, social e jurídico, pois, estudará o novo crime acrescentado na lei de drogas pelo pacote anticrime. Logo, propor esta reflexão mediante pesquisa científica é importante para possibilitar a discussão acerca da problematização presente nessa tipificação penal, pois sendo uma temática recente, traz inseguranças sobre sua licitude, visto que, tratava-se de um tipo penal ilícito.

1 POLÍTICA ANTIDROGAS E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Neste capítulo, será abordado, a política antidrogas e a legislação brasileira, com o intuito de entender como funciona esse sistema, no ordenamento jurídico e sua eficácia quando aplicada.

Será abordado as formas de penalidades impostas aos usuários e aos traficantes de drogas, bem como aos que fazem parte do financiamento ou associação para o tráfico.

Busca-se a compreensão sobre as controvérsias do art. 28 da lei de drogas, certificando-se de que as condutas descritas no referido artigo, deixaram de ser consideradas crimes ou continuam configurando crime.

O presente capítulo visa analisar os aspectos legais contidos na lei de drogas, nº 11.343/2006, buscando soluções para acabar com o tráfico de drogas. Aborda-se em um primeiro momento, o tratamento do usuário e traficante para que eles possam ser reinseridos na sociedade. Em um segundo momento, apresentam-se os entendimentos doutrinários acerca do crime de tráfico de drogas, descrito no art. 33, caput, da lei de drogas. Em um terceiro, e, último momento, aborda-se as considerações doutrinárias sobre o tráfico de drogas.

1.1 A DIFERENÇA NO TRATAMENTO DO USUÁRIO E DO TRAFICANTE NA LEGISLAÇÃO ATUAL: PREVENÇÃO OU REPRESSÃO

Para melhor entendimento, aqui verifica-se as diferenças do tratamento entre usuário e traficante, se é necessário a prevenção ou a repressão na legislação atual, Nucci, nos traz em seus fundamentos constitucionais:

[...] Dispensa-se particular enfoque ao âmbito das drogas ilícitas, em primeiro plano, considerando o tráfico ilícito como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art.5º, XLIII - 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 evita-los, se omitirem). Admite-se a extradição do brasileiro naturalizado, quando envolvido no tráfico ilícito de drogas (art.5º, LI – nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei). Constitui uma das funções atribuídas à Polícia Federal o combate ao tráfico ilícito de drogas (art.144, §1º. A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente,

organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: [...] II- prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência). No contexto da família, da criança, do adolescente e do idoso, de acordo com o art. 277, constitui “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] § 3º o direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: [...] VII – programas de prevenção e atendimento especializado a criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins”. Finalmente, disciplina-se a expropriação e o confisco dos bens advindos do tráfico ilícito de drogas (art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais e plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias). (NUCCI, 2020b, p.328).

A lei 11.343/06, traz em seu capítulo II, seção IV, o tratamento do usuário ou dependente de drogas, art. 23-A, seus incisos e parágrafos, onde dispõe que o tratamento do usuário ou dependente de drogas deverá ser ordenado em uma rede de atenção à saúde, com prioridade para as modalidades em tratamento ambulatorial, incluindo excepcionalmente formas de internação em unidades de saúde e hospitais gerais nos termos de normas dispostas pela União e articuladas com os serviços de assistência social e em etapas que permitam; ações preventivas que atinjam toda a população; atendimento individualizado ao usuário ou dependente de drogas com abordagem preventiva e, sempre que indicado, ambulatorial; preparar para a reinserção social e econômica; acompanhar os resultados pelo SUS, Suas e Sisnad, de forma articulada. (NUCCI, 2020b, p.339).

Para Nucci:

[...] SISNAD: é a atual denominação do Sistema Nacional Antidrogas, que era previsto no art. 3º da lei 6.368/76 e regulamentado pelo decreto 6.396/2000 (ambos já revogados). Esse sistema é composto pelos órgãos e entidades da Administração Pública que exercem as atividades de repressão ao uso, tráfico e produção ilegal de entorpecentes, bem como atuam na prevenção do uso indevido de drogas, que causem dependência

física ou psíquica, além da atividade de tratamento, recuperação e reinserção social de pessoas dependentes. Atualmente, passa a ser designado como Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Seus objetivos e princípios gerais estão previstos, basicamente, nos arts. 3º, 4º e 5º desta lei em comento. (NUCCI, 2020b, p. 328).

Segundo a Lei nº 11.343/2006: Art. 3º O SISNAD tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com: I-a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas; II-a repressão da produção não autorizada do tráfico ilícitos de drogas. §1º Entende-se por Sisnad o conjunto ordenado de princípios, regras, critérios e recursos materiais e humanos que envolvem as políticas, planos, programas, ações e projetos sobre drogas, incluindo-se nele, por adesão, os Sistemas de Políticas Públicas sobre Drogas dos Estados, Distrito Federal e Municípios. §2º O Sisnad atuará em articulação com o Sistema Único de Saúde – SUS, e com o Sistema Único de Assistência Social – SUAS. (NUCCI, 2020b, p. 330).

O Sisnad possui princípios, os quais visam o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade, busca a responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade para o estabelecimento dos fundamentos e suas estratégias, bem como o equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social do usuário e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e seu tráfico ilícito, visando garantir a estabilidade e o bem estar social, observando as orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas – CONAD. (NUCCI, 2020b, p.331).

Seu objetivo tem em torno da inclusão social do cidadão, visando torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados, busca ainda, promover integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social e usuários e dependentes e drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito. (NUCCI, 2020b, p.331).

Segundo Brasileiro, o Sistema Nacional de Políticas Públicas – SISNAD tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e

dependentes de drogas, assim como a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas. (LIMA, 2020, p.1019).

Para Gonçalves e Junior, o Sisnad, prescreve medidas para a prevenção do uso indevido, atenção e reinserção de usuários e dependentes de drogas, e estabelece normas para a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito, além de definir os respectivos ilícitos penais e regulamentar o procedimento para a sua apuração. As leis n.º 6.368/76 e 10.409/2002, que tratavam do tema, foram expressamente revogadas. No âmbito criminal, as principais inovações foram o tratamento diferenciado em relação ao usuário, a tipificação do crime específico para a cessão de pequena quantia de drogas para consumo conjunto, o agravamento da pena do tráfico, a criação da figura do tráfico privilegiado, a tipificação do crime de financiamento ao tráfico, bem como regulamentação de novo rito processual. (GONÇALVES; JUNIOR, 2020, p.85).

Já no que diz respeito à condenação do crime de tráfico de drogas, se abordará as possíveis aplicações de penas ao criminoso.

Segundo os autores Gonçalves e Junior, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que, embora o porte de droga para consumo pessoal constitua crime, a condenação por tal conduta não gera reincidência por parte de quem comete novo crime posteriormente. Alegam que, o reconhecimento da reincidência ofenderia o princípio da proporcionalidade porque a condenação anterior por contravenção penal não gera reincidência, de modo que a condenação por crime para o qual não é prevista pena privativa de liberdade (art. 28) também não pode gerar (GONÇALVES; JUNIOR, 2020, p. 86/87):

Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE nº.430.105/RJ, a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no artigo 28 da lei 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova lei de Drogas, mas não descriminalizada, em outras palavras, não houve abolitio criminis. Desse modo, tratando-se de conduta que caracteriza ilícito penal, a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio pode configurar, em tese, reincidência” (HC 453.437/SP,Rel.Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5º Turma, julgado em 04/10/2018, DJe 15/10/2018). No mesmo sentido: STJ – Resp 1.672.654/SP.Rel.Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6º Turma, julgado em 21/08/2018, DJe30/08/2018. (GONÇALVES; JUNIOR, 2020, p.86/87).

Para Brasileiro, a mudança da lei de drogas afasta a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao crime de porte de drogas para o consumo pessoal,

nesse sentido o melhor caminho é a educação, e não o da prisão, que, nesse caso traz poucos senão nenhum benefício a saúde do indivíduo. Visto que a prisão do usuário não traz nenhum benefício à sociedade. (LIMA, 2020, p.1022).

Neste sentido, o art. 1º da Lei nº 11.343/06, deixa claro que o principal objetivo da Lei de Drogas é conferir tratamento jurídico diverso ao usuário e ao traficante de drogas. Sob a premissa de que a pena privativa de liberdade em nada contribui para o problema social de uso indevido de drogas, o qual deve ser encarado como um problema de saúde pública e não de “polícia”. (LIMA, 2020, p.1019).

Caberá à União dispor sobre os protocolos técnicos de tratamento, em âmbito nacional; neste modo a internação de dependentes de drogas somente será realizada em unidades de saúde ou hospitais gerais, dotados de equipes multidisciplinares e deverá ser obrigatoriamente autorizada por médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina – CRM do Estado onde se localize o estabelecimento onde se dará a internação. (NUCCI, 2020b, p.338).

Existe dois tipos de internação, a internação voluntária, que se dá com o consentimento do dependente de drogas; e a internação involuntária, a qual se dá sem o consentimento do dependente, a pedido da família ou do responsável legal ou, na absoluta falta deste, de servidor público da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrados do Sisnad, com exceção de servidores da área de segurança pública, que constante a existência de motivos que justifiquem a medida, ainda, a família ou representante legal poderá a qualquer tempo requerer ao médico a interrupção do tratamento, a internação em qualquer das suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra hospitalares se mostrarem insuficientes. (NUCCI, 2020b, p.339).

Já em seu art. 23-B, e seus incisos e parágrafos, da referida lei diz que o atendimento ao usuário ou dependente de drogas na rede de atenção à saúde dependerá de avaliação prévia por equipe técnica multidisciplinar e multissetorial; elaboração de um Plano Individual de Atendimento – PIA; ainda, o tipo de drogas e o padrão de seu uso; o risco a saúde física e mental do usuário ou dependente de drogas ou das pessoas com as quais convive, etc., no art. 26, está disposto que, o usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos a medida de segurança, têm garantidos os serviços de atenção à sua saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário. Nas palavras de Nucci, no âmbito da medida

preventiva, o usuário de drogas, ainda que não dependente, pode estar preso, em virtude de condenação decorrente de qualquer crime (homicídio, roubo, estupro etc.). (NUCCI, 2020b, p.339 e 340).

Quanto ao dependente, possivelmente, encontra-se submetido a medida de segurança, também em decorrência da prática de algum fato criminoso. A meta do previsto no art. 26 é garantir a ambos o atendimento à sua saúde, como forma de evitar maiores males. Dentre estes, a dissipação da droga no interior dos presídios, além de buscar evitar que o atual usuário se transforme em dependente. Por outro lado, é igualmente viável que o usuário, passando à condição de dependente, possa ter a sua pena convertida em medida de segurança, nos termos do art. 183 da lei de execução penal. (NUCCI, 2020b, p.340).

Em seu capítulo III, art. 27, trataremos dos crimes e das penas, as quais poderão ser aplicadas separadas ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor. Para a condenação do usuário de drogas, o primeiro ponto a destacar, é de que não cabe mais, em hipótese alguma, a sua condenação a pena privativa de liberdade. (NUCCI, 2020b, p.341).

Assemelha-se, como regra geral, medida salutar, pois o usuário habitual ou eventual da droga, por si mesmo, não representa à sociedade um real perigo, muito embora se possa dizer que ele, ao comprar e fazer uso de entorpecentes, estimula o tráfico, o que não deixa de ser verdadeiro. Porém o caminho está na reeducação e na obrigação de se submeter a variados cursos de orientação, em primeiro lugar prioriza-se o amparo e a orientação, entretanto, somente para argumentar, imaginemos o usuário eventual, mas fiel aos seus propósitos de modo que reincidente várias vezes, se for economicamente abonado, pode pagar pelo luxo de usar drogas, sem que o Estado possa tomar medidas coercitivas eficientes, pois a prisão está afastada, neste caso deverá cumprir pena restritiva de direitos, como a prestação de serviços à comunidade ou a frequência a cursos, mas, se não o fizer, receberá admoestação e, no máximo, multa. (NUCCI, 2020b, p.341).

Cuidando-se de pessoa economicamente pobre, pode dar-se ao luxo de usar drogas e nem mesmo pagar a multa estabelecida para coagi-lo a cumprir as medidas restritivas de direitos, pois nada possui de valioso a ser objeto de execução forçada, em nossa visão, deveriam ser dadas muitas oportunidades ao usuário de drogas, mas com um limite qualquer, acarretando a aplicação de pena privativa de liberdade, como medida final, em caso de insucesso em todas as anteriores. (NUCCI, 2020b, p.341).

Deste modo, não é possível continuar considerando crime essa conduta (art.28, *caput*, desta lei) e, concomitantemente, afastar, por completo, a viabilidade de prisão do condenado recalcitrante e insistente, se for viciado, pode-se submetê-lo a tratamento médico adequado, inclusive internação, se for preciso, nos termos do art.45. Mas, tratando-se de usuário habitual ou eventual, nada se pode fazer, a não ser tolerar que utilize indefinidamente drogas à vontade, pagando ou não multas por tal atitude. (NUCCI, 2020b, p.341).

Em relação ao traficante, verifica-se que, conforme o art. 33 da referida lei, para quem comete o crime de tráfico de drogas – o qual consiste em 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 –, serão aplicadas as penas de reclusão de 5 (anos) a 15 (anos) e pagamento de 500 (quinhentos reais) a 1.500 (mil e quinhentos reais) dias-multas. (LIMA, 2020, p.1048).

1.2 CONTROVÉRSIAS ACERCA DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006

Para Brasileiro, a partir do momento em que a nova lei de drogas deixou de prever a possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, surgiu a intensa controvérsia acerca da natureza jurídica do art. 28 da lei 11.343/06. Basicamente, há 3 (três) posições distintas:

Descriminalização normal e transformação em infração *sui generis*: considerando que a Lei de Introdução ao Código Penal classifica como crime a infração penal punida com pena de reclusão ou detenção, e contravenção penal a infração apenada com prisão simples e multa (Decreto-lei nº 3.914/41, art.1º), teria havido descriminalização formal da conduta de porte de drogas para consumo pessoal. É nesse sentido o entendimento de Luiz Flávio Gomes. Segundo o autor, o porte de drogas para consumo pessoal não mais pode ser considerado como “crime”, passando a funcionar como uma infração penal *sui generis* de menor potencial ofensivo;

Descriminalização substancial e transformação em infração do direito judicial sancionador: sob o argumento de que teria havido descriminalização substancial, ou seja, *abolitio criminis*, há quem entenda que o art. 28 da lei de drogas não mais pertence ao direito penal, funcionando, na verdade, como uma infração do direito judicial sancionador, seja quando a sanção é fixada em transação penal, seja quando imposta em sentença final;

Despenalização e manutenção do status de crime: despenalizar significa adotar processos ou medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam, sem rejeitar o caráter criminosos da conduta, dificultar, evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução

ou, pelo menos, sua redução. É exatamente isso que ocorreu com o advento da lei nº 11.343/06, que afastou a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas. Ora, o fato de o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção não impede que o legislador ordinário adote outros critérios gerais de distinção, ou até mesmo estabeleça para determinado crime – como fez o art. 28 da lei nº 11.343/06 – pena diversa da privativa de liberdade, a qual é apenas uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora. Com efeito, de acordo com o art.5º, XLVI, da Constituição Federal, a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. Como se percebe, o próprio constituinte originária outorga ao legislador a possibilidade de, por ocasião da fase legislativa de individualização da pena, não apenas aplicar as penas ressalvadas no texto constitucional, como também criar outras penas ali não indicadas expressamente. Afinal, a expressão entre outras constantes do referido dispositivo constitucional demonstra que o rol de penas aí previsto é meramente exemplificativo. Portanto, se o legislador resolveu afastar a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, daí não se pode concluir que teria havido descriminalização, sob pena de interpretar a Constituição à luz da legislação ordinária, e não o contrário, como deve ser. De mais a mais, não se pode perder de vista que as infrações relativas ao usuário de drogas foram incluídas pela lei nº 11.343/06 em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas” (título III, capítulo III, arts.27 a 30). (LIMA, 2020, p.1023).

Assim, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que as medidas previstas atualmente, que reconhecidamente não tem apresentado qualquer resultado prático. (LIMA, 2020, p.1024).

Em vista do crescente aumento do tráfico de drogas, prévio apenamento por porte de drogas para consumo próprio, nos termos do art. 28 da lei de drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência. (LIMA, 2020, p.1024).

Para Alves, o dispositivo inovou ao não cominar a pena privativa de liberdade para tais condutas, nesse sentido surge a indagação: As condutas descritivas no art. 28 da lei de drogas deixaram de ser crimes? Há duas correntes:

Deixaram de ser crimes, tratando-se de um ilícito penal *sui generis*. Isso porque o art.1º da Lei de Introdução ao Código Penal estabelece que é crime a infração penal apenada com reclusão ou detenção, e contravenção aquela sancionada com prisão simples ou multa. É a posição de Luiz Flávio Gomes e outros. (GOMES *apud* ALVES, 2020, p. 208).
Continuam sendo crime. A própria lei de drogas classificou o dispositivo como crime e lhe conferiu tratamento de infração penal (por exemplo, determinando a aplicação das regras de prescrição previstas nos arts.107 e seguintes do Código Penal). O art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal busca tão

somente distinguir contravenções penais e crimes, sem retirar a possibilidade de se cominar a estas outras espécies de sanções penal. É a posição majoritária. (ALVES, 2020, p. 208).

Em suma, as condutas descritas no art. 28 permanecem configurando crime, apenas não mais sujeitas a prisão (por conseguinte, também não admitem prisão cautelar). Por isso, o Supremo Tribunal Federal e o Supremo Tribunal de Justiça têm afirmado que houve somente despenalização:

STF (...) I. Posse de drogas para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 – nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. (...) Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade” (RE430105 QO/RJ, Rel.Min.Sepúlveda Pertence, 1ª T., j. 13/02/07, v.u.). STJ “Conforme orientação desta Casa, alinhada à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não ocorreu a descriminalização da conduta descrita no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, porquanto somente excluído o preceito secundário de pena privativa de liberdade, mera despenalização” (AgRg no HC 394716 / SP, Rel. Min. Antônio Saldanha Filho, 6ª T., j. 12/09/2017, v.u.). (ALVES, 2020, p. 208).

Similar é o entendimento de Alves:

Em minha visão, não houve descriminalização nem despenalização, mas descarceirização ou desprisonalização (afinal, as condutas continuam sendo crime e lhes é cominada pena, apenas não se admitindo a pena privativa de liberdade). (ALVES, 2020, p.208).

Para Garcez, a natureza jurídica do art. 28 é crime, ainda que quando da vigência da lei tenham surgido diversas teorias explicando a natureza jurídica do art. 28, diante da não previsão de pena privativa de liberdade pelo legislador, fixou-se no STF (RE 430.105) e no STJ (HC 339.592) o entendimento de que a conduta continua sendo crime, tendo se operado apenas a despenalização. Uma parte minoritária da doutrina sustentou a descriminalização da conduta, referindo que o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal estabelece que:

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (GARCEZ, 2021, p.346).

Assim, para essa corrente, não havendo pena de reclusão, nem detenção, não haveria crime. Ocorre que o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, determina que: “À lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes, privação

ou restrição da liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos”. (GARCEZ, 2021, p.346).

Portanto, em que pese a redação do art.1º da Lei de Introdução ao Código Penal, é possível que existam crimes sem cominação de pena de reclusão ou detenção. Ademais, o art. 28 está inserido no capítulo II, o qual o legislador refere como “dos crimes e das penas” e, em arremate, quando estabelece as regras do procedimento a ser adotado na espécie, se refere ao Juizado Especial Criminal (art.48, §1º). Logo, não restam dúvidas que a conduta continua sendo crime. (GARCEZ, 2021, p.346).

Nucci trata sobre o caráter criminoso da conduta prevista no art. 28, onde fala que após a edição da lei 11.343/06, parte da doutrina passou a considerar ter havido descriminalização do delito previsto no art. 28, ou seja, o usuário de drogas ilícitas não mais seria considerado criminoso, nem a ele seriam destinadas autênticas penas. Muitos são os argumentos utilizados, porém, os principais são os seguintes: (NUCCI, 2020b, p.342).

Crime deve gerar a possibilidade de aplicação de pena e esta não pode escapar totalmente da privação de liberdade. Se tal situação ocorrer, há descriminalização; b) a Lei de Introdução ao Código Penal, no art. 1º, estabelece ser crime a infração penal à que a lei estabeleça pena de reclusão ou detenção, isolada, alternativa ou cumulativamente com multa; contravenção é a infração penal apenada com prisão simples ou multa (ou ambas, alternativa ou cumulativamente); c) seria o mais indicado caminho para não estigmatizar o usuário de drogas ilícitas, uma vítima do tráfico e, possivelmente, da própria sociedade. (NUCCI, 2020b, p.342).

Ainda na aludida obra, Nucci aponta a excepcionalidade do caso do art. 28, conforme trecho abaixo:

[...] O que houve, no caso do art. 28, foi fruto desse pensamento. Retirar o usuário de drogas do contexto da prisão pode contribuir para sua melhor ressocialização. A ousadia legislativa, arriscada, como já lembramos na nota 15 ao referido art. 28, foi a eliminação completa da possibilidade de se aplicar uma pena privativa de liberdade. Optou por outras sanções e está buscando horizonte diverso da punição carcerária. Porém deixou bem claro - eis aqui o princípio da legalidade – trata-se de crime, ao qual se cominam penas. Basta a mera leitura do título do capítulo III: “Dos Crimes e das Penas”. O crime, por si só, é uma ficção jurídica. (NUCCI, 2020b, p.342).

Para Nucci, novos tempos trazem novas regras, e as antigas vão perdendo eficiência e até mesmo a própria vigência, o efeito estigmatizante gerado pela condenação criminal é relativo e incontornável, sob pena de eliminarmos o sistema

penal por conta disso. Busca-se ocultar de terceiros os registros feitos em folhas de antecedentes de sentenciados; tenta-se convencer, por um processo educativo e instrutivo, não ser condenado um pária social; procura-se, efetivamente, aplicar o princípio da intervenção mínima, descriminalizando-se condutas (como se fez, ilustrando, com rapto consensual). (NUCCI, 2020b, p.343).

No mais, estigmas podem existir até mesmo em relação a penas administrativas ou condenações civis. Lembro outro argumento. Há quem sustente (na doutrina e na jurisprudência) que a substituição da pena privativa de liberdade por prestação pecuniária (art.45, § 1º, CP) ou por perda de bens e valores (art. 45, § 3º) é irreversível. Vale dizer que, se não forem espontaneamente cumpridas pelo condenado, o Estado deve promover a execução, como se faz com a multa atualmente (art. 51, CP), mas estaria vedada a sua reconversão em pena privativa de liberdade. (NUCCI, 2020b, p.343).

Porém, apenas para argumentar, se essa posição fosse aceita, estaria o próprio magistrado, ao optar por tais penalidades alternativas, promovendo a sua particular descriminalização, afinal, teria desaparecido para sempre a pena privativa liberdade e, no seu lugar, surgiram penas pecuniárias que, não cumpridas sujeitariam o agente a uma mera execução civil de dívida ativa do Estado, como outra qualquer. Se para ser crime é preciso cadeia, foi-se embora a infração penal cometida na medida em que a pena aplicada não resultará mais, em hipótese alguma, em prisão. (NUCCI, 2020b, p. 343).

O mesmo se diga da pena de multa (art. 49 e seguintes do Código Penal), que não mais pode ser convertida em pena privativa de liberdade. Aplicá-la, isoladamente, significaria não mais estarmos diante de um crime ou contravenção, pois a hipótese de se prender o sentenciado inexistente. Por outro lado, como já frisamos, a intenção do legislador não foi retirar do universo dos delitos o usuário de drogas ilícitas, mas única e tão somente abrandar-lhe a punição. (NUCCI, 2020b, p.343).

Por outro lado, parte da doutrina, e, até mesmo a jurisprudência, entendem como adequada a manutenção da natureza punitiva das sanções do art. 28, conforme trecho a seguir:

Pela manutenção da figura do art. 28 como crime: Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, Lei de drogas comentada, p. 70 – 75. Recentemente, decidiu o Supremo Tribunal Federal: “A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da lei 11.343/2006 (Nova Lei

de Tóxicos) não implicou abolitio criminis do delito de posse de drogas para o consumo pessoal, então previsto no art. 16 da lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da lei 6.368/79. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de pena privativa de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal *sui generis*, pois esta posição acarretaria sérias consequências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do Decreto-lei 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a novel lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que a lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado 'Dos Crimes e das Penas'. Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela lei 9.099/95. Por fim, tendo em conta que o art. 30 da lei 11.343/2006 fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorreria tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se a extinção da punibilidade do fato e, em consequência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário " (RE 430105 QO/RJ, 1º T., rel. Sepúlveda Pertence, 13.02.2007, v.u., Informativo 456). (MENDONÇA; CARVALHO *apud* NUCCI, 2020b, p.343 e 344.).

No tocante ao referido acórdão, Nucci não aquiesce com a ocorrência de despenalização, trazida pelo art. 28 da lei 11.343/2006. Penas existem, porém mais brandas. Houve, então, mera desprisionalização. No mesmo prisma, mais recente: STF:

A Lei 11.343/2006, no que se refere ao usuário, optou por abrandar as penas e impor medidas de caráter educativo, tendo em vista os objetivos visados, quais sejam: a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. VI – Nesse contexto, mesmo que se trate de porte de quantidade infinita de drogas, convém que se reconheça a tipicidade material do delito para o fim de reeducar o usuário e evitar o incremento do uso indevido de substância entorpecente" (HC 102940-ES, 1º T., rel. Ricardo Lewandowski, 15.02.2011, v.u.). (NUCCI, 2020b, p.344).

STJ: "A condenação definitiva anterior pela prática da conduta prevista no art. 28, *caput*, da lei de drogas é circunstância apta a autorizar a majoração da pena, pela incidência da agravante da reincidência, e para impedir a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da referida lei, uma vez que, segundo entendimento firmado nesta Corte, não houve a descriminalização do porte de substâncias entorpecentes para uso próprio, com a entrada em vigor da

lei nº 11.343/2006, mas apenas a despenalização” (HC 339592 – SP, 5º T, rel. Ribeiro Dantas, 07.04.2016, v.u.). (NUCCI, 2020b, p.344).

Em sentido contrário, sustentando a descriminalização, confira-se a lição de Luiz Flávio Gomes:

Conclui-se que a posse de drogas para consumo pessoal passou a configurar uma infração *sui generis*. Não se trata de ‘crime’ nem de ‘contravenção penal’ porque somente foram cominadas penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão. Adota-se no Brasil o sistema bipartido, que significava o seguinte: infração penal é um gênero que comporta duas espécies, que são crime ou delito e as contravenções penais. Agora temos um sistema tripartido: crime ou delito, contravenções penais e infração *sui generis*. De qualquer maneira, o fato não perdeu o caráter de ilícito (recorde-se: a posse de drogas não foi legalizada). Constitui um fato ilícito, porém, não penal, sim, *sui generis*. Não se pode de outro lado afirmar que se trata de um ilícito administrativo, porque as sanções cominadas devem ser aplicadas não por uma autoridade administrativa, sim, por um juiz (juiz dos Juizados Criminais). Em conclusão: nem é ilícito ‘penal’ nem ‘administrativo’: é um ilícito *sui generis*. Natureza jurídica: todas as penas acima mencionadas possuem a natureza de pena ou sanção alternativa (não possuem caráter ‘penal’, no sentido clássico da palavra, quando impostas em transação penal). Diferentemente, quando tais sanções forem fixadas em sentença final do juiz (essa é a hipótese de não ter havido transação penal), não há dúvida que possuem o caráter penal clássico (porque nesse caso a sentença vale como antecedentes, pressuposto da reincidência etc.). (GOMES *apud* NUCCI 2020b, p.345).

As penas do artigo 28, por si mesmas, não valeriam. O importante seria como o magistrado as aplicou. Se, em transação penal, não são penas de “caráter penal clássico”, aptas a gerar, inclusive, reincidência. Está, no entanto, vem disciplinada no Código Penal e depende do cometimento de crime, após já ter sido condenado anteriormente por crime (art.63). Ou, na lei de Contravenções Penais, depende prática de contravenção depois de passar em julgado sentença anterior, que tenha condenado por crime ou contravenção, conforme o caso (art.7º). Juridicamente inaceitável que uma infração *sui generis*, não penal (teria havido descriminalização), seja capaz de gerar reincidência, salvo se afetar todo o sistema penal brasileiro, atingindo inúmeras leis ao mesmo tempo e ofendendo o princípio da legalidade (quem cria figuras criminosas e as retira do universo jurídico é o Poder Legislativo; nem o Judiciário e muito menos a doutrina). (GOMES *apud* NUCCI, 2020b, p.345).

1.3 CONSIDERAÇÕES DOUTRINARIAS SOBRE O TRÁFICO DE DROGAS

Segundo Brasileiro, embora referida na Constituição (art. 5º, inciso XLIII), na lei dos crimes hediondos (art. 2º, caput), a expressão tráfico ilícito de entorpecentes não consta expressamente da lei 11.343/06, na medida em que a nova lei de drogas, assim como a anterior (lei nº 6.386/76), não traz um crime cujo nomen iuris seja “tráfico de drogas”. (LIMA, 2020, p.1049).

Pode-se utilizar como subsídio a interpretação dada pela jurisprudência na vigência da lei nº 6.368/76, que sempre entendeu que o tráfico abrangeria apenas as condutas dos artigos 12 e 13, para determinar qual crime é o de tráfico de drogas, em seu artigo 14, a conduta de associação para o tráfico, não era crime equiparado a hediondo. (LIMA, 2020, p.1049).

Na nova lei de drogas (lei nº 11.343/06), portanto, encontra-se o crime de tráfico de drogas previsto nos artigos 33, caput, e §1º, e 34, excluído desse conceito o art. 35, que traz a figura da associação para fins de tráfico. Dessa forma, insere-se também no conceito de tráfico de drogas o delito de financiamento ao tráfico, previsto no art.36, da referida lei. Antes da lei nº 11.343/06, aquele que financiasse o tráfico de drogas ou de maquinários responderia pelo mesmo crime que o traficante, em concurso de agentes (CP, art. 29, caput). Com a intenção de punir mais severamente aquele que financia o tráfico, a nova lei de drogas insere as condutas em tipos distintos, trazendo, assim, mais uma exceção pluralista à teoria monista. (LIMA, 2020, p.1049).

Assim, mesmo o financiamento estando inserido em dispositivo diverso, Lima dispõe que tal figura também se equipara ao “tráfico de drogas”, sob pena de patente violação ao princípio da proporcionalidade. Dito de outra maneira, a lei não pode levar a interpretações absurdas: se o delito previsto no art. 33 é crime hediondo, é inegável que tal atributo também se estende ao delito mais grave, financiamento ao tráfico, sobre tudo se levarmos em consideração que, neste, o móvel do agente é a obtenção de bens, direitos e valores com a prática do tráfico de drogas por terceiro. (LIMA, 2020, p.1049).

No tocante ao tráfico de drogas, a lei de drogas e seus artigos, traz um maior entendimento sobre o assunto abordado.

A lei de Drogas em seu art. 33, importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou

em desacordo com determinação legal ou regulamentar: pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1500 (mil e quinhentos) dias – multa. (LIMA, 2020, p.1048).

Visto que, ao determinar qual crime é o de tráfico de drogas, pode-se utilizar como subsídio a interpretação dada pela jurisprudência na vigência da lei nº 6.368/76, que sempre entendeu que o tráfico abrangeria apenas as condutas dos artigos 12 e 13. (LIMA, 2020, p.1049).

A conduta de associação para o tráfico, então constante do art.14 da Lei 6.638/76, não era equiparado a crime hediondo. Na nova lei de drogas (lei nº11.343/06), encontra-se o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, caput, e § 1º, e 34, o parâmetro para essa interpretação está prevista no art. 44, excluído desse conceito o art. 35, que traz a figura da associação para fins de tráfico. Insere-se ainda ao conceito de tráfico de drogas o delito de financiamento ao tráfico, previsto no art.36, da referida lei. (LIMA, 2020, p.1049).

Antes desta, aquele que financiasse o tráfico de drogas ou de maquinários responderia pelo mesmo crime que o traficante, em concurso de agentes (CP, art. 29, caput). Com a intenção de punir mais severamente aquele que financia o tráfico, a nova lei de drogas insere as condutas em tipos distintos, trazendo, assim, mais uma exceção pluralista à teoria monista. Logo, apesar de o financiamento estar inserido em dispositivo diverso, verifica-se que tal figura também se equipara ao tráfico de drogas. (LIMA, 2020, p.1049).

O tipo penal previsto no art. 37, da Lei nº 11.343/06, (“Colaborar, como informante, com grupo, organização, ou associação destinados a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput, e § 1º, e 34 desta lei”) também deve ser rotulado como equiparado a hediondo. (LIMA, 2020, p.1049).

Afinal, este informante, que colabora com grupo destinado ao tráfico de drogas, concorre inegavelmente para a prática do tráfico de drogas, daí por que esta conduta delituosa também deve ser equiparada a hedionda. Deste modo, a leitura do art.44, caput, da lei de drogas, que, à semelhança das restrições previstas na lei nº 8.072/90, para os crimes hediondos e equiparados, estabelece uma série de vedações para os crimes previstos nos arts.33, caput, § 1º, e 34 a 37 da lei 11.343/06, (v.g. Suscetibilidade de graça, indulto, anistia, etc.), a significar, portanto, que tais delitos seriam equiparados a hediondos, ou seja, ao tráfico de drogas. (CF, art. 5º, XLIII). (LIMA, 2020, p.1049).

O que em outras palavras, se tais delitos, foram estabelecidos uma série de restrições, algumas delas próprias dos crimes hediondos e equiparados, os quais acredita-se, que à exceção do art. 35, (associação para fins de tráfico), que jamais foi considerado equiparado a hediondo na vigência da lei anterior (art.14 da lei nº6.368/76), os delitos citados no art. 44, caput, da lei nº 11.343/06, (art.33, caput, § 1º, art. 34, 36 e art.37) são tidos como “tráfico de drogas”. (LIMA, 2020, p.1049).

Sobre conceitos de drogas, a lei nº 11.343/06, em seu artigo 1º parágrafo único, nos define que: drogas são as substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. Brasileiro reforça ainda que até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no referido dispositivo, denominam-se drogas as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS 344 de 12 maio de 1998. Dessa forma a compreensão do conceito de drogas é conseqüentemente, do próprio preceito primário de crimes previstos na lei 11.343/06, essa que demanda de uma complementação por meio de lei ou portaria, trata-se de espécie de norma penal em branco. (LIMA, 2020, p.2020).

Quanto a ressalva feita à proibição das drogas é importante lembrar que: o artigo 2º da lei de drogas estabelece uma proibição em todo o território nacional do plantio, da cultura, da colheita e da exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, estabelecendo, todavia, duas ressalvas: a) plantas de uso estritamente ritualístico – religioso; b) quando houver autorização legal ou regulamentar para fins medicinais ou científicos. (LIMA, 2020, p.1021).

É importante notar que o art.2º, caput, não autoriza, de per si, o cultivo de plantas de uso ritualísticos-religiosos. Para tanto, também se faz necessária a concessão de autorização legal ou regulamentar. (LIMA, 2020, p.1021).

Segundo Garcez, para a compreensão do conceito de drogas, é necessária uma leitura conjunta do parágrafo único do art. 1º e do art. 66. O art.1º, parágrafo único, refere que:

Consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. (GARCEZ, 2021, p.338).

Repare-se que não há um conceito fechado, de modo que a simples leitura do dispositivo não apresenta um conceito capaz de, por si, induzir a subsunção penal, pois o artigo não define quais são as substâncias capazes de causar dependência. Trata-se de uma norma penal em branco, sendo que a conceituação vai depender de outro ato normativo que lhe dê completude. (GARCEZ, 2021, p.338).

Segundo o art. 66:

Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998. (BRASIL, 2006).

Portanto, trata-se de norma penal em branco heterogênea, uma vez que sua complementação provém de fonte diversa da que a determinou. Assim para saber se determinada substância se encaixa no conceito jurídico de droga ilícita, devemos verificar o conteúdo da Portaria nº 344 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Registrada essa peculiaridade, atente-se para o fato de que, ainda que a substância possa causar dependência física ou psíquica, não haverá tipicidade em nenhum artigo da lei 11.343/06 se ela não estiver elencada na referida portaria. (GARCEZ, 2021, p.338).

Em outras palavras, se a tais delitos foram estabelecidos uma série de restrições, algumas delas próprias dos crimes hediondos e equiparados, somos levados a acreditar que, à exceção do art. 35 (associação para fins de tráfico), que jamais foi considerado equiparado a hediondo na vigência da lei anterior (art. 14 da lei nº 6.368/76), os delitos citados no art. 44, caput, da lei nº 11.343/06 (art. 33, caput, e §1º, art. 34, art. 36, e art. 37) são tidos como “tráfico de drogas”. (LIMA, 2020, p.1049).

Neste sentido, interpretando-se a contrário sensu o art.44, da lei nº 11.343/06, não podem ser rotulados como “tráfico de drogas” e, portanto, equiparados a hediondo, os crimes previstos nos arts. 28 (porte ou cultivo de drogas para consumo próprio), art. 33, §2º (auxílio ao uso), 33, § 3º (uso compartilhado), 33, § 4º (tráfico privilegiado) – prova disso, aliás, é o teor do art.112, § 5º, da LEP, introduzido pelo Pacote Anticrime - ,38 (prescrição ou ministração culposa) e 39 (condução de embarcação ou aeronave após o uso de drogas). Por mais que a lei nº 11.343/06 não defina expressamente quais seriam os crimes de tráfico de drogas, não se pode perder

de vista que a palavra tráfico está vinculada a ideia de comércio, mercancia, trato mercantil, negocio fraudulento, etc. Assim, não se pode querer atribuir a natureza de tráfico de drogas à conduta daquele que divide com outrem um cigarro de maconha (lei nº 11.343/06, art. 33, § 3º), sob pena de rotularmos como equiparado a hediondo um crime cuja a pena cominada é de detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano. (LIMA, 2020, p.1050).

Para Brasileiro, ao contrário do crime de porte ou cultivo de drogas para o consumo pessoal, em relação ao qual há alguns precedentes da 1ª Turma do Supremo admitindo a aplicação do princípio da insignificância, prevalece o entendimento de que tal princípio não pode ser aplicado ao tráfico de drogas. (LIMA, 2020, p.1050).

Para Nucci, a lei nº 11.343/2006, constitui norma penal em branco, significando que a existência de um rol de substâncias entorpecentes ou que causem dependência física ou psíquica é fundamental, embora não deva ser feito por lei, pois difícil de ser alterada. Por isso, cabe a órgão vinculado ao Ministério da Saúde, por resolução ou portaria, fixar a relação das drogas controladas pelo Estado, dentre estas as que são efetivamente proibidas. (NUCCI, 2020b, p.361).

Às vezes, é possível que se autorize a produção, extração, fabricação (etc.) de substâncias entorpecentes, para fins científicos ou medicinais, desde que haja expressa e prévia licença da autoridade competente. (NUCCI, 2020b, p.361).

Ainda na aludida obra, pode-se conferir o posicionamento do STJ:

1. O Art. 33, caput, da lei 11.343/2006 apresenta-se como norma penal em branco, porque define o crime de tráfico a partir da prática de dezoito condutas relacionadas a drogas, sem, no entanto, trazer a definição desse elemento do tipo. 2. A definição do que sejam 'drogas', capazes de caracterizar os delitos previstos na lei nº 11.343/2006, advém da Portaria nº 344/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (REsp 1444537 – RS, 6º T., rel. Rogerio Schietti Cruz, 12.04.2016, v.u.). (NUCCI, 2020b, p.361).

Consiste na análise do núcleo do tipo: importar (trazer para dentro do Brasil), exportar (levar para fora do Brasil), remeter (enviar a algum lugar), preparar (obter algo por meio da composição de elementos), produzir (dar origem a algo antes inexistente), fabricar (produzir em maior escala, valendo-se de equipamentos e máquinas próprias), adquirir (comprar, obter mediante certo preço), vender (alienar por determinado preço), expor à venda (apresentar, colocar à mostra para alienação),

oferecer (ofertar como presente), ter em depósito (manter em reservatório ou armazém), transportar (levar de um lugar a outro), trazer consigo (transportar junto ao corpo), guardar (tomar conta de algo, proteger), prescrever (receitar, indicar), ministrar (aplicar, administrar), entregara a consumo (confiar a alguém para gastar) ou fornecer (abastecer) são as dezoito condutas, cujo objeto é a droga, que não deixa de ser substância (matéria, que possui propriedades específicas) entorpecente (algo tóxico que provoca alterações psíquicas e analgésicas) ou que determine (provoque necessariamente) dependência (sujeição) física (estado mórbido provocador de alteração do organismo) ou psíquica (estado mórbido provocador de alteração mental, gerando sensação de bem-estar). (NUCCI, 2020b, p.365).

O tráfico ilícito de entorpecentes, assim como o porte ilegal de arma de fogo (somente para mencionar um exemplo ilustrativo e comparativo) é um crime de perigo (há uma probabilidade de dano ao bem jurídico tutelado) abstrato (independente de prova dessa probabilidade de dano, pois presumida pelo legislador na construção do tipo). Não se verifica, em anuência, nenhum obstáculo de natureza técnica ou mesmo atentatória a princípios constitucionais garantistas, como uma parcela da doutrina insiste em sustentar. (NUCCI, 2020b, p.363).

Alguns mencionam que a presunção absoluta (*juris et de jure*) não permite ao acusado fazer prova em sentido contrário, vale dizer, que seu comportamento seria inofensivo ao bem jurídico protegido. Assim ocorrendo, haveria ofensa a vários princípios penais, dentre os quais o da responsabilidade pessoal, o da culpabilidade e o da presunção de inocência. (NUCCI, 2020b, p.363).

Portanto, construindo um tipo penal de perigo abstrato com razoabilidade, nada há de atentatório ao princípio da responsabilidade pessoal (a pena não passará da pessoa do delinquente), pois será apenado somente o traficante e nenhuma outra pessoa que não seja diretamente responsável como coautor ou participe. Nada existe de violação ao princípio da culpabilidade (não há crime sem dolo ou culpa), pois o traficante, age, evidentemente, com dolo de perigo (vontade de colocar em risco o bem jurídico tutelado – a saúde pública – ainda que não o lese efetivamente). (NUCCI, 2020b, p.364).

2 A LEGALIDADE DO FLAGRANTE PREPARADO NA LEI DAS DROGAS

O presente capítulo visa analisar as questões concernentes à legalidade do flagrante preparado, apresentando ainda, entendimentos jurisprudenciais dos Tribunais Superiores.

Aborda-se em um primeiro momento as espécies de flagrantes, quantos tipos existem, quem pode fazer uso do flagrante para prender o agente criminoso, e as consequência que cada tipo de flagrante traz na forma da lei.

Em um segundo momento, apresenta-se a discussão sobre a venda ou a entrega de drogas a agente policial disfarçado.

Por fim, em um terceiro momento, trabalha-se com a construção da verdade nos casos de flagrante preparado e a demonstração da sua legalidade.

2.1 ESPÉCIES DE FLAGRANTE

Segundo a legislação, existe nove tipos de flagrantes: a) facultativo; b) obrigatório; c) próprio; d) impróprio; e) presumido; f) preparado; g) forjado; h) esperado; e i) prorrogado. O flagrante facultativo e o obrigatório fazem referência ao sujeito ativo da prisão, ou seja, aquele que efetua a prisão em flagrante. (NUCCI, 2020a, p.961)

A lei conferiu a possibilidade de qualquer pessoa do povo, inclusive a vítima do crime, de prender aquele que for encontrado em flagrante delito num autêntico exercício de cidadania, em nome do cumprimento das leis do país (art. 301, CPP). Este é o flagrante facultativo. (NUCCI, 2020a, p.961).

Já o flagrante obrigatório cabe as autoridades policiais e seus agentes (Polícia Militar ou Civil), se não o fazê-lo poderão responder criminalmente e funcionalmente pelo seu descaso, este deve ser feito durante as 24 horas do dia quando possível. (NUCCI, 2020a, p.961).

Dessa forma, quando qualquer pessoa do povo prende alguém em flagrante, está agindo sob a excludente de ilicitude denominada exercício regular do direito (art.23, III, CP) sendo a prisão realizada por policiais, trata-se de estrito cumprimento de dever legal (art.23, III, CP). (NUCCI, 2020a, p.961).

Existem algumas exceções constitucionais ou legais à realização da prisão em flagrante, pois há pessoas que, em razão do cargo ou da função exercida, não podem

ser presas dessa forma ou somente dentro de limitadas opções. É o que ocorre nos seguintes casos:

A) Diplomatas, que não são submetidos à prisão em flagrante, por força de convenção internacional, assegurando-lhes imunidade; b) parlamentares federais e estaduais, que somente podem ser detidos em flagrante de crime inafiançável e, ainda assim, devem, logo após a lavratura do auto, ser imediatamente encaminhados à sua respectiva Casa Legislativa; c) magistrados e membros do Ministério Público, que somente podem ser presos em flagrante de crime inafiançável, sendo que, após a lavratura do auto, devem ser apresentados, respectivamente, ao Presidente do Tribunal ou ao Procurador - Geral de Justiça ou da República, conforme o caso; d) Presidente da República, cumprindo-se o estabelecido no art.86, §3º, da Constituição Federal (‘‘enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão’’). (NUCCI, 2020a, p.961 e 962).

O flagrante próprio ou perfeito, está descrito no art.302, I, II, do CPP, este ocorre, quando o agente está em pleno desenvolvimento dos atos executórios da infração penal (inciso I). Neste caso, se alguém vier a interferir, impede-se o prosseguimento da execução, redundando, muitas vezes, em tentativa. Mas não é raro que, no caso de crime permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, a efetivação da prisão ocorra para impedir, apenas, o prosseguimento do delito já consumado. Este mesmo ainda pode dar-se quando o agente terminou de concluir a prática da infração penal, ficando evidente a materialidade o crime e da autoria (inciso II). Embora consumado o delito, não se desligou o agente da cena, podendo, por isso, ser preso. A esta hipótese não se subsume o autor que consegue afastar-se da vítima e do lugar do delito, em que tenha sido detido. (NUCCI, 2020a, p.963).

Já o flagrante impróprio ou imperfeito dá-se quando, o agente conclui a infração penal, ou é interrompido pela chegada de terceiros, mas sem ser preso no local do delito, pois consegue fugir, fazendo com que aja perseguição por parte da polícia, da vítima ou de qualquer pessoa do povo. A lei ainda utiliza-se da expressão ‘‘em situação que faça presumir ser autor da infração’’(inciso III, DO ART.302) isso demonstra a impropriedade do flagrante, já que não foi surpreendido na cena do crime, mas é razoável a autorização legal para a realização da prisão, pois a evidência da autoria e materialidade mantem-se, fazendo com que não se tenha dúvida ao seu respeito, um exemplo disso é do agente que, dando vários tiros na vítima, sai da casa desta com a arma na mão, sendo perseguido por vizinhos do ofendido, não foi detido no exato instante em que terminou de dar os disparos, mas a situação é tão clara que a autoriza

a perseguição e prisão do autor, essa hipótese é denominada pela doutrina de quase flagrante. (NUCCI, 2020a, p.963,964).

A lei, utilizou-se da expressão “logo após” para demonstrar que a perseguição deve iniciar-se em ato contínuo à execução do delito sem intervalos longos, Nucci cita ainda que, para Roberto Delmanto Junior, “a perseguição deve ser imediata e ininterrupta, não restando ao indigitado autor do delito qualquer momento de tranquilidade”. (JUNIOR apud NUCCI, 2020a, p.964).

Citado por Nucci, Sampaio Júnior e Caldas Neto entendem que: “a situação de perseguição deve, pois, ser compreendida como a tomada de todas as diligências que sejam necessárias para traçar um roteiro da fuga do suposto autor do ilícito e o encampar material das diligências para efetuar sua prisão, e se o caso estiver fora dos limites circunscricionais da esfera da atuação da autoridade policial do local do fato”. (JÚNIOR; NETO apud NUCCI, 2020a, p.964).

Ainda assim, é ilegal a prisão de alguém que consegue ficar escondido, sem que sua identidade seja conhecida, por horas seguidas, até que a polícia, investigando, consiga chegar a ele. Neste caso utiliza-se, como norma de apoio, para a interpretação desta, o disposto no art. 290, §1º, “a” e “b”, do CPP (ser o agente avistado e perseguido em seguida à prática do delito, sem interrupção, ainda que se possa perdê-lo de vista por momentos, bem como se ficar sabendo, por indícios ou informações confiáveis, que o autor passou, há pouco tempo, em determinado local, dirigindo-se a outro, sendo, então, perseguido). Deste modo cabe ao bom senso de cada magistrado, ao tomar conhecimento da prisão em flagrante impróprio, no caso concreto, avaliar se realmente seguiu-se o contido na expressão “logo após”. Visto que a perseguição pode demorar horas ou dias, desde que tenha tido início logo após a prática do crime. (NUCCI, 2020a, p.964).

O flagrante presumido não deixa de ser igualmente uma modalidade de flagrante impróprio ou imperfeito, pois nessa situação o agente logo depois do crime mesmo não sendo perseguido é encontrado portando instrumentos, armas objetos ou papéis que demonstrem, por presunção, ser ele o autor da infração penal (inciso IV, do art.302 do CPP). É o que comumente ocorre nos crimes patrimoniais, quando a vítima comunica à polícia a ocorrência de um roubo e a viatura sai pelas ruas do bairro à procura do carro subtraído, por exemplo, visualiza o autor do crime, horas depois, em poder do veículo, dando-lhe voz de prisão, esta hipótese também é denominada

pela doutrina quase flagrante. Neste contexto não se pode conferir à expressão “logo após”. (NUCCI, 2020a, p.965).

O flagrante preparado, dá-se quando um agente provocador induz ou instiga alguém a cometer uma infração penal somente assim para poder prendê-lo. Trata-se de crime impossível (art.17, CP) pois inviável a sua consumação, ao mesmo tempo em que o provocador leva o provocado ao cometimento do delito, age em sentido oposto para evitar o resultado. Estando totalmente na mão do provocador, não há viabilidade para a constituição do crime. Disciplina o tema a súmula 145 do Supremo Tribunal Federal “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação “. (NUCCI, 2020a, p.966 e 967).

O flagrante forjado é totalmente artificial, pois integralmente é composto por terceiros, é um fato atípico, tendo em vista que a pessoa presa jamais pensou ou agiu para compor qualquer trecho da infração penal. Imagina-se a hipótese de alguém colocar no veículo de outrem certa porção de entorpecente, para, abordando-o depois, conseguir dar voz de prisão em flagrante por transportar ou trazer consigo droga. A manutenção do entorpecente no automóvel decorreu de ato involuntário do motorista, motivo pelo qual não pode ser considerada conduta penalmente relevante. (NUCCI, p.968, 2020a).

Na hipótese de flagrante esperado, é viável para a autorização da prisão em flagrante a constituição válida do crime. Não há agente provocador, mas simplesmente chega à polícia a notícia de que um crime será, em breve, cometido, deslocando agentes para o local, aguarda-se a sua ocorrência, que pode ou não se dar da forma como a notícia foi transmitida, logo, é viável a sua consumação, pois a polícia não detém certeza absoluta quanto ao local, nem tampouco controla a ação do agente criminoso. Neste sentido, poderá haver delito consumado ou tentado, conforme o caso, sendo válida a prisão em flagrante, se efetivamente o fato ocorrer. (NUCCI, 2020a, p.968).

Por fim, tem-se o flagrante deferido ou retardado, o qual possibilita a polícia de retardar a prisão em flagrante, para obter maiores dados e informações a respeito do funcionamento, dos componentes e da atuação de uma organização criminosa. Verifica-se o disposto nos arts.3º e 8º da lei 12.850/2013, outro exemplo encontra-se no art. 53, II, da lei 11.343/06. (NUCCI,2020a, p.968 e 969).

Entende-se em flagrante próprio, perfeito, real ou verdadeiro, o agente que é surpreendido cometendo uma infração penal ou quando “acaba de cometê-la” deve

ser interpretada de forma restritiva, no sentido de absoluta imediatidade (sem qualquer intervalo de tempo). Em outras palavras, o agente é encontrado imediatamente após cometer a infração penal, sem que tenha conseguido se afastar da vítima e do lugar do delito. (LIMA, 2020, p.1033).

O flagrante impróprio, também chamado de imperfeito, irreal ou quase-flagrante, ocorre quando o agente é perseguido logo após cometer a infração penal, em situação que faça presumir ser ele o autor do ilícito (CPP, art.302, inciso III). Exige o flagrante impróprio a conjugação de 3 (três) fatores: a) perseguição (requisito de atividade); b) logo após o cometimento da infração penal (requisito temporal); c) situação que faça presumir a autoria (requisito circunstancial). (LIMA, 2020, p.1033).

No flagrante presumido, ficto ou assimilado, o agente é preso logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração (CPP, art. 302, IV). Nesse caso, a lei não exige que haja perseguição, bastando que a pessoa seja encontrada logo depois da prática do ilícito com coisas que traduzam um veemente indício da autoria ou participação no crime. Ex: agentes encontrados algumas horas depois do crime em circunstâncias suspeitas, aptas a autorizar a presunção de serem os autores do delito, por estarem na posse do automóvel e dos objetos da vítima, além do fato de tentarem fugir, ao perceberem a presença de viatura policial. (LIMA, 2020, p.1034 e 1035).

O flagrante preparado, provocado, crime de ensaio, delito de experiência ou delito putativo por obra do agente provocador, ocorre quando alguém (particular ou autoridade policial), de forma insidiosa, instiga o agente à prática do delito com o objetivo de prendê-lo em flagrante, ao mesmo tempo em que adota todas as providências para que o delito não se consuma. Como adverte a doutrina, nessa hipótese de flagrante o suposto autor do delito não passa de um protagonista inconsciente de uma comédia, cooperando para a ardilosa averiguação da autoria de crimes anteriores, ou da simulação da exterioridade de um crime. (LIMA, 2020, p.1035).

Exemplificando, suponha-se que, após prender o traficante de uma pequena cidade, e com ele apreender seu computador pessoal no qual consta um cronograma de distribuição de drogas, a autoridade policial passe a efetuar ligações aos usuários, simulando uma venda de drogas. Os usuários comparecem, então, ao local marcado, efetuando o pagamento pela aquisição da droga. Alguns minutos depois, são presos

por agentes policiais que se encontravam à paisana, sendo responsabilizados pela prática do crime do art.28 da lei nº 11.343/06. (LIMA, 2020, p.1035).

Nesse caso, estará caracterizado o flagrante preparado, como espécie de crime impossível, em face da ineficácia absoluta dos meios empregados. Logo, diante da ausência de vontade livre e espontânea dos autores e da ocorrência de crime impossível (CP, art.17), a conduta deve ser considerada atípica. Cuidando-se de flagrante preparado, e, por conseguinte, ilegal, pois alguém se vê preso em face de conduta atípica, afigura-se cabível o relaxamento da prisão pela autoridade judiciária competente (CF, art. 5º, inciso LXV). (LIMA, 2020, p.1035).

Acerca do flagrante preparado, confira-se o teor da Súmula nº 145 do Supremo Tribunal Federal: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. A leitura da súmula fornece os dois requisitos do flagrante preparado: preparação e não consumação do delito. Logo, mesmo que o agente tenha sido induzido à prática do delito, porém operando-se a consumação do ilícito, haverá crime e a prisão será considerada legal. (LIMA, 2020, p.1053).

Na espécie de flagrante esperado, não há qualquer atividade de induzimento, instigação ou provocação. Valendo-se de investigação anterior, sem a utilização de um provocador, a autoridade policial ou terceiro limita-se a aguardar o momento do cometimento do delito para efetuar a dependência do caso, tentada. Tratando-se de flagrante legal, não há de falar em relaxamento da prisão nos casos de flagrante esperado, funcionando a liberdade provisória com ou sem fiança como medida de contracautela. (LIMA, 2020, p.1036).

Já o flagrante prorrogado, protelado, retardado ou diferido: ação controlada e entrega vigiada, consiste no retardamento da investigação policial, que deve ocorrer no momento mais oportuno do ponto de vista da investigação criminal ou da colheita de provas. Também conhecida como flagrante prorrogado, retardado ou diferido, vem prevista na Lei de Drogas, na Lei de Lavagem de Capitais e na nova Lei das Organizações Criminosas (Lei, nº 12.850/13). (LIMA, 2020, p.1039).

Na espécie de flagrante forjado, fabricado, maquinado ou urdido, o flagrante é totalmente artificial, policiais ou particulares criam provas de um crime inexistente, a fim de “legitimar” (falsamente) uma prisão em flagrante. (LIMA, 2020, p.1039).

2.2 A VENDA OU ENTREGA DE DROGAS A AGENTE POLICIAL DISFARÇADO

A lei 13.964/19 (lei anticrime), introduziu na lei de drogas e no estatuto do desarmamento a figura do “agente policial disfarçado”, este encontra-se no inciso IV, § 1º, do art.33, da lei nº 11,343/06, visto que, se presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexiste, este será punido com as mesmas penas do caput desse artigo. (ANDREUCCI, 2020).

Para Andreucci, no caso específico da lei de drogas, trata-se de um agente policial que atua de maneira disfarçada, visando a investigação e eventual prisão em flagrante de traficantes, fazendo-se passar por comprador de drogas, matéria-prima, insumo ou produto químico destinados à preparação de drogas. (ANDREUCCI, 2020).

Neste sentido ainda vale destacar, que o agente policial disfarçado, não pode, em hipótese alguma, induzir o sujeito ao tráfico ou preparar de qualquer forma o flagrante, hipótese na qual haveria crime impossível, segundo os termos da súmula 145 do STF: “ Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. (ANDREUCCI, 2020).

Visto que, a alegação de flagrante preparado, em crime de tráfico de ilícito drogas, é muito comum, pleiteando-se o reconhecimento de crime impossível na conduta de policiais, que se fazem passar por usuários, buscam adquirir drogas de traficantes, prendendo-o em flagrante delito no ato da venda, no flagrante preparado, interfere o provocador, que induz o sujeito à prática do crime, o que é totalmente diferente do flagrante esperado, no qual a polícia é alertada da prática delituosa, onde surpreende o delinquente no ato da infração, efetuando então a prisão, sem ter a iniciativa do crime partido dos agentes de autoridade. (ANDREUCCI, 2020).

Diante a multiplicidade de condutas típicas previstas no “caput” do art, 33, indicando tipo misto alternativo, é plenamente válida a prisão em flagrante do traficante que vende ou entrega a droga a policial disfarçado de usuário, de vez que, antes da venda, já estava o crime de tráfico consumado nas condutas de “ter em depósito”, “trazer consigo”, “guardar” etc, todas configuradoras de crime permanente. (ANDREUCCI, 2020).

Dessa forma, para a atuação do agente policial disfarçado, exigiu-se expressamente o novo dispositivo introduzido pela lei anticrime que devem estar presentes os “elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”, que significa a existência de elementos suficientes indicativos de que o criminoso já tenha realizado a conduta delitiva anteriormente, ou seja, que já esteja envolvido com o tráfico de drogas. (ANDREUCCI, 2020).

Segundo os autores, Eberhardt e Souza, o agente disfarçado trata-se de figura jurídica sem precedente no Código de Processo Penal e na legislação criminal especial, mesmo que ainda guarde certa similaridade com outros institutos já existentes em nosso ordenamento, como o agente infiltrado, o agente provocador, o agente que atua em uma ação controlada e o agente de inteligência. Eberhardt e Souza citam que o entendimento de, Renato Brasileiro Silva é ressaltado, que é imprescindível, que o agente disfarçado não seja confundido com estes institutos, devido cada um ter suas características peculiares. (EBERHARDT; SOUZA, 2021).

Eberhardt e Souza, mencionam que, Renato Brasileiro Silva, conceitua o agente policial disfarçado dizendo: “verdadeira técnica especial de investigação, passível de execução exclusivamente por agentes policiais, dos quais se demanda a capacidade de atuar de maneira dissimulada, leia-se, sem ressaltar sua real identidade, para fins de obtenção de elementos informação quanto a materialidade e autoria da infração penal preexistente, sem exercer, porém, qualquer forma de intervenção no seu curso causal”. Na sistemática introduzida no estatuto do desarmamento e na lei de drogas, tem como objetivo precípua evitar que a dispersão de armas e drogas, seja feita por meio de pequenas quantidades. (BRASILEIRO apud EBERHARDT; SOUZA, 2021).

Os autores, fazem menção ainda no entendimento de Renee do Ó Souza, Rogério Sanches Cunha, Caroline de Assis e Silva Holmes Lins, que este instituto pode ser definido como: aquele que, ocultando sua real identidade, posiciona-se com aparência de um cidadão comum (não chega a infiltrar-se no grupo criminoso) e, parte disso, coleta elementos que indiquem a conduta criminosa preexistente do sujeito ativo. O agente disfarçado ora em estudo não se insere no seio do ambiente criminoso e tampouco macula a voluntariedade na conduta delitiva do autor dos fatos. (SOUZA; CUNHA; ASSIS; LINS apud EBERHARDT; SOUZA, 2021).

Segundo Júnior, a nova lei nº 13.964/2019, (Lei do Pacote Anticrime) não existe mais dúvida de que não ocorrerá mais o crime impossível, (obra do agente provocador ou de flagrante preparado), quando o policial agir disfarçadamente para protagonizar a aquisição de armas de fogo ou de drogas entre outras condutas do agente criminoso no tráfico de armas de fogo e tráfico de drogas. (JÚNIOR, 2020).

Observa-se na leitura da lei nº 13.964/2019, que ela não conceitua em momento algum expressamente o instituto do agente policial disfarçado, embora traga o conceito e definição do agente policial disfarçado de maneira tácita/implícita, na obra

Lei Anticrime: Comentários à lei 13.964/2019, em coautoria com o delegado de polícia Bruno Barcelos Lima e outros autores conceituam o instituto como:

[...] a figura do agente policial disfarçado como um modelo de técnica especial de investigação de atuação policial operacional, empregado em situações singulares, que envolveria uma mera campana policial e uma infiltração policial ou até mesmo uma ação controlada. Em outra forma de dizer, a novel lei 13.964/2019, intuitivamente conceitua e define a figura do agente policial disfarçado como o indivíduo que ocultando sua real identidade, se vale ostensivamente como um cidadão comum para coletar elementos probatórios (ou elementos informativos) que ilustrem a conduta delitiva preexistente do sujeito ativo, alvo do agente policial disfarçado. O agente policial disfarçado, não se infiltra no meio criminoso e nem interfere na ação voluntária e consciente da conduta delitiva do autor dos fatos, alvo do agente policial disfarçado. Entendemos que esta técnica pode se apresentar como uma terceira modalidade de ação encoberta dos agentes estatais. (BARCELOS LIMA, 2020 apud JÚNIOR, 2020, p. 85-86).

Desse modo, para o uso da técnica de ação policial, deva ser necessariamente um servidor integrante da Polícias Judiciárias. O instituto em apreço é ínsito às investigações policiais que são realizadas constitucionalmente pelas Polícias Judiciárias. Ressalta ainda, que a habilidade da atuação e monitoramento e situação de maneira disfarçada e descaracterizada de modo a oportunizar um maior feixe de coleta de possíveis provas de infrações penais (ou elementos informativos) e de sua autoria, sem imiscuir e interferir no curso causal a infração penal, é inerente atividade de polícia judiciária, em que os policiais agem sem identificarem, ostensivamente, seja por veículos ou por indumentárias – diferente das atividades de policiamento ostensivo e preventivo. (JÚNIOR, 2020).

Verifica-se, que o agente provocador interfere e atua ativamente na linha da infração penal, seja com incitação, instigação e preparação no todo ou em parte do ato delitivo, diante do agente criminoso, deste modo o agente provocador (policial) exterioriza ato ilegítimo e ilegal, diante da atuação. Diferente disto, o agente policial disfarçado e o agente infiltrado são passivas e não ativas como agente do provocador. (JÚNIOR, 2020).

A lei anticrime, exige requisitos para a técnica de agente policial disfarçado qual seja, a demonstração de provas, em grau suficiente, a indicar a possível conduta criminal antes (por isso: preexistente) de o alvo criminoso realizar efetivamente uma conduta criminosa. Dessa forma, pode-se respeitosamente criticar a técnica redacional adotada pelo legislador pátrio, já que ao corporificar a redação “quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”, deu

margens para questionamentos, porquanto em sede de investigações policiais o que se tem na maioria das vezes academicamente falando são somente elementos informativos e não provas na concepção jurídica técnica. (JÚNIOR, 2020).

Desse modo, os elementos probatórios (ou elementos informativos) razoáveis a respeito da conduta criminosa preexistente permitem a caracterização sem que se cogite em flagrante preparado, agente provocador ou crime impossível, assegurando que a conduta delitiva foi perpetrada de forma voluntaria, livre e consciente pelo agente criminoso. Percebe-se que são estas provas (ou elementos informativos) que alicerçam que a participação do agente disfarçado foi neutra e que não teve interferência na linha causal da infração penal. (JÚNIOR, 2020).

Júnior, ressalta ainda, sobre a possibilidade de empregar a técnica do agente policial disfarçado para outros crimes (afora os delitos de arma de fogo e de drogas). Isto seria possível? O debate na doutrina e na jurisprudência sobre ser possível ou não a adoção da técnica de agente disfarçado para que se investiguem e monitorem outros crimes como associação criminosa, organização criminosa, lavagem de dinheiro, corrupção, dentre outros é inevitável. (JÚNIOR, 2020).

A técnica do agente policial disfarçado, exige um “diálogo” e “integração” do agente policial disfarçado e o agente criminoso em tempo real, pelo menos em regra, para fins de configurar eventualmente os novos tipos penais autônomos da lei nº13.964/2019. (JÚNIOR, 2020).

Dessa forma, é possível cogitar a adoção da técnica do agente policial disfarçado, para que se investiguem e monitorem através da rede mundial de computadores ou outros meios similares tecnológicos? Nesse sentido, parte-se do pressuposto de que não se pode peremptoriamente apartar-se desta possibilidade, principalmente quando se visualiza que os avanços tecnológicos devem andar de “mãos dadas” com os meios investigativos, diante do princípio constitucional da eficiência, do interesse público do Estado-investigação e do princípio da vedação de proteção deficiente. (JÚNIOR, 2020).

Visto que, a legislação pátria permite o instituto do agente policial disfarçado (agente policial disfarçado presente ou por presença física real) por meio de presença física/real (que é um “plus”, ou seja, “o mais”) para se permear próximo ou nos limites fronteiriços da prática delitiva, com maior razão não existiria vedação para o instituto do agente policial disfarçado virtual (que é “minus”, ou seja, “um menos”) para se aproximar ou permear no limites fronteiriços da prática delitiva, onde a integridade

física e psíquica do agente policial estaria com redução drástica de riscos conferindo mais segurança de atuação e até mesmo da sua verdadeira identidade, para se evitar possíveis represálias e retaliações “a posteriori” por parte da criminalidade, mormente a criminalidade organizada. Assim, é possível pensar na possibilidade da figura do agente policial disfarçado virtual/remoto/ficto/presumido ou do agente policial disfarçado por extensão. (JÚNIOR, 2020).

Para Júnior, existe a possibilidade de que surgirão posições jurídicas que defenderão à adoção da técnica em estudo para todas as polícias de maneira irrestrita, com argumentos utilitaristas e em conflito com o ordenamento pátrio, em oposição ao ponto de vista e que apenas integrantes das polícias judiciárias poderiam adotar a técnica de agente policial disfarçado. Dito isto, é importante observar está possível inovação indevida da técnica de estender a todas as polícias, alerta-se que qualquer atividade de interpretação jurídica apenas se legitima, se em conformidade com a Constituição Federal. Não se pode confundir uma leitura com filtragem constitucional, em vista de uma leitura com interpretação e argumentos utilitaristas/eficientista. (JÚNIOR, 2020).

Para os autores, Hoffmann; Costa; Fontes e Silva, o agente policial disfarçado qualifica-se como técnica especial de investigação contida em tipo penal equiparado, a ser realizada exclusivamente por policial investigativo (Civil ou Federal), independentemente de autorização judicial. Consiste na atuação de maneira dissimulada do policial que, após diligências preliminares que atestem a presença de elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente, recebe arma de fogo ou drogas do investigado confirmando a suspeita e concretizando situação flagrancial da venda ou entrega de objeto ilícito. O que se observa na atualidade é a utilização de um verdadeiro exército de intermediadores da mercancia do objeto ilícito, o que se chama de tráfico formiguinha. Os criminosos passaram a trazer consigo e transportar somente pequenas quantidades de drogas e poucas armas, na porção estritamente encomendada. Deixando as coisas ilegais em esconderijo de difícil descoberta, sem fazer sua guarda ostensivamente para não despertar suspeita, acessando o covil somente no exato momento da relação de compra e venda, e de forma bem rápida. Com isso, praticamente inviabilizam a prisão em flagrante pelo policial, que raramente conseguirá surpreender o criminoso no curto espaço de tempo da negociação sem que para isso tenha que se passar por negociante e induzir o comércio, o que gera flagrante preparado e um delito putativo por obra do agente

provocador (art. 17 do Código Penal e súmula 145 do STF). (HOFFMANN; COSTA; FONTES; SILVA, 2020).

Neste sentido, o agente disfarçado consiste em reação legislativa à sofisticação da conduta dos delinquentes, de maneira a permitir a eficiente atuação do Estado-investigação. Esse é justamente o propósito dos meios extraordinários e obtenção de prova, sendo a grande novidade o disfarce policial, como mencionado, o fato de estar hospedado em um tipo penal. (HOFFMANN; COSTA; FONTES; SILVA, 2020).

No entanto, a inovação legislativa não tem o condão de tornar lícita toda e qualquer prisão em flagrante, sendo necessária a obediência aos requisitos legais. Assim quando o policial não identificado, sem a presença de elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente (seja porque não realizou investigação prévia, ou porque as diligências efetuadas nada constataram), adquire drogas ou armas de indivíduo, que a repassa exclusivamente em razão dessa indução, o crime é impossível e o flagrante é provocado e por isso ilegal. (HOFFMANN; COSTA; FONTES; SILVA, 2020).

2.3 A CONSTRUÇÃO DA VERDADE NOS CASOS DE FLAGRANTE PREPARADO A DEMONSTRAÇÃO DA SUA LEGITIMIDADE

Visto que, o flagrante preparado é ilícito, ilegal não pode ser feito pela polícia, com a mudança no art.33, §1º, IV da lei de drogas, o legislador autoriza a prisão quando o agente entrega a droga a policial disfarçado desde que hajam elementos que comprovam o crime preexistente.

Havendo os requisitos para a prisão do traficante, a doutrina vai discutir se o flagrante preparado foi autorizado ou não.

Conforme a súmula 145 do Supremo Tribunal Federal, “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação, ” i.e., não existirá prática criminosa quando o fato for preparado pela autoridade, que o faz para fins de realizar a prisão em flagrante. (GARCEZ, 2021, p.362).

Garcez refere que o instituto do flagrante preparado foi sensivelmente relativizado com as alterações do pacote anticrime, conforme, quando da análise da figura equiparada descrita no §1º, inc. IV, onde se inseriu a figura do agente policial disfarçado. (GARCEZ, 2021, p.362).

A configuração delitiva se verifica quando, havendo elementos prévios indicadores de crime, o agente vende ou entrega, ilegalmente, droga ou outro substrato destinado ao seu preparo ao agente policial disfarçado. Essa nova técnica especial de investigação criminal, consistente na ocultação da identidade funcional do agente, i.e., é a atuação de maneira dissimulada para a obtenção de prova da materialidade e autoria do crime de tráfico de drogas, desde que existam elementos informativos razoáveis da conduta criminal preexistente. (GARCEZ, 2021, p.365).

O legislador inseriu no dispositivo o que chamamos de um elemento normativo condicionador, o qual funciona como uma espécie de requisito para a configuração típica, i.e., “quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistentes”. Portanto, o crime de vender ou entregar (condutas instantâneas) a droga ao policial disfarçado somente se configura se existirem elementos prévios acerca da existência do crime, o que afasta essa técnica especial de investigação do flagrante preparado. Nesse caso, não há preparação, mas a confirmação da conduta criminosa. (GARCEZ, 2021, p.365).

Os elementos que apontam a conduta criminal preexistente, tratam, logicamente, de material probatório que deve existir antes das condutas de vender ou entregar. É dizer que tais elementos devem preexistir à ação do policial disfarçado, como forma de legitimar a sua ação, devendo ser juntados no auto de prisão em flagrante, pois, esta figura típica trata-se de um crime de flagrante vinculado ou de condução instantânea. (GARCEZ, 2021, p.365, 366).

O art.33, §1º, IV da lei 11.343/06, passou a tipificar a conduta daquele que “vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumos 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”. Repara-se que a lei traz um elemento normativo condicionador, o qual funciona como um requisito para a configuração típica. (GARCEZ; SILVA, 2020).

O flagrante só será válido quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. Se diversamente, não houver prova de conduta criminal preexistente e o policial disfarçado receber a droga do traficante, a prisão em flagrante se dará com base no art. 33, *caput*, da lei 11.343/06, e somente nos verbos configuradores de crime permanente (ter em depósito, transportar, trazer consigo ou guardar) se presentes no cenário fático. (GARCEZ; SILVA, 2020).

Acerca do flagrante preparado, confira-se o teor da súmula nº 145 do STF: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. A leitura da súmula fornece os dois requisitos do flagrante preparado: preparação e não consumação do delito. Logo, mesmo que o agente tenha sido induzido à prática do delito, porém operando-se a consumação do ilícito, haverá crime e a prisão será considerada legal. (LIMA, 2020, p.1035)

Para Pacelli:

Não existe real diferença entre o flagrante preparado e o flagrante esperado, no que respeita à eficiência da atuação policial para o fim de impedir a consumação do delito. Duzentos policiais postados para impedir um crime provocado por terceiro (o agente provocador) têm a mesma eficácia ou eficiência que outros duzentos policiais igualmente postados para impedir a prática de um crime esperado. Assim, de duas, uma: ou se aceita ambas as hipóteses como de flagrante válido, como nos parece mais acertado, ou as duas devem ser igualmente recusadas, por coerência na respectiva fundamentação. (PACELLI *apud* LIMA, 2020, p.1036).

A jurisprudência, no entanto, não estabelece qualquer distinção entre flagrante preparado ou provocado, concluindo que a prisão será considerada ilegal quando restar caracterizada a indução à prática delituosa por parte do denominado agente provocador, aliada à ineficácia absoluta dos meios empregados pelo agente para se atingir a consumação do ilícito. (LIMA, 2020, p.1036).

Segundo Bautzer, com o advento do Pacote Anticrime, em determinadas situações, a Lei de Drogas e o Estatuto do Desarmamento afastaram a Súmula 145 do STF permitindo assim a ação do Agente de Polícia Disfarçado. (BAUTZER, 2020).

Desde que o Delegado de Polícia demonstre no caderno investigatório que o traficante de drogas, e o comerciante e/ou traficante de armas de fogo praticaram uma conduta preexistente, haverá o afastamento da súmula em comento. (BAUTZER, 2020).

Para Bautzer, o policial poderá se disfarçar de usuário para comprar a droga do traficante, e assim, após a compra e venda, prendê-lo em flagrante delito. O auto de prisão em flagrante poderá ser lavrado, desde que no ato da lavratura, o presidente do inquérito policial, demonstre que o autuado já incidia na prática do tráfico (ex. guardava a substância entorpecente), mesmo antes de sua detenção, evitando assim que o Juiz da audiência de custódia relaxe a prisão em flagrante. (BAUTZER, 2020).

Deste modo, Bautzer verifica que, de acordo com a atual jurisprudência dos Tribunais Superiores, o Delegado de Polícia deve representar, junto ao Juiz do núcleo de audiência de custódia, prisão preventiva dos autuados em flagrante, e no ato da representação deverá demonstrar a conduta preexistente que justifica o afastamento da súmula nº 145 do STF. (BAUTZER, 2020).

Para Júnior, a razão de ser da lei nº 13.964/2019, foi de conferir segurança jurídica nas ações policiais ao permitir a técnica do agente policial disfarçado no combate e repressão ao crime de tráfico de arma de fogo e tráfico de drogas que até então, a depender da circunstância tornava nula a prisão em flagrante delito, com relaxamento da prisão. Aliás, em obra escrita em coautoria na lei anticrime nos atrevemos a sustentar a incidência desta técnica para outros diversos delitos também, afora do rol enumerado pela novel lei. (BARCELOS LIMA; LEITÃO JÚNIOR *apud* JÚNIOR, 2020).

Segundo Júnior, com a nova lei do pacote anticrime, não existe mais dúvida de que não ocorrerá mais crime impossível (obra do agente provocador ou de flagrante preparado), quando o policial agir disfarçadamente, para protagonizar a aquisição de armas de fogo ou de drogas entre outras condutas do agente criminoso no tráfico de armas de fogo e tráfico de drogas. (JÚNIOR, 2020).

Ainda, defende-se estar diante de uma nova norma penal incriminadora autônoma, já que o legislador ordinário seguindo o mandato de criminalização da Constituição Federal (referente ao tráfico de drogas) criminaliza como infração penal a conduta daquele agente que vende ou entrega drogas, matéria-prima, insumo ou produto químico ao agente policial disfarçado. Na mesma esteira, o legislador ordinário passa a criminalizar o agente criminoso que vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição ao agente policial disfarçado. Em ambas as situações, em termos práticos, o legislador passa a propiciar ao mesmo tempo, no campo da intervenção policial (ação policial), a prisão flagrancial do agente criminosos nestas situações em eivar de nulidade a prisão em flagrante delito, com relaxamento da prisão. (JÚNIOR, 2020).

Visto que, isto não era possível antes, pois ocorria o crime impossível (obra do agente provocador ou de flagrante preparado), que tornava nula a prisão em flagrante delito, com relaxamento da prisão e outros desdobramentos jurídicos. Agora, com o advento da nova lei, há proteção legal com chancela da ação policial pelo legislador, em vista da prática criminosa realizada pelo autuado, houve uma clara preservação

da ação policial sob o ponto de vista da legalidade e legitimidade do ato pela lei nº 13.964/2019, sem o risco de uma possível invalidação da prisão flagrancial e de incriminação da postura policial. (JÚNIOR, 2020).

A lei nº 13.964/2019, exige como requisito para a técnica de agente policial disfarçado, qual seja, a demonstração de provas, em grau suficiente, a indicar a possível conduta criminal antes (por isso: preexistente) de o alvo criminoso realizar efetivamente uma conduta criminosa. (JÚNIOR, 2020).

Os elementos probatórios (ou elementos informativos) razoáveis a respeito da conduta criminosa preexistente permitem a caracterização do crime sem que se cogite em flagrante preparado, agente provocador ou crime impossível, assegurando que a conduta delitiva foi perpetrada de forma voluntária, livre e consciente pelo agente criminoso. (JÚNIOR, 2020).

Dessa forma, registra-se que são estas provas (ou elementos informativos) que alicerçam que a participação do agente disfarçado foi neutra e que não teve interferência na linha causal da infração penal. (JÚNIOR, 2020).

Júnior ressalta que, a técnica adotada pelo legislador pátrio, merece crítica respeitosa já que ao corporificar a redação “quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”, deu margens para questionamentos, porquanto em sede de investigações policiais o que se tem na maioria das vezes academicamente falando são somente elementos informativos e não provas na concepção jurídica técnica. (JÚNIOR, 2020).

Em sentido contrário, Neto sustenta que as inovações legislativas objeto deste estudo, não parecem corretas essas conclusões:

Ora, é cediço que um tipo penal incriminador deve descrever as condutas punidas no seu preceito primário e impor uma pena no seu preceito secundário. Note-se que, diferente do escólio de LEITÃO JÚNIOR, os dispositivos em questão não criminalizam as condutas de “vender” ou “entregar” drogas, por exemplo, pelo contrário. O texto evidencia que o sujeito só será responsabilizado penalmente se restar comprovada uma conduta criminal preexistente, vale dizer, anterior ao ato de “vender” ou “entregar”. (JUNIOR *apud* NETO, 2020).

Do mesmo modo, não nos parece que a partir dessa inovação o legislador tenha propiciado a intervenção policial com a prisão em flagrante do suspeito, haja vista que, conforme demonstrado, no cenário retratado pelas normas já se entendia possível a prisão em flagrante, mas pelas condutas praticadas antes daquelas que

foram provocadas pelo policial disfarçado. Não houve, portanto, qualquer alteração no tratamento do tema, mas apenas uma explicação legal de um entendimento já consolidado na doutrina e na jurisprudência, o que evidentemente, traz uma maior segurança na adoção dessa técnica. (NETO, 2020).

Segundo Neto, todavia, que esse método de investigação deva ser conjugado, sempre que possível, com a ação controlada, registrando-se todas as condutas do criminoso, desde sua saída do local em que mantém o depósito (momento em que já poderia ocorrer a intervenção policial), a entrega dos objetos aos policiais disfarçados e, finalmente, o seu retorno, oportunidade em que seria preso em flagrante. (NETO, 2020).

Dessa forma, o autor conclui que, mesmo de modo um tanto atrapalhado, o legislador trouxe mais segurança jurídica para o agente policial disfarçado. Lamenta-se apenas que tal inovação não tenha sido incluída diretamente na lei nº 12.850/2013, como outro meio de obtenção de prova, o que certamente evitaria essa celeuma em trono da natureza jurídica da norma. (NETO, 2020).

Para Andreucci, o agente policial disfarçado não pode, em hipótese alguma, induzir o sujeito ao tráfico ou preparar de qualquer forma o flagrante, hipótese na qual haveria crime impossível, nos termos do disposto na súmula 145 do STF: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. (ANDREAUCCI, 2020).

Isso porque, para o autor, a alegação de flagrante preparado, em crime de tráfico ilícito de drogas, é muito comum, pleiteando-se reconhecimento de crime impossível na conduta de policiais que, fazendo-se passar por usuário, buscam adquirir drogas de traficante, prendendo-o em flagrante delito no ato da venda. No flagrante preparado, interfere o provocador, que induz o suspeito à prática do crime. Figura totalmente diferente é a do flagrante esperado, em que a polícia, alertada da prática delituosa, surpreende o delinquente no ato da infração, lavrando então a prisão, não tendo a iniciativa do crime partido dos agentes de autoridade. (ANDREAUCCI, 2020).

Nesse caso, ante a multiplicidade de condutas típicas previstas no “*caput*” do art. 33, indicando tipo misto alternativo, é plenamente válida a prisão em flagrante do traficante que vende ou entrega a droga a policial disfarçado de usuário, de vez que, antes da venda, já estava o crime de tráfico consumado nas condutas de “ter em

depósito”, “trazer consigo”, “guardar” etc, todas configuradoras de crime permanente. (ANDREAUCCI, 2020).

Além disso, para a atuação do agente policial disfarçado, exigiu expressamente o novo dispositivo introduzido pela lei anticrime que devem estar presentes “elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”, o que significa a existência de elementos suficientes indicativos de que o criminoso já tenha realizado a conduta delitiva anteriormente, ou seja, que já esteja envolvido com o tráfico de drogas. (ANDREAUCCI, 2020).

CONCLUSÃO

O estudo do presente trabalho teve por escopo demonstrar a problemática na atuação dos agentes policiais disfarçados, inseridos na tentativa de combater o tráfico de drogas. Desse modo, a delimitação temática aborda os obstáculos por trás da denúncia e os desafios da produção de provas para a punição do crime de tráfico de entorpecentes no Brasil a partir da vigência da Lei 11.343/06, artigo, 33, inciso IV.

Portanto o problema de pesquisa compõe-se em analisar em que medida, havendo elementos de crime preexistente, na venda ou na entrega de drogas ao agente policial disfarçado o legislador autoriza a prisão. Neste sentido, o flagrante preparado sendo ilícito, pode se tornar lícito? A primeira hipótese sustenta que a legislação penal vigente pode ser considerada eficiente no sentido de punir o agente que pratica o tráfico de drogas, mesmo sendo instigado por agente policial para a concretização da prática criminosa. Já a segunda hipótese propõe que a legislação penal vigente pode ser considerada eficiente no sentido de relativizar a ilicitude do flagrante preparado no caso de tráfico de drogas.

Logo, este estudo traz como objetivo geral a análise da legislação criminal que coíbe a prática do crime de vendas de entorpecentes e as circunstâncias presentes na infração penal, sob a perspectiva da jurisprudência e doutrina, a fim de compreender em que medida pode ser considerado (I)lícito o flagrante preparado. Para alcançar o objetivo geral, foram estabelecidos como objetivos específicos: a) A legislação penal vigente pode ser considerada eficiente no sentido de punir o agente que pratica o tráfico de drogas, mesmo sendo instigado por agente policial para a concretização da prática criminosa; b) A legislação penal vigente pode ser considerada eficiente no sentido de relativizar a ilicitude do flagrante preparado no caso de tráfico de drogas.

No primeiro capítulo a análise realizada repousou sobre a política antidrogas e a legislação brasileira, ou seja, verificou-se a diferença no tratamento do usuário e do traficante de drogas, prevenção ou repressão. Visto que o usuário não responde por crime, ele é incentivado ao tratamento de recuperação e reinserção social. Já para o

traficante a pena prevista é de 5 a 15 anos de reclusão e pagamento de multa de 500 a 1.500 dias-multa, podendo cumprir pena em regime semiaberto.

Pode-se verificar no primeiro momento do estudo que existem controvérsias sobre o art. 28 da lei 11.343/2006, onde ela deixou de prevê a pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, o que acarretou a controvérsia de sua natureza jurídica. Nesse sentido alguns doutrinadores, passam a ver a conduta descritiva no art. 28 da lei de drogas de duas formas: deixaram de ser crimes, tratando-se de um ilícito penal, e continuam sendo crime, mas a lei lhe conferiu tratamento de infração penal. Ainda podemos verificar as considerações doutrinarias sobre o tráfico de drogas, o que na nova lei de drogas, o crime encontra-se previsto nos artigos 33, caput, e §1º, e 34, excluído desse conceito o art.35, que traz a figura da associação para fins de tráfico, o delito de financiamento ao tráfico, também é inserido ao conceito de tráfico de drogas. Verifica-se, mesmo que, o financiamento estando inserido em dispositivo diverso, somos levados a crer que tal figura também se equipara ao “tráfico de drogas”, sob pena de patente violação ao princípio da proporcionalidade.

No segundo capítulo os estudos versam sobre a legalidade do flagrante preparado na lei das drogas, de modo que, analisam-se os mecanismos necessários e disponíveis para que se consiga provar sua legitimidade, assim como, analisamos as espécies de flagrantes existentes, a venda e entrega de drogas a agente policial disfarçado.

Neste segundo momento de estudo, verificou-se o problema que está dificultando para que se torne licito o flagrante preparados, pois sem os elementos exigidos o crime configura-se impossível. Nesse sentido ressalta-se o papel fundamental dos agentes policiais disfarçados, para que ajam com cautela na hora de preparar o flagrante, dessa forma, conseguindo os elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. Evidencia-se a tentativa da legislação em dar maior segurança jurídica aos agentes policiais disfarçados.

Tais discussões e resultados repercutem na resposta ao problema de pesquisa, qual seja: Em que medida, havendo elementos de crime preexistente, na venda ou na entrega de drogas ao agente policial disfarçado o legislador autoriza a prisão. Neste sentido, o flagrante preparado sendo ilícito, pode se tornar licito? A partir das hipóteses do trabalho, percebe-se que, havendo todos os elementos necessários o flagrante preparado torna-se licito. Por outro lado, não havendo os elementos, a ação do agente

policial disfarçado tornar-se-á crime impossível, dessa forma tornando o flagrante preparado ilícito, pois o agente policial induz o agente a prática do ilícito.

Por fim, sabe-se que, há correntes distintas, as quais não concordam que o flagrante preparado seja lícito. Haja vista que, conforme demonstrado nas normas já se entendia possível a prisão em flagrante, pelas condutas praticadas antes daquelas que foram provocadas pelo agente policial disfarçado, nesse sentido, não houve qualquer alteração no tratamento do tema. No entanto, a lei de drogas nos deixa claro em seu art.33, §1º, inc. IV, que havendo elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente, o legislador torna o flagrante preparado lícito.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jamil Chaim. **Manual de Direito Penal – Parte Geral e Parte Especial**- Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Agente policial disfarçado e infiltração virtual**. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/agente-policial-disfarcado-e-infiltracao-virtual>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

BAUTZER, Sérgio. **O AGENTE DE POLÍCIA DISFARÇADO E O AFASTAMENTO DA SÚMULA Nº 145 DO STF** - Disponível em: <<HTTPS://BLOG.GRANCURSOSONLINE.COM.BR/O-AGENTE-DE-POLICIA-DISFARCADO-E-O-AFASTAMENTO-DA-SUMULA-NO-145-DO-STF/> 03/12/2020.> ACESSO EM: 27 OUT.2021.

BRASÍLIA. **Súmula n.º 145 da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno**. Edição: Imprensa Nacional, 1964. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=211>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

EBERHARDT, Marcos Eduardo Faes; SOUZA, Pietro Bittencourt de. **O agente policial disfarçado: aspectos jurídicos e perspectivas da nova figura na investigação criminal**. Disponível em:< https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2021/01/pietro_souza.pdf. >Acesso em: 03 de abr. 2021.

GARCEZ, William. Lei das Drogas. Lei 11.343/2006. In:_____; JORGE, Higor Vinicius Nogueira; Júnior Joaquim Leitão (Org.). **Legislação Criminal Especial Comentada**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. cap.8, p. 337 – 399.

GARCEZ, William; SILVA, Davi André Costa. **A figura do policial disfarçado e a mitigação do flagrante preparado**. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/04/08/figura-policial-disfarcado-e-mitigacao-flagrante-preparado/>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Legislação penal especial esquematizado**– Coleção esquematizado®, Coordenador Pedro Lenza – 6. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

HOFFMANN, Henrique; COSTA, Adriano Sousa; FONTES, Eduardo; SILVA, Márcio Alberto Gomes Silva. **Agente policial disfarçado no Estatuto do Desarmamento e na Lei de Drogas**. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2020-ago-25/academia-policial-agente-policial-disfarcado-estatuto-desarmamento-lei-drogas>>. Acesso em: 08 de abr.2021.

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. **O agente policial disfarçado na Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime)**. Disponível em: <<https://juspol.com.br/o-agente-policial-disfarçado-na-lei-no-13-964-2019-lei-do-pacote-anticrime/>>. Acesso em: 05 de abr. 2021. Acesso em: 27 de out. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Especial Comentada – Volume Único**. 8ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** – 8. ed. rev. ampl. e atual – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

NETO, Francisco Sannini. **A figura do agente policial disfarçado consolida técnica de investigação criminal**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81754/a-figura-do-agente-policial-disfarçado-consolida-tecnica-de-investigacao-criminal>.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**, 17. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020a.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas, Volume 1** – 13. ed – Rio de Janeiro: Forense, 2020b.

SÚMULA, 145 **STF**; Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=211>>. Acesso em: 20 ago. 2021.