

A INÉPCIA LEGISLATIVA DISFARÇADA DE TIPO PENAL

LEGISLATIVE INEPTITUDE DISGUISED AS CRIMINAL OFFENSE

Tiago Joffily

Doutor e mestre em Direito Penal pela UERJ. Professor Adjunto de Direito Penal da FND/UFRJ. Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9768893094846933>

ORCID: 0000-0003-0647-0479

joffily@msn.com

Resumo: O artigo analisa a nova figura típica equiparada ao tráfico de drogas introduzida no art. 33, §1º, inciso IV, da Lei 11.343/06, como expressão máxima da inépcia legislativa que caracterizou o chamado Pacote Anticrime, na medida em que, ao estabelecer o “agente policial disfarçado” como elemento do tipo penal, o legislador acabou tornando a norma inaplicável, visto que tal circunstância necessariamente deverá estar abarcada pelo dolo do agente supostamente ludibriado pelo disfarce.

Palavras-chave: Direito Penal - Pacote Anticrime - Lei de Drogas - Agente Disfarçado - Tipicidade

Abstract: The article analyzes the new criminal offense introduced in Law 11.343/06 by the so-called Anti-Crime Package as the ultimate expression of legislative’s ineptitude, considering that, by establishing the “undercover police agent” figure as element of the offense definition, the legislator ended up making a useless norm, since the perpetrator’s intent must necessarily encompass that circumstance.

Keywords: Criminal Law - Anti-Crime Package - Drug Law - Undercover Agent - Offense definition

Faz aproximadamente um ano que a Lei 13.964/2019, batizada de Pacote Anticrime, entrou em vigor. A nova lei trouxe muitas e graves alterações na legislação penal, processual penal e de execução penal brasileira, tendo merecido, inclusive, a publicação de edições especiais deste Boletim para tratar especificamente do tema.

Há um dispositivo da lei, contudo, que embora abordado e analisado por muitos dos que sobre ela se debruçaram parece ainda não ter recebido da doutrina a crítica devida. Trata-se do art. 33, §1º, inciso IV, da Lei 11.343/2006, que introduziu no ordenamento jurídico mais uma figura típica equiparada ao crime de tráfico de drogas, de modo a punir com a mesma pena do *caput* a conduta daquele que “vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”.¹

Cuida-se, indubitavelmente, de norma penal incriminadora, tal como são todas as demais condutas equiparadas ao crime básico de tráfico de drogas previstas no §1º, do art. 33. Quanto a isso, não pode haver dúvida, já que existe um sem número de pessoas já condenadas, inclusive, pela prática das condutas equiparadas previstas nos incisos I, II e III do referido dispositivo, seja pelo tráfico de insumos, seja pelo plantio de matéria-prima para a preparação de drogas ou mesmo pelo auxílio material prestado à prática do tráfico tornado ilícito. De fato, praticamente todos aqueles que já se debruçaram sobre o novo dispositivo trazido pela Lei 13.964/2019 o tratam exatamente como um novo tipo penal,² a versar sobre a conduta daquele que vende ou entrega droga a agente policial disfarçado.

Ao analisarem a nova figura típica, no entanto, os autores parecem se circunscrever à discussão envolvendo a legitimidade da incriminação em face do que já foi decidido e sumulado pelo Supremo Tribunal Federal há mais de meio século no enunciado 145, segundo o qual “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. A partir daí, costuma-se reabrir a discussão em torno da distinção entre flagrante preparado e flagrante esperado, alegando os que se entusiasma com a nova

lei que ela apenas teria positivado o entendimento que já prevalecia nos Tribunais,³ enquanto que seus críticos afirmam que a hipótese é justamente uma tentativa mal-ajambrada de contornar a súmula do STF e, com isso, incriminar conduta praticada num contexto em que seria impossível a consumação do delito (ou a afetação do bem jurídico).⁴

A discussão poderia até ser relevante, acaso o legislador não tivesse incorrido em impropriedade técnica grosseira, que reduziu o dispositivo inserido na Lei de Drogas a uma completa aberração jurídica, sem qualquer aplicabilidade prática.

E o problema não reside, tampouco, na estratégia inusitada e covarde de imputar a prática de um crime a partir, não da demonstração da sua efetiva ocorrência, mas da existência de “elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”, como se a certeza da ocorrência de um crime decorresse da dúvida razoável sobre a prévia existência de outro. Não, o verdadeiro xis da questão está na ignorância do legislador acerca dos conceitos mais basilares do Direito Penal, em especial sobre como funciona o elemento subjetivo do injusto nos crimes punidos a título de dolo.

Ora, o art. 33, §1º, inciso IV, da Lei de Drogas, consiste (ainda que na forma de um arremedo) em norma penal incriminadora, em verdadeiro tipo penal. E se esse tipo penal descreve uma conduta dolosa, então, para que a conduta possa ser considerada típica, é imperioso que o agente tenha consciência (e vontade) de que, ao agir, realiza cada um dos elementos que compõe o tipo penal.

A apresentação do conceito de dolo há séculos consolidado na dogmática jurídico-penal dispensa, aqui, a citação de qualquer doutrina ou jurisprudência como fonte informativa. Quer se adote uma teoria puramente cognitiva ou uma teoria volitiva, tanto faz, é absolutamente incontroverso e do conhecimento de qualquer estudante de graduação que só há dolo quando o sujeito ativo tem consciência de que, ao agir, pratica cada um dos elementos contidos no tipo legal. Essa, aliás, é uma decorrência lógica do próprio *caput* do art. 20, do Código Penal, que dispõe sobre a figura do erro de tipo.

Ocorre que o legislador, no caso específico em exame, decidiu inserir no tipo legal do art. 33, §1º, inciso IV, a circunstância de que

a droga deva ser vendida ou entregue pelo autor do delito a “agente policial disfarçado”. Assim, ao colocar essa circunstância como um elemento típico, o legislador automaticamente passou a exigir que essa elementar fosse também abarcada pelo dolo do autor, de modo que, para ser típica a conduta, é preciso que o traficante tenha conhecimento de que vende ou entrega droga a “agente policial disfarçado”. Do contrário, não há dolo; e sem dolo a conduta é atípica, visto que não há previsão de punição do tráfico de drogas na modalidade culposa.

Como se vê, é difícil imaginar uma situação concreta em que o novo tipo penal possa vir a ser aplicado. Afora algum caso envolvendo um inimputável como autor da conduta típica, é de todo improvável que um traficante resolva vender droga a alguém que ele sabe ser policial disfarçado. Num fantasioso caso como esse, agora tipificado em lei, o mais provável é que seja o traficante o agente disfarçado, e não o policial (esse sim ludibriado, se não pelo traficante, ao menos pelo legislador).

Outro elemento estranho inadvertidamente inserido pelo legislador no novo tipo do art. 33, §1º, inciso IV, é a exigência da presença de “elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”. Pela imprecisão do que poderia ser considerado “elementos probatórios razoáveis”, pode-se dizer que se trata de um elemento normativo do tipo, o qual também deve estar abarcado pelo dolo do agente, de modo que o traficante, na hipótese alucinada tipificada em lei, teria que saber, não só que o consumidor é um agente policial disfarçado, como também que sobre seu próprio comportamento pretérito existem provas razoáveis de prática criminosa.⁵ Talvez, no imaginário legislativo, o policial disfarçado pudesse atualizar o traficante do conjunto probatório reunido contra ele na investigação que levou à sua atuação dissimulada antes de ver consumado o delito ora em estudo. Difícil saber o que se passava na cabeça do legislador no momento da elaboração da norma.

Alguém determinado a sair em defesa do texto legal poderia até tentar dizer que as expressões antes mencionadas (“agente policial disfarçado” e “elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”) constituiriam condições objetivas de punibilidade do delito, de modo que, seguindo a doutrina majoritária, não precisariam estar abrangidas pelo dolo do agente, mas apenas ocorrer objetivamente para que a conduta fosse considerada punível. Justamente por não serem passíveis de conceituação ou

classificação precisa, **Jimenez De Asúa** costumava designar essas figuras erráticas do Direito Penal de verdadeira “colcha de retalhos”,⁶ formada por tudo aquilo que não se sabe exatamente o que seja. Ocorre que a conduta básica de vender ou entregar “drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar” já é, por si só, punível segundo o mesmo art. 33; e punível com a mesma pena do *caput*, aliás. Assim, resta claro que a mudança trazida pela Lei não estabelece novos pressupostos materiais de punibilidade para um delito que, de outra forma, não seria punido ou que, ao menos, seria punido com intensidade diversa daquela prevista no novo tipo penal. Definitivamente, seja lá qual for a definição de condição objetiva de punibilidade, a nova Lei não estabeleceu “condições” para punir ou punir diferente. Ela simplesmente tratou de uma situação fática cujo enquadramento na figura típica do *caput* do art. 33 era controvertida na doutrina e jurisprudência pátrias não por falta de qualquer pressuposto material específico, mas justamente pela resistência de muitos em aceitar a ideia de que o Estado possa, a pretexto de combatê-lo, contribuir para a ocorrência de um crime que de outra forma não existiria.

É claro que a situação poderia ser diferente, caso o legislador, dominando minimamente a técnica (ou não a violando de forma tão escandalosa), decidisse inserir tal discussão na lei na forma de uma norma explicativa,⁷ onde deixasse expressa a escolha legislativa pela punibilidade do crime de tráfico (art. 33, *caput*) mesmo quando a conduta envolvesse agente policial disfarçado, desde que não restasse dúvidas de que, com sua conduta anterior, o autor já tivesse realizado qualquer das ações abarcadas pelo tipo misto alternativo. Nesse caso, sim, restaria então o debate já bastante explorado acerca da possibilidade jurídica, ou não, dessa escolha frente aos princípios constitucionais da lesividade e da não autoincriminação. Mas, definitivamente, não foi por aí que trilhou o legislador.

Ao fim e ao cabo, a sensação que fica é a de que foi a inépcia, associada a uma certa malandragem tosca e vulgar, que se disfarçou de lei penal na tentativa de impor solução jurídica para lá de questionável e que busca, agora, chancela judicial para ser colocada em prática. Até o presente momento, felizmente, não se tem notícia de condenações ou mesmo imputações com base no art. 33, §1º, inciso IV, da Lei de Drogas. Que sirva esse breve texto de alerta para que não venham a ocorrer.

Notas

- ¹ As considerações aqui desenvolvidas em relação ao tipo do art. 33, §1º, inciso IV, da Lei de Drogas, se aplicam igual e inteiramente aos tipos também introduzidos pela Lei Anticrime nos arts. 17, §2º, e 18, p. ún., do Estatuto do Desarmamento. Por economia, e para não cansar o leitor, nos circunscreveremos à alteração feita na Lei de Drogas, rogando que as mesmas críticas sejam estendidas aos outros dispositivos citados.
- ² Assim, *v.g.*, SANTOS, 2020. Versão digital, RB-11.2.
- ³ SOUZA; CUNHA e LINS, 2019.
- ⁴ MOREIRA, 2020.
- ⁵ Não esclarece a lei, contudo, se tais práticas criminosas devem ser ou não relacionadas a tipos penais abarcados pela Lei de Drogas, omissão esta que poderá ensejar calorosos debates doutrinários e jurisprudenciais acaso superados os empecilhos técnicos aqui apresentados.
- ⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA *Apud* CARVALHO, 2008, p. 70.

Referências

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.
_____. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.
_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 145. Aprovada na sessão plenária de 06.12.1963.
CARVALHO, Érika Mendes. Punibilidade e Delito. São Paulo: RT, 2008.
MOREIRA, Rômulo de Andrade. Armas, drogas e o flagrante provocado: a história de mais um retrocesso. *Conjur*, 28 fev. 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-fev-28/romulo-moreira-armas-drogas-flagrante-provocado>. Acesso em 04.01.2021.
NETO, Francisco Sannini. A figura do agente policial disfarçado consolida técnica de investigação criminal. *Jus.com.br*, maio 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/arti->

- ⁷ O Delegado de Polícia de São Paulo Francisco Sannini Neto defende ser justamente essa a natureza da norma introduzida pela Lei 13.964/2019 no art. 33, §1º, inciso IV, da Lei de Drogas: a de uma norma explicativa, e não verdadeiramente um tipo penal. Sua preocupação, no entanto, não está relacionada à problemática do dolo aqui exposta, mas sim ainda à controvérsia em torno da possibilidade, ou não, de incriminação daquele que vende droga em uma situação de flagrante preparado. De acordo com a sua tese (que nos parece absolutamente equivocada, diga-se), a conduta pela qual é punido o agente nesses casos, na verdade, não é a de vender ou entregar droga a agente policial disfarçado, mas sim aquela outra, prévia, acerca da qual a lei agora exigiria a presença de “elementos probatórios razoáveis” (NETO, 2020). Como poderia ser alguém condenado pela prática de um crime pretérito do qual não se teria prova cabal, mas apenas “elementos probatórios razoáveis”, isso o autor não chega a esclarecer.

gos/81754/a-figura-do-agente-policial-disfarçado-consolida-tecnica-de-investigacao-criminal. Acesso em: 04 jan. 2021.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Comentários ao Pacote Anticrime. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

SOUZA, Luciano Anderson de. Comentários ao Pacote Anticrime. São Paulo: RT, 2020.

SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches; e LINS, Caroline de Assis e Silva. A nova figura do agente disfarçado prevista na Lei 13.964/2019. *Meu site jurídico.com.br*, 27 dez. 2019. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/12/27/nova-figura-agente-disfarçado-prevista-na-lei-13-9642019/>.

Recebido em: 07.01.2021 - Aprovado em: 21.04.2021 - Versão final: 18.05.2021