

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**

**FACULDADE DE DIREITO**



**FLAGRANTE PREPARADO:**

**ANÁLISE CRÍTICA DE SUA VALIDADE, DISTINÇÃO QUANTO  
AO FLAGRANTE ESPERADO E IMPORTÂNCIA DA FIGURA DO  
AGENTE ESTOPIM**

**ANDRÉ VIEIRA CARVALHO**

Salvador

2018

**ANDRÉ VIEIRA CARVALHO**

**FLAGRANTE PREPARADO:  
ANÁLISE CRÍTICA DE SUA VALIDADE, DISTINÇÃO QUANTO  
AO FLAGRANTE ESPERADO E IMPORTÂNCIA DA FIGURA DO  
AGENTE ESTOPIM**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada à  
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia,  
como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel  
em Direito.

Orientadora: Profa Doutora Selma Pereira de  
Santana

Salvador-BA

2018

**ANDRÉ VIEIRA CARVALHO**

**FLAGRANTE PREPARADO:  
ANÁLISE CRÍTICA DE SUA VALIDADE, DISTINÇÃO QUANTO  
AO FLAGRANTE ESPERADO E IMPORTÂNCIA DA FIGURA DO  
AGENTE ESTOPIM**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA, na área de concentração de Direito Penal, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, defendida e aprovada pela banca examinadora abaixo assinada.

Salvador, \_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018

**BANCA EXAMINADORA:**

**Selma Pereira de Santana – Orientadora**

---

Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal.  
Universidade Federal da Bahia.

**Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro – Examinadora**

---

Doutora em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil  
Universidade Federal da Bahia

**Gabrielle Santana Garcia – Examinadora**

---

Especialista em Direito do Estado pela Fundação Faculdade Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil. Centro Universitário Jorge Amado. UNIJORGE.

# AGRADECIMENTOS

À minha mãe, meu braço direito de todas as horas;

Ao meu pai, que nunca me negou auxílio;

Aos meus tios, em especial, a tia U, que sempre encontrarão abrigo em meu coração;

Aos meus mestres da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, que sempre me indicaram o caminho;

Aos meus colegas de curso, em especial, a Jairo Sento-Sé, pelo companheirismo incessante;

Aos meus avós, inclusive aqueles que não mais aqui estão, mas que continuam sempre a me proteger e guardar;

Aos meus primos, com os quais compartilhei saudosos momentos de minha infância;

À todos os meus amigos, sobretudo aos Potos e aos Walkers, camaradas nos melhores momentos e irmãos nos piores.

Ao Ministério Público do Estado da Bahia, instituição à qual tive minhas primeiras experiências profissionais, como estagiário de direito e à qual me ensinou que ser *custos legis* é muito mais que ser mero fiscal da ordem jurídica, é atuar sempre em prol da Sociedade, sem nunca perder os caros valores da Justiça e da Democracia;

Ao Ministério Público do Trabalho, instituição que sempre me recebeu de braços abertos e pela qual tive o prazer de atuar em favor do trabalhador brasileiro, que, apesar de hipossuficiente nas relações jurídicas, nunca fraqueja na luta por um Brasil mais justo e solidário;

À Egrégia Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, agora e para sempre minha segunda casa;

Às Promotoras de Justiça Railda Suzart, Eduvirges Tavares, Cecília Pondé, Livia Matos e Viviane Chiacchio, às quais tive a imensa honra de conhecer e o imenso prazer de contribuir, mesmo que apenas um pouco, para a construção de um MP mais forte e presente;

À Procuradora do Trabalho Maria Lúcia de Sá Viera, um exemplo de procuradora e uma pessoa de uma simpatia sem tamanho. Sou extremamente grato por todos os momentos de aprendizado e de crescimento acadêmico e profissional que o convívio com a senhora e que as atividades no MPT me proporcionaram;

À Zaki e Heider, meus colegas de MPT, aos quais tive a inestimável oportunidade de conviver, companheiros que compartilharam comigo das alegrias de fazer parte um órgão de imensa seriedade e importância como o Parquet Trabalhista;

Às Professoras Fernanda Ravazzano e Gabrielle Santana, membros da banca examinadora, por aceitarem participar e contribuir neste importante momento de minha formação acadêmica, razão pela qual, terão sempre minha gratidão;

À Professora e Orientadora Selma Pereira de Santana, não só, por prontamente ter aceitado guiar-me na confecção desse trabalho, mas, também, por cada elogio e estímulo nesses árduos, porém gratificantes, meses de produção acadêmica. Jamais esquecerei do carinho e dedicação que a senhora despendeu ao me auxiliar neste delicado momento da minha vida acadêmica, foi uma honra tê-la como orientadora e uma lástima o destino me ter privado da oportunidade de ser seu aluno, pois, a senhora tem, além de uma mente singular, um carisma cativante.

“O progresso é impossível sem mudança; e aqueles que não conseguem mudar suas mentes não conseguem mudar nada.”

George Bernard Shaw

## SUMÁRIO

<b>1.INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>2.DEFINIÇÃO DE FLAGRANTE E DE SUAS CATEGORIAS.....</b>	<b>12</b>
<b>3.DEFINIÇÃO E CONCEITO DE FLAGRANTE ESPERADO E DE AGENTE ESTOPIM.....</b>	<b>16</b>
<b>4.FLAGRANTE ESPERADO SUPEREFICIENTE.....</b>	<b>19</b>
<b>5.PREVARICAÇÃO DAS FORÇAS POLICIAIS NOS CASOS DE FLAGRANTE ESPERADO SUPEREFICIENTE.....</b>	<b>28</b>
<b>6.DEFINIÇÃO E CONCEITO DE FLAGRANTE PREPARADO.....</b>	<b>37</b>
<b>8.CORRENTE DOUTRINÁRIA DA ILICITUDE DO FLAGRANTE PREPARADO EM RAZÃO DO VÍCIO DE VONTADE.....</b>	<b>40</b>
<b>9.CORRENTE DOUTRINÁRIA DA ILICITUDE DO FLAGRANTE PREPARADO EM RAZÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE EFETIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO.....</b>	<b>50</b>
<b>10.ENUNCIADO DE SÚMULA Nº 145 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>55</b>
<b>11.PROBLEMÁTICAS ACERCA DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE FLAGRANTE PREPARADO E FLAGRANTE ESPERADO.....</b>	<b>65</b>
<b>12.SITUAÇÕES PECULIARES DE FLAGRANTE PREPARADO.....</b>	<b>75</b>
<b>13.FLAGRANTE DIFERIDO, AÇÃO CONTROLADA E O “CASO AÉCIO NEVES”.....</b>	<b>82</b>
<b>14.RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE ESTOPIM NO FLAGRANTE PREPARADO.....</b>	<b>88</b>
<b>15.CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>94</b>
<b>16.REFERÊNCIAS.....</b>	<b>101</b>

## RESUMO

Em 13/12/1963, foi promulgada a Súmula nº 145 do STF: “*Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação*”. Tal súmula considerou inconstitucional o flagrante preparado, aquele em que o agente policial, a vítima ou terceiro agem ativamente de forma que provoquem o autor do fato a cometer conduta ilícita. Tal entendimento foi justificado, afirmando que afasta a licitude do flagrante a atuação policial que tome medidas ativas para instigar o cometimento do ato ilícito, enquanto concomitantemente toma medidas diversas para dirimir seus efeitos, protegendo desta maneira o bem jurídico tutelado. Noutras palavras, não há consumação delitiva, pois, a conduta dos agentes policiais a impossibilita, caracterizando, desta forma, crime impossível.

Este entendimento firmado pelo STF gera diversas penumbras e obscuridades. A Súmula 145 é omissa e lacunosa, instigando debates doutrinários e certa insegurança jurídica. Neste trabalho acadêmico serão analisados, dentre outros tópicos: a difícil diferenciação prática entre flagrante preparado, considerado inconstitucional, e flagrante esperado, que é aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro; flagrante preparado nos casos de crimes permanentes (ex: tráfico de drogas, previsto no art 33, Lei 11.343/2006); flagrante preparado nos crimes formais, isto é crimes cujo momento da consumação é diverso do momento de seu exaurimento (ex: corrupção passiva na modalidade solicitar vantagem indevida, previsto no art 317 do CP); flagrante preparado em que houve efetiva, porém diminuta, lesão a bem jurídico e por fim, flagrante preparado, seguido por fuga prolongada.

Também serão despendidas críticas e ponderações sobre o “flagrante esperado supereficiente”, o flagrante diferido, as ações controladas e o “Caso Aécio Neves”. Ademais, será proposto o conceito de “agente estopim”, conceito este similar ao de “agente provocador”, porém, muito mais amplo, tendo como principais características: poder ser uma pessoa ou circunstância; ser o agente que induz, instiga ou engatilha o crime; e, diferentemente do “agente provocador”, estar presente tanto no flagrante preparado quanto no esperado.

Palavras Chave: Flagrante Preparado; Súmula nº 145; STF; Suprema Corte; Crime Impossível; Flagrante Esperado; Crime Permanente; Consumação; Agente Estopim; Flagrante Diferido.

## ABSTRACT

On 13/12/1963, was promulgated the Supreme Court's 145th Precedent: "There is no crime, when the preparation of the flagrant by the police makes impossible its consummation." Such a summary considered unconstitutional the prepared flagrant, one in which the police agent, the victim or third party actively act in a way that provoke the perpetrator to commit unlawful conduct. Such an understanding was justified by stating that the legality of the police action that takes active measures to instigate the commission of the wrongful act is removed, while concomitantly taking different measures to avoid its effects, thus protecting the legal asset tutored. In other words, there is no consummation of delinquency, since the conduct of the police agents makes it impossible, characterizing, in this way, an impossible crime.

This understanding signed by the STF generates several penumbras and obscurities. Precedent 145 is silent and laconic, instigating doctrinal debates and some legal uncertainty. In this academic work will be analyzed, among other topics: the difficult practical differentiation between prepared flagrant, considered unconstitutional, and expected flagrant, which is accepted by the Brazilian legal system; prepared flagrant in cases of permanent crimes (eg: drug trafficking, provided in art 33, Law 11.343/2006); prepared flagrant in formal crimes, ie crimes whose consummation moment is different from the moment of its exhaustion (eg: passive corruption in the modality requesting undue advantage, provided in art 317 of the CP); flagrantly prepared in which there was effective, but diminutive, injury to legal asset and finally prepared flagrant, followed by prolonged flight.

Criticisms and considerations about the "flagrant superefficient expected", over flagrant deferred, controlled actions and the "Aécio Neves" case will also be spent. In addition, it will be proposed the concept of "fuse agent", a concept similar to that of "agent provocateur", but much more broadly, having as main characteristics can be a person or circumstance, be the agent that induces, instigates or triggers crime and, unlike the "provocateur", to be present both in the prepared and in the expected flagrant.

Keywords: Prepared Flagrant; Precedent 145; STF; Supreme Court; Impossible Crime; Expected Flagrant; Permanent Crime; Consummation; Fuse Agent; Deferred Flagrant.

## 1. INTRODUÇÃO

Os debates sobre a inconstitucionalidade do flagrante preparado arrefeceram, todavia, sem nunca deixarem de existir, a partir da promulgação da Súmula 145 do STF. Esta goza de concordância de grande parte da doutrina e jurisprudência, inclusive, sendo periodicamente reiterado, pelo STF, em casos recentes, algo notável para uma Súmula com 55 anos de existência. Frise-se, contudo, que o tema está longe de ser unanimidade, existindo doutrinadores defendendo sua constitucionalidade, sendo seu principal representante Eugênio Pacelli de Oliveira.

A Súmula nº 145 do STF nasceu do fruto de intensos debates doutrinários e jurisprudenciais sobre até onde ia o poder de fiscalização e polícia do Estado, se era lícito que cidadãos fossem testados, instigados ou incentivados a cometerem crimes etc. O debate buscava descobrir até onde as forças policiais podiam agir de forma ativa para realizar um flagrante, se deveria haver absoluta passividade ou se era possível algum tipo de atividade, de ação que servisse como estopim para que o autor realizasse a conduta delitiva.

Neste panorama, entre as décadas de 1940 e 1960, chegaram ao STF quatro casos semelhantes (HC 40289, HC 38758, RE 15531, RHC 27566) todos relativos a crimes de extorsão e corrupção (apesar de que atualmente um deles pudesse ser classificado como tráfico de influência), estes casos se tornaram *leading cases* e acabaram por consolidar o entendimento consubstanciado na Súmula nº 145 do STF. Ademais, os julgamentos destes processos foram fortemente influenciados pela doutrina de Nelson Hungria (HUNGRIA, 1978, p 107) que afirmava que, no hoje denominado flagrante preparado, o suposto criminoso não passava, nas palavras de Hungria, do “protagonista inconsciente de uma comédia”. Destarte, segundo o doutrinador, não haveria crime no flagrante preparado, mas tão somente algo como uma ilusão, uma encenação, um simulacro meticulosamente planejado e urdido pelo agente instigador do crime, com o fito de prender em flagrante o agente delitivo.

Neste trabalho, serão analisados tanto os *leading cases* da Súmula nº 145 quanto a doutrina de Nelson Hungria sobre os hoje denominado flagrante preparado e flagrante esperado. Sendo indicadas diversas inconsistências, incongruências e incompatibilidades

lógicas nos argumentos jurídicos utilizados por eles para distinguir o flagrante esperado (considerado lícito) do flagrante preparado (considerado ilícito).

Ademais, também serão demonstradas que são demasiado frágeis e incapazes de justificar a ilicitude do flagrante preparado os argumentos comumente utilizados pela doutrina e pela jurisprudência para tanto, quais sejam: a absoluta impossibilidade de efetiva lesão ao bem jurídico e a existência de tamanho vício na vontade delitiva do autor que não lhe restaria qualquer responsabilidade pelos seus atos. A maior ou menor valoração de um destes argumentos motivará também a classificação dos doutrinadores contrários a licitude do flagrante preparado em duas correntes parcialmente destoantes entre si, o que demonstra de uma completa coesão mesmo entre aqueles que defendem a ilicitude do flagrante preparado.

Será proposto o conceito de “agente estopim”, conceito similar ao de “agente provocador”, porém, muito mais amplo, tendo como principais características: 1) Poder ser uma pessoa ou circunstância; 2) Ser o agente que induz, instiga ou engatilha o crime; 3) Diferentemente do “agente provocador”, estar presente, tanto no flagrante preparado, quanto no esperado. O agente estopim fará parte da definição e conceituação tanto do flagrante preparado quanto do flagrante esperado, e não será sua existência que será usada, como ferramenta, para distinguir os dois institutos, mas sim a existência ou não de vínculo, prévio acerto ou cumulação de funções entre ele o “agente vigilante”. O conceito de agente estopim é pedra de fundação de todo o presente trabalho, sendo imprescindível para a compreensão não só do flagrante preparado, mas também do flagrante esperado e, mesmo, do flagrante diferido.

Ademais, também será explicada a diferença entre “teste de integridade” e flagrante preparado, sendo o teste de integridade uma “tempestade perfeita”, um flagrante preparado elevado ao extremo, de raríssima ocorrência prática.

Conceitos apenas superficialmente cogitados pela doutrina serão aprofundados, explicados, demonstrados e analisados. Exemplo disso é o posicionamento de Nucci e Aury Lopes Jr de defenderem a existência de um flagrante esperado ilícito em decorrência de terem sido tomadas medidas de proteção e acautelamento tão efetivas que supostamente impossibilitariam a consumação delitiva. Este entendimento foi aprofundado e denominado de “flagrante esperado supereficiente”, oportunidade em que não apenas foi defendida a efetiva ilicitude do flagrante e possibilidade de consumação delitiva, como também, foram analisadas qual seria a responsabilidade das forças policiais, no caso de um dia ser pacificado que o flagrante esperado supereficiente é crime impossível.

A doutrina de Eugênio Pacelli contribuiu enormemente para a construção dos argumentos e teorias jurídicas constantes nesta produção acadêmica, havendo grande similitude e congruência entre o posicionamento do supracitado doutrinador e os defendidos neste presente trabalho. Em especial, o de que não existe real diferença entre os institutos do flagrante preparado e esperado, pois, por mais objetivo que seja o critério geral e abstrato para classificação dos institutos do flagrante preparado e do flagrante esperado, sua distinção, no caso concreto, recaíra, inevitavelmente, na hermenêutica particular, subjetiva e arbitrária da autoridade julgadora acerca de detalhes e minúcias da situação fática.

Além da problemática distinção entre supracitados institutos, também serão disponibilizados vários exemplos concretos de verdadeiros “limbos jurídicos”, casos limítrofes entre o flagrante preparado e esperado. A correta e indubitável classificação destes exemplos não é alcançada caso se tenham, como limites, o moderno entendimento dos institutos do flagrante preparado e do flagrante esperado. Por esta razão, tal qual Pacelli, defendemos uma profunda reanálise e reconstrução (ou mesmo destruição) dos conceitos de flagrante esperado e preparado. Destarte, caso não se reconheça que os institutos do flagrante preparado e do flagrante esperado são idênticos, deve-se, ao menos, conceder a eles o mesmo tratamento jurídico, seja defendendo a licitude de ambos - o que parece, para nós e para Pacelli, o mais correto - seja defendendo a ilicitude de ambos.

Não se fugiu à análise de casos peculiares e específicos de flagrante preparado, como flagrante preparado: nos casos de crimes permanentes (ex: tráfico de drogas, previsto no art 33, lei 11.343/2006); flagrante preparado nos crimes formais, isto é crimes cujo momento da consumação é diverso do momento de seu exaurimento (ex: corrupção passiva na modalidade solicitar vantagem indevida, previsto no art 317 do CP); flagrante preparado em que houve efetiva, porém diminuta lesão a bem jurídico e por fim, flagrante preparado, seguido por fuga prolongada. Cada uma dessas situações foi dissecada e estudada, de forma a que o flagrante preparado fosse compreendido nas suas mais diversas facetas.

Por fim, também se revisitaram antigas discussões sobre o flagrante preparado, a exemplo do polêmico debate acerca da responsabilização do agente estopim pelos crimes praticados pelo agente delitivo no contexto do flagrante preparado. Neste aspecto, se colacionou a ementa do Recurso de Habeas Corpus 137588 de relatoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski. A importância deste julgado se dá não apenas porque o STF reconheceu a responsabilização penal do agente estopim no contexto da provocação do

flagrante preparado, mas também por que enseja discussões se o flagrante preparado configura a impossibilidade de crime, ou tão somente que as provas por ele obtidas serão ilícitas para fins de comprovação da conduta ilícita do agente delitivo.

## 2. DEFINIÇÃO DE FLAGRANTE E DE SUAS CATEGORIAS

Inicialmente, evidencia-se prudente que, antes de se realizar uma análise mais específica e minuciosa na problemática do flagrante preparado, seja feita uma breve e sintética compilação doutrinária acerca das categorias da prisão em flagrante.

Flagrante deriva das palavras Latinas “*flagrans*” e “*flagrantis*” que significam “ardendo”, “queimando” (FLAGRANTE, 2017), o flagrante é o crime em seu ponto de maior efervescência, é o delito em plena combustão, no ápice de seu calor. Tal qual uma chama que, enquanto vive, desnatura a lenha que a dá vida; o crime, enquanto consuma-se, lesa o bem jurídico cuja violação o faz existir.

O flagrante é o estado da chama delitativa ao consumir seu bem jurídico combustível, esta enquanto o faz, mostra a todos ao seu redor o brilho de sua nefasta atuação. Observar um crime em estado de flagrância, revela a todos da forma mais incontestável sua existência e seus rastros no mundo físico, ainda que tais rastros, não raro, permaneçam muito tempo após a consumação do crime, é no estado de flagrância que todas as evidências, constatações e circunstâncias se revelam com todo o esplendor.

Voltando-se à metáfora da chama (crime), ainda que esta ao cessar-se (consumar-se por completo) deixe vestígios através da lesão e desnaturação da lenha carbonizada (bem jurídico lesado), o pináculo da percepção de seus efeitos é sem dúvida o brilho e o calor que emanam enquanto ainda queima (ainda se consuma). O flagrante, é, pois, a constatação desse brilho e calor.

Quanto à definição de flagrante, necessário trazer à tona os ensinamentos de Carnelutti e de Cordero apud Aury Lopes Jr:

Como explica CARNELUTTI, a noção de flagrância está diretamente relacionada a ‘la llama, que denota con certeza la combustión; cuando se ve la llama, es indudable que alguna cosa arde’. Essa chama, que denota com certeza a existência de uma combustão, coincide com a possibilidade para uma pessoa de comprová-lo mediante a prova direta. Como sintetiza o mestre italiano: a flagrância não é outra coisa que a *visibilidade do delito*. (LOPES JR, 2014, p. 583):

Para tais doutrinadores, o flagrante é a percepção das coisas enquanto ocorrem, é a certeza visual da prática delitativa. Exatamente porque existe tal visibilidade, também se faz presente, de forma manifesta e inequívoca, o *fumus commissi delicti* (LOPES JR, 2014, p 583):

Encerrada a definição genérica de flagrante, oportuno iniciar-se a explicação acerca de suas categorias. A primeira categoria de flagrante é o chamado flagrante próprio, trata-se do flagrante por excelência, de sua forma mais clássica e pura. O flagrante próprio ocorre quando o autor é interrompido e preso enquanto ainda está a praticar o ato delitivo, isto é, os atos executórios ainda estão em andamento. Ademais, também são considerados flagrantes próprios os casos em que a prisão ocorre imediatamente após o fim do ato delitivo, quando os atos executórios foram recém completados, mas ainda se encontrando o autor na cena do crime.

O flagrante próprio está previsto no art 302, incisos I e II, do CPP e ocorre durante a execução dos atos delitivos ou logo após seu fim. Este flagrante interrompe a execução ou se dar imediatamente após o seu fim. Frise-se que, neste último caso, decorreu pouco tempo após a conduta criminosa, de forma que seu contexto fático ainda subsiste, restando manifesta a autoria e a materialidade, pois o autor ainda se encontra de tal forma interligado ao ato executório recém consumado que a constatação do vínculo entre ambos torna-se inevitável. Nos casos em que o flagrante próprio se dá durante a execução do ato delitivo, via de regra, o crime ocorre na modalidade tentada, por sua vez, quando o flagrante próprio é deflagrado imediatamente após o fim dos atos executórios, trata-se de crime consumado, pouco importando se houve ou não exaurimento delitivo, nos crimes que o comportam.

Inestimável a explanação de Guilherme de Souza Nucci sobre o tema do flagrante próprio:

Ocorre, pois, quando o agente está em pleno desenvolvimento dos atos executórios da infração penal (inciso I). Nessa situação, havendo a intervenção de alguém, impede-se o prosseguimento da execução, redundando, muitas vezes, em tentativa. (...) Pode ainda dar-se quando o agente terminou de concluir a prática da infração penal, ficando evidente a materialidade do 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. Sem que tenha sido detido. (NUCCI, 2008, p. 590)

Não é outro o posicionamento defendido por Aury Lopes Jr (2014, p. 586), pois tal doutrinador considera que o flagrante do inciso I ocorre quando o agente é surpreendido durante a execução do crime, ou seja, praticando o verbo nuclear do tipo. Aury Lopes salienta ainda que a prisão deste flagrante pode inclusive, a depender do caso, impedir a própria consumação do tipo.

Para Carnelutti (apud LOPES JR, 2014, p 586) a ideia de flagrante está diretamente ligada à ideia de “chama”, de combustão, ao se ver uma chama, inevitável constatar que algo arde. A flagrância, para o doutrinador, não é outra coisa senão a evidência do delito, a visibilidade do delito. Neste mesmo diapasão encontra-se o posicionamento de Cordero, também citado por Aury Lopes, no sentido que o flagrante traz à mente a noção de coisas percebidas enquanto ocorrem.

Retornando-se ao magistério de Aury Lopes, este afirma que, no flagrante previsto no inciso II, o agente é surpreendido quando acabou de cometer o crime, quando a prática do verbo nuclear acabou de cessar, e, portanto, o delito ainda está “crepitando”. Este flagrante também é considerado próprio, pois inexistente lapso temporal relevante entre a prática delitiva e a prisão. Frise-se que, via de regra, neste flagrante a consumação já ocorreu.

A segunda categoria de flagrante é denominada flagrante impróprio, está previsto no art 302, inciso III e IV, do CPP e ocorre quando o autor conclui ou interrompe a ação penal, porém, diferentemente do flagrante próprio, não é preso no local, pois o autor, imediatamente após a consumação ou interrupção, evade-se do cenário do crime, sendo capturado após breve interstício temporal em circunstâncias que fazem crer ser o autor do crime.

Caso haja perseguição bem-sucedida, logo após a consumação do crime, tratar-se-á da hipótese do inciso III, caso não haja perseguição, mas o agente ainda assim foi localizado logo após o crime, também sob circunstâncias que o fazem crer autor do delito, ocorrerá a hipótese do inciso IV.

Recorrendo-se à metáfora da chama, no flagrante próprio do inciso I, o autor foi flagrado e preso enquanto a pira ainda estava em chamas; no inciso II foi flagrado e preso enquanto a pira jazia na forma de brasas; no inciso III, foi flagrado no local em que a pira ardia em chamas ou jazia em brasas, fugiu, e ao ser perseguido constatou-se que havia cinzas e resíduos de madeira queimada e querosene em suas mãos; no inciso IV, ocorreu o mesmo que o inciso anterior, exceto que não houve perseguição, contudo, o autor foi localizado, logo após a ocorrência do crime, com os mesmos vestígios da pira já mencionados.

No flagrante impróprio, apesar da prisão não se dar no local do crime recém cometido, há uma clara ligação entre este e o flagranteado, existindo circunstâncias e fatos que levem a crer, com grau razoável de certeza, ser ele o autor do crime. Saliente-se que esse vínculo entre o crime e o flagranteado não depende apenas das circunstâncias em que este último foi encontrado, depende também de uma brevidade temporal entre o momento da ocorrência do

crime e o início da perseguição que culminou em sua prisão (ou do momento em que foi encontrado, no caso do inciso IV), pois quanto maior for tal interstício temporal, maior degradação ocorrerá no vínculo entre o flagranteado e o crime, de modo que, caso haja uma demasiada degradação nessa relação, restará impossibilitada a ocorrência do flagrante impróprio. Ressalve-se, todavia, que o lapso temporal só é relevante no que tange ao tempo da ocorrência do crime e ao início da perseguição bem-sucedida, independentemente de quanto tempo perdurou tal perseguição.

Mais uma vez, o magistério de Nucci purgará eventuais dúvidas sobre o tema em exame:

Ocorre 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 haja perseguição por parte da polícia, da vítima ou de qualquer pessoa do povo. Note-se que a lei faz uso da expressão "em situação que faça presumir ser autor da infração" (inciso III do art. 302), demonstrando, com isso, a impropriedade do flagrante, já que não foi surpreendido em plena cena do crime. Mas, e razoável a autorização legal para a realização da prisão, pois a evidencia da autoria e da materialidade mantem-se, fazendo com que não se tenha dúvida a seu respeito. Exemplo disso é o 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 autoriza a perseguição e prisão do autor. A hipótese é denominada pela doutrina de quase flagrante. (NUCCI, 2008, p 590 e 591)

Aury Lopes (2014, p. 587) explana que o interstício temporal relevante para o flagrante próprio é aquele entre a ocorrência do crime e o início da perseguição bem-sucedida, independentemente de quanto tempo esta perdurou. Tal doutrinador salienta ainda que não se deve confundir o início da perseguição com sua duração, pois o dispositivo legal requer que a perseguição comece logo após o fato, porém não há vedação para sua duração, podendo durar por diversas horas

Há ainda a questão do flagrante urdido, conduta criminosa e absolutamente ilícita em que forças policiais ou terceiros plantam evidências buscando incriminar, falsamente, o suposto agente delitivo. Não há muito o que se falar sobre essa espécie de flagrante, visto que se trata, em verdade, de um crime praticado contra o suposto agente delitivo, e não de um flagrante de fato.

Por fim, neste tópico foram deliberadamente omitidas questões peculiares e específicas, à exemplo do flagrante em crimes permanentes, do flagrante diferido e dos flagrantes esperado e preparado. Isto decorre da necessidade de pormenorizar tais hipóteses e da sua importância

nas discussões suscitadas neste trabalho acadêmico, razões que motivaram sua exposição em tópicos próprios e específicos, sendo afastados deste primeiro momento, voltado à explanações genéricas e introdutórias.

### **3. DEFINIÇÃO E CONCEITO DE FLAGRANTE ESPERADO E DE AGENTE ESTOPIM**

Como já dito anteriormente, em razão da especificidade e peculiaridade de certas classificações de flagrantes, e de sua importância para o objetivo deste trabalho, foram reservados para eles tópicos específicos, o primeiro deles tratará da definição e conceito de flagrante esperado.

O flagrante esperado é aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro. Neste flagrante, o policial, ou terceiro ao seu serviço, não age ativamente para provocar o autor a cometer o crime, mas sabe que este vai fazê-lo e, por isso, aguarda sua consumação para realizar o flagrante. O exemplo clássico de flagrante esperado é a campana (tocaia) policial, cenário no qual, por qualquer motivo, as forças policiais receberam informações da futura ocorrência de um crime e se dirigem previamente ao local, mantendo-se ocultos, porém vigilantes, à espera do momento da consumação ou execução do ato delitivo, para então prosseguirem com o flagrante.

Destarte, existem quatro requisitos para configuração do flagrante esperado: 1) Informação prévia da ocorrência de crime futuro; 2) Vigilância (normalmente realizada por policiais) dos fatos que ocorrerão, o agente que realiza tal vigilância será denominado por nós de “agente vigilante”; 3) Desconhecimento desta vigilância pelo agente delitivo; 4) Ausência de vínculo, prévio acerto ou cumulação de funções entre o “agente vigilante” e o agente que induzirá, instigará ou engatilhará a ação criminosa, chamado por nós de “agente estopim”.

Dito isto, no flagrante esperado o agente estopim (aquele que instiga, induz ou engatilha a consumação do crime), não pode de qualquer forma ser ou estar ligado ao agente vigilante (normalmente as forças policiais ou terceiro ao seu serviço). No flagrante esperado, há a espera de uma oportunidade de flagrância, e não sua criação. O agente estopim deve ser totalmente independente do agente vigilante, preferencialmente desconhecendo sua existência e atuação. Em suma, no flagrante esperado, não pode haver cumulação de funções, o agente que vigia e espera uma oportunidade não pode criá-la ou engatilhá-la.

O magistério de Eugênio Pacelli deixa claro que no flagrante esperado, a atuação policial é de “espera” e não de “provocação”. Tais termos são equivalentes ao que nós denominamos, respectivamente, das condutas de “esperar uma oportunidade” e de “criar uma oportunidade” realizadas pelo agente vigilante:

No flagrante esperado, não há intervenção de terceiros na prática do crime, mas informação de sua existência. Ocorreria, por exemplo, quando alguém, que por qualquer motivo tivesse conhecimento da prática futura de um crime, transmitisse tal informação às autoridades policiais, que então se deslocariam para o local da infração, postando-se de prontidão para evitar a sua consumação ou o seu exaurimento. Nesse caso, a ação policial seria de espera, e não de provocação. (PACELLI, 2011, p 532)

Retornando-se as discussões acerca do agente estopim, saliente-se que este pode, a depender do caso concreto, tomar as mais diversas formas, podendo, inclusive, não ser uma pessoa, mas uma circunstância.

Um cenário possível no qual há um agente estopim circunstância é a hipótese de um policial (agente vigilante), em ronda rotineira, observa que um motorista, ao adentrar no seu veículo, deixou cair a sua carteira, tendo se distanciado do local logo em seguida. O policial, diante da impossibilidade de imediatamente devolver o pertence, e sabedor que na área há alta incidência de delitos patrimoniais, resolve esperar alguns minutos visando a ocorrência de uma oportunidade de efetuar eventual flagrante (espera de uma oportunidade). Neste interstício, um indivíduo acha a carteira (agente estopim), apropria-se do seu conteúdo e a devolve onde a encontrou. De pronto, o policial realiza o flagrante relativo ao crime de apropriação ilícita de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza, previsto no art 169 do CP. Observe que, neste caso, o agente vigilante (policial) apenas esperou uma oportunidade, não tendo de qualquer forma contribuído para a ocorrência da mesma, isto é, não contribuiu para a queda da carteira (agente estopim) nem tampouco da interação desta com o autor delitivo.

Não há dúvidas de que o exemplo acima trata-se de um flagrante esperado, visto que, houve tão somente a espera de uma oportunidade e não sua criação, pois a conduta do agente vigilante em nada contribuiu com a ação o agente estopim (agente estopim circunstância, *in casu*), o ato de vigiar, não teve qualquer vínculo com a circunstância que motivou, que engatilhou a prática delitiva. Luiz Regis Prado é categórico ao afirmar que as condutas de vigilância, de acautelamento e de preparação de medidas preventivas são condutas válidas e

caracterizam o flagrante esperado, posto que, a presença das forças policiais é circunstância alheia à vontade delitiva do autor, não a tendo motivado:

Não há instigação ou induzimento por parte da autoridade policial: a decisão de delinquir parte exclusiva e livremente do autor. A autoridade policial apenas se prepara, por meio de providências acautelatórias, para surpreendê-lo quando da prática da infração penal (flagrante esperado).

Nessa situação, apesar da intervenção policial, não há impedimento absoluto à concretização do plano delituoso do agente. Não se pode, portanto, falar em crime impossível, já que o bem jurídico poderá sofrer lesão ou perigo de lesão.

Se o agente deu início à execução do delito, praticou tentativa punível. Inicia-se a realização da ação típica, e a presença da autoridade policial é circunstância alheia à sua vontade, que obsta a consumação do delito. (PRADO, 2007, p 476)

Aprofundando-se a análise acerca do agente estopim, outra de suas peculiaridades é que além de poder ser uma circunstância ou pessoa, sendo pessoa, pode inclusive ser a vítima da conduta delitiva. Isto ocorre, por exemplo, numa hipótese em que um policial (agente vigilante), em ronda rotineira, ouve, por acaso, a conversa de um indivíduo no telefone (agente estopim), este afirmava que iria tirar satisfações com o namorado de sua irmã (autor delitivo), que considerava um vagabundo, e que iria encontra-lo em local próximo. Temeroso que este incidente poderia acarretar num resultado mais grave, o policial decide segui-lo sem ser notado. Chegando ao local, após o indivíduo que estava ao celular proferir palavras de baixo calão e insultar sua honra, o namorado o esfaqueia, momento no qual o policial o prende em flagrante pelo crime de lesões corporais. Observe que a vítima das lesões (agente estopim) desconhecia a presença do policial (agente vigilante) e que este não teve qualquer vínculo ou relação com a discussão entre a vítima (agente estopim) e seu agressor (autor delitivo), não tendo de qualquer forma contribuído para tal discussão.

Destarte, o flagrante esperado é marcado pela espera de uma oportunidade e não pela sua criação, não podendo o agente estopim (aquele que cria a oportunidade) ser coincidente com o agente vigilante, ou agir a mandato deste. A conduta de vigiar o crime deve estar afastada da de engatilhá-lo.

Feitas todas as supracitadas considerações e comentários, tem-se como oportuna uma melhor explanação do objetivo específico deste tópico, qual seja, compilar, doutrinariamente, o conceito e as características do flagrante esperado, além de destrinchá-los e aprofundá-los, desenvolvendo-os além do nível de análise habitualmente encontrado em cursos e manuais de Direito Penal e Processo Penal. Para tanto, foi dedicado espaço considerável para a definição

dos 4 requisitos que caracterizam o flagrante esperado (1- Informação prévia; 2- Agente vigilante. 3- Desconhecimento do agente vigilante pelo agente delitivo; 4- Inexistência de vínculo ou cumulação de funções entre o agente vigilante e o agente estopim), também tendo sido dedicado espaço razoável para discussões acerca da figura do agente estopim.

#### 4. FLAGRANTE ESPERADO SUPEREFICIENTE

Neste tópico será analisado um assunto polêmico trazido por parte da doutrina acerca do flagrante esperado, qual seja, se a eficiência das forças policiais ao tomarem medidas acautelatórias pode ser tamanha que torne impossível a consumação delitiva, transformando um flagrante formalmente esperado em crime impossível.

Parte da doutrina considera o flagrante esperado sempre válido, distinguindo-o do flagrante preparado que seria inválido. Esta é a posição doutrinária mais clássica e mais comumente encontradas nos livros, seria um posicionamento mais “ao centro” do debate.

Contudo, há aqueles dotados de posições ideológicas mais destoantes, caso de Eugênio Pacelli que defende a legalidade do flagrante preparado, cuja discussão é a pedra de fundação deste trabalho como um todo, e que será esmiuçado posteriormente; há, ainda, aqueles, tais como Nucci e Aury Lopes, que defendem que o flagrante esperado não é lícito, e sim, **pode ser** lícito. Para estes últimos, a constatação da legalidade do flagrante esperado não depende, apenas, de sua configuração (e diferenciação do flagrante preparado), mas também de as forças policiais não agirem de maneira tão eficiente em adotar medidas acautelatórias para proteger o bem jurídico de forma a fazer com que este jamais estivesse em perigo, o que configuraria crime impossível. É este último posicionamento que será discutido neste tópico.

Dos doutrinadores que concordam com tal tese, e cujas obras foram analisadas, os que mais desenvolveram o debate, trazendo argumentos, exemplos ou demais comentários enriquecedores da discussão foram Nucci e Ary Lopes Jr.

Observemos, inicialmente, o magistério de Nucci:

Essa é uma hipótese viável para autorizar a prisão em flagrante e a constituição válida do crime não há agente provocador, mas simplesmente chega a 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. Poderá haver delito

consumado ou tentado, conforme o caso, sendo válida a prisão em flagrante, se efetivamente o fato ocorrer.

Eventualmente, é possível que uma hipótese de flagrante esperado transforme-se em crime impossível. Ilustrando: caso a polícia obtenha a notícia de que um delito vai ser cometido em algum lugar e consiga armar um esquema tático infalível de proteção ao bem jurídico, de modo a não permitir a consumação da infração de modo nenhum, trata-se de tentativa inútil e não punível, tal como prevista no art. 17 do código penal. (NUCCI, 2008, p 594)

No flagrante esperado, inexistente agente provocador, embora chegue à polícia a notícia de que um crime será praticado em determinado lugar, colocando-se de guarda. É possível que consiga prender os autores em flagrante, no momento de sua prática. Como regra, não se trata de crime impossível, tendo em vista que o delito pode consumir-se, uma vez que os agentes policiais não armaram o crime, mas simplesmente aguardaram a sua realização, que poderia acontecer de modo totalmente diverso do esperado.

Não descartamos, no entanto, que o flagrante esperado torne-se delito impossível, caso a atividade policial seja de tal monta, no caso concreto, que torne absolutamente inviável a consumação da infração penal. (NUCCI, 2014, p 279)

Ainda acerca do magistério de Nucci, ele reconhece a polêmica de seu posicionamento, e que inexistente fórmula abstrata que diferencie um flagrante esperado possível de um flagrante esperado impossível, contudo, esboça um cenário exemplificativo tentando distingui-los:

O furto sob vigilância como crime impossível ou tentativa punível

Trata-se de hipótese extremamente polêmica, suscitando correntes que apoiam a ocorrência de crime impossível, enquanto outras a rejeitam. Pensamos, no entanto, que há duas

Possibilidades nesse caso. Ilustrando:

a) o agente se encontra em um supermercado vigiado em todos os corredores por câmeras, bem como por seguranças que o acompanham o tempo todo, sem perdê-lo de vista, assim que retira da prateleira e esconde na sacola que carrega um produto qualquer. Não é razoável defender a hipótese de que, ao chegar à saída do estabelecimento, seja detido em flagrante por tentativa de furto. Qual seria a viabilidade de consumação se foi acompanhado o tempo todo por funcionários do supermercado? Nenhuma. Logo, é crime impossível;

b) o agente, ainda que visualizado por alguma câmera retirando algo da prateleira e escondendo consigo, não é acompanhado o tempo todo, propiciando que os seguranças o percam de vista. Encontrado momentos depois, já fora do estabelecimento, é possível cuidar de tentativa de furto, pois, no caso concreto, há viabilidade para a consumação do furto.

Em suma, nessa hipótese, não há fórmula predeterminada para resolver a questão, merecendo acurada análise o caso concreto. (NUCCI, 2014, p. 279-280)

Neste mesmo diapasão, segue a doutrina de Aury Lopes Jr, contudo, diferentemente de Nucci, este não buscou exemplos concretos que ratifiquem seu posicionamento teórico adotado, restringindo-se a tecer diretrizes genéricas que caracterizem o flagrante esperado, sem exemplificar casos específicos de flagrante esperado possível e impossível:

Noutra dimensão, o flagrante esperado exige muito cuidado e tem sua legalidade ou ilegalidade aferida no caso concreto, pois, dependendo da situação, estaremos diante de um crime impossível, aplicando-se o que dissemos no flagrante preparado e a incidência da Súmula n. 145 do STF.

Mas nem todo flagrante esperado é ilegal, pois nem sempre haverá crime impossível. Assim, quando a polícia não induz ou instiga ninguém, apenas coloca-se em campanha (vigilância) e logra prender o agressor ou ladrão, a prisão é válida e existe crime. É o que ocorre na maioria das vezes em que a polícia, de posse de uma informação, se oculta e espera até que o delito esteja ocorrendo para realizar a prisão. Não se trata de delito putativo ou de crime impossível. Exemplo recorrente é quando a polícia tem a informação de que esse ou aquele estabelecimento comercial ou bancário será alvo de um roubo e coloca-se em posição de vigilância discreta e logra surpreender os criminosos.

Não há ineficácia absoluta do meio empregado ou absoluta impropriedade do objeto para falar-se em crime impossível. Existe o crime (inclusive, dependendo do caso, a atuação policial poderá impedir a consumação, havendo apenas tentativa) e a prisão em flagrante é perfeitamente válida. (LOPES JR, 2014, p 591)

Inicialmente, cumpre-se destacar que, a despeito das arguições e exposições dos supracitados doutrinadores, *data venia*, não concordamos com a possibilidade de excesso de vigilância ou de uma “super eficiência” das medidas acautelatórias terem o condão de transformar o flagrante esperado em crime impossível.

O crime impossível ocorre quando há absoluta ineficácia do meio empregado pelo autor delitivo para consumação do crime ou absoluta impropriedade do objeto por ele escolhido.

Primeiramente, deve-se frisar que a ineficácia ou impropriedade depende da escolha do meio ou do objeto realizadas pelo autor. Isto é, depende apenas da conduta eleita pelo autor delitivo, jamais das medidas acautelatórias tomadas pela vítima ou pelo agente vigilante. Outro ponto merecedor de destaque é que a ineficácia ou impropriedade do crime impossível sempre remete a uma impossibilidade absoluta (quase sempre de natureza física), jamais uma impossibilidade relativa. Esta diferença entre impossibilidade absoluta e relativa é essencial para a correta classificação entre crime possível ou impossível.

Observe que o texto do artigo 17 do Código Penal Brasileiro é cristalino ao caracterizar, como requisitos do crime impossível, o caráter absoluto da ineficácia do meio ou da impropriedade do objeto:

Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

Cezar Roberto Bitencourt é enfático ao reconhecer, como requisito do crime impossível, o caráter absoluto da ineficácia do meio ou da impropriedade do objeto, ressaltando ainda, que tratando-se de uma impossibilidade meramente relativa, resta configurada tentativa delitiva punível, e não crime impossível:

Há, portanto, duas espécies diferentes de crime impossível: a) por ineficácia absoluta do meio empregado; b) por absoluta impropriedade do objeto. São hipóteses em que, se os meios fossem idôneos ou próprios fossem os objetos, haveria, no mínimo, início de execução de um crime. Na primeira hipótese, o meio, por sua natureza, é inadequado, inidôneo, absolutamente ineficaz para produzir o resultado pretendido pelo agente. No entanto, é indispensável que o meio seja inteiramente ineficaz. Se a ineficácia do meio for relativa, haverá tentativa punível.

Os exemplos clássicos, como ineficácia absoluta do meio, são os da tentativa de homicídio por envenenamento com a aplicação de farinha em vez de veneno, ou do agente que aciona o gatilho, mas a arma encontra-se descarregada. Ocorre a segunda hipótese quando o objeto é absolutamente impróprio para a realização do crime visado. Aqui também a inidoneidade tem de ser absoluta. Há crime impossível, por exemplo, nas manobras abortivas em mulher que não está grávida; no disparo de arma de fogo, com animus necandi, em cadáver. (BITENCOURT, 2012, p. 1183-1184)

Outro doutrinador que se debruçou sobre a problemática do crime impossível e das impossibilidades relativa e absoluta foi Luiz Regis Prado:

Enquanto na tentativa o resultado delituoso é sempre possível, porque os meios empregados pelo agente são, por sua natureza, idôneos e o objeto contra o qual dirigiu sua conduta é um bem jurídico suscetível de sofrer lesão ou perigo de lesão, no crime impossível o emprego de meios ineficazes ou o ataque a objetos impróprios, isto é, a bens jurídicos que não comportam ofensa ou perigo de ofensa, inviabilizam aquele resultado.

O crime impossível vem a ser aquele em que, a priori, com base em um juízo de previsibilidade objetiva, surge como impossível a produção do resultado delitivo.

Trata-se, então, de uma tentativa inidônea a causar o evento típico, “inútil, porque nunca se pode acreditar que possa causar o resultado típico, excluída a imaginação do autor”

Isso pode ocorrer por duas razões:

a) por ineficácia ou inidoneidade absoluta do meio - meio totalmente inidôneo para produzir o resultado. O meio absolutamente inidôneo é aquele que, por sua essência ou natureza, é incapaz de produzir o resultado.

Exemplos: arma de brinquedo ou descarregada; açúcar em vez de veneno; munição de festim no lugar de munição própria.

b) por absoluta impropriedade do objeto - objeto absolutamente impróprio ou inadequado à consumação do delito. Ocorre impropriedade absoluta do objeto quando este não existe ou, nas circunstâncias em que se encontra, torna impossível a consumação. (PRADO, 2007, p. 473-474)

Saliente-se que Regis Prado conseguiu ser ainda mais contundente que Bittencourt, pois, não só ratifica que a relatividade da impossibilidade se configura em crime possível e, portanto, numa tentativa punível, mas também define tal relatividade:

Não obstante, configura a tentativa se o meio for relativamente ineficaz ou o objeto relativamente impróprio. O meio relativamente ineficaz é aquele que, normalmente eficaz, não operou como o esperado, devido às circunstâncias ou à forma de sua utilização.

Exemplos; veneno insuficiente, arma com defeito.

De outro lado, o objeto é relativamente impróprio quando, ocasionalmente, não está onde poderia ser atingido ou quando um elemento accidental do objeto obsta a lesão.

Exemplos: ladrão procura no bolso errado; objeto metálico que desvia o projétil dirigido à vítima. (PRADO, 2007, p. 474)

Destarte, o crime será impossível quando a impossibilidade ocorrer sob toda e qualquer circunstância, não importando as características do autor delitivo (força, velocidade, inteligência etc) ou mesmo das infinitas possibilidades que venham ocorrer após o início dos atos executórios, pois, se trata, de uma impossibilidade absoluta, suprema e soberana, e que tende a ser, também, uma impossibilidade física. Um homem jamais poderá respirar na Lua sem o auxílio de equipamentos, pouco importando seu desempenho cardiovascular, pouco importando se a Lua está num movimento elíptico mais ou menos próximo da Terra, há, portanto, uma impossibilidade soberana.

Nucci e Auri Lopes parecem confundir esta impossibilidade absoluta e soberana com uma impossibilidade meramente relativa, que é aquela extremamente difícil, que tende ao impossível, mas que em nenhum momento saiu do reino do possível. A impossibilidade relativa, diferentemente da absoluta, depende das características do autor delitivo (força, velocidade, inteligência etc) e/ou do desenrolar das infinitas possibilidades que ocorrem após o início dos atos executórios. A impossibilidade relativa, frise-se, configura a efetiva possibilidade e a ocorrência do crime. Crimes relativamente impossíveis são crimes possíveis passíveis de sanção penal.

Os supracitados doutrinadores aparentam entender como impossibilidade absoluta o que, em verdade, é uma impossibilidade relativa. É relativamente impossível que uma pessoa que sofra com obesidade vença uma corrida contra um velocista, mas observe como a ocorrência ou não da vitória depende das circunstâncias pessoais do autor delitivo (suas características físicas) e do desenrolar dos fatos após a largada; o quê antes da largada tendia

ao impossível, subitamente torna-se provável, caso, por exemplo, o velocista se lesione logo no início do percurso. Não há, em verdade, qualquer impossibilidade física ou absoluta para que a pessoa obesa vença a corrida, há apenas uma dificuldade expressiva, cenário completamente distinto do que ocorre caso alguém tente respirar num ambiente sem atmosfera.

O crime absolutamente impossível é vencer na loteria sem ter apostado, o relativamente impossível é vencer realizando uma única aposta simples, uma única vez. O crime impossível nasce de uma escolha inapropriada do autor (ex: não apostar) e não nas baixas chances fáticas dele ver seu desiderato realizado (ex: as baixas chances de ganhar através de uma aposta simples).

O próprio Nucci, parece, pelo menos até certo grau, reconhecer tal definição de crime impossível:

O art. 17 do Código Penal exige que o agente utilize meio absolutamente ineficaz ou aja contra objeto absolutamente impróprio. Portanto, o ideal é que a avaliação seja feita após a ocorrência do fato (ex post factum) e não antes (ex ante factum). Em tese, uma arma descarregada não é meio idôneo para matar, porém, se a vítima for cardíaca, poderá morrer pelo susto dos pretensos disparos feitos contra sua pessoa. Nesse caso, não houve crime impossível, pois o agente atingiu o resultado desejado.

Por outro lado, deve-se avaliar a impropriedade total do objeto também no caso concreto. Nesse contexto, é preciso cautela quando se tratar de impropriedade relativa. Exemplo: se o agente, pretendendo matar a vítima, ingressa no quarto onde julga que se encontra, desferindo vários tiros contra o leito vazio, mas o ofendido se acha no quarto ao lado, conseguindo fugir, não se trata de crime impossível, mas de tentativa de homicídio. O objeto almejado existia e podia ter sido atingido.

Outra ilustração, perfazendo o crime impossível, cuida-se do agente que, ingressando em loja de venda de celulares, toma o aparelho em suas mãos e sai correndo do local; entretanto, o referido celular está preso por um cabo de aço ao mostrador; o sujeito então é detido por segurança do estabelecimento.

A viabilidade de consumação do furto é zero, pois jamais ele conseguiria retirar o aparelho, ligado a cabo de aço, da loja. Configura-se o delito impossível. (NUCCI, p 278, 2014)

De fato, há crime impossível no exemplo de um indivíduo tentar furtar um celular preso por um cabo de aço num mostrador, pois trata-se de uma impossibilidade absoluta e soberana, não importa o quão forte seja uma pessoa, ela jamais conseguirá, de mãos nuas, romper um resistente cabo de aço. Contudo, como já dito, Nucci parece equivaler tal cenário com o de um indivíduo que é constantemente monitorado por seguranças que o observam à espera de um flagrante, com todo respeito, tal comparação é imprópria, pois tratar-se-ia de, no máximo, uma impossibilidade relativa. A impossibilidade (absoluta) do crime reside no meio utilizado, jamais

nas medidas acautelatórias tomadas (vigilância, câmeras etc) ou nas circunstâncias que ocorram após o início da execução (fuga má ou bem-sucedida etc).

Analisemos o exemplo do furto de celular, o crime é impossível porque o meio empregado (força física) é impróprio para realizar o ato delitivo (furtar celular preso por cabo de aço). É patente a absoluta impossibilidade do crime, pois, tal exemplo é equivalente ao de um indivíduo que tenta, de mãos nuas, furtar uma joia concretada ao chão; pouco importa sua determinação ou força física, o autor poderia até mesmo ter extraordinária massa muscular, e, ainda assim, veria seus esforços serem desperdiçados. Tanto no cenário do celular quanto no da joia, pouco importa se os atos do autor delitivo eram observados por mil, dez ou nenhum agente de segurança, o crime simplesmente é impossível de se concretizar.

Essa impropriedade dos meios e dos instrumentos do crime também é trazida por Nucci:

Instrumentos são os objetos que servem de agente mecânico para a realização do crime. Ex.: revólver, faca, pedaço de madeira, estilete, entre outros. A lei preceitua ser válida estabelecer a natureza e eficiência dos mesmos. Natureza significa estabelecer a espécie e a qualidade. Ex.: determinar que o revólver é de calibre 38. Eficiência quer dizer a verificação de sua força ou eficácia para produzir determinado resultado. Ex.: estabelecer se o revolver está apto a desferir tiros. É importante tal prova, pois a arma utilizada pelo agente pode ser inapta para o fim almejado, sendo tal conclusão capaz até de gerar a hipótese do crime impossível, por absoluta ineficácia do meio (art. 17, CP). (NUCCI, 2008, p 417)

Imaginemos agora o outro exemplo trazido por Nucci, no qual o autor que pretende furtar mercadorias é observado por câmeras e por um número elevado, até caricatamente exagerado, de seguranças, digamos, duzentos seguranças. Nucci parece entender tal cenário como crime absolutamente impossível, contudo, em verdade, trata-se de crime relativamente impossível (que é crime possível e passível de sanção). No exemplo, o meio empregado pelo autor delitivo foi a subtração de bem valendo-se de suas mãos, e este era eficaz para tanto, visto que, não há qualquer barreira ou impedimento físico que impossibilite toda e qualquer pessoa de mover o bem ou de retirá-lo do estabelecimento, diferentemente do que ocorre no exemplo do cabo de aço ou da joia concretada.

Mesmo considerando um número exacerbado de seguranças, a impossibilidade é relativa porque depende, tanto das circunstâncias próprias do autor delitivo (força, velocidade, inteligência etc) quanto dos fatores que ocorrem após o início dos atos executórios (maior ou menor eficiência da atuação dos seguranças). O meio do crime de furto é o transporte de coisa

alheia realizada através da força física, e isto é um meio absolutamente possível, que não é de forma alguma afetado pela existência ou não de vigilância; existindo duzentos, dez ou, nenhum segurança, o autor sempre conseguirá manusear o bem que deseja subtrair, o meio é, portanto, eficaz para seu fim.

A jurisprudência do STJ é pacífica ao entender que o furto de mercadorias - independentemente da existência de câmeras de segurança ou de acompanhamento do autor delitivo por seguranças - é crime possível. A mera vigilância dos atos preparatórios ou executórios do autor não contamina o meio por ele empregado, sendo o crime plenamente possível:

**APELAÇÃO CRIME. FURTO SIMPLES. TENTATIVA. 1. CRIME IMPOSSÍVEL. ART. 17 DO CP. NÃO RECONHECIMENTO.** A teor do art. 17 do CP, só se configura o crime impossível, quando **absolutamente ineficaz o meio utilizado pelo agente para alcançar o resultado criminoso, ou absolutamente inidôneo o objeto.** A simples existência de sistema de segurança, com a **existência de câmeras, ou a vigilância de funcionários estritamente designados para tal fim, não torna o meio absolutamente ineficaz, mas apenas reduz a possibilidade de êxito do furto.** Por melhor que seja, **nenhum meio de segurança é infalível,** o que poderia tornar a consumação do furto impossível. Hipótese em que o agente, após escolher a "res furtiva" (uma camiseta), retirar o alarme e, inclusive, vesti-/a, foi abordado já na porta de saída do estabelecimento comercial. Tese improcedente. Condenação mantida. (...) **Sustenta a defesa que não foi demonstrada a real possibilidade de efetivação do crime,** pois o sistema de segurança "**vigiou o réu a todo momento**" tornando impraticável o animus furandi, seguindo-o e monitorando-o a todo momento" (...) **Não merece prosperar a irresignação.** No tocante à alegada impossibilidade de execução do crime, em virtude da existência do sistema de monitoramento eletrônico no estabelecimento comercial, o agravante não encontra amparo na jurisprudência desta Corte, firme no sentido de que "**a jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção não aceitam a tese de que sistemas de vigilância eletrônica ou de monitoramento por fiscais do próprio estabelecimento comercial impedem de forma completamente eficaz a consumação do delito,** rendendo ensejo ao reconhecimento de crime impossível, pela absoluta ineficácia dos meios empregados" (HC 238.714/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 27/8/2012). No mesmo sentido, o REsp 1.385.621/MG (DJe 2/06/2015), julgado pela Terceira Seção, como representativo de controvérsia, da Relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, assim ementado: RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RITO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. DIREITO PENAL. FURTO NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. EXISTÊNCIA DE SEGURANÇA E DE VIGILÂNCIA ELETRÔNICA. CRIME IMPOSSÍVEL. INCAPACIDADE RELATIVA DO MEIO EMPREGADO. TENTATIVA IDÔNEA. RECURSO PROVIDO. 1. Recurso Especial processado sob o rito previsto no art. 543-C, § 2º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e na Resolução n. 8/2008 do STJ. TESE: A existência de sistema de segurança ou de vigilância eletrônica não torna impossível, por si só, o crime de furto cometido no interior de estabelecimento comercial. 2. Embora os sistemas eletrônicos de vigilância e de segurança tenham por objetivo a evitação de furtos, sua eficiência apenas minimiza as perdas dos comerciantes, visto que **não impedem, de modo absoluto, a ocorrência de subtrações no interior de estabelecimentos comerciais.** Assim, **não se pode afirmar,** em um juízo normativo de perigo potencial, que o

equipamento funcionará normalmente, que haverá vigilante a observar todas as câmeras durante todo o tempo, que as devidas providências de abordagem do agente serão adotadas após a constatação do ilícito, etc. 3. Conquanto se possa crer, sob a perspectiva do que normalmente acontece em situações tais, que na maior parte dos casos não logrará o agente consumir a subtração de produtos subtraídos do interior do estabelecimento comercial provido de mecanismos de vigilância e de segurança, sempre haverá o risco de que tais providências, por qualquer motivo, não frustrem a ação delitiva.

4. Somente se configura a hipótese de delito impossível quando, na dicção do art. 17 do Código Penal, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime. 5. Na espécie, embora remota a possibilidade de consumação do furto iniciado pelas recorridas no interior do mercado, o meio empregado por elas não era absolutamente inidôneo para o fim colimado previamente, não sendo absurdo supor que, a despeito do monitoramento da ação delitiva, as recorridas, ou uma delas, lograssem, por exemplo, fugir, ou mesmo, na perseguição, inutilizar ou perder alguns dos bens furtados, hipóteses em que se teria por aperfeiçoado o crime de furto. 6. Recurso especial representativo de controvérsia provido para: a) reconhecer que é relativa a inidoneidade da tentativa de furto em estabelecimento comercial dotado de segurança e de vigilância eletrônica e, por consequência, afastar a alegada hipótese de crime impossível. (STJ, Agravo em Recurso Especial Nº 710.602 - RS (2015/0115035-3) Relator: Ministro Ericson Maranhão (Desembargador Convocado do TJ/SP). (grifos nossos) (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015)

HABEAS CORPUS. FURTO. TENTADO. (1) VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. (2) ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (3) **CRIME IMPOSSÍVEL. NÃO OCORRÊNCIA.** (4) PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. (5) PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. (6) TENTATIVA. REDUÇÃO DE PENA NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. (7) WRIT NÃO CONHECIMENTO.(...) 3. A existência de sistema de monitoramento eletrônico ou a observação dos passos da praticante do furto pelos seguranças da loja não rende ensejo, por si só, ao automático reconhecimento da existência de crime impossível, porquanto, mesmo assim, há possibilidade de o delito ocorrer. Precedentes das Turmas componentes da Terceira Seção.(...) (HC 245131 / RJ HABEAS CORPUS 2012/0117819-8 Ministra Maria Thereza De Assis Moura). (grifos nossos) (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014)

Ainda que compreensível o desejo de não se punir um indivíduo, que ao tentar furtar um mercado, teve a todo momento seus passos vigiados, fazê-lo considerando suas condutas como crime impossível, considerando seu meio como ineficaz para o desiderato por ele desejado, traz grande perigo, pois, faz surgir o precedente em que atos vigiados por aqueles que tem o dever de evitar o dano não podem ser punidos, pois a vigilância supostamente “corromperia” um meio possível em impossível. Se não se pode punir um indivíduo que, antes de praticar o furto, foi vigiado por duzentos seguranças de supermercado, também não se pode

punir o grupo de indivíduos que planejava roubar um banco, desde que seus atos preparatórios e executórios fossem vigiados por grande número de policiais.

O meio de consumação do crime deve sim ter sua eficácia, aptidão e possibilidade analisadas a partir do caso concreto, mas tal análise deve recair sobre o meio em si, não sobre o que está ao redor do meio, não sobre o que aconteceu durante os atos preparatórios ou executórios. Caso contrário, criar-se-ia a tese jurídica de que explodir a coluna de um edifício com traque de massa seria tão impossível quanto explodi-la com dinamite, desde que, nesse último caso, houvesse grande número de seguranças ou policiais de prontidão e vigilantes.

Meio do crime é meio do crime, e sua impossibilidade absoluta, assim o será, independentemente de qualquer circunstância ao seu redor. Se a circunstância que rodeia o meio do crime for determinante para a sua maior ou menor probabilidade de sucesso, trata-se de, no máximo, uma impossibilidade relativa, o quê em hipótese alguma afasta o crime do reino da possibilidade, tratando-se, portanto, de crime possível e passível de sanção.

## **5. PREVARICAÇÃO DAS FORÇAS POLICIAIS NOS CASOS DE FLAGRANTE ESPERADO SUPEREFICIENTE**

Outro ponto que merece ser analisado é a questão da prevaricação dos policiais que agem com excesso de eficiência, com “super eficiência” em sua vigilância e na tomada de medidas acautelatórias. O crime de prevaricação, previsto no art 319 do CP, é o ato de um servidor público descumprir, por ação ou omissão, um dever a ele imputado em razão de seu cargo.

Saliente-se, desde já, que não concordamos com a hipótese da existência de flagrante esperado impossível, e por esta razão, entendemos que não há qualquer responsabilização penal por parte das forças policiais, nos casos em que realizam flagrante esperado, desde que inexistentes ilicitudes manifestas, como o flagrante urdido ou qualquer espécie de conduta violadora de direitos. Contudo, por questões de coerência, também entendemos que, se for pacificado que existe flagrante esperado impossível, deve ser discutida uma possível responsabilização penal dos policiais que o realizaram.

Dando seguimento ao presente tópico, estreme de dúvida que é dever das forças policiais zelarem pela segurança e ordem públicas, bem como, de zelarem e protegerem de lesões e atendados os bens jurídicos tutelados penalmente. Vale lembrar, que proteger os bens jurídicos

de lesões e atentados não se resume a impedir que um dano se consume, mas, também, de que o autor de tal dano seja repreendido, de forma a não mais cometer atos ilícitos e de desincentivar que outros os cometam.

Destarte, é dever dos policiais, ao realizarem um flagrante, não apenas impedir a consumação de um crime prestes a ocorrer, mas, também, cumprir todos os ritos e requisitos de tal flagrante, de forma a assegurar sua legalidade e garantir que ele venha a servir de prova num processo penal amparado por todos os princípios de um Estado Democrático de Direito.

A manutenção da segurança e da ordem públicas não dependem tão somente do impedimento da consumação de um crime, depende também que a vítima se sinta protegida de futuras lesões e que o autor delitivo seja punido de forma justa e proporcional. As forças policiais não podem ser meras “interceptadoras de delitos”, isto é, não basta apenas interromper o crime, impedir o bem jurídico de ser lesado, admoestar o agente delitivo para não repetir o ato ilícito e torcer para chegar a tempo de impedir o próximo crime. É direito da vítima e da sociedade que aqueles que tentam lesar os bens jurídicos penalmente tutelados tenham contra si imputados um processo penal nascido de provas válidas e que tenha potencial de culminar em uma condenação.

A Constituição Federal, norma máxima do Direito Brasileiro, e maior manifestação da positivação das normas e princípios caros à soberania popular e à representação democrática, em seu art 144, preconiza que:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas,

assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

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;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.  
(...)

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

O texto constitucional é cristalino ao caracterizar a polícia federal e a civil como órgãos indispensáveis à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, sendo as principais responsáveis pela manutenção da segurança pública. A Carta Magna também é estreme de dúvidas ao incumbir, como deveres da polícia, prevenir e reprimir as infrações penais atentatórias do tecido social, bem como, de proceder com sua correta apuração, isto é, proceder com medidas investigativas e diligências probatórias que constatem e demonstrem patentes a ocorrência de fatos ilícitos.

Nossa Carta Maior não se limita a discorrer sobre a questão da segurança e ordem públicas apenas ao art 144, visto que, em seu art 6º, caracteriza a segurança pública como um direito social, ou seja, como um direito fundamental:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Direitos Fundamentais tem esse nome por uma razão, eles são o arcabouço de todo Estado que se repute como democrático, que pretenda ser composto por instituições republicanas respeitadas às garantias individuais e à autonomia e personalidade dos seus cidadãos. Direitos Fundamentais foram uma conquista civilizatória, fruto de um lento processo de lutas e debates que culminou na construção de um Estado Democrático de Direito que não apenas atua omissivamente - abstando-se de constranger os valores, direitos e princípios caros à sociedade e aos indivíduos que a compõem - mas também agindo comissivamente, eivando esforços para que estes mesmos indivíduos não lesem os direitos uns dos outros.

A manutenção segurança e da ordem pública são direitos fundamentais paternos dos demais direitos fundamentais. Pois, impossível se pensar na subsistência do respeito de quaisquer outros direitos, por mais primordiais que sejam, num cenário de absoluto caos e insegurança social. Não há direito a vida sem o direito à segurança, pois sem este não há resguardo à integridade física dos cidadãos; não há direito à saúde, educação ou liberdade sem o direito à ordem pública manter as relações sociais e interpessoais coesas e harmoniosas.

Sem ordem e segurança, somos menos que feras, pois mesmos as feras respeitam a hierarquia da força e conseguem conviver em relativa harmonia. Enquanto que, uma sociedade humana, sem ordem e sem segurança, degenera-se rapidamente, desnaturando-se em grupos cada vez menores e mais destoantes de indivíduos, de forma a segregar as relações sociais e interpessoais até que se torne impossível a vida em coletividade.

A Carta Política reconhece a importância do zelo e do resguardo dos direitos fundamentais, pois, por meio de seu art 5º, XLI, dispôs expressamente sobre a necessidade da lei punir aqueles que os violarem:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Destarte, os direitos fundamentais, mormente, os direitos à segurança e ordem públicas, devem ser salvaguardados de sobremaneira pelo Estado, pois a lesão a eles repercute gravemente por todo o tecido social. É dever maior das forças policiais, portanto, garantir que todos que atentem contra o ordenamento pátrio tenham seus atos nocivos não somente repelidos, mas também, comprovados de forma lícita para que seja ensejada uma futura persecução penal pautada pelo respeito ao devido processo penal.

Ademais, prosseguindo-se com a análise hermenêutica, a Constituição Federal, em seu artigo 23. Inciso I, demonstra que é dever de todos os entes federativos zelar pela guarda da Constituição e das leis:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

Desnecessário afirmar que zelar pela Constituição e pelas Leis é zelar pelo próprio Direito, e zelar pelo Direito é resguardá-lo de lesões provocadas por aqueles que atentam contra os bens jurídicos tutelados. Igualmente prescindível reiterar como o Direito Penal é a “*ultima ratio*” do Direito, como os bens jurídicos penalmente tutelados são aqueles mais caros ao ordenamento jurídico e cuja violação mais atenta aos pilares mantenedores da sociedade.

Ademais, necessário frisar que, nos termos do art 5º, inciso XXXV:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Destarte, singela a constatação de que, se ao Estado cabe a guarda das Leis e da Constituição, e se, ordinariamente, a polícia é o órgão máximo da manutenção da ordem pública, logo, descumpra seus deveres funcionais o policial que através de suas condutas permite que o indivíduo violador do ordenamento jurídico pátrio não possa ser penalmente processado, privando o Poder Judiciário da apreciação da lesão ou ameaça à direito.

Finda a análise das normas constitucionais, proveitosa a exposição das normas referentes ao dever funcional dos policiais constantes no Código Penal, iniciando-se pelo art 13, § 2º, que versam sobre a sua especial condição de garantidor:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)  
Relevância da omissão (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Como já exhaustivamente explanado, as forças policiais têm a obrigação legal e constitucional de manter a ordem e a segurança pública, bem como, de impedir que lesões a bem jurídicos penalmente tutelados fiquem impunes, não sendo trazidas para a apreciação do Poder Judiciário. O art 13, § 2º, ratifica essa exigência e ainda esclarece que a omissão é penalmente relevante para aqueles que são garantidores, casos dos policiais. Destarte, independentemente de descumprir as supracitadas obrigações legais por ação ou omissão, tais condutas serão penalmente relevantes.

Há, ainda, de se trazer à tona a questão das funções da pena. Prudente se ressaltar que o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 59, adotou a Teoria Mista/Eclética da Função da Pena. Isto é, a pena, para nosso ordenamento, tem função plúrima, servindo a diversos desideratos, devendo ser estabelecida, nas palavras no supracitado dispositivo legal “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Contudo, igualmente necessário destacar que uma pena meramente repressiva e preventiva não coaduna com um Estado Democrático de Direito, que é marcado pelo respeito às garantias e aos direitos fundamentais, tendo como norte a proteção e o apreço à dignidade da pessoa humana. Por tais fundamentos, é que, nosso ordenamento, por meio do art 1º da Lei 7.210/2014 (Lei de Execução Penal), busca acrescer, além do caráter preventivo e repressivo da pena, seu caráter ressocializador de forma a, novamente nas palavras do dispositivo, “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Isto é, a pena também deve ser capaz de, através, de ações construtivas de caráter socioeducativo tornar útil e o tempo da reclusão criminal, deixando ao preso não somente um legado de cunho sancionador à sua punição, mas idealmente também de cunho didático.

Destarte, há uma coexistência entre as funções repressiva, preventiva e ressocializadora, inexistindo função mais importante que as demais, sendo todas de suma importância para o efetivo adimplemento das funções da pena.

Dito isto, para o ordenamento jurídico brasileiro, a pena preceitua-se por: um caráter repressivo, de forma a punir o autor pelo delito praticado; um caráter preventivo específico, capaz de impedir que o autor cometa crimes futuros; um caráter preventivo geral, que enseje na sociedade a percepção da existência de um sistema capaz de garantir a ordem e a segurança públicas, bem como de impedir outros agentes delitivos de cometerem os mesmos atos; e por fim, um caráter ressocializador, apto a afastar o agente delitivo da sociedade e, por meio de

ações de capacitação profissional e de medidas de aperfeiçoamento educacionais, o devolva para uma nova tentativa de adaptação ao convívio social.

Deixando de lado as infundáveis discussões sobre como o Brasil pouco faz acerca do caráter ressocializador da pena e da inegável seletividade do nosso sistema penal. Ainda que no contexto nacional a função ressocializadora da pena seja um fracasso, isso não pode servir de salvo conduto para um completo e absoluto abolicionismo das sanções penais, especialmente a de reclusão penal, posto que, a pena também deve atender as suas funções de repressão e prevenção.

Os indivíduos devem ter a percepção de que crimes possuem o potencial de gerar sanções, de que há um sistema que julgará seus ilícitos e que, eventualmente, os condenará, bem como, que há órgãos de segurança que não apenas tentarão impedir sua consumação, mas que levarão seus autores à tutela do Poder Judiciário, onde poderão enfrentar as consequências de seus atos.

O homem corrompe tudo que cria, e criou a sociedade para conter sua corrupção, pois, inexistente homem sem delito e inexistente sociedade sem sanção. Enquanto perdurar a necessidade de se viver em sociedade, perdurará a necessidade de se confiar num sistema sancionatório, cuja presença física mais imediata é a presença da polícia, que atua não apenas “interceptando crimes”, mas usando do monopólio da força do Estado para levar os infratores ao Judiciário, onde serão julgados respeitando-se todos seus direitos e garantias fundamentais.

Não há democracia sem representação popular, sem Constituição (escrita ou não), sem Estado e sem Judiciário, mas tampouco ela subsiste sem seu poder repressivo, sem seu efetivo policial. Um Estado Democrático sem policiais é um Estado com braços e pernas amputados, um Estado abundante de bons pensamentos e nobres ideologias, mas escasso de ações que garantam sua proteção e execução.

É a polícia que, ao representar o Estado, detém constitucionalmente o monopólio da força, é a polícia que, por ser garantidora da ordem e da segurança públicas, a todo instante que atua representando o Estado deve a todo momento agir protegendo as normas, as leis, a Constituição e o próprio tecido social de lesões.

Ao sofrer uma lesão à sua pessoa ou ao seu patrimônio, a vítima não busca, de imediato, auxílio do juiz da sua comarca, dos desembargadores do Tribunal do seu Estado ou dos ministros do Supremo Tribunal Federal, busca auxílio de policiais, a “polícia judiciária” é a ponte entre o mundo real das vítimas e das lesões; e o mundo do Direito, do Judiciário, das

normas processuais. Se o Judiciário é a Justiça do Estado Democrático de Direito, a “polícia judiciária” são os braços e pernas que permitem a essa Justiça tocar e se fazer presente nas vidas dos indivíduos.

Não é outra razão para a Polícia Civil e a Polícia Federal serem denominadas de “polícia judiciária”, é a polícia que serve ao Judiciário, que colhe provas que permitirão o nascimento do inquérito policial e, posteriormente, do processo penal. É função da “polícia judiciária” servir de ponte entre o mundo real, da consumação delitiva e da lesão a bens e a pessoas, ao mundo ideal do Direito, onde provas, direitos materiais, normas processuais e todo um arcabouço derivado do devido processo legal serão discutidos.

Por esta razão, se a “polícia judiciária” serve mal ao Judiciário, se corrompe provas lícitas em ilícitas, se atua de forma a desvirtuar um crime possível em impossível, ela agiu mal em sua função de ponte entre o mundo real e o mundo do Direito. Se o fato do mundo real era perfeito para gerar uma lesão, e o fato do mundo do Direito era inapto para ser punido, a corrupção se deu na ponte, na atuação da polícia, houve, portanto, um descumprimento de dever funcional, uma prevaricação.

A realização do flagrante esperado impossível, supostamente, impede a consumação de um crime que é materialmente válido e perfeito, cuja autoria e materialidade estão demonstradas de maneira patente, sendo tão somente, supostamente, processualmente inválido. Caso admita-se a possibilidade de a polícia judiciária, ao agir tomando medidas prevenção e acautelamento em excesso, ao realizar um flagrante esperado impossível em razão de uma “super eficiência”, transforme um crime possível em impossível, o que impediria a punição do autor delitivo, há de ser reconhecida que a polícia judiciária falhou em seu papel de ser ponte, pois o delito cometido no mundo real não culminou no nascimento de um processo com potencial de ensejar uma eventual condenação penal.

Ao adotar-se a existência do flagrante esperado impossível, por uma questão lógica e de coerência, deve-se reconhecer que um policial que, ao realizar um flagrante esperado, tome medidas preventivas e acautelatórias tão efetivas que torne a consumação do crime impossível, descumpriu seus deveres funcionais decorrentes do cargo público e cometeu o crime de prevaricação, previsto no art 319 do CP.

Ademais, aprofundando-se ainda mais o debate, não é impossível que, além da imputação pelo delito de prevaricação previsto no art 319 do CP, a depender do caso concreto, ainda seja aplicada, na dosimetria da pena, a agravante prevista no art 61, inciso II, alínea i).

Visto que, ocorrido o flagrante esperado impossível, a vítima estava - ainda que desconhecesse esse fato - sobre vigilância e proteção direta das forças policiais, razão pela qual, teve seus direitos ofendidos pelos policiais, quando o autor delitivo do crime, ao qual o flagrante se destinava, não foi penalmente processado em razão da configuração do suposto flagrante esperado impossível.

Dito isto, por mais paradoxal, peculiar, e mesmo caricato que seja, reconhecer a existência de flagrante esperado impossível é reconhecer que as forças policiais, ao serem extremamente eficientes em sua função, à contrário senso, tornaram-se punivelmente ineficientes. Pois, supostamente, contaminaram um flagrante esperado que respeitaria todos os princípios de um Estado Democrático de Direito e que ensejaria num Processo Penal (e numa eventual sanção penal, em caso de condenação), num flagrante, incapaz de gerar tais efeitos; incapaz de cumprir com as funções repressivas e preventivas da pena; num flagrante incapaz de garantir que o autor delitivo seja punido e de garantir a manutenção da ordem e da segurança públicas.

Nucci (2008, p. 594 e 2014, p. 279) e Aury Lopes (2014, p. 591) ao defenderem a possibilidade da ocorrência de flagrante esperado impossível preocuparam-se tão somente em asseverar que o autor delitivo não poderia ser punido, não traçando quaisquer comentários a respeito da responsabilidade dos policiais que executaram tal flagrante supostamente ilícito. Essa questão enseja numa escolha a ser decidida pela jurisprudência e pela doutrina: ou se admite que o flagrante esperado sempre será possível, e que não existe a figura do flagrante esperado impossível, o que nos parece mais acertado; ou se admite a possibilidade do flagrante esperado impossível, absolvendo o autor delitivo e condenando os policiais envolvidos em tal flagrante pelo crime de prevaricação, previsto no art 319 do CP, podendo porventura incidir, inclusive, a agravante prevista no art 61, inciso II, alínea I).

Aqueles que, nessa bifurcação, optem pela absolvição do agente delitivo e pela punição dos policiais, poderiam alegar que tal interpretação consideraria que a conduta dos policiais que agem com “super eficiência” na realização do flagrante esperado seria análoga daqueles que usam meios ilícitos para obterem provas, similarmente à conduta de se grampear ilegalmente uma linha telefônica. Porém, outras problemáticas haveriam ainda de ser enfrentadas, como a clara definição do limite entre a mera eficiência e a “super eficiência”, dentre outras.

A única certeza é que, em razão de todos argumentos já trazidos, há de se apontar um indivíduo penalmente responsável, seja este o policial, caso se considere que houve um

flagrante esperado impossível; seja o agente delitivo, caso se considere que não existe a figura do flagrante esperado impossível e que seria injusto punir o policial em razão de uma “super eficiência” de sua proteção ao bem jurídico, posição esta que, reitere-se, nos parece mais acertada.

## **6. DEFINIÇÃO E CONCEITO DE FLAGRANTE PREPARADO**

Como já mencionado anteriormente, certas espécies de flagrante, em razão de suas especificidades, bem como, de sua importância para o objeto de estudo do presente trabalho, terão para si dedicadas tópicos próprios nos quais serão analisadas suas peculiaridades. Destarte, inconcebível não ser reservado um espaço próprio para a análise do conceito e da definição do flagrante preparado, sendo este o tema central deste trabalho.

O flagrante preparado seria o “flagrante irmão” do flagrante esperado, sendo ambos dotados de grandes semelhanças, razão pela qual, sua distinção no caso concreto por vezes se faz demasiado difícil, talvez, mesmo, impossível. Contudo, a problemática da distinção entre o flagrante preparado e o flagrante esperado será objeto de análise posterior em um tópico próprio, sendo, todavia, prudente já adiantarmos que as principais características que diferenciam o flagrante preparado do esperado são: 1) Existência de criação de uma oportunidade pelo agente vigilante (ou pelo terceiro ao seu serviço) ou coincidência de pessoas/cumulação de funções entre o agente vigilante e o agente estopim. 2) Ilicitude do flagrante preparado, em decorrência do teor do Enunciado de Súmula Nº 145 do Supremo Tribunal Federal, qual seja:

Enunciado de Súmula Nº 145 STF: Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

Rememorando-se o conceito de flagrante esperado, já analisado anteriormente, defendemos que este tem os seguintes requisitos: 1) Informação prévia da ocorrência de crime futuro; 2) Vigilância (normalmente realizada por policiais) dos fatos que ocorrerão pelo agente vigilante; 3) Desconhecimento desta vigilância pelo autor delitivo; 4) Ausência de vínculo ou de prévio acerto entre o agente vigilante e agente estopim.

Como já dito, o flagrante preparado é muito semelhante ao flagrante esperado, sendo quase que um “flagrante irmão”. Destarte, os requisitos 1) Informação Prévia, 2) Vigilância e 3) Desconhecimento da Vigilância são comuns a ambos os flagrantes, sendo o quarto requisito do flagrante esperado inaplicável ao flagrante preparado.

Tecendo tais considerações, temos como requisitos do flagrante preparado os seguintes: 1) Informação prévia da ocorrência de crime futuro; 2) Vigilância dos fatos que ocorrerão pelo agente vigilante. 3) Desconhecimento desta vigilância pelo autor delitivo; 4) Existência de vínculo, prévio acerto, ou cumulação de funções entre o agente vigilante e o agente estopim.

Observe que, dos quatro requisitos do flagrante esperado, três são comuns ao preparado, enquanto que o último requisito é o que de fato diferencia essas duas formas de flagrante. Desta forma, toda a classificação da espécie de flagrante, ocorrida num caso concreto, dependerá da constatação se o agente vigilante criou uma oportunidade ou, tão somente, esperou uma oportunidade, se houve conluio ou coincidência entre as ações do agente vigilante e do agente estopim ou estas se deram de forma autônoma.

Oportuno se ressaltar, antes de se prosseguir com as posteriores análises, que os requisitos supracitados, tanto do flagrante preparado, quanto do flagrante esperado, foram construções nossas, extraídas a partir da leitura e hermenêutica das diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais estudadas. Houve um esforço de se aprofundar a análise sobre o tema, além daquilo que é habitualmente encontrado em cursos e manuais de Direito Penal e de Processo Penal, foi tentado sumarizar os requisitos dos flagrantes esperado e preparado com a máxima objetividade e profundidade possível.

Porém, ainda que se tenha despendido grande empenho na construção de tais requisitos, na prática, eles não são meios infalíveis de diferenciar o flagrante preparado do flagrante esperado, pois, como será suscitado a seguir, a distinção entre os institutos do flagrante esperado e do flagrante preparado não se amolda ou coaduna com a complexidade das situações fáticas que podem vir a ocorrer ao se analisarem casos concretos.

Dito isto, termos como “agente vigilante”, “agente estopim”, “esperar uma oportunidade” e “criar uma oportunidade” dificilmente serão encontrados noutras fontes. Se faz prudente ressaltar que certos doutrinadores, tais como Bitencourt (2012, p. 1186-1190), optam por denominar o “flagrante esperado” como “flagrante preparado” e o “flagrante preparado” como “flagrante provocado”. Contudo, tais autores são minoria, sendo os termos “flagrante esperado” o mais usado nos casos de ausência de conduta instigadora pelo agente

estopim e o termo “flagrante preparado” nos casos de presença de tal conduta, por isso, no presente trabalho serão estes os termos adotados.

Ainda quanto à terminologia empregada, muitos autores denominam o agente que realiza a conduta instigadora como “agente provocador”, termo que não será por nós adotado, visto que, ele é comumente interpretado de forma restritiva, entendido como apenas existente nos casos de flagrante preparado, sendo usualmente interpretado como “terceiro provocador vinculado às forças policiais”. Tal entendimento contrasta com nossa visão mais ampla de que a provocação, a instigação do crime, pode ocorrer não só devido aos atos de um terceiro indivíduo, mas, também, devido às condutas da própria vítima (vide exemplo da vítima esfaqueada pelo namorado da irmã) ou das circunstâncias (vide exemplo da carteira derrubada).

Por esta razão, cunhamos o termo “agente estopim”, de forma que este possa ser utilizado para circunstâncias ou pessoas; para os casos de flagrante preparado ou esperado. Para os que se valem do termo “agente provocador”, sua existência estará vinculada ao flagrante preparado, e sua inexistência ao flagrante esperado. Para nós, o “agente estopim” sempre estará presente, não sendo sua mera existência, mais sim a existência de vínculo, conluio ou cumulação de funções entre o “agente estopim” e o “agente vigilante” que será utilizada como ferramenta na distinção entre os tipos de flagrante esperado e preparado. Destarte, *mutatis mutandis*, nosso conceito de “agente estopim”, engloba o conceito de “agente provocador”, sendo, contudo, mais amplo, por isto, via de regra, o que é dito acerca do “agente provocador”, pode ser dito acerca do “agente estopim”, ressalvadas as considerações já elencadas.

Retomando-se à análise do conceito e definição do flagrante preparado, proveitoso mencionar o magistério de Badaró, no qual o doutrinador salienta a importância da atuação do “agente estopim” (chamado por ele de agente provocador) como característica notável do flagrante preparado e como sua principal distinção em relação ao flagrante esperado:

O flagrante preparado ou provocado é aquele em que ocorre a prisão de alguém, tendo havido um agente provocador da prática do crime, normalmente integrante da própria polícia, que induziu ou instigou o autor a cometer o delito justamente para poder prendê-lo. Em suma, flagrante preparado é o flagrante por obra de agente provocador. O agente provocador induz o indivíduo a cometer um crime, para prendê-lo em flagrante delito.

(...)

O flagrante provocado ou preparado não se confunde com o flagrante esperado. Neste, diante da notícia de que um crime poderá ser praticado, a polícia toma as providências para prender em flagrante aquele que irá cometer o crime. O relevante para distingui-lo do flagrante provocado é que, no flagrante esperado, a polícia vigia o local do crime,

esperando que o agente, espontaneamente, pratique o delito. Não há induzimento ou provocação para a prática delitiva. (BADARÓ, 2015, p 963)

Saliente-se, mais uma vez, que o flagrante preparado e o flagrante esperado geram efeitos completamente antagônicos no processo penal, pois o Enunciado de Súmula Nº 145 do Supremo Tribunal Federal considera o primeiro como ilícito e incapaz de ensejar uma condenação penal, enquanto que o segundo é considerado plenamente válido, podendo culminar numa condenação. Dito isto, é de fundamental importância que os flagrantes sejam precisamente identificados, o que, veremos posteriormente, pode ser uma árdua - ou mesmo impossível - tarefa, visto que os requisitos de cada flagrante, apesar de objetivos, ensejam uma interpretação subjetiva do caso concreto. Posto que, nem sempre é possível distinguir, com clareza e exatidão, o que é criar ou esperar uma oportunidade, o que é preparar ou esperar um flagrante. Existe, sem sombra de dúvidas, uma zona cinzenta entre estes flagrantes, um limbo jurídico, exemplos concretos em que pouco importando o quão objetivos tentem ser os critérios e métodos adotados para se distinguir os flagrantes, a decisão final pela sua classificação recairá, inevitavelmente, na subjetividade da autoridade julgadora.

A separação dos institutos do flagrante esperado e do flagrante preparado, fruto de uma ficção jurídica oriunda da jurisprudência do STF e da visão doutrinária majoritária, é apenas mais um, dos incontáveis exemplos em que o mundo do Direito não alcança a amplitude e não se amolda às peculiaridades e particularidades do mundo da vida. A análise de exemplos concretos, que será posteriormente realizada, permitirá observar como as regras gerais e abstratas necessárias para definir requisitos objetivos não conseguem abarcar diversas situações limítrofes entre os flagrantes preparado e esperado, sendo necessários graus consideráveis de subjetividade na interpretação do caso concreto, o que pode vir a acarretar em certa insegurança jurídica.

## **7. CORRENTE DOUTRINÁRIA DA ILICITUDE DO FLAGRANTE PREPARADO EM RAZÃO DO VÍCIO DE VONTADE**

Como já dito anteriormente, a doutrina majoritária adota o entendimento de que o flagrante preparado é ilícito. Todavia, vale ressaltar, que dentro desta linha de pensamento dominante existem duas correntes distintas parcialmente destoantes, tais correntes divergem em

razão de qual dos argumentos acerca da ilicitude do flagrante preparado é o preponderante (e por conseguinte, quais os efeitos decorrentes disto) são elas: 1- Corrente da ilicitude pelo vício de vontade. 2- Corrente da ilicitude pela impossibilidade de efetiva lesão ao bem jurídico.

Contudo, antes de adentrarmos num exame mais minucioso destas correntes, há de serem feitas algumas ressalvas. A primeira delas, de que não há um auto-reconhecimento dos autores como membros de uma ou outra corrente. A classificação destes doutrinadores como participantes de uma ou de outra linha de pensamento foi proposta por nós, baseando-se na interpretação e na hermenêutica de suas obras. Tal classificação foi feita pautando-se em quais justificativas os autores mais se debruçaram e mais enfatizaram ao defender a ilicitude do flagrante preparado e em quais pontos desta problemática optaram por tangenciar ou por omitir-se.

Ademais, ainda que as correntes sejam identificadas pela questão argumentativa em que deram maior enfoque, não se pode deixar de frisar que ambas justificam a ilicitude do flagrante preparado pelos dois argumentos já explanados, quais sejam, pelo vício de vontade e pela impossibilidade de lesão ao bem jurídico. Todavia, em razão de haver um peso desproporcional dado para este ou aquele argumento a depender da filiação - por nós proposta - do autor e dos efeitos que isto vem a gerar no estudo da legalidade do flagrante preparado, entendeu-se como imprescindível a classificação e a explanação das distinções entre estas correntes doutrinárias.

A corrente da ilicitude pelo vício de vontade - capitaneada por Nelson Hungria e Cezar Roberto Bitencourt - defende, ainda que tacitamente, que a razão mor da ilegalidade do flagrante preparado é a existência da vontade viciada do agente delitivo em razão da instigação realizada pelo “agente estopim”. Esta corrente tende a omitir-se a respeito de questões como o “flagrante esperado supereficiente” e sobre a punibilidade do agente delitivo na hipótese em que o flagrante, ainda que preparado, tenha efetivamente lesado o bem jurídico.

Para esta corrente o flagrante preparado é ilícito porque não há real e verdadeira vontade delitiva. O suposto criminoso não passa, nas palavras de Hungria (HUNGRIA, 1978, p. 107), do “protagonista inconsciente de uma comédia”, não haveria crime, mas tão somente algo como uma ilusão, uma encenação, um simulacro meticulosamente planejado e urdido pelo “agente estopim” com o fito de prender em flagrante o agente delitivo.

Diante da identificação dos autores em uma ou outra corrente doutrinária ter sido proposta por nós, inexistindo auto-reconhecimento por parte destes, se considera prudente a

exibição de alguns trechos de suas respectivas obras nos quais mais transparecem a importância por eles dadas ao suposto vício de vontade do autor delitivo.

Iniciaremos, primeiramente, pelas obras de Bitencourt, que ao analisar as distinções entre o flagrante esperado (por ele chamado de preparado) e o flagrante preparado (por ele chamado de provocado). O referido autor, em sua obra, discorre sobre o tratamento recebido por estas espécies de flagrante no ordenamento jurídico brasileiro. Para Bitencourt, a correta hermenêutica da Súmula 145 do STF enseja que o flagrante esperado seja lícito e o preparado ilícito; visto que, no flagrante preparado, há vício na vontade do agente delitivo em decorrência da instigação ou indução praticadas pelo “agente estopim”:

Conclui-se que a interpretação correta da malfadada Súmula 145 deve ser a seguinte: “Não há crime quando o fato é preparado, mediante provocação ou induzimento, direto ou por concurso, de autoridade policial, que o faz para o fim de aprontar ou arranjar o flagrante (BITENCOURT, 2012, p. 1188)

Por sua vez, importante atenção deve ser despendida para o magistério de Nelson Hungria, pois, ele pode ser considerado um dos principais responsáveis pelo reconhecimento da ilicitude do flagrante preparado no ordenamento jurídico brasileiro, visto que, a Súmula 145 é resultado do entendimento consolidado de reiterados julgados do STF, muitos destes fundamentados na doutrina de Hungria. Além da imensurável importância de Hungria para o objeto de estudo deste trabalho, também deve ser salientado que o estudo de sua obra “Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo II” revelou, ao nosso ver, não somente uma grande identificação do autor com a corrente da ilicitude pelo vício de vontade, mas, também, a existência de certas contradições e incongruências em seus argumentos a favor da ilicitude do flagrante preparado, bem como, dos critérios por ele utilizados para distingui-lo do seu “flagrante irmão”, o flagrante esperado.

Todavia, a análise aprofundada destas incongruências será objeto de posterior tópico deste trabalho. Cabendo agora, apenas a indicação superficial de sua existência, pois ela será necessária para a explanação da justificativa de classificar Hungria como membro da corrente do vício da vontade. Prosseguindo com tal objetivo, iremos transcrever o mais célebre exemplo de flagrante preparado de Hungria, e possivelmente, também o mais célebre exemplo de toda doutrina brasileira:

Exemplo típico desta variante é um caso ocorrido, há tempos, na Capital Federal (e que foi objeto, se não nos falha a memória, de uma decisão do juiz, hoje desembargador, FERNANDES PINHEIRO): o proprietário de uma casa de modas, desconfiado da probidade de uma de suas empregadas, encarregou-a de selecionar um sortimento de *aigrettes*, deixando-a a sós, entregue a tal serviço, num dos cômodos da loja, ao mesmo tempo que punha a espreitá-la um agente de polícia, previamente chamado, o qual pôde surpreendê-la no ato de esconder no seio algumas das penas de garça. É escusado dizer que essa moça, sujeita a processo criminal foi absolvida. Não são raros os casos desta natureza, chamados crimes de ensaio ou de experiência, a que especialmente recorrem, de modo direto ou por interposta pessoa, certos agentes de polícia: fazem-se estes de agentes provocadores (utilizando, às vezes, terceira pessoa como isca) (HUNGRIA, 1978, p. 106)

Observe como, no supracitado exemplo, Hungria deu grande destaque à conduta instigadora do empregador em facilitar o furto a ser realizado pela empregada, sendo esta a razão da ilicitude do flagrante. Isto é, para Hungria, pelo fato da vontade da agente delitiva (empregada) ter sido viciada em decorrência da proposital facilitação da subtração do objeto pela vítima, esta facilitação teria o condão de afastar a vontade delitiva; o *animus* da empregada em cometer o crime só existiu em virtude de ela ter considerado oportuna sua realização; houve uma falsa sensação de facilidade propositalmente encenada pela vítima. Portanto, para Hungria, a provocação realizada pelo agente estopim é o cerne da ilicitude do flagrante preparado.

Analisemos agora a primeira das incongruências da doutrina de Hungria, pois na mesma obra já mencionada, decorridas poucas páginas após ter explanado o seu célebre exemplo da empregada instigada a furtar mercadoria do patrão, Hungria passa a tentar diferenciar o flagrante preparado do esperado, trazendo como hipótese de flagrante esperado, o exemplo de uma vítima que “pressentindo o ladrão”, isto é, suspeitando - tal qual o patrão da empregada - que o agente delitivo deseja subtrair objeto de sua propriedade, propositalmente facilita tal empreitada, isto é, faz surgir no ladrão uma falsa sensação de facilidade. Novamente a vítima encena como propícia à impunidade uma situação que, na verdade, não a é:

Deve-se notar, porém que já não há falar em crime putativo quando, sem ter sido artificialmente provocada, mas previamente conhecida a iniciativa dolosa do agente, a este apenas se dá o ensejo de agir, tomadas as devidas precauções. Em tal caso, se se trata de crime formal ou de mero perigo, este se integra em todos os elementos de sua definição legal; se se trata de crime material (subordinado o *summatum opus* à condição de efetividade do dano) haverá apenas tentativa, posto que o dano não possa verificar-se precisamente devido à previa ciência e vigilância de outrem (...) Haverá, porém, simples tentativa de furto, por exemplo, no caso em que o *dominus*, pressentindo o ladrão, facilita-lhe a tarefa para apanhá-lo “com a boca na botija” (HUNGRIA, 1978, p. 108)

Não há como defender que este último exemplo de Hungria seja um flagrante esperado, pois, neste as únicas medidas tomadas são acautelatórias e preventivas, se busca impedir ou interceptar a consumação (ou o exaurimento) do crime, jamais facilitar a ocorrência do delito para apanhar o criminoso “com a boca a botija”. O flagrante esperado é marcado pela espera de uma oportunidade e não pela criação de uma oportunidade. Destarte, completamente incompatível com a figura do flagrante esperado, a conduta da vítima, que agindo concomitantemente como agente vigilante e estopim, facilita a empreitada do ladrão de furtar-lhe o objeto.

Destarte, não há absolutamente nenhuma diferença entre o célebre exemplo de flagrante preparado de Hungria no qual a empregada é instigada pelo patrão a cometer o furto e seu exemplo da vítima que facilita o trabalho do ladrão, instigando sua conduta com o fito de apanhá-lo “com a boca da botija”.

Para que toda dúvida nesse sentido seja expurgada, não há de se dizer que no exemplo da empregada havia presença de forças policiais juntamente ao patrão e no exemplo do ladrão não; pois, nos termos dos arts 301 e 304 do CPP, a prisão em flagrante pode ser realizada por qualquer do povo, que conduzirá o agente delitivo à autoridade competente, que tomará as medidas cabíveis. Destarte, ainda que no exemplo da empregada apenas o patrão realizasse o flagrante, este ainda assim seria preparado.

Igualmente imprópria a alegação de que, diferentemente do exemplo do ladrão, no exemplo da empregada a instigação se deu com o fito de corroborar que crimes pretéritos foram feitos pelo mesmo agente. Isto é, que o flagrante preparado só ocorreu porque o patrão já suspeitava da má conduta da sua empregada, mas por não ter provas, decidiu testá-la com a realização do flagrante. Tal alegação é absolutamente descabida porque o flagrante preparado não tem como fito comprovar quaisquer crimes pretéritos, mas tão somente aquele crime específico no qual o agente delitivo foi instigado a cometer.

Ademais, se o argumento é que, antes do início da execução delitiva, já havia prévia suspeita do mal caráter ou de intenções nefastas da empregada, o mesmo se pode dizer do ladrão. Pois, como disse o próprio Hungria, a vítima “pressentiu” o ladrão, isto é, suspeitou dele antes do início de quaisquer atos executórios do crime, e por causa deste “pressentimento”, ou seja, por causa dessa suspeita, decidiu facilitar e instigar o crime, com o escopo de realizar o flagrante. Estreme de dúvidas que, seja no exemplo da empregada, seja no exemplo do ladrão, o flagrante só ocorreu porque a vítima, previamente suspeitou da integridade moral do agente

delitivo, razão pela qual encenou uma situação em que o crime parecia fácil, oportuno, e com alta possibilidade de impunidade, quando, na verdade, ocorria o contrário, estando a vítima pronta a realizar o flagrante assim que o delito fosse executado.

Desta forma, resta comprovado não apenas que Hungria é falho ao distinguir o flagrante preparado do esperado, mas, também, que preza como argumento mor da ilicitude do flagrante preparado a instigação do crime pelo “agente estopim”, sendo patente representante da corrente da ilicitude em razão do vício da vontade.

Terminadas as explicações acerca dos doutrinadores representantes da supracitada corrente doutrinária, passemos então às críticas acerca da corrente em si. Primeiramente, inevitável confrontar-se com a questão do chamado “teste de integridade”, situações propositalmente urdidas com o objetivo de ensejar num potencial autor delitivo a falsa sensação de que a execução de um crime possibilitaria alta taxa de impunidade, fácil execução e, possivelmente, elevado ganho financeiro.

Esta seria uma situação dotada de similaridades àquela proposta por Hungria no exemplo da empregada, mas o exemplo escolhido pelo doutrinador não se amolda perfeitamente ao caso do “teste de integridade” devido às parcas e insuficientes informações por ele concedidas. O “teste de integridade” seria mais do que apenas deixar o agente delitivo sozinho num cômodo com o objeto de seu desejo, seria oferecer-lhe uma ampla gama de incentivos que o fizessem crer em sua impunidade.

Um bom exemplo de “teste de integridade” seria encenar uma situação extrema, em que o autor não apenas ficasse sozinho num cômodo com o objeto de seu desejo, mas fornecer-lhe, direta ou indiretamente, informações de que não haveria qualquer controle sobre aqueles que entraram e quando entraram no cômodo, bem como informar-lhe que o objeto estava cercado por grande número de outros com as mesmas características, dificultando a realização de inventário e a percepção de sua ausência, e que tal objeto estava prestes a ser remetido a um local distante onde não mais seria visto.

A ideia do “teste de integridade” seria criar uma ‘tempestade perfeita’ de modo à execução delitiva ser tão fácil e tentadora quanto possível, seria instigar no autor uma forte sensação de impunidade e de inconsequência de seus atos. Não é de se espantar que a doutrina rapidamente opôs-se à sua prática, arguindo que a vontade delitiva foi viciada de tal maneira que não restava ao autor delitivo qualquer responsabilidade sobre seus atos, sendo uma verdadeira “vítima algoz”. Contudo, tal entendimento é de uma estreiteza sem tamanho, pois

basta uma análise, mais apurada, para ruir por terra o argumento de que o “teste de integridade” afasta completamente a responsabilidade do autor pelos seus atos.

Saliente-se, ainda, que nem todo flagrante preparado é um “teste de integridade”, pois este é, em si, um flagrante preparado elevado ao extremo, de raríssima ocorrência prática. Seria uma situação tão peculiar a caricata que mereceria um estudo dedicado separado ao do flagrante preparado, coisa que infelizmente não ocorre. Tome-se, como paradigma, o exemplo da empregada trazido por Hungria, suposta hipótese de flagrante preparado, mas não de um “teste de integridade”.

Pois bem, tomemos o exemplo de Hungria e o transformemos num exemplo de “teste de integridade”, adequando o cenário de forma que o patrão faça sua empregada pensar que ela está sozinha no estabelecimento, que não há qualquer controle de entrada e saída do depósito, e que nele há um grande número não contabilizado de enfeites de chapéus que serão enviados a uma filial de outra cidade no dia seguinte. Digamos que realizado este “teste de integridade”, o patrão efetue o flagrante preparado, após a empregada ter subtraído um punhado de enfeites de chapéus. É inegável que o próprio senso comum faz nascer uma noção de que houve uma injustiça na prisão desta mulher, seria até possível arguir que o “homem médio” também realizaria tal delito e que, portanto, não poderia ser a empregada responsabilizada pelo seu ato.

Contudo, o erro da doutrina é imaginar que esse sentimento de empatia sentido pela injustiça recaída pela empregada decorra do “teste de integridade”, quando, na realidade, advém do objeto do furto, mais especificamente, do baixo potencial lesivo ao patrimônio da vítima. Ou seja, a injustiça de uma persecução penal da empregada se dá pelo Princípio da Insignificância, e não pelo “teste de integridade” em si.

Imaginemos que sejam mantidas todas as características do extremado exemplo do “teste de integridade” mencionado, mas que os objetos a serem furtados não sejam mais os enfeites de chapéus de diminuto valor, mas sim, uma dúzia de colares de brilhantes, cada um valendo soma bem superior aos rendimentos anuais da empregada. Observe que não mais é possível conferir em ambas as situações graus de reprovabilidade similares. Pois, enquanto no exemplo dos enfeites a empregada tinha noção que - não obstante sua quase certa impunidade - seus atos dificilmente lesariam significativamente o patrão. No exemplo dos colares, ela tem plena ciência de que seu grau de reprovabilidade é muito superior, e que seus atos gerariam consequências econômicas consideráveis.

Outro exemplo em que isto se torna evidente seria na hipótese que, ao invés de enfeites ou colares, a empregada subtraísse medicamentos de uso controlado para posterior revenda irregular sem apresentação de receita médica. Neste exemplo, apesar de inexistir o ganho econômico nas mesmas proporções que a subtração dos colares, também se observa alta reprovação da conduta da empregada, apesar desta ter sido flagrada mediante um “teste de integridade”. Esta reprovação diferencia-se do exemplo do furto de enfeites porque ao subtrair medicamentos controlados para revenda, além de se afastar a insignificância do furto, também se torna manifesta as consequências lesivas que a conduta da empregada terá para a saúde pública e, em especial, para a saúde daqueles indivíduos que se dispuserem a adquirir e autoministrar tais drogas controladas sem o devido acompanhamento médico.

Superadas as questões relativas ao “teste de integridade” - reitere-se situação excepcional, extremada e de pouquíssima ocorrência prática - bem como, evidenciado o impacto que a insignificância do objeto do crime tem na dosimetria da reprovabilidade da conduta, voltemos a analisar o clássico exemplo de Hungria sem nossas adequações. Qual seja, o exemplo em que a empregada é deixada sozinha no cômodo por alguns instantes, tendo pleno conhecimento de que o patrão, a qualquer momento, poderá retornar e inexistindo outras informações que a façam crer, como quase certa, sua impunidade (tais quais: ausência de controle de acesso ao cômodo, objeto de difícil inventariação e iminência de seu deslocamento à local distante etc).

Tenhamos como a priori que, tal qual Hungria defende, o mero ato instigador do patrão em deixar empregada (cujas integridade moral é alvo de suspeitas) sozinha no cômodo com objetos possíveis de subtração viciaria sua vontade delitiva de tal feita que não pudesse recair sobre ela qualquer responsabilidade penal pelos seus atos, ainda que estes tenham sido motivados pela ganância de auferir ganho econômico subtraindo coisa alheia. Mantido este a priori, surge um perigoso precedente, o de que, caso o partícipe moral (aquele que induz ou instiga outrem a cometer crime) dê razoáveis garantias de impunidade ao agente delitivo, convencendo-o do provável sucesso da empregada criminosa, apenas ao partícipe caberia sanção penal, estando o autor imediato do crime isento de qualquer responsabilidade.

Isto é, caso tenhamos o exemplo clássico de Hungria como ensejador de vício da vontade delitiva de intensidade tamanha que seja capaz de desonerar o autor de responder por seus atos, há de se defender que, caso a instigação ou indução não se dê num contexto de flagrante preparado, mas estando presente a figura do partícipe moral, como figura central de

convencimento do agente delitivo, cabe a tal partícipe a exclusiva responsabilidade pelo delito praticado. Para nosso ver tal hermenêutica é absurda, isto seria alegar que, caso um colega de trabalho convença outro das facilidades e comodismos de subtrair materiais da empresa, bastaria que o indivíduo que efetivamente cometeu o crime comprovasse a instigação para ter um salvo-conduto que o escusasse de enfrentar as consequências penais oriundas de seus atos lesivos, transferindo-as, em sua inteireza, para a figura do partícipe.

Ainda que seja inegável que é inerente à natureza do flagrante preparado que haja instigação ou indução ao crime; e que, desta forma, exista efetiva influência na vontade delitiva do agente, não podemos jamais olvidar que, em *ultima ratio*, a escolha por cometer ou não o crime sempre será do agente delitivo, pois como diz o próprio Hungria, ele é o protagonista do flagrante preparado, não existe e jamais existirá o flagrante se a derradeira escolha, se ato decisivo, não for decorrente do desejo do agente delitivo. Em toda história, o responsável por guiar o rumo dos acontecimentos é o protagonista; destarte, não há razão para apenas no flagrante preparado, não recair sobre ele o fardo de enfrentar o desfecho oriundo de seus atos.

Proveitoso lembrar, que o ordenamento jurídico penal brasileiro é dotado de diversas hipóteses em que, tal qual o flagrante preparado, a vontade delitiva do agente é influenciada por fatores externos, e ainda assim, recaí sobre ele - ainda que, porventura atenuada - responsabilidade penal sobre seus atos. São exemplos disto: 1) A coação moral resistível, atenuante prevista no art 65, inciso III, alínea c), visto que, o art 22 do CP apenas afasta inteiramente a culpabilidade nos casos de coação irresistível. 2) O crime cometido em face de relevante valor social ou moral, atenuante prevista no art 65, inciso III, alínea a). 3) Crime cometido sob influência de multidão em tumulto, atenuante prevista no art 65, inciso III, alínea e).

A nosso ver, se muito, o flagrante preparado acarretaria ao réu o direito de ter reconhecida uma atenuante, similar ao que ocorre nos exemplos supracitados, porém jamais poderia ser afastada a inteireza de sua responsabilidade e culpabilidade unicamente em face da caracterização do flagrante preparado.

É patente que o tratamento dado pela doutrina e jurisprudência ao flagrante preparado é desproporcional ao despendido pelas atenuantes penais já mencionadas. É injustificável que situações nas quais a vontade delitiva foi afetada de forma muito maior sejam tratadas como atenuantes; enquanto que no flagrante preparado, situação na qual, mesmo o agente delitivo conservando parcela significativamente maior de poder decisório, ainda assim é plenamente

desincumbido de responsabilidade. Esta postura manifestamente desarrazoada é oriunda de uma visão retrógrada que se manteve incólume por décadas, na qual a doutrina e a jurisprudência veem tal modalidade de flagrante como *persona non grata* do ordenamento jurídico.

À título ilustrativo, responde penalmente aquele que cometeu um roubo a banco em razão de ter sido coagido por terceiro que ameaçou divulgar publicamente fotos suas de cunho sexual (coação moral resistível); o mesmo ocorre com o indivíduo que culposamente pisoteia outro ao tentar, juntamente com uma multidão em tumulto, adentrar no local de um show de rock (crime cometido em turba); idem quanto ao indivíduo que furta uma garrafa de vinho para doá-la para sua paróquia realizar a consagração da hóstia durante a comunhão (relevante valor moral). Contudo, segundo a doutrina majoritária, não responderia por tentativa de homicídio um *serial killer* que tenta assassinar uma policial disfarçada com as características de suas vítimas preferenciais (flagrante preparado).

Para nós, apenas é capaz de afastar, por completo, a culpabilidade do agente os casos em que se demonstrem, se não inequívoca, ao menos, veementemente intensa, a inexigibilidade de conduta diversa. Não importa o prisma adotado, não importa o quão tentadora ou persuasiva seja a instigação do flagrante preparado, ela jamais será equiparável a uma inexigibilidade de conduta diversa. É patente a absoluta distinção na natureza criminosa de delitos cometidos em decorrência da instigação de um flagrante preparado e em virtude da inexigibilidade de conduta diversa.

Com o fito novamente ilustrativo, podemos citar como exemplo de inexigibilidade de conduta diversa o dilema do trem, no qual o maquinista observa que há cinco pessoas no trilho, pará-lo não é uma opção, ele então escolhe mudar de rota sabendo que tomando a rota alternativa atropelará apenas uma pessoa (GREENE, 2016). Ainda que não venha a se concordar que tal situação demonstra indubitável exemplo de conduta não punível em virtude de inexigibilidade de conduta diversa, há de se reputar como perfeitamente defensável tal posicionamento.

Em suma, após todas essas considerações, apesar de cristalina a existência de influência na vontade delitiva do agente nos casos de flagrante preparado, esta é insuficiente para afastar completamente sua responsabilidade penal, devendo, se muito, ser entendida como atenuante atípica/inominada prevista no art 66 do CP. Destarte, não pode o flagrante preparado ser elevado ao mesmo patamar concedido aos casos de inexigibilidade de conduta diversa, pois

diferentemente deste, naquele o autor delitivo conserva a quase totalidade de sua vontade delitiva, tendo preservado e à sua disposição amplo poder decisório.

## **8. CORRENTE DOUTRINÁRIA DA ILICITUDE DO FLAGRANTE PREPARADO EM RAZÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE EFETIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO**

No que tange à corrente doutrinária da ilicitude do flagrante preparado em razão da impossibilidade de efetiva lesão ao bem jurídico, esta é marcada por um entendimento, ainda que tácito, de que o flagrante preparado não é ilícito, ele pode ser ilícito.

Sendo mais claro, esta corrente, apesar de reconhecer a existência de vício na vontade delitiva em razão da instigação ao cometimento do delito - característica inerente ao flagrante preparado - considera este um defeito menor. Para ela, a principal razão da ilicitude do flagrante preparado seria que a instigação ao crime concede uma vantagem desproporcional aos agentes estopim e/ou vigilante (que não raro são a mesma pessoa), de forma que estes podem conduzir e controlar o desenrolar dos atos executórios, de forma mais precisa e previsível, do que nas hipóteses de mero flagrante esperado. Reitere-se, novamente, que a definição desta corrente doutrinária e a classificação de autores como seus participantes é uma construção teórica nossa.

Isto é, a corrente da ilicitude em razão da impossibilidade de efetiva lesão ao bem jurídico considera ilegal, não o flagrante preparado em si, mas sim o “flagrante preparado supereficiente”, ou seja, aquele que, supostamente, em razão da efetividade das medidas preventivas e acautelatórias - bem como, da maior vantagem que o realizador do flagrante tem por ter realizado condutas instigadoras ao delito - tolhe de forma expressiva o potencial de lesão ao bem jurídico decorrente da conduta do agente delitivo.

Porém, há de se salientar que esta corrente não iguala as figuras do “flagrante esperado supereficiente” com a do “flagrante preparado supereficiente”. Pois, para ela, no caso de flagrante esperado, a excessiva eficácia que desnaturaria um crime possível em impossível deve ser comprovada; isto é, há uma presunção *juris tantum* de que o flagrante é lícito e que as medidas preventivas e acautelatórias não suprimiram, completamente, o risco sofrido pelo bem jurídico ou a possibilidade de execução do crime, admitindo-se, todavia, prova em sentido contrário.

Por sua vez, ocorre o inverso com o flagrante preparado. Existe, neste instituto, a presunção *juris tantum* de que o crime constatado por tal flagrante tratar-se-ia de crime impossível, de que o cúmulo de condutas instigadoras com a prévia execução de medidas preventivas e cautelares esvaziariam o potencial lesivo do delito. Em suma, tal corrente tende a defender que o flagrante esperado é lícito, até que se prove o oposto, e que o flagrante preparado é ilícito, até que comprovado o contrário.

Isto pode ser especialmente observado pela aceitação que esta corrente tem de crimes que, apesar de instigados e frutos de um flagrante preparado, lesaram efetivamente um bem jurídico, em razão da ocorrência de uma consumação ou exaurimento delitivo causadores de danos irreparáveis ou irreversíveis. Ou seja, tomando-se, como exemplo, o caso de um furto constatado através de flagrante preparado, caso o agente delitivo, não obstante os esforços do agente vigilante, logre pleno êxito em sua fuga, o crime consumado fruto do flagrante preparado será lícito.

O mesmo ocorre nas hipóteses de que, apesar de inexistir a consumação e de não se concretizar lesão ao bem jurídico, restou comprovado que este correu grave perigo. Vide o exemplo de uma policial disfarçada como vítima preferencial de um serial killer, que a atacou antes que o agente vigilante pudesse reagir e protegê-la; seria a hipótese em que o assassino serial, antes de ser contido, desferiu vários golpes de faca, apenas não ceifando a vida da vítima em razão do acaso ou por uma bem-fadada esquiva no último instante. Observe que, apesar de indubitável a inexistência de consumação delitiva - visto que a policial escapou viva e ileso - sua vida correu grave perigo, perigo este que, no caso concreto, não conseguiu ser afastado, de forma absoluta, pela proteção e acautelamento realizados pelo agente vigilante, restando comprovado a existência de perigo concreto ao bem jurídico e real possibilidade de concretização delitiva, a qual apenas não foi consumada por obra do acaso ou por razões similares.

Sintetizando-se o discorrido sobre o tema, para a corrente da ilicitude em razão da impossibilidade de efetiva lesão ao bem jurídico, a existência de vício na vontade delitiva é pacífica, porém, é enxergada como um defeito menor do instituto, devendo ser analisado se, no caso concreto, o bem jurídico foi irreparavelmente lesado ou se sofreu efetivo perigo de sê-lo. Relembrando sempre que esta análise já nasce dotada de uma presunção apriorística de que o flagrante preparado, por sua própria natureza, já afasta tais riscos e impossibilita a consumação delitiva, admitindo-se, contudo, prova em sentido contrário.

A corrente da ilicitude do flagrante preparado em razão da impossibilidade de efetiva lesão ao bem jurídica é capitaneada por Regis Prado, Mirabete, Damásio e Greco. Contudo, como já dito, trata-se de uma classificação por nós proposta e que por isso não é analisada em outras fontes e tampouco é auto-reconhecida pelos doutrinadores que reputamos como seus membros. Dito isto, proveitoso e prudente se destacar alguns trechos das obras dos supracitados doutrinadores que justifiquem ou motivem sua inclusão nesta corrente. Iniciemos, primeiramente, com a obra de Mirabete:

A respeito do assunto estabeleceu o STF a Súmula nº 145: "Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a consumação do delito." Entendem alguns que se estabeleceu regra para cuidar do crime putativo, mas a hipótese é a de crime impossível. Verificando-se que há ineficácia absoluta do meio ou absoluta impropriedade do objeto, aplica-se o art. 17; caso contrário, há tentativa punível. Iniciada a execução e havendo a mínima possibilidade de ocorrência do resultado, deve o agente ser responsabilizado pelo conatus.

(...)

Havendo preparação do flagrante -trate-se de crime provocado ou de crime esperado-, ocorrerá crime impossível se o meio for ineficaz, o que pode decorrer no caso concreto das medidas estabelecidas para a prisão em flagrante, ou se o objeto for impróprio, o que dependerá da inexistência do objeto (ausência da vítima, falta de dinheiro ou valores etc.). De outro lado, em qualquer das hipóteses, se ficarem evidenciados elementos que indiquem ter havido relativa ineficácia do meio ou impropriedade do objeto, tendo ocorrido concreta possibilidade - que mínima - de o agente obter a consumação do delito, estará presente a tentativa. (MIRABETE, 2013, p. 168)

Na mesma linha segue Greco, ao salientar que a existência de crime impossível não depende, apenas, da indução ou da instigação das forças policiais, mas também de uma análise do caso concreto, com o fito de se averiguar se o crime era possível de ser consumado ou se existia uma impossibilidade decorrente da absoluta ineficácia do meio ou da absoluta impropriedade do objeto:

Esta situação é a que se denomina “flagrante preparado”[134], que, na verdade, não é flagrante, porque não há crime, já que impossível a consumação. A questão relativa à possibilidade, ou não, de consumação é de fato e depende da análise de cada caso. É importante observar que a inexistência do crime e, em consequência, do flagrante não decorre apenas da atuação da autoridade, mas essa atuação deve ser de molde a tornar impossível, em termos absolutos, conforme se entende em face do art. 17 do Código Penal. (GRECO, 2012, p. 305)

Sob o mesmo prisma recai o entendimento de Regis Prado, ao defender que nas hipóteses em que - a despeito das medidas preventivas e acautelatórias do agente vigilante - o

agente delitivo consiga consumir o crime, ou pôr em sério risco o bem jurídico tutelado, independentemente da existência ou não de provocação, tal conduta deve ser penalmente punível:

No âmbito jurídico-material, a melhor solução é a que propugna a responsabilidade penal do provocado, seja por delito tentado, seja por delito doloso consumado, quando, apesar da atuação preventiva do provocador, alcance o resultado de lesão ou perigo de lesão do bem jurídico. Entretanto, cabe notar que, em alguns casos, pode ser objetivamente previsível *ex ante* (ou seja, apreensível por uma pessoa normal) que o agente provocador tenha adotado as precauções necessárias para impedir a consumação do delito ou a lesão do bem jurídico. Em tais hipóteses haveria, portanto, uma tentativa inidônea ou impossível. (PRADO, 2007, p. 479)

Por fim, especial atenção deve ser despendida para o magistério de Damásio, pois, este doutrinador, não obstante, também reconhecer a impossibilidade de lesão ao bem jurídico como fator preponderante a justificar a ilicitude do flagrante preparado, defende que basta que se constate uma impossibilidade relativa à consumação do delito; e não uma impossibilidade absoluta, como sustenta a doutrina majoritária, bem como, o resto da corrente da ilicitude em razão da impossibilidade de lesão. A nosso ver, esta hermenêutica de Damásio se trata de interpretação *contra legem* - e não interpretação extensiva pautada por analogia *in bonam partem*, como defende o doutrinador – visto que, o art 17 do CP expressamente vincula a inexistência de crime a uma impossibilidade absoluta e soberana decorrente da total ineficácia do meio ou plena impropriedade do objeto. Feitas estas ressalvas, transcreve-se abaixo trechos da obra de Damásio:

Em face de nosso Código, enquanto a questão do delito putativo por erro de tipo e erro de proibição é resolvida pelos arts. 1.º e 17, não há regra expressa a respeito do crime de ensaio. Todavia, nada obsta que ele seja incluído na norma do crime impossível. A objeção de que o art. 17 só considera a ineficácia absoluta do meio ou a impropriedade absoluta do objeto pode ser superada. Este artigo não constitui norma penal incriminadora nem disposição de exceção, mas preceito que determina a atipicidade da conduta, permitindo, assim, o emprego da analogia *in bonam partem*. Em face disso, além da ineficácia absoluta do meio e da impropriedade absoluta do objeto, o preceito pode ser integrado pela inidoneidade do conjunto das circunstâncias preparadas pelo agente provocador, que exclui a possibilidade de consumação do delito. Trata-se de suprir uma lacuna da lei. Caso contrário, haveria incoerência: se o crime é impossível quando o meio é absolutamente ineficaz ou absolutamente impróprio o objeto, não seria impossível quando, havendo ação em si idônea e objeto, em consequência do conjunto de circunstâncias, seria absolutamente impossível a sua consumação. (DAMÁSIO, 2011, p. 242)

Findadas as explanações acerca dos doutrinadores representantes da corrente da ilicitude do flagrante preparado em razão da impossibilidade de efetiva lesão ao bem jurídico, passemos então às críticas acerca da corrente em si. Primeiramente, inescapável apontarmos a já discutida falha da doutrina em distinguir uma impossibilidade meramente relativa de uma impossibilidade absoluta e soberana, portanto, todos os argumentos trazidos à tona, quando analisado o “flagrante esperado supereficiente”, podem ser empregados no que tange ao flagrante preparado.

Destarte, não importa quão eficientes sejam as medidas preventivas ou acautelatórias, elas jamais serão suficientes para desnaturar a eficácia do meio do crime ou a propriedade do objeto escolhidos pelo autor delitivo; não se pode jamais confundir uma impossibilidade meramente relativa (vide exemplo da corrida entre o obeso e o velocista) com uma impossibilidade absoluta e soberana (vide exemplo de respirar na Lua). Ademais, o mero fato de existir indução ou instigação ao delito no flagrante preparado não é motivo que reduza a eficácia do meio ou o objeto do crime, tampouco torna o crime menos possível de ser realizado.

Desta forma, todas as críticas realizadas ao entendimento de que o “flagrante esperado supereficiente” seria um crime impossível são aproveitadas e ratificadas como críticas acerca da suposta impossibilidade delitiva em decorrência da realização do flagrante preparado. Invoca-se ainda o magistério de Eugênio Pacelli, doutrinador que, ao refletir sobre a disparidade do tratamento legal entre os flagrantes esperado e preparado, não encontrou qualquer justificativa que a motivasse, defendendo serem ambos igualmente lícitos e aptos a gerarem um processo penal com potencial de culminar numa sanção penal:

Observa-se, primeiro, que não é inteiramente correto falar-se em crime impossível, porquanto, pelo menos em tese, será sempre possível a fuga. E, no ponto, convenhamos: elaborar uma construção teórica fundada na eventualidade de cada caso concreto (se houver fuga, ·é crime; se não houver, não é), parece-nos demasiadamente inconsistente e arriscado.' Para que pudéssemos falar em impossibilidade, teríamos de nos referir à impossibilidade absoluta do meio (a ação criminosa), na qual não houvesse nenhuma possibilidade de fuga do autor, o que não nos parece correto nem adequado fixar para toda e qualquer hipótese de preparação do flagrante.

(...)

Note-se, porém, que ambas as situações podem estar tratando de uma única e mesma realidade: a ação policial suficiente a impedir a consumação do crime (ou o seu exaurimento), tudo dependendo de cada caso concreto. Não nos parece possível, com efeito, fixar qualquer diferença entre a preparação e a espera do flagrante, no que se refere à impossibilidade de consumação do crime, fundada na ideia da eficiente atuação policial. Em ambos os casos, como visto seria possível, em tese, tornar impossível, na mesma medida, a ação delituosa em curso. Por que então a validade de um (esperado) e invalidade de outro (o preparado)? (PACELLI, 2011, p. 532)

Não há exemplo melhor sobre a questão do que o exposto pelo supracitado doutrinador ao discorrer sobre um fato, que nos aparenta manifesto e indubitável, qual seja: que duzentos policiais de prontidão para realizar um flagrante preparado conferem uma esfera de proteção e vigilância ao bem jurídico de idêntica eficácia que duzentos policiais de prontidão para realizar um flagrante esperado:

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, 2011, p. 533)

Em suma, a corrente da ilicitude do flagrante preparado em razão da impossibilidade de efetiva lesão ao bem jurídico falha ao não elencar razões suficientemente convincentes para justificar a disparidade de tratamento conferido ao flagrante esperado - que é lícito - do preparado - considerado por ela, via de regra, ilícito. Ademais, notável que seu entendimento sobre a temática condiciona, de forma desarrazoada, a legalidade ou não do flagrante preparado à fuga do agente delitivo ou a situações similares.

Por fim, saliente-se ainda que esta corrente costuma confundir a impossibilidade relativa oriunda da eficácia das medidas acautelatórias e preventivas tomadas pelo agente vigilante no flagrante preparado com a impossibilidade absoluta e soberana decorrente da escolha do agente delitivo por um meio completamente ineficaz ou plenamente impróprio. Tal equívoco não pode prosperar, em razões dos motivos já exaustivamente elencados no tópico referente ao “flagrante esperado supereficiente”.

## **9. ENUNCIADO DE SÚMULA Nº 145 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

O presente tópico tem como objetivo tecer algumas considerações sobre o Enunciado de Súmula nº 145 do Supremo Tribunal Federal. Este nasceu do fruto de intensos debates doutrinários e jurisprudenciais sobre até onde ia o poder de fiscalização e polícia do Estado, se

era lícito que cidadãos fossem testados instigados ou incentivados a cometerem crimes. O debate buscava descobrir até onde as forças policiais podiam agir de forma ativa para realizar um flagrante, se deveria haver absoluta passividade ou se era possível algum tipo de atividade que servisse como estopim para que o autor realizasse a conduta delitiva.

Neste panorama, chegaram ao STF quatro casos semelhantes (HC 40289, HC 38758, RE 15531, RHC 27566) todos relativos a crimes de extorsão e corrupção (apesar de que atualmente um deles pudesse ser classificado como tráfico de influência), e em todos, ao ser ameaçada ou solicitada a dar vantagem econômica ao autor, a vítima acionou as forças policiais, que a acompanharam até o local do exaurimento do crime, montaram guarda e esperaram o flagrante.

O STF entendeu que a vítima agiu ativamente para a consumação do crime ou que não existiam provas irrefutáveis de que a conduta inicial partiu do autor. Alegou ainda que ela nem mesmo seria vítima propriamente dita, pois a vantagem econômica que daria ao autor não corria qualquer risco de sair do seu patrimônio, visto a presença de forças policiais no aguardo para realizar o flagrante. Tendo estes casos como precedentes e *leading cases*, foi consolidado, por meio da Súmula Nº 145, publicada em 13/12/1963, o entendimento pela inconstitucionalidade do flagrante preparado.

O presente estudo se propõe a ponderar criticamente o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do flagrante preparado, bem como analisar a doutrina de Nelson Hungria, expoente autor da doutrina penal, largamente citado pelo STF à época da publicação da Súmula Nº 145. Ademais, almeja, também, apontar incongruências nos *leading cases* (HC 40289, HC 38758, RE 15531, RHC 27566) que culminaram no Enunciado de Súmula Nº 145 do STF, casos estes que foram julgados entre as décadas de 1940 e 1960 e que consolidaram o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da invalidade do flagrante preparado.

Primordialmente, antes de maiores críticas e ponderações, se considera proveitosa a citação *in verbis* do referido enunciado de súmula, tendo em vista sua basilar importância para o presente trabalho e para os estudos acerca do flagrante preparado:

Enunciado de Súmula 145 STF: Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

Prosseguindo com a análise dos *leading cases*, esta dar-se-á de forma individualizada e por ordem cronológica, portanto, o primeiro deles a ser investigado será o RHC 27566, julgado em 05/10/1940 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1940). Este processo tinha como contexto a seguinte situação: o réu, um agente comercial (empregado privado das casas de comércio) tinha a função de investigar e denunciar abusos praticados referentes a vendas de mercadorias, tal agente descobriu que a vítima, um comerciante, vendia medicamentos sem os devidos selos, razão pela qual foi lavrado um auto de busca e apreensão. Contudo, posteriormente à lavratura do auto, o réu entrou em contato com a vítima e ofereceu, mediante o pagamento de certa quantia, tornar sem efeito o supracitado laudo, “abafando” a investigação do caso com a polícia. O réu fez novos contatos renovando sua oferta, sendo acordado que ambos se encontrariam num café, local em que a vítima o entregaria o valor combinado, sendo que parte deste seria destinado ao denunciado e parte aos policiais que supostamente “abafariam” o caso. Todavia, a vítima decidiu informar as forças policiais sobre o acontecido e estas chegaram previamente ao local, ficando de prontidão para realizar o flagrante no momento em que o dinheiro trocasse de mãos e o crime fosse consumado, o que de fato ocorreu.

O primeiro comentário acerca do RHC 27566 é que o crime foi classificado como extorsão, apesar de que, modernamente, a figura que mais se amolda à conduta delitiva descrita, ao nosso ver, seria o crime de tráfico de influência, previsto no art 322 do CP. Há ainda outras ponderações a serem feitas, tais quais que a concessão do habeas corpus não foi unânime, havendo votos contrários; bem como, de que, apesar da suposta conduta instigadora do delito da vítima e da arguida impossibilidade de consumação delitiva em razão da prévia presença de policiais no local serem o cerne da discussões, outras matérias foram apontadas como fundamentos da concessão do habeas corpus, a exemplo da denúncia ser supostamente omissa e lacônica.

Contudo, ainda que porventura a concessão desse histórico habeas corpus possa ter sido motivado por fatores extrínsecos ao corte epistemológico do presente trabalho, qual seja, o flagrante preparado, é inegável que seu julgamento foi de excelsa importância para a consolidação da Súmula nº 145 do STF, visto que ele, tal qual os demais *leading cases* já mencionados, são expressamente elencados como precedentes da supracitada súmula no sítio eletrônico do STF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018a).

Realizadas tais ressalvas, passemos a analisar as incongruências acerca do argumento da conduta instigadora da vítima e da impossibilidade de consumação delitiva em razão da tomada de medidas de prevenção e acautelamento pelas autoridades policiais.

Inicialmente, no que tange à conduta de instigação e induzimento à prática delitiva supostamente realizada pela vítima, tal instigação ou induzimento ocorreu em razão de a vítima supostamente ter denunciado os atos dos réus às forças policiais, tendo estas tomado atitudes de prevenção e acautelamento, com o escopo de realizar o flagrante. Da leitura do acórdão e dos votos dos ministros, em momento algum transpareceu que a vítima instigou ou induziu o réu a solicitar vantagem indevida sob o pretexto de influir no acobertamento dos autos policiais contra ela, em verdade, tal leitura infere que partiu do réu a propositura do acordo ilícito, tendo a vítima sido considerada como agente provocador por alguns dos ministros, apenas em razão de ter solicitado apoio e proteção às forças policiais.

Patente que o caso julgado tratar-se-ia de flagrante esperado e não de flagrante preparado. Ademais, ainda que, num cenário hipotético, o réu propusesse o negócio ilícito à vítima e esta fingindo aceitá-lo, marcasse hora e lugar para a entrega da vantagem econômica indevida, tendo como verdadeiro objetivo avisar às forças policiais para realização do flagrante, ainda assim, não estaria configurado o flagrante preparado, pois o crime de tráfico de influência foi consumado a partir do momento em que o réu solicitou vantagem indevida à vítima sob o pretexto de influir nos atos dos policiais que a investigavam. Destarte, assim que a vítima recebeu a proposta, o tráfico de influência consumou-se, sendo a efetiva entrega da vantagem econômica mero exaurimento do crime, este é o entendimento pacífico da jurisprudência do STF:

HABEAS-CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE INFLUÊNCIA. CRIME FORMAL. LESÃO A INTERESSES DO ESTADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. O bem jurídico tutelado pelo artigo 332 do Código Penal é o prestígio da Administração Pública, sendo a Justiça Federal o juízo natural para o processamento e julgamento do feito. 2. Não procede a alegação de ausência de prejuízo para o Estado a justificar a incompetência da Justiça Federal, posto que o citado delito se consuma com a simples exigência da quantia pactuada em troca da influência a ser exercida. Habeas-corpus indeferido. (STF, HC 80877 PA, Relator: Ministro Maurício Corrêa) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2001)

Dito isto, mesmo que a vítima tomasse posturas ativas para facilitar o futuro flagrante, isto é, criasse oportunidades facilitadoras do futuro flagrante, tais quais retomar o contato com

o réu ou ela mesmo escolher a hora e local da entrega da vantagem, ainda assim, não há de se falar em flagrante preparado, pois o crime já era fato consumado, não havendo, portanto, postura ativa da vítima que instigasse o réu a cometer o crime, pois este já ocorrera. Em verdade, haveria tão somente uma postura ativa da vítima para que fossem criadas provas contra o réu, a exemplo de uma eventual instigação de que ele comparecesse em local onde imaginaria que receberia a vantagem indevida que exauriria o crime.

O flagrante preparado é caracterizado pela instigação ou indução à consumação do crime, e não a instigação ou indução ao exaurimento do crime. Dito isto, não se pode arguir que o mero ato de provocar o réu a receber vantagem já solicitada configuraria inexistência de crime ou ocorrência de flagrante preparado, pois todo exaurimento delitivo tem como, pré-requisito, a existência de um crime já consumado. Portanto, estando o crime consumado, não há impedimento que este enseje um processo penal com potencial de culminar numa condenação e, conseqüentemente, numa sanção penal.

Ademais, o próprio Nelson Hungria, doutrinador citado de forma recorrente nos demais *leading cases*, ao discorrer sobre um exemplo análogo - no qual a vítima é extorquida a conceder vantagem econômica ao réu sob a pena de sofrer prejuízos - afirma, expressamente, que caso a vítima venha a solicitar apoio das forças policiais, o flagrante realizado não será flagrante preparado, e sim esperado:

Assim, responde por tentativa de extorsão o indivíduo que, mediante grave ameaça, exige indevidamente certa quantia de outro, e este, vencendo a intimidação ou confiante na polícia, mas fingindo ceder, empraça-o para o recebimento e o faz prender “com a boca na botija”. A intervenção policial, aqui, não é mais que a circunstância alheia à vontade do agente, que impede a caracterização do crime e caracteriza a tentativa. (HUNGRIA, 1978, p. 434-435)

Como única ressalva a este supracitado entendimento de Hungria, saliente-se, desde já, que o réu, no exemplo por ele apresentado, não responde por tentativa, e sim por crime consumado, em razão do crime de extorsão consumir-se a partir do momento em que a vítima foi ameaçada a conceder vantagem econômica, sendo a efetiva entrega de tal vantagem mero exaurimento do delito. No que tange à caracterização do exemplo como flagrante esperado, tal assertiva é irretocável.

Findadas as explicações acerca das razões de inexistirem condutas instigadoras por parte da vítima, bem como de não haver no caso flagrante preparado, e sim esperado, resta ainda

discutir o argumento levantado no RHC 27566 de que a presença das forças policiais inviabilizaria a efetiva consumação do crime, desnaturando a conduta delitiva do réu em crime impossível.

Mesmo ignorando-se que o crime já estava consumado, muito antes das forças policiais terem sido acionadas, havendo participação destas tão somente como forma de impedir o exaurimento delitivo, ainda assim, não há como superar o fato de que a mera presença das autoridades policiais e suas condutas de prevenção e acautelamento ao exaurimento do crime são incapazes de por si só afastarem, de forma absoluta e soberana, a possibilidade de consumação do delito, transformando-o em crime impossível.

Voltamos, novamente, às já analisadas impossibilidades relativa e absoluta do meio e do objeto do crime. Prescindível reiterar como as medidas de proteção, prevenção e acautelamento tomadas pelo agente vigilante não são capazes de afastar, de forma absoluta, a ineficácia do meio adotado pelo réu ou a plena propriedade do objeto do crime por ele escolhido. Sempre que este tema é abordado, será bem-vindo ilustrar, de forma exemplificativa, as analogias de respirar na Lua (impossibilidade absoluta) e um obeso vencer uma corrida contra um velocista (impossibilidade relativa).

Finalizadas a análise do RHC 27566, segue-se para o próximo *leading case*, qual seja, o RE 15531 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1951), julgado em 19/09/1951. Este processo, tem como contexto, a seguinte situação: um empregado, após ser demitido, começou a veicular na imprensa informações prejudiciais à empresa ao qual trabalhara. Posteriormente, entrou em contato com representante desta empresa e negociou o recebimento de um cheque de determinado valor, oferecendo como contrapartida assinar um documento comprometendo-se a não mais divulgar informações lesivas à empresa. Todavia, ciente de que o encontro ocorreria, o representante da empresa acionou as forças policiais para que estas realizassem o flagrante no momento em que o cheque fosse entregue ao réu, o quê de fato ocorreu. Frise-se, desde já, que, neste caso, o réu foi denunciado pelo crime de extorsão, o que nos parece coerente com a conduta por ele praticada.

Manifesta a similitude do RE 15531 com RHC 27566, aproveitando-se, portanto, todas as críticas e ponderações já realizadas ao tempo de sua análise. Contudo, há ainda outras peculiaridades dignas de nota. Inicialmente, saliente-se que o acórdão estadual objeto do Recurso Extraordinário deixou claro, em sua ementa, que o réu, em seu depoimento, não entrou em detalhes acerca de seu encontro com o representante da empresa e tampouco contestou a

arguição que partiu dele, o réu, a proposta de abster-se de sua campanha difamatória contra o ex-empregador em troca de vantagem econômica. Ademais, no próprio voto do Ministro Ribeiro da Costa - ratificado por unanimidade por seus pares - o referido ministro, apesar de considerar o representante da empresa como instigador do crime, admite que partiu do réu a proposta do valor a ser dado como vantagem econômica, não obstante o representante ter negociado sua redução.

Saliente-se ainda que tal qual o crime de tráfico de influência, o crime de extorsão, previsto no art 158 do CP, consuma-se no momento em que foi realizado o constrangimento com o escopo de se obter, através de ameaça, vantagem econômica. Este é o entendimento pacificado do STF que, inclusive, manifestou-se sobre a consumação do crime mesmo nos casos em que forças policiais impedem o exaurimento do crime, ou mesmo quando o réu, após receber o cheque, é preso antes de sacá-lo:

(...) AVENTADA PRÁTICA DO SEGUNDO DELITO DE EXTORSÃO NA FORMA TENTADA. INTERVENÇÃO POLICIAL QUE IMPEDIU A OBTENÇÃO DA VANTAGEM ECONÔMICA INDEVIDA. CRIME FORMAL. CONSUMAÇÃO NO MOMENTO EM QUE AS VÍTIMAS PASSARAM A AGIR DE MODO A ATENDER A EXIGÊNCIAS DOS ACUSADOS. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 96 DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. O delito tipificado no artigo 158 do Código Penal se consuma independentemente da obtenção da vantagem indevida, bastando que a vítima faça, deixe de fazer ou tolere que o agente faça alguma coisa mediante violência ou grave ameaça. 2. No caso dos autos, é impossível o reconhecimento da tentativa na segunda conduta, já que a ação policial não impediu que as vítimas agissem de modo a entregar a quantia exigida pelos réus, tendo obstado apenas que estes efetivamente recebessem o dinheiro, fase que caracteriza mero exaurimento do delito. 3. Habeas corpus não conhecido. (...) (STF, RHC 122998 DF, Relator: ministro Edson Fachin) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXTORSÃO – ART. 158 DO CÓDIGO PENAL. CRIME COMPLEXO. BENS TUTELADOS: PATRIMÔNIO E INTEGRIDADE FÍSICA E PSICOLÓGICA. DELITO FORMAL. OBTENÇÃO DA VANTAGEM INDEVIDA: MERO EXAURIMENTO DO CRIME. REEXAME DE FATOS E PROVAS PARA CHEGAR-SE À ABSOLVIÇÃO. NÃO CABIMENTO DO WRIT PARA TAL MISTER. USO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE . 1. O crime de extorsão, tipificado no art. 158 do Código Penal, é complexo em razão da dúlice proteção de bens jurídicos: patrimônio e integridade física (vis corporalis) e psíquica (vis compulsiva) da vítima; e formal, prescindindo, por isso, do efetivo repasse da vantagem indevida, que consubstancia mero exaurimento do delito. (...) (STF RHC 117129 SC, Relator: Ministro Luiz Fux) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013)

EXTORSAO. CRIME FORMAL OU DE CONSUMAÇÃO ANTECIPADA. NÃO E TENTATIVA, MAS CRIME CONSUMADO, SE O AGENTE OBTEM O CHEQUE MEDIANTE CONSTRANGIMENTO EMBORA NÃO CONSIGA RECEBE-LO. RE CONHECIDO E PROVIDO. (RE 103680 SP, Relator: Ministro Cordeiro Guerra) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1985)

Prosseguindo-se com a análise dos *leading cases*, oportuno o momento de se analisar o HC 38758 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1961). Este processo tem como contexto a seguinte situação: um engenheiro privado, contratado pelo proprietário de uma obra, requer uma licença referente à obra numa repartição pública, ocorre que o réu, funcionário público da supracitada repartição, e também formado em engenharia, afirmou que só elaboraria - com celeridade e brevidade - o despacho concedendo a referida licença, se lhe fosse dada uma vantagem econômica. Isto é, o réu solicitou ao engenheiro privado propina para cumprir com seu dever funcional. Ocorre que, o caso se complica ainda mais, pois, o engenheiro privado afirma que só poderia conceder a vantagem após consultar o dono da obra. Este inicialmente aceita conceder a vantagem, porém, posteriormente, muda de ideia. O engenheiro privado, provavelmente temeroso de ter sua renda afetada caso a obra não fosse realizada, afirma que pagará, do próprio bolso, a propina, solicitando que o valor dela fosse reduzida em razão de não ter todo o dinheiro inicialmente requerido pelo réu, este aceita os termos. Após o desenrolar destes fatos, o engenheiro privado aciona as forças policiais, que o instruem a fingir prosseguir com seu acordo ilícito com o réu, para que, quando este aceitasse o dinheiro, fosse realizado o flagrante, o quê de fato ocorreu.

A peculiaridade do HC 38758 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1961) em relação aos demais casos analisados é que a vítima, o engenheiro privado, não era o único interessado na conclusão da obra ou tampouco o único que poderia ceder à pressão de conceder a propina ao funcionário, podendo o proprietário igualmente realizar tais condutas, tendo, todavia, recusado a fazê-lo. Por esta razão, os ministros entenderam - havendo, contudo, votos divergentes - que o engenheiro, ao substituir o proprietário da obra, como o responsável por arcar com os custos da propina, agiu como instigador do delito de corrupção passiva praticada pelo réu.

O grande erro desse julgado é ignorar que o delito de corrupção passiva se consumou muito antes do engenheiro decidir, ele mesmo, arcar com os custos da propina ou das forças policiais tomarem conhecimento dos fatos. O crime foi consumado quando o funcionário

público solicitou a vantagem indevida à vítima sob o pretexto de conceder com celeridade a licença da obra. Ademais, saliente-se que o funcionário público não solicitou a propina ao proprietário da obra, e sim ao engenheiro privado que encaminhou o protocolo solicitando a licença. Isto é, o real destinatário da solicitação da vantagem econômica indevida nunca foi o proprietário da obra e sim o engenheiro privado.

Este imbróglio decorrente da situação do proprietário ter se recusado a ceder perante a solicitação da propina e o engenheiro ter fingido aceitá-la, bem como, a não compreensão por parte da maioria ministros julgadores do HC 38758 de que o crime de corrupção passiva se consuma com a solicitação de vantagem e não com seu efetivo recebimento, que caracteriza tão somente o exaurimento do crime, fez com que se cometesse o erro de se considerar como crime impossível, um crime já anteriormente consumado. Frise-se que o momento consumativo da corrupção passiva é matéria pacífica na jurisprudência do STF que, inclusive, já discorreu sobre sua ocorrência, mesmo nos casos em que forças policiais impedem o efetivo exaurimento do ilícito:

CORRUPÇÃO PASSIVA. CONSUMAÇÃO. NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA 145. COMO HOVE ANTERIOR SOLICITAÇÃO, O CRIME JA ESTAVA CONSUMADO NO MOMENTO DA ENTREGA DA VANTAGEM INDEVIDA, NÃO EXISTINDO OFENSA A SÚMULA. (STF, RE 74405 SP, Relator: Ministro Bilac Pinto) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1972)

FLAGRANTE PREPARADO. SÚMULA 145. A SÚMULA N. 145 REFERE-SE AO CASO DE FLAGRANTE QUE IMPEDE A CONSUMAÇÃO DO CRIME E, PORTANTO, NÃO SE APLICA AO CASO DIVERSO DE O CRIME JA ESTAR CONSUMADO ANTES DA LAVRATURA DAQUELE ATO, QUANDO O CRIMINOSO PRETENDIA RECOLHER OS PROVEITOS DA CORRUPÇÃO PASSIVA QUE SE CARACTERIZOU COM A SOLICITAÇÃO DE DINHEIRO A CONTRIBUINTES (STF, RHC 51371 SP, Relator: Ministro Aliomar Baleeiro) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1973)

Superada a particularidade do engenheiro privado, e não o proprietário da obra, ter fingido conceder a vantagem econômica, observe como se trata de situação deveras similar à do RHC 27566, processo este no qual os ministros julgadores também confundiram a conduta ativa da vítima em instigar o réu a exaurir o crime já consumado, com o escopo de produzir provas contra ele com a conduta de instigar a consumação do crime em si.

A atitude da vítima em solicitar auxílio das forças policiais para que estas realizem o flagrante, no momento da concessão da vantagem econômica não oblitera o fato do crime já ter

sido consumado no momento em que a vantagem foi solicitada. Não há de se falar em provocação, instigação ou postura ativa da vítima como capazes de influenciar a vontade delitiva, do réu no período de exaurimento do crime, visto que, esta vontade já foi livremente manifestada ao tempo da consumação.

Por fim, o último dos *leading cases* que culminaram com a publicação da Sumula Nº 145 do STF é o HC 40289, julgado em 27/11/1963 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1963). Este processo tem, como contexto, a seguinte situação: um consultor jurídico de um órgão público entra em contato com o Presidente do Sindicato da Indústria de panificação de Niterói e oferece relevar multas à diversas panificadoras, em troca de obter vantagem econômica indevida. O presidente do sindicato, finge ceder à demanda, e fica acordado que a vantagem indevida seria entregue na barca que faz o percurso Rio-Niterói. Ocorre que, o presidente do sindicato decide informar o ocorrido para as forças policiais e estas realizam o flagrante, no momento em que o réu recebe o envelope contendo a vantagem econômica indevida.

Não há muito mais o que se falar acerca do HC 40289, visto que os comentários e ponderações que poderiam ser feitos sobre ele já foram antecipados quando da análise dos demais *leading cases*. Destarte, o HC 40289 se trata de um flagrante pelo crime de corrupção passiva no qual os ministros julgadores, por unanimidade, consideraram que a vítima agiu como instigadora do crime em razão de ter fingido ceder à solicitação do réu de receber vantagem indevida sob o pretexto de relevar as multas que seriam aplicadas as panificadoras.

Sintaticamente, ratifica-se o já dito anteriormente, que o momento consumativo do crime de corrupção passiva é o da solicitação da vantagem, sendo seu efetivo recebimento mero exaurimento, uma vez que o crime já havia sido consumado. Não há, pois, de se falar em provocação da vítima para o exaurimento do crime com o escopo de produzir provas contra o réu como fato caracterizador de flagrante preparado, tal hermenêutica é descabida em razão das explicações já exaustivamente expostas e reiteradas.

Diante de tudo o que já foi abordado, cabe o registro da irônica, ou mesmo, caricata, peculiaridade de todos os quatro *leading cases* (HC 40289, HC 38758, RE 15531, RHC 27566) que culminaram na Súmula nº 145 do STF e que consolidaram o atual entendimento da Suprema Corte acerca da invalidade do flagrante preparado, serem, em verdade, casos de flagrante esperado, modalidade esta amplamente aceita na doutrina e na jurisprudência, inclusive na jurisprudência do próprio STF. Isto só ratifica nosso argumento de que inexistente critério capaz

de distinguí-los com precisão, pois, não importa o quão objetivo seja o critério adotado para diferenciá-los, estes sempre ensejarão uma interpretação excessivamente subjetiva do caso concreto, podendo gerar, portanto, considerável insegurança jurídica. Dito isto, que fique reiterado o nosso posicionamento de que nem sempre é possível distinguir, com clareza e exatidão, o que é criar ou esperar uma oportunidade, o que é preparar ou esperar um flagrante.

Destarte, existe, sem sombra de dúvidas, uma zona cinzenta entre estes flagrantes, um limbo jurídico insuperável, pois a decisão final pela classificação do caso concreto como flagrante preparado ou esperado recairá, inevitavelmente, na subjetividade da autoridade julgadora. Isto apenas demonstra como são impróprias as tentativas de diferenciar os institutos dos referidos flagrantes, e pior, como é desastroso o posicionamento de conceder a eles tratamentos jurídicos diametralmente opostos, aceitando-se amplamente a licitude do flagrante esperado enquanto censura-se e critica-se a validade do flagrante preparado.

## **10. PROBLEMÁTICAS ACERCA DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE FLAGRANTE PREPARADO E FLAGRANTE ESPERADO**

O presente tópico tem dois objetivos: o primeiro deles citar mais alguns exemplos de classificações mal-empregadas dos institutos do flagrante preparado e esperado na obra de Nelson Hungria. O segundo objetivo - que será o cerne deste tópico - é mencionar cenários hipotéticos, por nós criados, que possibilitem, de forma cristalina, observar as falhas inerentes da própria classificação e distinção entre os institutos do flagrante preparado e esperado, isto é, serão analisados exemplos limítrofes entre os dois institutos, onde a escolha de um deles carecerá de forte respaldo objetivo, dependendo fortemente da subjetividade e arbitrariedade da autoridade julgadora.

Retomemos o clássico exemplo de Nelson Hungria do empregador que finge deixar a empregada sozinha num cômodo a espera que ela fure objetos e seja presa em flagrante. Para Hungria, este exemplo tratar-se-ia de flagrante preparado, pois a conduta do empregador de fingir deixar a empregada sozinha de alguma forma instigou ou induziu o crime, isto é, o doutrinador entende como capaz de se caracterizar uma conduta instigadora a falsa ausência da vítima, que, na verdade, observava toda a situação.

Contudo, o mesmo Hungria defende que não há instigação, provocação ou indução pelo “agente estopim” no cenário em que um policial adentra em local onde comumente são realizadas apostas de “jogo do bicho”, e postando-se atrás do balcão, local onde usualmente o “bicheiro” era encontrado, esperava que indivíduos viessem realizar apostas e os prendia em flagrante.

Para Hungria, este flagrante não é preparado e sim esperado, pois, para o doutrinador, esta prisão seria perfeitamente válida, só não a sendo nesse caso concreto por tratar-se de prática de contravenção penal na modalidade tentada - realização de aposta no jogo do bicho, previsto no art 58, parágrafo único, da Lei de Contravenções Penais (Lei 3.688/1941) - desta forma, em razão do art 4º da referida lei expressamente vedar a sanção de contravenções na modalidade tentada, a conduta praticada é incapaz de culminar numa sanção penal:

Certo delegado de polícia, de uma feita, penetrando numa agência de “jogo do bicho”, postou-se atrás do balcão e, fingindo ser “bicheiro”, entrou de autuar em flagrante todos quantos se dirigiam para comprar apostas. Não eram os autuados, ao contrário do que se invocou em suas defesas, meros contraventores putativos, dada a ausência de qualquer iniciativa de um agente provocador, embora o subsequente processo penal não deixasse de ser desarrazoado e ilegal, porquanto na espécie o único fato imputável era uma simples tentativa de contravenção, que a lei isenta de qualquer pena. (HUNGRIA, 1978, p 108)

Observe que essa impossibilidade de sancionar o participante se deu, segundo Hungria, não em razão das características do flagrante - ou seja, dele ser um flagrante preparado - mas sim por causa da natureza tentada da contravenção. Isto é de mor importância por que se a maioria da doutrina considerar o entendimento de Hungria como o correto, não existe flagrante preparado na hipótese em que um policial finge ser empregado de um estabelecimento de fotocópia (“xerox”) e prende em flagrante todos aqueles que lhe pedirem para copiar livros ilicitamente, cometendo assim o crime de violação de direito autoral, crime previsto no art 184 do CP (exemplo adaptado, NUCCI, 2014, p 279).

Para nós, tanto o exemplo do policial que finge ser funcionário de uma fotocopadora quanto o que finge ser “bicheiro” são exemplos de flagrante preparado, Hungria não consegue explicar como a mera conduta do patrão (agente estopim) deixar a empregada sozinha num cômodo à espera que ela roube algo pode ser considerado uma conduta instigadora; enquanto que, o policial (agente estopim) ao fingir ser “bicheiro”, ferindo, desta forma, toda a boa-fé objetiva das relações sociais e do convívio em coletividade, não cometeu qualquer provocação,

indução ou instigação. Essas inconsistências teóricas e disparidade lógica revelam muito mais do que as falhas de Hungria na correta diferenciação dos institutos do flagrante preparado e esperado, pois estes estão tão enredados que os atuais conceitos que defendem sua distinção e separação - ao menos no que tange seus efeitos jurídicos - devem ser discutidos e, posteriormente, superados.

Para que não reste quaisquer dúvidas: o policial que se porta como se “bicheiro” fosse e se encontra no local que o “bicheiro” costuma ser encontrado claramente pratica uma conduta provocadora, pois, ainda que não diga uma palavra sequer, todo o contexto fático ao seu redor está a dizer “Eu sou um bicheiro e vendo apostas”. Ninguém se indaga se uma pessoa sentada num caixa de supermercado é ou não um caixa de supermercado, ou se um indivíduo sentado na cadeira do gerente do banco é ou não o gerente do banco. O mero contexto fático da situação já informa àqueles que a presenciam tanto o emprego da pessoa, caixa de supermercado ou gerente de banco, quanto o que implicitamente elas estão oferecendo, receber o pagamento pelos produtos comprados e oferecer produtos e serviços bancários.

Como dito anteriormente, este tópico é dotado de dois objetivos, finalizar as críticas acerca da doutrina de Hungria sobre o flagrante preparado e apresentar exemplos limítrofes entre os institutos do flagrante preparado e esperado. Inicia-se aqui a zona fronteira entre esses objetivos, pois será apresentado o último dos exemplos propostos por Hungria a ser analisado, o qual será posteriormente adaptado e modificado, juntando-se aos demais exemplos que serão por nós propostos como representantes de situações limítrofes e de difícil classificação.

Dito isto, o derradeiro exemplo de Hungria a ser analisado é o do policial que entra num taxi, sabendo previamente que o taxímetro está viciado, tendo como seu único fim prender o motorista em flagrante. Para Hungria isto trata-se de flagrante esperado, sendo válida a prisão e devendo responder o taxista (agente delitivo) por tentativa de estelionato:

O chauffeur que, tendo taxímetro viciado para lesar os fregueses, recebe de um policial, que se faz passageiro do carro, para surpreendê-lo em flagrante, o preço da “corrida” fraudulentamente marcado, comete apenas tentativa de estelionato. (HUNGRIA, 1978, p 108)

Este exemplo de Hungria é interessante pois, no contexto de parcos detalhes nos quais foi descrito, aparenta existir um flagrante preparado, e não esperado, como defende o doutrinador. Contudo, ao modificar-se o exemplo, sendo fornecidos ou introduzidos mais

detalhes, é possível direcionar a situação a algo mais similar a um flagrante esperado, porém dotado de características típicas do flagrante preparado, como: a ativa participação do “agente estopim”, a criação de uma oportunidade; e a coincidência de pessoas e/ou cumulação de funções - se não total, ao menos parcial - entre o agente estopim e o agente vigilante.

Antes de se realizarem as alterações supracitadas, convém explicar que a análise dos exemplos limítrofes analisados se dará da seguinte forma: 1) Será fornecido um exemplo padrão, denominado de “cenário padrão”. 2) Serão fornecidos, sequencialmente, exemplos dotados de modificações, porém que preservem a essência e o núcleo do exemplo padrão, eles serão denominados de “cenário variante 1”, “cenário variante 2” etc 3) Serão analisados o cenário padrão e os efeitos gerados pelas modificações a ele adicionadas nos cenários variantes.

Desta forma, segue abaixo o cenário padrão e seus respectivos cenários variantes, relativos ao taxista que fraudava o taxímetro:

Cenário Padrão: Policial tem prévio conhecimento que o motorista instalou no taxímetro um dispositivo que aumenta indevidamente o valor cobrado. Sabe também que este dispositivo sempre permanece ativo e que só é possível desativá-lo após complexa operação de desmonte do taxímetro. Dotado apenas destas informações, finge ser usuário e realiza o flagrante.

Cenário Variante 1: Policial tem prévio conhecimento que o motorista instalou no taxímetro um dispositivo que aumenta indevidamente o valor cobrado. Sabe também que este dispositivo é acionado manualmente pelo taxista durante a “corrida”. Dotado apenas destas informações, finge ser usuário e realiza o flagrante, sabendo que o flagrante só ocorreria se o taxista propositalmente acionasse o dispositivo durante a corrida, destarte, está ciente de que há a real possibilidade de o flagrante não acontecer. Valor fraudulento é cobrado e o flagrante é realizado.

Cenário Variante 2: Policial tem prévio conhecimento que o motorista instalou no taxímetro um dispositivo que aumenta indevidamente o valor cobrado. Porém, suas informações, documentalmente registradas, são de que o dispositivo é acionado manualmente pelo taxista no momento da “corrida”. Dotado apenas destas informações finge ser usuário, acreditando que o flagrante só ocorreria se o taxista propositalmente acionasse o dispositivo durante a corrida, destarte, está ciente de que há a real possibilidade de o flagrante não acontecer. Contudo, após o valor fraudulento ter sido cobrado, foi realizado o flagrante e posteriormente descobriu-se que o dispositivo adulterador era do tipo que sempre permanecia ativo e que não podia ser facilmente desativado.

O núcleo comum do “cenário padrão” que se repete nos seus “cenários variantes” é o fato do policial ter o prévio conhecimento de que o taxímetro estava adulterado e de ter se fingido de usuário. Todavia, cada um desses exemplos enseja interpretações diversas, pois o “cenário padrão”, por exemplo, tende muito fortemente a se enquadrar no conceito de flagrante

preparado, enquanto que outros, se encontram num limbo entre os flagrante preparado e esperado, estando o “cenário variante 1” muito possivelmente abarcado pelo instituto do flagrante esperado, apesar de ser dotado das características típicas do flagrante preparado já mencionadas.

Analisemos o cenário padrão, nele o policial tinha pleno conhecimento de que o taxímetro estava adulterado e sabia que no momento em que adentrasse no táxi fingindo ser usuário a chance do flagrante ocorrer era certa, o policial, neste cenário, ativamente provocou o cometimento do crime, pois a partir do momento que ele entrou no carro, o motorista não tinha mais escolha entre cometer ou não o delito, o delito iria ocorrer de qualquer forma, e o policial tinha ciência disto. Apesar de Hungria defender este cenário como hipótese de flagrante esperado, nos parece mais próprio classificá-lo como flagrante preparado.

Por sua vez, no “cenário variante 1”, o policial tem a prévia informação de que o taxímetro está adulterado, porém tem conhecimento de que não há absoluta certeza de que o flagrante se realizará, pois, o dispositivo fraudulento é acionado durante a corrida de acordo com a vontade do taxista. Observe que este cenário é um verdadeiro limbo entre os flagrante preparado e esperado, está numa região limítrofe entre ambos. Pois, aqueles que defendem que houve flagrante preparado podem arguir que o policial (agente estopim) instigou, induziu ou provocou o cometimento do crime ao adentrar no táxi fingindo ser um passageiro, criando assim uma oportunidade (criação de uma oportunidade).

Por sua vez, como nos parece mais correto, também, se pode arguir que tratar-se-ia de flagrante esperado, pois, diferentemente do “cenário padrão”, o policial não tinha a absoluta certeza de que o flagrante iria ser realizado, pois para que isto ocorresse era necessário uma conduta ativa por parte do motorista (agente delitivo). Desta forma, o policial, em verdade, não criou uma oportunidade de flagrante (criação de uma oportunidade), mas a esperou (espera de uma oportunidade). Ademais, se o mero ato do policial entrar num taxi e solicitar uma “corrida” (sem saber com absoluta certeza se ocorrerá o flagrante) for considerado uma conduta provocadora do crime, o usuário do serviço, que ignorante à adulteração, utiliza-se do táxi também está igualmente provocando o crime, visto que, ambos, policial e usuário do serviço, praticaram exata e idêntica conduta, cabendo ao taxista (agente delitivo), em ambos os casos, optar ou não por ativar o dispositivo.

Partindo-se do pressuposto de que o “cenário padrão” é um flagrante preparado e o “cenário variante 1” é um flagrante esperado, ainda assim não estão sanados todos os vícios e

problemas na distinção entre estes institutos, pois ainda há de ser enfrentada a questão do “cenário variante 2”. Como se classificar uma situação em que o policial pensa estar esperando uma oportunidade, pensa estar realizando um possível flagrante esperado, quando, na verdade, está criando uma oportunidade, está realizando um flagrante preparado. Este é o cerne do “cenário variante 2”, o policial acredita, baseado em provas documentais, que o dispositivo fraudulento é controlado pelo motorista, estando, portanto, a realização do crime sujeita à sua vontade durante a corrida, mas, no entanto, o dispositivo era do tipo de ativação permanente e no instante em que o policial adentrou no carro era certo que o flagrante ocorreria.

O caminho fácil e conservador é classificar todos os cenários, o padrão e seus variantes, como flagrante preparado, ignorando as enormes diferenças entre eles apenas pelo fato do policial ter se fingido de usuário. Contudo, para aqueles que veem no “cenário variante 1” (policial sabe que o dispositivo é ativado manualmente e ele de fato o é) elementos do flagrante esperado, a existência do “cenário variante 2” (policial acredita que o dispositivo é de ativação manual, mas ele é de ativação permanente) demonstra como são ilusórias as barreiras e tortuosas as fronteiras entre os flagrantes preparado e esperado. Impossível considerar o “cenário variante 1” como flagrante esperado sem estar disposto a uma profunda reanálise e reconstrução (ou mesmo destruição) dos conceitos de flagrante esperado e preparado.

Encerram-se as análises do exemplo do táxi, inicia-se agora uma nova situação hipotética dotada de seus próprios “cenário padrão” e “cenários variantes”:

Cenário Padrão: Policiais observaram que um criminoso costumava atuar com um mesmo *modus operandi*, frequentemente, porém, não sempre, realizando assaltos a ônibus em determinado trajeto nos dias de quarta-feira, por volta de 7 horas da manhã. Dez ônibus trafegam nesse horário e trajeto. É decidido que, temporariamente, um policial à paisana sempre tráfegará em um desses ônibus nesse horário. Um indivíduo armado tenta assaltar o ônibus e é preso em flagrante.

Cenário Variante 1: Policiais observaram que um criminoso costumava atuar com um mesmo *modus operandi*, frequentemente, porém não sempre, realizando assaltos a ônibus em determinado trajeto nos dias de quarta-feira, por volta de 7 horas da manhã. Dez ônibus trafegam nesse horário e trajeto. É decidido que, temporariamente, um dos ônibus que fazem esse trajeto nesse horário transportará cinquenta policiais e nenhum passageiro civil, estando os demais a transportar usuários normais e nenhum policial. Um indivíduo armado tenta assaltar o ônibus dos policiais e é preso em flagrante.

Cenário Variante 2: Policiais observaram que um criminoso costumava atuar com um mesmo *modus operandi*, frequentemente, porém não sempre, realizando assaltos a ônibus em determinado trajeto nos dias de quarta-feira, por volta de 7 horas da manhã. Dez ônibus trafegam nesse horário e trajeto. É decidido que, temporariamente, todos os ônibus que fazem esse trajeto nesse horário transportarão tão somente policiais à

paisana, cabendo a todos os ônibus transportar cinquenta policiais cada um. Um indivíduo armado tenta assaltar um dos ônibus e é preso em flagrante.

O “cenário padrão” (um policial, em um dos dez ônibus) tem todas as características próprias de um flagrante esperado, não aparenta haver grandes controvérsias nesse ponto. Se o “cenário padrão” é um flagrante esperado, e se a única diferença dele para suas variantes é a quantidade de ônibus com policiais e quantos estão presentes neles, seria razoável inferir que os “cenários variantes” serão também flagrantes esperados, ainda que porventura, sejam casos de “flagrante esperado supereficiente”.

Esta é, com certeza, uma das interpretações possíveis, porém, inegável que alguns dos cenários variantes possivelmente encontram-se em zonas limítrofes entre o flagrante preparado e esperado, a exemplo do “cenário variante 2” (cinquenta policiais em todos os ônibus), que em muito se assemelha aos casos de flagrante preparado do policial que finge ser “bicheiro” ou empregado de uma empresa de fotocópia (xerox). Sendo mais claro, no “cenário variante 2”, todos os ônibus do dia, horário e trajeto usualmente visados pelo agente delitivo estavam lotados de policiais, inexistindo sequer um usuário civil, pelo contexto fático e pela boa-fé objetiva das relações sociais, o agente delitivo espera assaltar um ônibus com usuários civis e não um ônibus transportando apenas policiais; houve uma quebra daquilo que era socialmente esperado, tal qual ocorreu com o exemplo do “bicheiro” e do empregado da fotocopadora.

Isto, gera um curioso precedente, pois caso se considere o “cenário padrão” como flagrante esperado e o “cenário variante 2” como flagrante preparado, isto implica em se afirmar que a quantidade de policiais em cada ônibus é capaz de, não apenas, transformar um flagrante esperado em um “flagrante esperado supereficiente”, mas sim em um verdadeiro flagrante preparado. Defender isto enseja em admitir que a eficiência das medidas preventivas e acauteladoras são capazes de mudar o instituto do flagrante, o que por sua vez destrói ainda mais a parca objetividade da separação dos institutos do flagrante preparado e esperado, empurrando, ainda mais, sua classificação para a subjetividade e arbitrariedade da autoridade julgadora.

Ao se considerar o “cenário padrão” (um policial, em um dos ônibus) como flagrante esperado e o “cenário variante 2” (cinquenta policiais em todos os ônibus) como flagrante preparado, há ainda de se enfrentar a questão da classificação do “cenário variante 1” (cinquenta policiais em um dos ônibus e nenhum nos demais). É possível afirmar que, tal qual o “cenário

variante 2”, o “cenário variante 1” violou a boa-fé objetiva das relações sociais e o contexto fático da situação, sendo, portanto, um flagrante preparado.

Contudo, igualmente defensável afirmar que, não obstante, existirem cinquenta policiais naquele ônibus, não havia nenhum nos demais e que os policiais jamais tinham como saber com certeza que aquele seria o ônibus assaltado, pois todos os dez ônibus atendiam aos requisitos do *modus operandi* do agente delitivo. Poderia ainda ser alegada como justificativa para existir um ônibus só de policiais e os demais apenas de usuários civis, isto ser uma medida tomada afim de evitar que civis fossem feridos caso houvesse resistência ao flagrante, hipótese possível caso houvesse pequeno número de policiais dispersos em vários ônibus.

Destarte, o “cenário variante 1” (cinquenta policiais em um ônibus, nenhum nos demais) é mais um dos casos limítrofes entre o flagrante preparado e esperado, visto que sua correta e indubitável classificação não é alcançada caso se tenham como limites o moderno entendimento dos institutos do flagrante preparado e do flagrante esperado.

Por fim, inicia-se agora a situação hipotética final, que também será dotada de seus próprios “cenário padrão” e “cenários variantes”:

Cenário Padrão: Um comerciante possui dois estabelecimentos em regiões distintas de uma pequena cidade; tradicionalmente, todo dia 5 de cada mês, ele faz grandes promoções, em ambos os estabelecimentos, para compras em dinheiro. Policiais recebem a informação de que no dia 5 de março um grupo organizado de criminosos armados pretende roubar os clientes do comerciante, sabem inclusive qual o estabelecimento visado. Contudo, o estabelecimento que será alvo dos bandidos, devido a sua posição geográfica e a topografia do terreno ao redor, facilitaria enormemente as tentativas de fuga dos bandidos, desta forma, um eventual flagrante ensejaria, inescapavelmente, num risco em potencial à integridade física dos clientes. Os policiais tomam as medidas acautelatórias e preventivas possíveis e, apesar dos graves riscos, o crime é impedido no estabelecimento visado pelos criminosos sem que ninguém se ferisse.

Cenário Variante 1: Um comerciante possui dois estabelecimentos em regiões distintas de uma pequena cidade; tradicionalmente, todo dia 5 de cada mês, ele faz grandes promoções, em ambos os estabelecimentos, para compras em dinheiro. Policiais recebem a informação de que no dia 5 de março um grupo organizado de criminosos pretende roubar os clientes do comerciante, sabem inclusive qual o estabelecimento visado. Contudo, o estabelecimento que será alvo dos bandidos, devido a sua posição geográfica e a topografia do terreno ao redor, facilitaria enormemente as tentativas de fuga dos bandidos. Os policiais informam ao comerciante dessa situação, e pedem para que mantenha o estabelecimento visado pelos criminosos fechado, realizando sua tradicional promoção apenas no outro estabelecimento, cujas características geográficas e topográficas dificultariam a fuga dos bandidos e facilitariam o flagrante. O comerciante aceita a proposta dos policiais e o flagrante é realizado no estabelecimento por eles desejado, e não no inicialmente visado pelos criminosos.

O “cenário padrão” é um perfeito exemplo de flagrante esperado, visto que a ação dos policiais (agente vigilante) foi absolutamente passiva, havendo apenas a realização de medidas preventivas e acautelatórias, inexistindo qualquer tipo de provocação, indução ou instigação, não há de se falar em outra hipótese para esse cenário senão de flagrante esperado.

O “cenário variante 1” por sua vez é dotado peculiaridades, posto que, apesar dos policiais saberem de antemão a data e o local que o crime ocorreria - e este iria de fato ocorrer independentemente de suas ações - de forma alguma contribuíram para seu induzimento, instigação ou provocação. Saliente-se que os policiais não induziram o desejo de cometer o delito nos criminosos, pois este já se fazia presente, existindo inclusive um plano arquitetado; os policiais tampouco os instigaram ou provocaram, pois não propagaram a falsa ideia de facilidade ou impunidade do crime, tendo, na verdade, propositadamente dificultado sua execução.

Contudo, ainda assim, houve, sem dúvida, alguma caráter ativo nas condutas dos policiais, pois esta não se enquadra perfeitamente nem em “esperar uma oportunidade” nem em “criar uma oportunidade”, não se amolda perfeitamente nem como flagrante esperado nem como flagrante preparado. Pois, apesar de os policiais não terem provocado o desejo delitivo ou falsamente facilitado sua execução, o crime só ocorreu, nas condições em que ocorreu, devido a suas ações.

O crime ocorreu e ocorreria independentemente dos atos dos policiais, mas ao convencerem o comerciante a abrir somente uma das lojas e, desta forma, alterarem o alvo visado pelos criminosos, acabaram por também modificar as características do local do crime e da rota de fuga a ser tomada. Houve até mesmo modificação das vítimas, pois apesar do comerciante ser vítima comum em ambos os cenários, nem todos os clientes que seriam lesados caso o roubo ocorresse no estabelecimento inicialmente visado seriam vitimados no estabelecimento efetivamente roubado.

Também não se pode dizer que a conduta dos policiais no “cenário variante 1” fez nascer um crime absolutamente diverso do constante no “cenário padrão”, pois como já foi dito, não houve qualquer provocação, indução ou instigação ao crime por parte dos policiais. Ademais, solicitar o fechamento do estabelecimento inicialmente visado é uma medida acautelatória e preventiva cabível, visto que, caso os criminosos cometessem o crime no local inicialmente

pretendido, o risco ao bem jurídico da saúde e integridade física dos clientes seria muito maior, devido as particularidades do local. Vale lembrar, ainda, que os policiais apenas solicitaram que um dos estabelecimentos fossem fechados, não havia qualquer certeza de que os criminosos cometeriam o crime no outro estabelecimento, havia a real e concreta chance de a execução do delito ser cancelada ou ao menos postergada para o dia 5 do mês subsequente.

Findado este tópico, espera-se que as reflexões, críticas e análises nele trazidas tenham demonstrado, de forma límpida e cristalina, que existem situações fáticas nas quais o entendimento vigente e conservador dos institutos do flagrante esperado e do flagrante preparado não conseguem explicar. São situações limítrofes, que se encontram num limbo jurídico, não se amoldando a nenhum dos institutos. Isto ocorre, não apenas em razão de peculiaridades pontuais de certas situações específicas, e sim em virtude de problemas estruturais e conceituais da definição de flagrante preparado e esperado.

Propomos, como forma de enfrentar esse problemático panorama, uma reconstrução profunda do conceito dos referidos institutos, partindo-se do princípio de que as fronteiras entre eles, se existentes, são turvas e tortuosas. Ainda que se considere que existem diferenças suficientes para justificar a distinção e diferenciação dos institutos do flagrante preparado e do flagrante esperado, há de se reconhecer que a semelhança entre eles é extrema, sendo sua correta classificação e identificação tarefa demasiado árdua e pautada fortemente em critérios subjetivos da autoridade julgadora.

Ademais, ainda que se tente empregar critérios predominantemente objetivos, a interpretação e aplicação destes recaíra na análise aprofundada de minúcias do caso concreto. Análise esta, impossível de ser feita de forma objetiva, pois a forma como um detalhe da situação fática é compreendido e interpretado varia consideravelmente de pessoa para pessoa. Isto é, por mais objetivo que seja o critério geral e abstrato para classificação dos institutos do flagrante preparado e do flagrante esperado, sua distinção no caso concreto recaíra na hermenêutica particular, subjetiva e arbitrária da autoridade julgadora.

Não ignoramos o fato de que toda decisão judicial, assim como toda a conduta humana, é dotada de algum grau de subjetividade e arbitrariedade. Contudo, isto não impede que critiquemos que uma decisão eivada de grande teor subjetivo e arbitrário gere efeitos completamente antagônicos no processo penal, entendendo pela validade deste caso se considere o flagrante esperado ou sua invalidade na hipótese de flagrante preparado.

Destarte, nos alinhamos ao entendimento de Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 532-533) que defende que caso não se reconheça que os institutos do flagrante preparado e esperado são idênticos, deve-se, ao menos, conceder a eles o mesmo tratamento jurídico, seja defendendo a licitude de ambos - o que parece para nós e para Pacelli o mais correto - seja defendendo a ilicitude de ambos.

## **11.SITUAÇÕES PECULIARES DE FLAGRANTE PREPARADO**

O presente tópico tem como objetivos discorrer sobre as peculiaridades dos seguintes tipos de flagrante preparado: nos casos de crimes permanente (ex: tráfico de drogas, previsto no art 33, Lei 11.343/2006); nos crimes formais, isto é crimes cujo momento da consumação é diverso do momento de seu exaurimento (ex: corrupção passiva, previsto no art 317 do CP); nos crimes em que houve efetiva, porém diminuta lesão a bem jurídico e por fim, nos crimes em que houve consumação, seguida por fuga prolongada.

Crimes permanentes são aqueles cuja consumação se protraí no tempo. São crimes que se iniciam num determinado momento, mas cuja conduta delitativa se perpetua deste referido momento até o instante que o agente delitivo a interrompa ou contra sua vontade é interrompido. Este também é o entendimento de Nucci sobre o tema:

Crimes permanentes são aqueles que se consumam com uma única ação, mas o resultado tem a potencialidade de se arrastar por largo período, continuando o processo de consumação da infração penal. Portanto, aquele que sequestra determinada pessoa, enquanto a detiver em seu poder, cerceando sua liberdade, esta em franca execução do crime. O delito consumou-se no momento da privação da liberdade, arrastando esse estado na linha do tempo, pois continua a ferir o bem jurídico protegido. (NUCCI, 2008, p. 595)

No que tange ao flagrante preparado nos crimes permanentes, a matéria está razoavelmente pacificada na doutrina e jurisprudência, sendo o flagrante preparado amplamente aceito nesses casos. A justificativa para tanto é que o crime já estava consumado antes da ação instigadora ou indutora do agente vigilante (que age sendo agente estopim ou em conluio com esse). Isto é, o flagrante preparado, apesar de decorrente de uma condutora instigadora, não fez nascer a consumação do crime, mas tão somente evidenciar uma consumação pretérita que já existia e que estava sendo praticada.

Nos crimes permanentes a consumação ocorreu em algum ponto anterior a ação do agente vigilante/estopim e se protrau no tempo, se consumando de forma contínua, até que a mencionada ação instigadora do agente vigilante/estopim a fez transparecer. Uma vez isto ocorrendo, a prisão em flagrante apenas interrompe e faz cessar a consumação, e não a cria ou instiga.

O exemplo clássico de flagrante preparado nos crimes permanentes é o do policial que, fingindo ser usuário de drogas, compra drogas do traficante, para prendê-lo em flagrante, o traficante iniciou a consumação do crime no momento em que começou a portar a droga ilícita com fins de tráfico, sendo preso não em virtude da venda realizada ao policial por meio do flagrante preparado, e sim por ter evidenciado e transparecido que estava portando drogas. O flagrante é lícito por causa do porte de drogas anterior a instigação delitiva e não por causa da venda propriamente dita. Este é não só o entendimento absolutamente majoritário da doutrina, como também é o posicionamento defendido por Nucci:

Há certos casos em que a polícia se vale do agente provocador, induzindo ou instigando o autor a praticar determinada ação, mas somente para descobrir a real autoria e materialidade de um crime. Assim sendo, não se dá voz de prisão por conta do eventual delito preparado e, sim, pelo outro, descoberto em razão deste.

É o que ocorre nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes. Ilustrando, o art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, possui dezoito formas alternativas de conduta. Assim, caso o policial se passe por viciado, com o fim de comprar drogas, o traficante ao ser detido, no ato da venda, não será autuado por vender, mas porque trazia consigo ou tinha em depósito substância entorpecente. Afinal, as condutas anteriores configuram crime permanente. Cuida-se de hipótese validada pela jurisprudência. (NUCCI, 2008, p. 593-594)

Quanto ao tráfico de entorpecentes, passando-se o policial por usuário e pretendendo comprar droga, faz com que o traficante se exponha. Recebe este voz de prisão em flagrante não pela tentativa de venda, mas pelo já consumado delito de ter consigo substância entorpecente (delito permanente). (NUCCI, 2014, p 279)

Este também tem sido o prisma pelo qual a jurisprudência tem enxergado o flagrante preparado nos crimes permanentes. Prova disto, é que no próprio sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018b) que trata sobre a Súmula Nº 145, é exposto, como exemplo de jurisprudência posterior à publicação da supracitada súmula, o HC 105929, o qual ratificou o entendimento do STJ sobre a licitude do flagrante preparado no crime de tráfico de drogas:

Quanto à segunda alegação, em que requer seja reconhecido o flagrante preparado, tenho para mim ser de todo irreparável a decisão proferida pelo STJ que assentou: 'o fato de os policiais condutores do flagrante terem se passado por consumidores de droga, como forma de possibilitar a negociação da substância entorpecente com o ora paciente e demais corréus, não provocou ou induziu os acusados ao cometimento do delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, sobretudo porque o tipo do crime de tráfico é de ação múltipla, admitindo a fungibilidade entre os seus núcleos, consumando-se, apenas, com a guarda da substância entorpecente com o propósito de venda, conforme restou evidenciado na espécie.'" (HC 105929, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento em 24.5.2011, DJe de 6.6.2011)

Todavia, apesar da licitude do flagrante preparado nos crimes permanentes ser matéria razoavelmente pacificada na doutrina e na jurisprudência, existem, sim, vozes destoantes, sendo uma das mais eloquentes, a de Aury Lopes Jr:

O flagrante provocado também é ilegal e ocorre quando existe uma indução, um estímulo para que o agente cometa um delito exatamente para ser preso. Trata-se daquilo que o Direito Penal chama de delito putativo por obra do agente provocador. BITENCOURT explica que isso não passa de uma cilada, uma encenação teatral, em que o agente é impelido à prática de um delito por um agente provocador, normalmente um policial ou alguém a seu serviço. É o clássico exemplo do policial que, se fazendo passar por usuário, induz alguém a vender-lhe a substância entorpecente para, a partir do resultado desse estímulo, realizar uma prisão em flagrante (que será ilegal). É uma provocação meticulosamente engendrada para fazer nascer em alguém a intenção, viciada, de praticar um delito, com o fim de prendê-lo. (LOPES JR, 2014, p. 591).

Aury Lopes expressa, como uma única justificativa ao seu posicionamento contrário à licitude do flagrante preparado nos crimes permanente, os mesmos fundamentos pelo qual considera o flagrante preparado ilícito de uma forma geral, não explicando porque é contrário à doutrina majoritária que defende a licitude deste flagrante nos casos de crimes permanentes.

Apesar de Aury Lopes não expor as razões que o fazem considerar ilícito o flagrante preparado nos crimes permanentes, temos que frisar que, não obstante defendermos a licitude, validade e constitucionalidade do instituto do flagrante preparado, caso se tenha como verdadeiro o posicionamento majoritário da doutrina de que o flagrante preparado nos crimes outros que não os permanentes sejam ilícitos, há também de se reconhecer que neles o flagrante preparado é também ilícito, em virtude da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (Fruits of the Poisonous Tree Doctrine)

Sendo mais claro, o entendimento da jurisprudência e da doutrina majoritária acerca do flagrante preparado nos crimes permanentes é o seguinte: existe um flagrante preparado, porém este flagra e comprova apenas um momento do interstício consumativo do delito; o flagrante

deste momento é incapaz de por si só gerar uma condenação penal; porém, as provas que este flagrante gera podem ser aproveitadas para comprovar o interstício consumativo anterior à realização do flagrante.

Ou seja, para a doutrina majoritária, no caso constante do policial se fingir de usuário para comprar drogas nas mãos do traficante, a venda, em si, da droga é um flagrante preparado e, portanto, ilícito; porém, este flagrante preparado ilícito, apesar de incapaz de culminar num processo penal válido, pode ter suas provas aproveitadas para embasar o processo penal pelo porte de drogas com o intuito do tráfico. Este é o “pulo do gato”, a doutrina majoritária admite como válida as provas diretamente decorrentes de uma conduta ilícita do representante do Estado, qual seja, a prática do flagrante preparado pelo policial. Isto é um claro desrespeito à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, teoria esta amplamente respaldada pelo Supremo Tribunal Federal e cuja violação, segundo o próprio STF, enseja em grave lesão aos princípios e garantias fundamentais constitucionalmente tutelados:

PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI)- ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II)- AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL . - Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes . - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), **nenhum agente público**

poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF). ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS . - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo . - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO . - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária . - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes . - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar . - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos . - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária . - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA -

DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g. (RHC 90376 RJ, Relator: Ministro Celso de Mello) (grifos nossos) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007)

É, no mínimo, hipócrita a postura do Supremo Tribunal Federal de simultaneamente considerar, por meio de sua Súmula Nº 145, o flagrante preparado como ilícito e incapaz de ensejar num processo penal capaz de culminar numa sanção penal e, ao mesmo tempo, considerar absolutamente válido o flagrante preparado nos crimes permanentes, ignorando, desta forma, que as provas da consumação pretérita do crime só puderem ser obtidas através de um flagrante preparado, instituto por ele próprio considerado ilícito. Ou o STF abandona seu entendimento de que o instituto do flagrante preparado é ilícito ou ignora e descarta toda a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. O que é inadmissível, é que, por inércia ou por conservadorismo, o STF continue a manter seu retrógrado posicionamento sobre o flagrante preparado e, de forma simultânea, emende suas inconsistências teóricas aceitando-o somente em casos pontuais, como nos crimes permanentes.

Findadas as críticas e ponderações acerca do flagrante preparado nos crimes permanentes, inicia-se agora a análise do flagrante preparado nos crimes formais. Os crimes formais são aqueles que se consumam mediante a mera prática de uma conduta por parte do agente delitivo, mas que se exaurem mediante a realização de um resultado materialístico. Este também é o entendimento de Mirabete sobre o tema:

No crime formal não há necessidade de realização daquilo que é pretendido pelo agente, e o resultado jurídico previsto no tipo ocorre ao mesmo tempo em que se desenrola a conduta, "havendo separação lógica e não cronológica entre a conduta e o resultado". No delito de ameaça (art. 147), a consumação dá-se com a prática do fato, não se exigindo que a vítima realmente fique intimidada; no de injúria (art. 140) é suficiente que ela exista, independentemente da reação psicológica do ofendido etc. A lei antecipa o resultado no tipo; por isso, são chamados crimes de consumação antecipada. (MIRABETE, 2013, p. 134)

Como nos crimes formais, a consumação ocorre em momento anterior ao exaurimento, só existe flagrante preparado se a instigação ou indução ao delito ocorreu na fase de consumação, não há flagrante preparado se houve tão somente instigação ao exaurimento. Isto foi analisado exhaustivamente no tópico em que foram analisados os leading cases que

culminaram na publicação do Enunciado de Súmula nº 145 do STF. Momento este o qual foi explanado que só se configura flagrante preparado no crime de corrupção passiva quando o agente estopim instiga, induz ou provoca o agente delitivo a solicitar a propina. O ato do agente estopim de facilitar ou provocar o exaurimento do crime, isto é, de entregar a propina já solicitada, com fins de realizar o flagrante ao tempo da entrega, é mera instigação ao exaurimento, o que não enseja flagrante preparado, visto que, o crime já havia sido anteriormente consumado.

No que tange ao flagrante preparado nos crimes em que houve efetiva, porém diminuta lesão ao bem jurídico, este pode ser admitido para aqueles que se filiem a já mencionada “corrente doutrinária da ilicitude do flagrante preparado em razão da impossibilidade de efetiva lesão ao bem jurídico”. Visto que, para esta corrente, é considerado lícito o flagrante preparado na hipótese de se flagrantear crime cuja consumação ou exaurimento (ou, mesmo, tentativa de consumação ou de exaurimento) lese, efetiva e irreparavelmente, o bem jurídico, ou, mesmo, o expunha a grave e concreto perigo de lesão efetiva e irreparável.

Destarte, como a supracitada corrente doutrinária considera lícito o flagrante preparado desde que o bem jurídico sofra, ao menos, grave e concreto perigo de lesão, nas hipóteses em que o bem jurídico sofreu efetiva, porém diminuta, lesão também será lícito o flagrante preparado. Vide o exemplo de uma policial disfarçada como vítima preferencial de um serial killer, que a atacou antes que o agente vigilante pudesse reagir e protegê-la; seria a hipótese em que o assassino serial, antes de ser contido, desferiu vários golpes de faca, porém, somente acertando superficialmente no braço, haveria um, lícito e válido, flagrante preparado por tentativa de homicídio, e não apenas um flagrante preparado por lesão corporal leve consumada, visto que, estava claro o *animus necandi* do agente delitivo.

O mesmo entendimento é aplicado aos crimes em que houve consumação seguida de fuga prolongada. Pois, adotando-se o posicionamento da já mencionada corrente, a fuga prolongada nos casos de flagrante preparado põe o bem jurídico em grave e concreto perigo de lesão efetiva e irreparável.

Tomemos novamente emprestado o clássico exemplo de Nelson Hungria, no qual o patrão finge deixar a empregada sozinha no cômodo e assim, supostamente a instigando a cometer um furto. Imaginemos que quando o flagrante preparado fosse ser realizado, a empregada conseguisse se trancar num banheiro anexo ao cômodo, e enquanto os policiais tentavam arrombar a porta, ela escapasse por uma janela e alcançasse seu veículo. Os policiais,

ao perceberem o ocorrido, iniciaram imediata e incessante perseguição, a alcançando e prendendo duas horas depois. Nesta, suposta, hipótese de flagrante preparado, houve consumação do crime de furto (efetiva troca na posse dos bens, teoria do *amotio*); contudo, imediatamente após a consumação houve incessante perseguição, tendo os policiais apenas conseguido efetivar o flagrante duas horas depois. Houve, portanto, grave e concreto risco de lesão efetiva e irreparável ao bem jurídico, pois a longa perseguição poderia culminar na bem-sucedida fuga do agente delitivo (empregada) ou, mesmo, pela conduta do agente delitivo em dispensar a *res furtiva* como forma de livrar-se dos itens furtados e enfraquecer o corpo probatório existente contra si.

## **12.FLAGRANTE DIFERIDO, AÇÃO CONTROLADA E O “CASO AÉCIO NEVES”**

Flagrante diferido é o flagrante concretizado após a realização de uma ação controlada. Por sua vez, ação controlada é o ato de postergar propositalmente a prisão em flagrante de um crime com o escopo de vigiá-lo através de meios diversos (escutas, gravações, presença de agente infiltrado, etc) e, desta forma, colher informações a seu respeito, informações estas que levem a um futuro flagrante de um crime mais grave ou que abarque maior número de envolvidos. Saliente-se que, não somente, a realização de ação controlada tem como requisito a prévia autorização judicial, mas, também, que ela - e por consequência o próprio flagrante diferido - só é válida para os casos expressamente previstos em lei, previsão esta constante na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) e na Lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/2013). Ademais, a ação controlada é definida pelo art 8º da Lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/2013) da seguinte forma:

Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

§ 1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público.

§ 2º A comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada.

§ 3º Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações.

§ 4º Ao término da diligência, elaborar-se-á auto circunstanciado acerca da ação controlada.

O flagrante diferido é, portanto, uma subespécie de flagrante esperado, distinguindo-se desse apenas em razão dos crimes aos quais é aplicável e ao método ao qual podem ser realizadas as medidas de vigilância e acautelamento. Destarte, o flagrante esperado pode ser empregado, a princípio, em qualquer crime; além disso, não há uma forma específica ou método legalmente previsto pela qual as medidas de vigilância e acautelamento serão realizadas.

Por sua vez, o flagrante diferido só é empregado aos casos de crimes relativos ao tráfico de drogas e àqueles cometidos por organizações criminosas; há, ainda, expressa previsão de métodos legalmente previstos típicos do flagrante diferido, exemplos destes métodos são escutas telefônicas, gravação da execução do crime não flagranteado, atuação de agente infiltrado etc, reitere-se, mais uma vez, que estas medidas de vigilância e acautelamento requerem previa autorização judicial.

Outra distinção entre o flagrante esperado e o diferido é que, não obstante, ambos possam ter sua realização temporariamente retardada, o grau e a intensidade dessa postergação varia a depender dos institutos. Podendo tal postergação ser da ordem de minutos ou horas, na hipótese de flagrante esperado; ou de dias, semanas ou meses, a depender do contexto fático e do caso concreto, na hipótese de flagrante diferido.

Um exemplo de flagrante esperado em que houve retardamento da realização do flagrante é a hipótese de policiais saberem previamente que um indivíduo irá realizar um roubo em determinada hora e local, mesmos que os policiais identifiquem este indivíduo portando uma arma de fogo a algumas centenas de metros do local em que o roubo seria consumado, eles não são obrigados a realizar o flagrante pelo porte ilegal de arma de fogo, pois lhe é facultado esperar alguns instantes e realizar o flagrante pelo roubo tentado ou consumado.

Caso se entendesse de forma diversa, esvaziaria-se o instituto do flagrante esperado, pois sempre que o agente delitivo suspeitasse estar sob a vigília do agente vigilante, ele poderia, como forma de confirmar suas suspeitas, praticar um crime muito mais leve que o inicialmente planejado, com o escopo de forçar que um eventual agente vigilante que poderia estar-lhe a

observar fosse compelido a concretizar o flagrante, pois ele teria presenciado a concretização desse crime mais brando.

Saliente-se ainda que, uma vez optado por se diferir o flagrante, isto é, não realizar o flagrante, mas tão somente vigiar a execução do crime com o objetivo de colher informações a seu respeito. Este flagrante diferido não poderá, em razão dos mesmos fatos concretos observados, ensejar uma prisão em flagrante, podendo tão somente serem aproveitadas as provas colhidas num eventual processo penal, não existindo, todavia, justa causa para a prisão em flagrante.

Isto é, caso policiais optem por postergar o flagrante de um traficante que vendeu 10kg de cocaína, por planejarem obter informações sobre a venda de 100kg de cocaína que ocorreria em breve. Esses policiais não podem, uma semana após realizada a venda dos 10kg de cocaína, prender o traficante em flagrante, pois já não há mais flagrante delito, visto que, o delito não está mais ocorrendo, pois, sua consumação já fora há muito encerrada. Eles podem, todavia, aproveitar-se de todas as provas que colheram durante a vigilância da venda dos 10kg cocaína para processar criminalmente o traficante, a postergação do flagrante não indulta o traficante pelas condutas delitivas por ele praticada, há apenas a mera abdicação de flagranteá-lo no momento da consumação delitiva. Este também é o entendimento tanto de Badaró quanto de Aury Lopes Jr:

Ou seja, a autoridade ou agente policial pode deixar de realizar a prisão em flagrante no momento em que o crime está ocorrendo para obter maiores informações sobre o funcionamento e os membros da organização criminosa. Obviamente, a autoridade policial, no momento posterior, quando descobrir os elementos mais relevantes não poderá realizar a prisão em flagrante, pelo ato pretérito que foi tolerado visando à eficácia da investigação, uma vez que não mais existirá qualquer das situações de flagrante do art. 302 (BADARÓ, 2015, p. 964)

A autoridade policial está autorizada, apenas, a “deixar de proceder” naquele exato momento, para que possa obter maiores informações que deem um lastro probatório mais robusto para a investigação. Depois disso, o que deverá ser feito – em caso de necessidade demonstrada – é representar pela prisão temporária ou preventiva. Com isso, o flagrante diferido não constitui uma nova modalidade de prisão, senão um instrumento-meio, com vistas à eficácia da investigação. A partir das informações obtidas pelo não agir da polícia naquele momento, instrumentaliza-se o posterior pedido de prisão temporária ou preventiva. (LOPES JR, 2014, p. 593)

Proveitoso, também, se analisar a questão da instigação, indução ou provocação delitiva cometidas pelo agente infiltrado no contexto do flagrante diferido. A Lei de Organização

Criminosa (Lei 12.850/2013) ao discorrer sobre a infiltração de agente policial não menciona em momento algum a validade ou a regularidade de um flagrante induzido ou instigado pelo próprio infiltrado. Ao dispor sobre a infiltração policial, o legislador pensou somente na figura do agente policial que exerce apenas funções de pouca relevância na organização; não se aventurou cogitar o que ocorreria caso esse agente, durante o breve tempo de sua infiltração, galgasse posições na organização e, ainda que longe de ser um dos líderes desta, obtivesse certo poder diretivo e decisório nos ilícitos a serem praticados.

Tenha-se como exemplo o seguinte cenário: um agente passa 5 (cinco) meses infiltrado numa organização criminosa voltada ao roubo de cargas. Inicialmente, este agente apenas cumpria ordens, porém, no período em que estava infiltrado ganhou a confiança do líder da organização, por esta razão o líder delega ao agente todo o planejamento do próximo roubo a ser realizado, escolhendo a data, o horário, o local, a vítima e, mesmo, os membros da organização que participarão do crime. O agente infiltrado escolhe as características do crime de forma a facilitar ao máximo o flagrante escolhendo data, hora e local propício para tanto, solicitando ainda a atuação do líder e dos mais importantes membros da organização na empreitada criminosa, etc. Se de fato se realizar o flagrante pelo crime organizado e arquitetado pelo agente infiltrado, este seria um flagrante com características mistas do flagrante preparado e diferido; pois, houve postura ativa e criação de uma oportunidade por parte do agente infiltrado (agente estopim), mas também se deu no contexto de uma ação infiltração policial judicialmente autorizada. Saliente-se que, a priori, esta hipótese nos parece mais semelhante a um flagrante preparado do que a um flagrante diferido.

Findados os comentários introdutórios acerca do flagrante diferido, inicia-se agora a análise do “Caso Aécio Neves”, este caso tem o seguinte contexto fático: Joesley Batista, presidente do grupo J&F, temeroso que as investigações da Operação Lava Jato, Carne Fraca e Greenfield pudessem alcançar a ele e a suas empresas, gerando sua condenação penal e a imposição de pesadas multas ao grupo JBS, decidiu coletar provas que pudessem respaldar uma futura delação premiada a ser acordada com o MPF. Uma destas provas foi obtida porque, segundo seu depoimento, Andrea Neves o procurou na Escola Germinare, escola esta contígua à sede do grupo J&F, oportunidade em que supostamente solicitou R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais) em favor de seu irmão, alegadamente para arcar com advogados e despesas jurídicas. Não houve qualquer gravação desse encontro entre Joesley Batista e Andrea Neves, de forma que é impossível saber se Andrea Neves realmente solicitou esta propina, ou se ela

foi oferecida por Joesley, com o intuito de gravar audiovisualmente sua entrega e lhe garantir material a ser entregue ao MPF em troca de vantagens processuais. Após esse encontro, Joesley Batista solicitou que Andrea Neves marcasse um encontro entre ele e Aécio Neves, o que de fato ocorreu. Desta vez, todavia, Joesley Batista gravou o áudio com sua conversa com Aécio Neves, contudo, no referido áudio fica claro que foi Joesley Batista quem primeiro menciona a propina de 2 milhões de reais (supostamente requerida anteriormente por Andrea Neves), toda a discussão gravada entre Josley e Aécio acerca da propina foi instigada por Joesley, que trouxe à baila o assunto, seguro dizer que, ao menos no que tange o conteúdo desse áudio, Aécio Neves não solicitou propina, se muito foi induzido a aceitá-la o que configuraria clara hipótese de flagrante preparado. Deste encontro ficou acordado que Frederico Pacheco (vulgo Fred), primo de Aécio Neves, receberia as propinas em quatro parcelas de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), sendo estas entregues semanalmente a partir do dia 4 de abril de 2017. A entrega do dia 4 de abril não foi gravada, contudo, no dia 07 de abril de 2017, Joesley Batista apresentou-se ao MPF e firmou um pré-acordo de delação premiada. Após a celebração deste acordo, todas as demais entregas das parcelas de propina foram gravadas e acompanhadas pela justiça federal. As informações supracitadas foram extraídas do teor da denúncia confeccionada pelo MPF (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2017) e da matéria constante no sítio eletrônico da empresa jornalística G1 (G1, 2017).

Infelizmente, a defesa dos envolvidos no “Caso Aécio Neves” ainda não ofereceu defesa prévia, contudo, protocolou petição, nos autos do Inquérito 4506 do STF afirmando que os delatores escreveram e-mails alegando que os procuradores os instruíram, antes da assinatura da delação premiada, a promoverem gravações de diálogos autoridades públicas. Caso a alegação da defesa se mostre verdadeira, todo o “Caso Aécio Neves” seria, muito possivelmente, o caso de flagrante preparado mais noticiado em todo o território brasileiro. Segue abaixo a transcrição de trecho da Decisão Monocrática DJE nº 289, divulgada em 14/12/2017, decisão esta constante nos autos do Inquérito 4506 do STF e que faz referência a já mencionada petição protocolada pela defesa dos envolvidos no “Caso Aécio Neves”:

Sustenta que o conhecimento dos diálogos é essencial para a análise da legalidade da prova, reportando-se à notícia de que o então Procurador Regional da República Marcelo Miller teria orientado os executivos da J&F na celebração das delações premiadas e na gravação de conversas com agentes públicos, inclusive consigo. Transcreve trechos de publicações em veículos de comunicação impressa. Articula com a imprescindibilidade da juntada das provas coligidas nos procedimentos nº

0006243-26.2017.403.6181 e nº 0003514-85.2017.403.6000, em trâmite, respectivamente, na Justiça Federal de São Paulo e de Mato Grosso do Sul, atinentes às Operações denominadas Tendão de Aquiles e Lama Asfáltica, no âmbito das quais, segundo revelado pela imprensa, teriam sido identificadas mensagens e e-mails escritos pelos delatores a confirmarem que procuradores os instruíram, antes da assinatura do acordo de delação premiada, a promoverem gravações de diálogos com autoridades públicas, com a ciência do gabinete do Procurador-Geral da República. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017)

Apesar de defendermos que o “Caso Aécio Neves” muito provavelmente foi um flagrante preparado, e não uma ação controlada (flagrante diferido, sub-espécie do flagrante esperado), também não olvidamos que ao tempo da análise do HC 38758 e do HC 40289 - ambos leading cases da Súmula Nº 145 que tratavam sobre corrupção passiva – termos defendido que estes processos tratar-se-iam de flagrantes esperados. Esta diversidade de tratamento não é sem razão, pois no HC 38758 e no HC 40289 não foram localizadas quaisquer provas ou indícios de que existiu provocação ou induzimento ao crime de corrupção passiva, isto é, não localizamos evidências de que a vítima ofereceu propina ao réu com o escopo de provoca-lo a cometer o crime, ademais, nenhuma das vítimas tinha particular interesse em que o réu fosse denunciado.

Por sua vez, no “Caso Aécio Neves”, diversos fatores ensejam a suspeita de que houve flagrante preparado, tais como: 1) A suposta existência de e-mails nos quais os delatores admitem terem sido instruídos pelos procuradores antes da celebração do termo de delação premiada 2) A inexistência de gravação da solicitação de propina, supostamente realizada por Andrea Neves, à Joesley Batista; bem como a gravação entre Joesley Batista e Aécio Neves, usada como prova no processo, comprova que foi Joesley quem primeiro se referiu à propina durante sua conversa com Aécio; 3) Joesley Batista auferir grandes vantagens e benesses em sua delação premiada caso comprove que Aécio Neves praticou crimes, existindo, portanto, motivo plausível para Joesley instigar, induzir ou provocar Aécio à prática de delitos.

O “Caso Aécio Neves” escancara mais uma vez as contradições do Supremo Tribunal Federal que ao mesmo tempo que mantém seu posicionamento pela ilicitude do flagrante preparado, acaba por implicitamente aceitá-lo por vias transversas, o travestindo de outras figuras similares, como o do flagrante diferido efetuado através de “ações controladas”. Muito mais transparente e republicano seria a postura do STF em reconhecer sua mudança de posicionamento, reconhecendo como válido o flagrante preparado. Todavia, esta não parece ser a linha que a Suprema Corte adotará, pois, ela permanece valendo-se de subterfúgios diversos

para mascarar o flagrante preparado como se outra espécie o fosse, tudo a fim de evitar ter que encarar de frente seu posicionamento retrógrado e conservador sobre o tema.

### **13. RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE ESTOPIM NO FLAGRANTE PREPARADO**

Polêmica a questão da responsabilidade do agente estopim nos casos de flagrante preparado. Imprescindível que, primordialmente, se faça a distinção entre 3 (três) cenários distintos: 1) Flagrante preparado no qual houve mera tentativa, não havendo, todavia, consumação. 2) Flagrante preparado no qual houve consumação, porém, inexistindo efetiva e irreparável lesão ao bem jurídico. 3) Flagrante preparado no qual houve consumação que acarretou em efetiva e irreparável lesão ao bem jurídico.

Nos primeiros dois casos, a doutrina majoritária segue o entendimento de Nelson Hungria (1978, p. 107), e afirma que inexistente crime, mas tão somente algo como uma ilusão, uma encenação, um simulacro meticulosamente planejado e urdido pelo “agente estopim” com o fito de prender em flagrante o agente delitivo, que é o “protagonista inconsciente de uma comédia”. Saliente-se que, como não houve crime praticado pelo agente alvo da instigação ou indução, também não haveria crime por parte do agente estopim.

No terceiro caso a situação se torna mais complexa, pois alguns doutrinadores começam a imputar ao agente estopim responsabilidade penal pela conduta praticada pelo agente delitivo. É o caso de Mirabete, que imputa ao agente estopim responsabilidade à título de dolo eventual, na hipótese de ter agido leviana e irresponsavelmente perante a conduta criminosa do agente delitivo; ou a título de culpa, se agiu sem respeitar com o dever de cuidado durante a condução do flagrante, isto é, se agiu de forma negligente, imperita ou imprudente:

A propósito do assunto, necessário referir-se ao agente provocador, que induz ou instiga outrem à prática de um crime sem desejar a consumação, atuando apenas para possibilitar a prisão em flagrante do executor ou por qualquer outra razão. Havendo consumação, deverá o agente provocador ser responsabilizado pelo ilícito a título de dolo eventual, se sua intenção admitiu levianamente a possibilidade do resultado, ou de culpa, se agiu sem respeitar o dever de cuidado exigível na hipótese. (MIRABETE, 2013, p. 168)

Prudente e oportuno que se faça uma pequena ressalva, Mirabete não faz distinção expressa entre o flagrante preparado no qual o crime foi formalmente consumado e o flagrante preparado no qual o crime foi consumado com efetiva e irreparável lesão ao bem jurídico.

O flagrante preparado no qual o crime foi formalmente consumado é aquele cuja consumação se dá apenas num plano puramente formal e teórico, é a consumação que, apesar de numa análise puramente gramatical, ter de fato ocorrido, não gerou um resultado lesivo efetivo ao bem jurídico; um exemplo disto seria o flagrante preparado de um crime de furto no qual o agente delitivo foi preso no exato instante que obteve a posse da coisa (teoria do amotio). Por sua vez, o flagrante preparado no qual o crime foi consumado com efetiva e irreparável lesão ao bem jurídico é autoexplicativo, houve mais do que a mera consumação técnica do crime, houve uma lesão real e irreparável ao bem da vida tutelado pelo Direito. Da hermenêutica da obra de Mirabete, entende-se que ele, mesmo que tacitamente, só reputa responsabilidade ao agente estopim no caso de existir a lesão efetiva e irreparável ao bem jurídico. Não a existindo, aplica-se, para Mirabete, o entendimento de Hungria de simulacro de crime (comédia delitiva, crime putativo).

Concordamos apenas parcialmente com a proposta de responsabilização do agente estopim exposta por Mirabete. Pois, apesar de entendermos que existem casos em que o agente estopim pode ser responsabilizado por culpa ou dolo, estes seriam extremamente excepcionais. Devendo existir também, para imputação dessa responsabilidade, outros requisitos não mencionados por Mirabete.

No que tange à responsabilização do agente estopim no flagrante preparado em que houve efetiva e irreparável lesão, ela se dá, à título de culpa, não em todo e qualquer caso em que a referida lesão ocorrer, mas tão somente se manifestamente demonstrado que o agente estopim agiu com patente e evidente imperícia, negligência ou imprudência. Deve-se comprovar que as medidas preventivas e acautelatórias não foram tomadas ou as foram em grau severamente inferior ao mínimo tolerado.

O agente estopim não tem o dever de impedir a efetiva e irreparável lesão do crime que instigou, tem o dever de tomar as medidas de proteção e acautelamento usuais e esperadas para aquela situação. Uma analogia cabível seria com a de um cirurgião, pois, o simples fato de um paciente morrer em sua mesa de operações, por si só, não implica em qualquer responsabilidade penal, pois, para que esta ocorra, deve haver a concreta comprovação de que houve erro crasso na condução do procedimento, falha na higienização dos utensílios por ele esterilizados etc.

Por sua vez, se a responsabilização à título de culpa do agente estopim no flagrante preparado já é uma situação excepcional, sua responsabilização à título de dolo eventual é, não menos que, estapafúrdia, pois ocorreria somente nos casos em que o agente estopim, após instigar, induzir ou provocar o crime, abandona a vigilância do bem jurídico, deixando-o à própria sorte. Um exemplo disso seria a hipótese em que o policial, sabedor da rivalidade entre dois indivíduos, ataca um deles, alegando falsamente que o outro o injuriara; almejando, desta forma, que o injuriado atacasse o seu rival, momento o qual o prenderia em flagrante. Se o policial, após ter praticado a conduta instigadora, abandonar sua vigilância, ou abdicar de tomar quaisquer medidas protetivas ou acautelatórias, responderá penalmente, à título de dolo eventual, por todas as lesões que o bem jurídico (integridade física da vítima) sofrer devido a suas instigações.

Estas são as hipóteses em que o agente estopim do flagrante preparado responde pela sua conduta provocadora. Prudente se ressaltar, que não há reponsabilidade do agente estopim nos casos em que para comprovar o crime do agente delitivo, comete outro crime, sem, contudo, ter o *animus*, ter o dolo subjetivo penalmente censurado pela infração penal violada, respeitando-se sempre a razoabilidade e a proporcionalidade.

Sendo mais claro, não há responsabilidade penal para o policial (agente estopim) que finge oferecer vantagem indevida à funcionário público (agente delitivo) sobre o pretexto de influir em seus atos. Isto é, não há responsabilidade penal na conduta do policial que simula praticar corrupção ativa (previsto no art 333 do CP), mas que não possui o *animus*, o dolo subjetivo de influir nos atos do funcionário, mas tão somente de comprovar que ele aceitaria sua proposta e cometeria o crime de corrupção passiva (prevista no art 317 do CP). Para nós o policial não comete qualquer crime, enquanto que o funcionário público efetivamente pratica corrupção passiva. Saliente-se, todavia, que esta é uma hipótese de flagrante preparado, de forma que, para a doutrina majoritária o funcionário também não cometeu crime algum.

Ademais, esta não responsabilização do policial deve atender a um mínimo de razoabilidade e proporcionalidade. Não pode o policial, por exemplo, assassinar alguém (art 121 do CP) para instigar o coveiro a praticar vilipêndio ao cadáver (art 212 do CP), ou, tampouco, roubar alguém (art 157 do CP) para instigar o receptador a comprar a *res furtiva* (art 180 do CP).

Não há muita jurisprudência sobre a responsabilidade penal do agente estopim que cometeu crime para comprovar outro crime num contexto de flagrante preparado. Contudo, o

STF parece, em sentido contrário ao que defendemos, tender ou ser afeito a responsabilizar o crime cometido pelo agente estopim no contexto da provocação do flagrante preparado. Isto é comprovado a partir da análise da decisão, abaixo transcrita, que denegou pedido do réu de trancar ação penal contra si imputada no contexto de ter fingido oferecer seu voto em troca de vantagem (ter “vendido” seu voto, crime previsto no art 299 do Código Eleitoral) no contexto de um flagrante preparado. O STF entendeu razoável a absolvição do político que comprou o voto, enquanto que considerou sensato que o eleitor que fingiu vender seu voto para flagrantear o político responda criminalmente pelos seus atos:

Trata-se de recurso ordinário em habeas corpus, com pedido de medida liminar, em favor de MOACI MACHADO DE MORAES, contra acórdão do Tribunal Superior Eleitoral assim ementado: “ELEIÇÕES 2012. HABEAS CORPUS. CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL. ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA PELOS ELEITORES QUE VENDERAM O VOTO. LICITUDE DA PROVA. **1. A gravação ambiental que registra o crime de corrupção, quando realizada pelos próprios eleitores que venderam o voto, pode ser utilizada contra eles no processo penal.** Do contrário, a eles seria permitido aproveitar-se da ilicitude a que deram causa. 2. A gravação ambiental não viola a privacidade e intimidade de quem teve a iniciativa da diligência. **3. É irrelevante que a gravação ambiental tenha sido considerada ilícita em relação ao prefeito em ações eleitorais julgadas por esta Corte.** 4. Ordem denegada.” A Defensoria Pública da União requer o provimento deste recurso para que seja determinado o trancamento da ação penal contra o recorrente, reconhecendo-se a ilicitude da prova, já declarada para o corréu. Informa a defesa que, “no ano de 2012, durante o período eleitoral, o então candidato a Prefeito da cidade de Regeneração/PI, Sr. Eduardo Alves de Carvalho, deu a quantia de trinta reais ao assistido Moaci Machado de Moraes e quarenta reais a Ana Célia da Costa, com o objetivo de obter votos para as eleições daquele ano. Ainda de acordo com a denúncia, Moaci Machado de Moraes e Ana Célia da Costa foram os próprios responsáveis pela gravação do ato delituoso” (fl. 118.v). Aponta, ainda, que **o TRE/PI suspendeu o trâmite da ação penal contra o candidato à prefeitura, mas determinou o prosseguimento do feito em relação aos eleitores**, entre eles, o ora recorrente. Contra tal decisão, a Defensoria impetrou habeas corpus no **Tribunal Superior Eleitoral, que denegou o writ ao considerar que “é irrelevante que a gravação ambiental tenha sido considerada ilícita em relação ao prefeito em ações eleitorais julgadas por esta Corte”** (fl. 91). Neste recurso ordinário ao Supremo Tribunal Federal, a Defensoria sustenta que, “soa incoerente que a prova possa ser lícita para um e ilícita para outro. Não se trata aqui do célebre exemplo de poder ser punido o receptor apesar de não se saber quem cometeu o furto. **No caso dos autos há decisão transitada em julgado que não há prova válida de que o candidato ofereceu vantagem em troca de voto. Se já foi absolvido por não haver prova de que comprou votos, como processar e eventualmente condenar aquele que é acusado de vender seu voto?”** (fl. 121). Aduz, por fim, que “a decisão que negou a licitude da prova para o Sr. Eduardo Alves de Carvalho deve atingir todos os envolvidos, sob pena de punição apenas do elo mais fraco destes fatos”(idem). Requer, ao final, o deferimento de medida liminar para suspender a ação penal até o julgamento do writ. No mérito, pede o “trancamento da ação penal, reconhecendo-se a ilicitude da prova, já declarada para o corréu” (fl. 121v). Ao oferecer contrarrazões, **o Ministério Público Eleitoral argumenta que, “não há como considerar ilícita a prova contra o recorrente, na medida em que**

**ele foi o responsável pela gravação ambiental que instrui a ação penal contra ele proposta**” (fl. 127). O Vice-Procurador-Geral Eleitoral salientou ainda, que “em verdade, considerar ilícita a prova em comento seria prestigiar a própria torpeza do paciente, que produziu uma prova visando prejudicar terceiro” (idem). É o relatório. Decido. O caso não é de concessão de liminar, pois ausentes, de plano, os requisitos autorizadores da medida. Considero inexistente o periculum in mora, tendo em vista a fase inicial da ação penal e o fato de o recorrente responder o processo em liberdade. Quanto ao fumus boni iuris, se por um lado afigura-se plausível a aplicação do art. 580 do CPP, ao determinar que “a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros”, por outro, observa-se a jurisprudência pacífica desta Corte, no sentido da validade da gravação clandestina: RE 583.937 QO-RG/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso; HC 91613/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes; AI 560223 AgR/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa; RE 402717/PR, Rel. Min. Cezar Peluso. Destaco, por oportuno, o julgamento do RE 583.937 QO-RG/RJ, no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral ao tema e reafirmou sua jurisprudência sobre a licitude da prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, verbis: “AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.” Ademais, extraio da leitura do acórdão proferido pelo TSE que “a gravação foi realizada dentro da residência do candidato, por eleitores que até lá se dirigiram para oferecer seu voto, utilizando-se de aparelho de gravação fornecido por vereador da coligação de oposição” (fl.98). Beneficiar o recorrente com a invalidação da captação de áudio por ele produzida seria contrariar o princípio do nemo auditur propriam turpitudinem allegans, pelo qual não pode o acusado se valer de sua própria torpeza para fazer jus ao benefício da suposta ilicitude da prova. Nesse sentido, foi a conclusão do **Ministro Gilmar Mendes, ao proferir o voto condutor no julgamento do writ no TSE, ao alertar para a “especial intenção de captar cena montada por adversários políticos, a fim de criar um fato negativo”, concluindo que tal “situação assemelha-se a um flagrante preparado”** (fl. 104). Tais fatos demonstram a impossibilidade de se constatar de plano a verossimilhança do direito alegado pelo recorrente, o que torna ausente o requisito da fumaça do bom direito à concessão da liminar. Assim, mantenho-me fiel à jurisprudência já consolidada nesta Corte, no sentido de que o trancamento de ação penal é medida reservada à hipóteses excepcionais, como “a manifesta atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção da punibilidade do paciente ou a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas” (HC 91.603/DF, Rel. Min. Ellen Gracie). Não me parece ser este o caso dos autos sob exame. (...) (RHC 137588 MC, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 11/10/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-219 DIVULG 13/10/2016 PUBLIC 14/10/2016)

Esta decisão, além de polêmica, é bastante criticável, pois, inexistia no réu o *animus*, o dolo subjetivo de receber vantagem em troca da promessa de voto, a vontade do réu nunca foi obter a vantagem, e sim, comprovar a ilicitude do político em oferecê-la. Caso se considere que o dolo subjetivo é irrelevante para a configuração do crime de “venda de voto” (art 299, Código Eleitoral, Lei 4737/1965), mesmo uma oferta evidentemente jocosa acarretaria em consumação desse delito. Isto é, caso se considerem o *animus* e o dolo subjetivo como irrelevantes para a efetiva consumação do crime, deve ser processado criminalmente o eleitor que, em tom

galhofeiro, afirme que votará em determinado candidato se seu amigo der uma volta no quarteirão trajando apenas roupas de baixo.

Pois bem, partindo-se da premissa que o Supremo Tribunal Federal mantenha o criticável entendimento exposto na supratranscrita decisão, isto implicaria muito mais do que a mera responsabilidade do agente estopim pelos crimes cometidos no contexto do flagrante preparado. Na realidade, caso o posicionamento constante no referido processo for consolidado haverá uma completa transformação dos efeitos jurídicos do flagrante preparado, pois, ainda que implicitamente, o STF estará reconhecendo que superou a doutrina de Hungria (HUNGRIA, 1978, p 107) que classificava o flagrante preparado como crime putativo, como simulacro, como uma “mera comédia” incapaz de gerar efeitos penais ou sancionadores.

O STF estaria, então, interpretando o crime constatado no flagrante preparado não mais como crime putativo, e sim como um crime possível e efetivamente consumado, mas cuja comprovação dessa consumação não pode se dar por meio do flagrante preparado, pois todas as provas decorrentes destes seriam ilícitas. Isto gera efeitos enormes no processo penal, pois não mais se diz que o crime era impossível, mas apenas que a ilicitude do flagrante preparado contamina as provas por ele produzidas, tornando-as também ilícitas.

A discussão sobre o flagrante preparado passa a não mais ser pautada pela questão da possibilidade ou impossibilidade do crime, mas sim pela licitude ou ilicitude das provas do delito praticado. Destarte, aquele que cometeu um crime instigado através de um flagrante preparado pode ser criminalmente processado, desde que, sejam descobertas provas independentes à realização desse flagrante. Por exemplo, um indivíduo instiga um político aceitar propina com o escopo de filmá-lo e, assim, realizar um flagrante preparado, esta filmagem não poderá servir de prova contra ele, porque seria ilícita, contudo, se sua secretária que nada tinha a ver com o flagrante presenciou o ocorrido, seu depoimento poderá ser usado como prova no processo penal contra o político.

## 14. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo quanto exposto, analisado e ponderado, não se chega a outra conclusão senão a de que o flagrante preparado é plenamente válido, lícito e constitucional e de que são dotados de diversas inconsistências, incongruências e incompatibilidades lógicas tanto os argumentos jurídicos usualmente utilizados para distinguir o flagrante esperado do flagrante preparado quanto aqueles que se propõem a justificar e fundamentar a ilicitude do flagrante preparado.

O argumento da ilicitude do flagrante preparado em razão da impossibilidade de efetiva lesão ao bem jurídico é falho ao ignorar as abissais diferenças entre a impossibilidade absoluta e soberana de consumação delitiva, com uma impossibilidade meramente relativa. Pois, só existe crime impossível se o meio for absolutamente ineficaz ou o objeto for absolutamente impróprio.

A absoluta ineficácia ou absoluta impropriedade dependem da escolha do meio ou do objeto realizadas pelo autor. Isto é, dependem apenas da conduta eleita pelo autor delitivo, jamais das medidas acautelatórias tomadas pela vítima ou pelo agente vigilante. A ineficácia ou impropriedade do crime impossível sempre remete a uma impossibilidade absoluta (quase sempre de natureza física), jamais uma impossibilidade relativa.

Destarte, o crime será impossível quando a impossibilidade ocorrer sob toda e qualquer circunstância, não importando as características do autor delitivo (força, velocidade, inteligência etc), pois, se trata, de uma impossibilidade absoluta, suprema e soberana, e que tende a ser, também, uma impossibilidade física. Um homem jamais poderá respirar na Lua sem o auxílio de equipamentos, pouco importando seu desempenho cardiovascular, pouco importando se a Lua está num movimento elíptico mais ou menos próximo da Terra, há, portanto, uma impossibilidade soberana.

A impossibilidade relativa, diferentemente da absoluta, depende das características do autor delitivo (força, velocidade, inteligência etc). A impossibilidade relativa, frise-se, configura a efetiva possibilidade e a ocorrência do crime. Crimes relativamente impossíveis são crimes possíveis passíveis de sanção penal. É relativamente impossível que uma pessoa que sofra com obesidade vença uma corrida contra um velocista, mas que o quê antes da largada tendia ao impossível, subitamente torna-se provável, caso, por exemplo, o velocista se lesione

logo no início do percurso. Não há, em verdade, qualquer impossibilidade física ou absoluta para que a pessoa obesa vença a corrida, há apenas uma dificuldade expressiva, cenário completamente distinto do que ocorre caso alguém tente respirar num ambiente sem atmosfera. O crime absolutamente impossível é vencer na loteria sem ter apostado, o relativamente impossível é vencer realizando uma única aposta simples, uma única vez.

Como já dito, o grande equívoco do argumento da ilicitude do flagrante preparado em razão da impossibilidade de efetiva lesão ao bem jurídico é confundir a impossibilidade absoluta e soberana da consumação delitiva, com uma impossibilidade meramente relativa. Desta forma, tachando, erroneamente, como de crime absolutamente impossível, um crime que, em verdade, é relativamente impossível (que é crime possível e passível de sanção penal).

Por sua vez, também é demasiado frágil e incapaz de justificar a ilicitude do flagrante preparado o argumento da existência de tamanho vício na vontade delitiva do autor que não lhe restaria qualquer responsabilidade pelos seus atos. Pois, caso se considere que a instigação do flagrante preparado enseja um vício da vontade delitiva de intensidade tamanha que seja capaz de desonerar o autor de responder por seus atos, há de se defender que, caso a instigação ou indução não se dê num contexto de flagrante preparado, mas estando presente a figura do partícipe moral, como figura central de convencimento do agente delitivo, cabe a tal partícipe a exclusiva responsabilidade pelo delito praticado. Isto é, mantido este a priori, surge um perigoso precedente, o de que, caso o partícipe moral (aquele que induz ou instiga outrem a cometer crime) dê razoáveis garantias de impunidade ao agente delitivo, convencendo-o do provável sucesso da empregada criminosa, apenas ao partícipe caberia sanção penal, estando o autor imediato do crime isento de qualquer responsabilidade. Para nosso ver tal hermenêutica é absurda.

Ademais, o ordenamento jurídico penal brasileiro é dotado de diversas hipóteses em que, tal qual o flagrante preparado, a vontade delitiva do agente é influenciada por fatores externos, e ainda assim, recaí sobre ele - ainda que, porventura atenuada - responsabilidade penal sobre seus atos. São exemplos disto: 1) A coação moral resistível, atenuante prevista no art 65, inciso III, alínea c), visto que, o art 22 do CP apenas afasta inteiramente a culpabilidade nos casos de coação irresistível. 2) O crime cometido em face de relevante valor social ou moral, atenuante prevista no art 65, inciso III, alínea a). 3) Crime cometido sob influência de multidão em tumulto, atenuante prevista no art 65, inciso III, alínea e).

É patente que o tratamento dado pela doutrina e jurisprudência ao flagrante preparado é desproporcional ao despendido pelas atenuantes penais já mencionadas. É injustificável que situações nas quais a vontade delitiva foi afetada de forma muito maior sejam tratadas como atenuantes; enquanto que no flagrante preparado, situação na qual, mesmo o agente delitivo conservando parcela significativamente maior de poder decisório, ainda assim é plenamente desincumbido de responsabilidade. Portanto, a nosso ver, se muito, o flagrante preparado acarretaria ao réu o direito de ter reconhecida uma atenuante, similar ao que ocorre nos exemplos supracitados, porém jamais poderia ser afastada a inteireza de sua responsabilidade e culpabilidade unicamente em face da caracterização do flagrante preparado.

Também deve-se concluir que o conceito de “agente estopim” é pedra de fundação de todo o presente trabalho, sendo imprescindível para a compreensão não só do flagrante preparado, mas também do flagrante esperado e, mesmo, do flagrante diferido. Conceito este similar ao de “agente provocador”, porém, muito mais amplo, tendo como principais características: 1) Poder ser uma pessoa ou circunstância; 2) Ser o agente que induz, instiga ou engatilha o crime; 3) Diferentemente do “agente provocador”, estar presente tanto no flagrante preparado quanto no esperado. O agente estopim fará parte da definição e conceituação tanto do flagrante preparado quanto do flagrante esperado, e não será sua existência que será usada como ferramenta para distinguir os dois institutos, mas sim a existência ou não de vínculo, prévio acerto ou cumulação de funções entre ele o “agente vigilante”.

Destarte, tendo-se o conceito de “agente estopim” como pedra angular do conceito e definição dos institutos do flagrante preparado e esperado por nós propostos, temos que existem 4 (quatro) requisitos para configuração do flagrante esperado: 1) Informação prévia da ocorrência de crime futuro; 2) Vigilância (normalmente realizada por policiais) dos fatos que ocorrerão, sendo o agente que realiza tal vigilância denominado por nós de “agente vigilante”; 3) Desconhecimento desta vigilância pelo agente delitivo; 4) Ausência de vínculo, prévio acerto ou cumulação de funções entre o “agente vigilante” e o agente que induzirá, instigará ou engatilhará a ação criminosa, denominado por nós de “agente estopim”.

Por sua vez, o flagrante preparado seria o “flagrante irmão” do flagrante esperado, sendo ambos dotados de grandes semelhanças, razão pela qual, sua distinção no caso concreto por vezes se faz demasiado difícil, talvez, mesmo, impossível, as principais características que podem ser empregadas para diferenciar o flagrante preparado do esperado são: 1) Existência de criação de uma oportunidade pelo agente vigilante (ou pelo terceiro ao seu serviço) ou

coincidência de pessoas/cumulação de funções entre o agente vigilante e o agente estopim. 2) Ilicitude do flagrante preparado, em decorrência do teor do Enunciado de Súmula nº 145 do STF.

Tecendo tais considerações, temos como requisitos do flagrante preparado os seguintes: 1) Informação prévia da ocorrência de crime futuro; 2) Vigilância dos fatos que ocorrerão pelo agente vigilante. 3) Desconhecimento desta vigilância pelo autor delitivo; 4) Existência de vínculo, prévio acerto, ou cumulação de funções entre o agente vigilante e o agente estopim.

Saliente-se que, ainda que se tenha despendido grande empenho na construção de tais requisitos, na prática, eles não são meios infalíveis de diferenciar o flagrante preparado do flagrante esperado. Pois, a distinção entre os institutos do flagrante esperado e do flagrante preparado não se amolda ou coaduna com a complexidade das situações fáticas que podem vir a ocorrer ao se analisarem casos concretos. Prova disto são os exemplos já citados, em tópico próprio, de figuras limítrofes entre os flagrantes preparado e esperado, tais como os exemplos do taxímetro adulterado, do número de policiais em cada ônibus e do comerciante que fazia promoções todo dia 5 de cada mês.

Também há de se concluir que inexistente crime impossível na hipótese de extraordinária eficiência das medidas preventivas e acautelatórias no contexto de flagrante esperado. Situação esta por nós denominada de “flagrante esperado supereficiente”.

Ademais, na hipótese de ser pacificado que o “flagrante esperado supereficiente” configura crime impossível, defendemos que os policiais que dele fizeram eventualmente possam responder pelo crime de prevaricação, inclusive, a depender do caso concreto, com a agravante prevista no art 61, inciso II, alínea i). Para justificar tal posicionamento, nos fundamentamos numa profunda análise legal e constitucional pautadas na especial condição de garantidor dos policiais; nas funções da pena; no reconhecimento dos conceitos de Ordem Pública e de Segurança Pública como direitos fundamentais constitucionalmente protegidos; e no direito da vítima e da sociedade que aqueles que tentam lesar os bens jurídicos penalmente tutelados tenham contra si imputados um processo penal nascido de provas válidas e que tenha potencial de culminar em uma condenação.

Outra das considerações a serem feitas, é a necessidade de se reiterar o registro da irônica, ou mesmo, caricata, peculiaridade de todos os quatro *leading cases* (HC 40289, HC 38758, RE 15531, RHC 27566) que culminaram na Súmula nº 145 do STF e que consolidaram o atual entendimento da Suprema Corte acerca da invalidade do flagrante preparado; qual seja,

de que eles são, em verdade, casos de flagrante esperado, modalidade esta amplamente aceita na doutrina e na jurisprudência, inclusive na jurisprudência do próprio STF. Isto só ratifica nosso argumento de que inexistente critério capaz de distinguir, com precisão, os institutos dos flagrantes preparado e esperado.

Outros dos comentários imprescindíveis de serem reiterados é que o STF vale-se de subterfúgios diversos para mascarar o flagrante preparado como se outra espécie o fosse, tudo a fim de evitar ter que encarar de frente seu posicionamento retrógrado e conservador sobre o tema. Isto foi demonstrado ao tempo da análise do “Caso Aécio Neves”, situação esta que escancara, mais uma vez, as contradições do Supremo Tribunal Federal que ao mesmo tempo que mantém seu posicionamento pela ilicitude do flagrante preparado, acaba por implicitamente aceitá-lo por vias transversas, o travestindo de outras figuras similares, como o do flagrante diferido efetuado através de “ações controladas”. Saliente-se, ainda, que o “Caso Aécio Neves” é, muito possivelmente, o caso de flagrante preparado mais noticiado em todo o território brasileiro.

Ademais, das diversas conclusões que podem ser extraídas desse trabalho, talvez uma das de maior destaque seja a de que, na esmagadora maioria dos casos, não há responsabilidade penal do agente estopim nos casos de flagrante preparado, porém, em caráter excepcionalíssimo, ele pode ser responsabilizado à título de culpa ou de dolo eventual. No que tange à título de culpa, esta não se configura em todo e qualquer caso em que a referida lesão ocorrer, mas tão somente se manifestamente demonstrado que o agente estopim agiu com patente e evidente imperícia, negligência ou imprudência, uma analogia cabível seria com a de um cirurgião, pois, o simples fato de um paciente morrer em sua mesa de operações, por si só, não implica em qualquer responsabilidade penal, pois, para que esta ocorra, deve haver a concreta comprovação de que houve erro crasso na condução da cirurgia.

Por sua vez, se a responsabilização à título de culpa do agente estopim no flagrante preparado já é uma situação excepcional, sua responsabilização à título de dolo eventual é, não menos que, estapafúrdia, pois ocorreria somente nos casos em que o agente estopim, após instigar, induzir ou provocar o crime, abandona a vigilância do bem jurídico, deixando-o à própria sorte. Ainda acerca deste tema, proveitoso ser lembrado de que não há responsabilidade do agente estopim nos casos em que para comprovar o crime do agente delitivo, comete outro crime, sem, contudo, ter o *animus*, ter o dolo subjetivo penalmente censurado pela infração penal violada, respeitando-se sempre a razoabilidade e a proporcionalidade. Não pode

o policial, por exemplo, assassinar alguém (art 121 do CP) para instigar o cozeiro a praticar vilipêndio ao cadáver (art 212 do CP), ou, tampouco, roubar alguém (art 157 do CP) para instigar o receptor a comprar a *res furtiva* (art 180 do CP).

Contudo, o STF parece, em sentido contrário ao que defendemos, tender ou ser afeito a responsabilizar o crime cometido pelo agente estopim no contexto da provocação do flagrante preparado. Isto é comprovado a partir do teor da decisão do, já analisado, RHC 137588. O STF entendeu razoável a absolvição do político que “comprou” o voto, enquanto que considerou sensato que o eleitor que fingiu “vender” seu voto para flagrantear o político responda criminalmente pelos seus atos. A importância deste julgado se dá não apenas porque o STF reconheceu a responsabilização penal do agente estopim no contexto da provocação do flagrante preparado, mas também por que ao fazer isso, ainda que implicitamente, o STF está reconhecendo que superou a doutrina de Hungria (HUNGRIA, 1978, p. 107) que classificava o flagrante preparado como crime putativo.

Há então uma absoluta quebra de paradigmas, uma completa transformação dos efeitos jurídicos do flagrante preparado, pois O STF estaria interpretando o crime constatado no flagrante preparado, não mais como crime putativo, e sim como um crime possível e efetivamente consumado, mas cuja comprovação dessa consumação não pode se dar por meio do flagrante preparado; pois todas as provas decorrentes destes seriam ilícitas. A partir dessa decisão, escancara-se o caminho para as discussões sobre o flagrante preparado não serem mais pautadas pela questão da possibilidade ou impossibilidade do crime, mas sim pela licitude ou ilicitude das provas do delito praticado.

Por fim, como derradeiros comentários, pode-se afirmar que este trabalho é único. Único não no sentido da existência ou não de grande qualidade na sua produção acadêmica, pois afirmar isso seria de uma torpeza e arrogância sem tamanho. Mas sim, único em razão de ter se proposto a enfrentar e questionar aquilo que todos consideravam como inquestionável, de se ter proposto a jogar uma pedra no inerte e estático lago do *status quo*, de ter se proposto a empunhar uma marreta e quebrar os vitrais dos paradigmas, estes consolidados em demasia e questionados em parcimônia.

Não olvidamos que as ideias aqui expostas podem ser tachadas como excêntricas, radicais ou mesmo absurdas, mas vale lembrar que a maior e melhor característica de toda vanguarda é ser excêntrica, radical e absurda para seu tempo. Não foram poucas as doutrinas minoritárias que surgiram a partir de poucas e isoladas vozes destoantes do grande fluxo teórico,

mas que, com o tempo, tiveram suas proposições aceitas e reconhecidas. Ideias que no passado já foram tidas como absurdas, por vezes, são hoje denominadas de senso comum, bem como, o que hoje se aparenta óbvio e incontestado, amanhã pode ser referido como loucura e insensatez.

Este trabalho é, antes de tudo, um convite à reflexão, um apelo para que se questione o que é tido como inquestionável, que se pondere o que aparenta ser óbvio demais para merecer ser ponderado. Por isto, não há melhores palavras finais para encerrá-lo do que aquelas proferidas por George Bernard Shaw: “O progresso é impossível sem mudança; e aqueles que não conseguem mudar suas mentes não conseguem mudar nada”.

## 15.REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, 3. ed. revi, atual, e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BIAZI, Roberto Portugal de. **O flagrante preparado no crime de tráfico de drogas e sua repercussão processual**. Disponível em: <[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=170](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=170)> Acesso em: 24 out 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado De Direito Penal: Parte Geral**, v1. 17. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral**. - 32. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

FLAGRANTE, **Dicionário Etimológico**, Disponível em: <<http://etimologias.dechile.net/?flagrante>> Acesso em: 24 out 2017.

G1, 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/audio-aecio-e-joesley-batista-acertam-pagamento-de-r-2-milhoes.ghtml>> Acesso em: 10 jan 2018.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**, 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GREENE, Joshua. **Solving the Trolley Problem**. 2016. Disponível em: <<https://static1.squarespace.com/static/54763f79e4b0c4e55ffb000c/t/594d77344402439f5fac056e/1498249018332/greene-solvingtrolleyproblem-16.pdf=11659>> Acesso em: 23 dez 2017.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal, volume I, tomo II: arts 11 ao 27**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2017. Disponível em: <<https://poder360.com.br/wp-content/uploads/2017/06/denuncia-aecio-jbs-operacao-patmos.pdf>> Acesso em: 08 jan 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal. Parte Geral Arts 1º ao 120 do CP.** 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual De Processo Penal E Execução Penal.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Manual De Direito Penal.** 10 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso De Processo Penal.** 15.ed., ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Francisco Bruno Soares de. **SÚMULA 145 DO STF - A PROIBIÇÃO DO FLAGRANTE PREPARADO.** Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=7643](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7643)> Acesso em: 24 out 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso De Direito Penal Brasileiro, Volume 1: Parte Geral, Arts. 1.º A 120.** 7. ed. rev., atual., e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34328812&num\\_registro=201201178198&data=20140324&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34328812&num_registro=201201178198&data=20140324&tipo=5&formato=PDF)> Acesso em: 17 jan 2018.

\_\_\_\_\_, 2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=48588608&num\\_registro=201501150353&data=20150701&tipo=0&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=48588608&num_registro=201501150353&data=20150701&tipo=0&formato=PDF)> Acesso em: 17 jan 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1940. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87561>> Acesso em: 17 jan 2018.

\_\_\_\_\_, 1951. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28103680%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yakt4eh9>> Acesso em: 17 de jan 2018.

\_\_\_\_\_, 1961. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=56302>> Acesso em: 17 jan 2018.

\_\_\_\_\_, 1963. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=57272>> Acesso em: 17 jan 2018.

\_\_\_\_\_, 1972. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2874405%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ycsco9f3>> Acesso em: 17 jan 2018.

\_\_\_\_\_, 1973. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2851371%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y7x9rps7>> Acesso em: 17 jan 2018.

\_\_\_\_\_, 1985. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28103680%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yakt4eh9>> Acesso em: 17 jan 2018.

\_\_\_\_\_, 2001. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=208&dataPublicacaoDj=16/11/2001&incidente=1929996&codCapitulo=5&numMateria=36&codMateria=2>> Acesso em: 17 jan 2018.

\_\_\_\_\_, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=95&dataPublicacaoDj=18/05/2007&incidente=2477221&codCapitulo=5&numMateria=23&codMateria=3>> Acesso em: 17 jan 2018.

\_\_\_\_\_, 2013. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=191&dataPublicacaoDj=30/09/2013&incidente=4382192&codCapitulo=5&numMateria=143&codMateria=2>> Acesso em: 17 jan 2018.

\_\_\_\_\_, 2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=60&dataPublicacaoDj=04/04/2016&incidente=4591240&codCapitulo=6&numMateria=41&codMateria=2>> Acesso em: 17 jan 2018.

\_\_\_\_\_, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=289&dataPublicacaoDj=15/12/2017&incidente=5199552&codCapitulo=6&numMateria=191&codMateria=2>> Acesso em: 17 jan 2018.

\_\_\_\_\_, 2018a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=145.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>> Acesso em: 08 jan 2018.

\_\_\_\_\_, 2018b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=211>> Acesso em: 08 jan 2018.

THEBALDI, Isabela Maria Marques; MARTINS, Igor Duarte. **A prisão no flagrante preparado e esperado.** Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11659](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11659)> Acesso em: 24 out 2017.

ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTO, Cleopas Isaias Santos. **Flagrante preparado, provocado, delito de experiência, de ensaio ou putativo por obra do agente provocador: revisitando a Súmula 145 do STF.** Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/backup/flagrante-preparado-provocado-delito-de-experiencia-de-ensaio-ou-putativo-por-obra-do-agente-provocador-revisitando-a-sumula-145-do-stf-por-bruno-taufner-zanotti-e-cleopas-isaias-santos/>> Acesso em: 24 out 2017.