

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

LEONARDO LAMBERT DA COSTA

**FLAGRANTE PREPARADO NO DIREITO BRASILEIRO E DISTINÇÕES EM
RELAÇÃO AO FLAGRANTE ESPERADO**

São Paulo

2019

LEONARDO LAMBERT DA COSTA

Trabalho de Graduação
Interdisciplinar apresentado como
requisito para obtenção do título de
Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Guilherme Madeira Dezem

São Paulo

2019

LEONARDO LAMBERT DA COSTA

FLAGRANTE PREPARADO NO DIREITO BRASILEIRO E DISTINÇÕES EM
RELAÇÃO AO FLAGRANTE ESPERADO

Trabalho de Graduação
Interdisciplinar apresentado como
requisito para obtenção do título de
Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador: Prof. Dr. Guilherme Madeira Dezem

Examinador(a):

Examinador(a):

FLAGRANTE PREPARADO NO DIREITO BRASILEIRO E DISTINÇÕES EM RELAÇÃO AO FLAGRANTE ESPERADO

Leonardo Lambert da Costa

Resumo: O tema do presente artigo é sobre o flagrante preparado no Direito brasileiro e suas distinções em relação ao flagrante esperado. Sabe-se que a prisão em flagrante, além de ter suas hipóteses legais tradicionais previstas na legislação processual penal, possui também algumas modalidades criadas pela doutrina em face de situações peculiares que ocorrem envolvendo tal forma de constrição legal. Dentre elas, duas que se destacam são justamente o flagrante preparado, também denominado provocado, e o flagrante esperado, modalidades essas amplamente discutidas na doutrina e presentes na jurisprudência, sendo a primeira considerada ilegal e a segunda legal. Assim, o objetivo deste trabalho acadêmico consiste em proporcionar uma visão global sobre tais espécies doutrinárias de flagrante, mostrando como elas são tratadas pela doutrina e também pela jurisprudência. Uma vez apresentadas as características gerais de prisão em flagrante, o presente artigo irá introduzir o conceito de flagrante preparado e explorar o porquê de este ser considerado modalidade de crime impossível, e, portanto, ilegal, nos termos da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal. Será também apresentado o Projeto de Lei n. 4246/2015, que tentou legalizar o flagrante preparado. Na sequência, será abordada a questão do flagrante preparado no caso específico de tráfico de drogas, além de sua relação com o Projeto de Lei n. 882/2019, do “Pacote Anticrime”. Por último, serão apresentadas as diferenças entre flagrante preparado e flagrante esperado, bem como algumas críticas importantes feitas pela doutrina acerca do tema.

Palavras-chave: Flagrante preparado. Crime impossível. Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal. Flagrante esperado.

Abstract: The topic of the present article is about the prepared *flagrante* in the Brazilian legal system and its distinctions in relation to the expected *flagrante*. It is known that the arrest in *flagrante delicto*, besides having its traditional legal modalities established in criminal legislation, also has a few modalities created by the doctrine in light of peculiar situations that occur involving this type of legal constriction. Amongst them, two that stand out are precisely the prepared *flagrante*, also called provoked, and the expected *flagrante*, widely discussed in the doctrine and present in the jurisprudence, being the first one considered illegal and the

second one legal. Therefore, the goal of this academic paper is to provide a global vision about these doctrinal types of *flagrante*, by showing how they are treated by the doctrine and also by the jurisprudence. Once presented the general characteristics of the arrest in *flagrante delicto*, the present article will introduce the concept of prepared *flagrante* and explore the reason why it is considered a modality of impossible crime, and, therefore, illegal, according to the Precedent 145 of Brazilian Supreme Federal Court. It will also be presented the Law Project No. 4246/2015, which tried to legalize the prepared *flagrante*. Moving forward, it will be addressed the topic about the prepared *flagrante* in the specific case of drug trafficking, besides its relationship with the Law Project No. 882/2019, from the “Anticrime Package”. Finally, it will be presented the differences between prepared *flagrante* and expected *flagrante*, as well as some important observations made by the doctrine surrounding the subject.

Keywords: Prepared *flagrante*. Impossible crime. Precedent 145 of Brazilian Supreme Federal Court. Expected *flagrante*.

Sumário: 1. Introdução. 2. Prisão em flagrante. 2.1. Sujeitos ativo e passivo do flagrante. 2.2. Hipóteses legais de flagrante. 3. Flagrante preparado: a ideia de crime impossível e Súmula 145 do STF. 3.1. Projeto de Lei n. 4246/2015: uma tentativa de legalização do flagrante preparado. 3.2. Flagrante preparado no crime de tráfico de drogas. 4. Distinções entre flagrante preparado e flagrante esperado. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A liberdade individual é um dos bens mais preciosos que existem, ainda mais em um Estado Democrático de Direito como o Brasil. Ela é tida como um direito fundamental de primeira geração por nossa Carta Magna. Assim, qualquer medida que busque sua constrição deve ser excepcional, dada à sua natural gravidade. Apenas em casos extremos é que o Estado está legitimado a privar alguém de um direito tão valioso que é a liberdade. Tem-se, portanto, que a prisão é exceção no sistema jurídico, e que por isso é um assunto delicado que merece especial cuidado em seu estudo.

Em matéria de Direito Penal e Processual Penal, além da prisão-pena, existem as chamadas prisões processuais, que são aquelas que ocorrem antes do trânsito em julgado de uma decisão penal condenatória. Uma de suas espécies é a conhecida prisão em flagrante, de

natureza administrativa, cujas hipóteses legais de flagrância encontram-se arroladas no Código de Processo Penal (CPP).

Além de tais hipóteses, contudo, há também as denominadas modalidades doutrinárias de flagrante, dentre as quais se destacam o flagrante preparado e o flagrante esperado. O primeiro é considerado ilegal, nos moldes da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal (STF), por configurar crime impossível, enquanto o segundo é tido como válido. Não obstante, são modalidades amplamente tratadas, até hoje, pela doutrina e pela jurisprudência, e que ainda geram discussão e críticas. Não há como falar do flagrante preparado sem falar do esperado, pois, embora distintos, são figuras aproximadas, merecedoras de um estudo conjunto.

Nessa linha, o presente artigo tem como tema justamente o flagrante preparado no Direito brasileiro e suas distinções em relação ao flagrante esperado. O que se pretende é fazer uma abordagem doutrinária e jurisprudencial geral acerca de tais espécies de flagrante a fim de possibilitar uma melhor compreensão sobre elas. Afinal, compreendê-las corretamente é essencial para saber quando a privação da liberdade de alguém foi devida ou não, e quais os argumentos que podem ser utilizados para o reconhecimento ou afastamento de uma ou outra.

Quanto ao desenvolvimento deste trabalho acadêmico, far-se-á, inicialmente, uma breve apresentação do que é prisão em flagrante e quais as suas hipóteses legais.

Superada essa parte, será introduzido o conceito de flagrante preparado, e, a partir daí, explorado o motivo pelo qual este é considerado hipótese de crime impossível, tendo assim sua legalidade negada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Na sequência, será apresentado o Projeto de Lei n. 4246/2015 e os argumentos por meio dos quais se buscou com ele a legalização do flagrante preparado conduzido por agentes de segurança pública.

Depois, será explorada a questão do flagrante preparado no caso específico do crime de tráfico de drogas, que guarda especial particularidade por ser um delito de ação múltipla. Será também mostrado como a temática do flagrante preparado envolvendo tráfico de drogas aparece no Projeto de Lei n. 882/2019, que faz parte do conhecido “Pacote Anticrime” de autoria do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP).

Por fim e não menos importante, serão apresentadas as diferenças entre flagrante preparado e o flagrante esperado, bem como apontadas algumas críticas pertinentes formuladas em torno do tema, sendo feita menção, inclusive, à Súmula 567 do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

2. PRISÃO EM FLAGRANTE

A prisão em flagrante, prevista nos arts. 5º, inc. LXI, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988) e 283, *caput*, do CPP, assim como a preventiva e a temporária, consubstancia espécie de prisão processual ou provisória, modalidade essa que, ao contrário da prisão-pena, ocorre antes do trânsito em julgado de uma decisão penal condenatória. Ademais, é a única das espécies de prisão provisória que dispensa mandado judicial, o que lhe confere caráter administrativo, não obstante deva, necessariamente, passar pelo crivo de uma autoridade judiciária após sua devida formalização pelo delegado de polícia, nos moldes dos arts. 306, §1º, e 310 do CPP.

Tal peculiaridade se deve à própria essência da prisão em flagrante, que consiste na captura do indivíduo feita no exato momento em que este ainda está realizando a infração penal ou acaba de concluí-la, sendo seu cometimento, portanto, nítido o bastante a ponto de ensejar uma ação rápida da autoridade policial ou de terceiro que tenha presenciado o fato.

Nesse sentido, Julio Fabbrini Mirabete (2008, p. 374) preleciona que flagrante “[...] é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerado a ‘**certeza visual do crime**’”. (grifo nosso). Seria incompreensível, assim, segundo Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 545), ver um crime sendo praticado e não ter como deter o infrator de imediato. É justamente essa necessidade de pronta atuação, inclusive, que faz a Carta Magna autorizar, em seu art. 5º, inc. XI, o ingresso em casa alheia, sem consentimento do morador, em caso de flagrante delito.

Quanto à questão sobre ser ou não a prisão em flagrante medida cautelar pessoal, embora parte da doutrina ainda enxergue nela o caráter cautelar, é crescente o entendimento em sentido oposto. Para Guilherme Madeira Dezem (2017, p. 743), por exemplo, trata-se de medida pré-cautelar, uma vez que não exige, diversamente das outras prisões processuais, o requisito do *periculum libertatis*, possuindo apenas o *fumus commissi delicti*. Outro autor que também sustenta a pré-cautelaridade da medida é Aury Lopes Jr. (2019, p. 600-601), aduzindo ser o flagrante mera detenção precária que não está voltada para assegurar o resultado final do processo-crime.

2.1. Sujeitos ativo e passivo do flagrante

Aquele que prende é conhecido como sujeito ativo do flagrante, enquanto aquele que é preso é o sujeito passivo.

Quanto ao sujeito ativo, o art. 301 do CPP anuncia que qualquer pessoa do povo tem a faculdade de prender quem quer se encontre em situação de flagrante delito (flagrante facultativo), enquanto as autoridades policiais e seus agentes possuem o dever legal de efetuar a prisão (flagrante obrigatório, compulsório ou necessário).

Assim, enquanto a polícia está obrigada por força de lei a prender em flagrante, os demais prendem se quiserem, visto que se trata apenas de uma faculdade, uma autorização que a lei lhes confere. É o que a doutrina chama de exercício regular de direito *pro magistratu*. “[...] O Estado, não podendo estar presente para impedir a ofensa a um bem jurídico ou recompor a ordem pública, incentiva o cidadão a atuar em seu lugar.” (CUNHA, 2015, p. 263).

Já em relação ao sujeito passivo, qualquer um, via de regra, pode ser preso em flagrante caso pratique uma infração penal, mas há exceções. Não podem ser autuados em flagrante, por exemplo, o Presidente da República, consoante art. 86, § 3º, da CF/1988, e os agentes diplomáticos estrangeiros, conforme previsão no art. 29 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, promulgada pelo Decreto n. 56.435 de 08/06/1965.

Existem aqueles ainda que só podem ser presos em flagrante quando a infração for inafiançável, como, por exemplo, os membros do Congresso Nacional (art. 53, § 2º, da CF/1988), os Deputados Estaduais (art. 27, § 1º, da CF/1988) e os advogados, conforme art. 7º, § 3º, do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), desde que, nesse último caso, a prática delitiva esteja relacionada ao exercício da profissão.

2.2. Hipóteses legais de flagrante

As situações flagranciais são trazidas pelo art. 302 do CPP, que estabelece:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

As hipóteses dos incs. I e II são chamadas pela doutrina de flagrante próprio ou real, pois refletem exatamente a ideia de “certeza visual do crime”.

Por sua vez, a hipótese do inc. III é denominada de flagrante impróprio ou quase flagrante, expressões essas, aliás, consideradas inadequadas por Aury Lopes Jr. (2019, p. 604)

na medida em que transmitem a noção de que não são flagrantes. O ponto crucial, aqui, é a perseguição, que, além de ter seu início logo após o cometimento da infração, deve ser ininterrupta, conforme alerta o art. 290, § 1º, alínea “a”, do CPP, ainda que se tenha perdido de vista o infrator.

Já a hipótese do inc. IV é conhecida como flagrante presumido, ficto ou assimilado. Aqui o infrator não é perseguido, e sim encontrado com objetos que apontem ser ele o autor do fato, como a arma empregada num homicídio. Nota-se, ainda, que tal inciso utiliza a expressão “logo depois”, enquanto o inc. III menciona “logo após”. Dentre outros autores, Mirabete (2008, p. 377) entende que, embora sinônimas, no léxico, a expressão “logo depois” possui uma elasticidade maior, do ponto de vista cronológico, do que “logo após”, apesar de ambas traduzirem lapsos temporais curtos. Já Guilherme Madeira (2017, p. 777) discorda, pois entende que as duas expressões denotam a mesma ideia de imediatidade.

Por fim, cabe falar do flagrante envolvendo crime formal.

Segundo definição doutrinária, crime formal é aquele que, embora preveja resultado naturalístico, se consuma com a simples prática da conduta, sendo eventual ocorrência do resultado mero exaurimento. Um ótimo exemplo é o delito funcional de concussão, tipificado no art. 316, *caput*, do Código Penal (CP), em que a conduta é exigir vantagem indevida. Basta o funcionário público exigir a vantagem que o crime está consumado. Se recebê-la, será apenas exaurimento.

Assim, caso o funcionário público exija de alguém uma vantagem pecuniária indevida e a pessoa, depois de alguns dias, vá até ele, acompanhada de policiais, para vê-lo preso em flagrante no momento da entrega do dinheiro, a prisão, nessa hipótese, terá sido inválida, uma vez que, tendo o crime se consumado dias atrás com a exigência, não mais se vislumbrava qualquer situação flagrancial do art. 302 do CPP, ante o lapso temporal transcorrido.

Nessa esteira, a seguinte decisão:

[...] 2. Trata-se a concussão de delito formal, que se consuma com a realização da exigência, independentemente da obtenção da vantagem indevida. A entrega do dinheiro se consubstancia como exaurimento do crime previamente consumado. 3. Caso em que não havia situação de flagrância delitiva no momento em que a prisão foi efetuada, de modo que o Magistrado deveria ter relaxado o cárcere, não havendo que se cogitar de liberdade provisória, tampouco de arbitramento de fiança. (STJ, 2015, on-line).

3. FLAGRANTE PREPARADO: A IDEIA DE CRIME IMPOSSÍVEL E SÚMULA 145 DO STF

Além das modalidades legais de flagrante delito previstas no CPP, a doutrina também se preocupou em atribuir nomes para certas situações peculiares que costumam ocorrer envolvendo a prisão flagrancial de alguém, daí porque se falar em espécies doutrinárias de flagrante.

Uma delas é justamente o denominado flagrante preparado ou provocado, situação em que um agente, policial ou particular, conduz alguém de forma ardilosa à prática do ilícito penal, com o único propósito de realizar sua prisão¹. Nesse sentido, leciona Nucci (2016, p. 551): “Trata-se de um arremedo de flagrante, ocorrendo quando um agente provocador induz ou instiga alguém a cometer uma infração penal, somente para assim poder prendê-lo”. Definição similar é a trazida por Aury Lopes Jr. (2019, p. 610), segundo o qual o flagrante preparado “[...] ocorre quando existe uma indução, um estímulo para que o agente cometa um delito exatamente para ser preso”.

O que o agente provocador faz, portanto, é despertar na mente do indivíduo a vontade de perpetrar a infração penal apenas para conseguir prendê-lo no momento em que este ingressar na fase executória do *iter criminis*, porém antes de atingir a consumação. Cuida-se de verdadeira armadilha arquitetada para fazer o sujeito cair na “ratoeira”.

A fim de ilustrar tal ideia, Rogério Sanches (2019) rememora o exemplo da patroa que, suspeitando que sua empregada pudesse ser ladra, deixa um montante de dinheiro em local bastante visível e, na sequência, se esconde para observar o que irá acontecer. Assim que a empregada pega o dinheiro, com a intenção de subtraí-lo para si, é imediatamente surpreendida pela patroa e presa em flagrante por furto.

Examinando o exemplo acima, verifica-se que a patroa deixa o dinheiro à mostra, de forma ostensiva, com a nítida finalidade de atrair a empregada, criando nela a vontade de se apossar do bem que se mostra ao seu alcance, ao mesmo tempo em que o vigia, porém, para garantir que o delito não se consume, isto é, que o dinheiro não seja efetivamente levado embora, gerando prejuízo patrimonial.

Outro exemplo interessante, citado por Nucci (2016, p. 552), é o do policial disfarçado que, acompanhado de outros, exhibe um relógio caro na via pública na expectativa de que alguém tente assaltá-lo. No instante em que o agente aponta a arma para o policial com o relógio, os outros policiais camuflados, que já estavam de prontidão, rapidamente prendem o criminoso, frustrando, com isso, a consumação do roubo.

¹ O projeto da nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 13.869/2019) tentou criminalizar a conduta do agente provocador do flagrante, porém tal proposta foi vetada pelo Presidente da República e o veto mantido pelo Congresso Nacional, sob o argumento de que poderia prejudicar a atividade investigativa.

Como é possível notar a partir dos exemplos apresentados, no flagrante preparado o agente provocador, ao mesmo tempo em que estimula o cometimento da infração penal, adota providências no sentido de evitar, a todo custo, a consumação desta. Afinal, o propósito da armadilha engendrada é tão somente criar uma oportunidade para se prender o criminoso, e não permitir que o bem jurídico tutelado pela lei penal seja efetivamente lesado, o que seria ilógico. Somente assim, com a certeza da impraticabilidade da consumação delitiva, é que o agente provocador se sente confortável para induzir seu alvo a percorrer o caminho do ilícito.

Por esse motivo, o flagrante provocado é considerado modalidade de crime impossível, instituto conhecido também como tentativa inidônea ou inadequada, previsto no art. 17 do Código Penal (CP), segundo o qual “Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime”. Ainda, no entanto, que o meio elegido pelo criminoso e o objeto material sobre o qual recaia sua conduta sejam perfeitamente idôneos no caso concreto, como apontar uma arma para a vítima e constrangê-la a entregar um relógio de alto valor, o monitoramento constante da situação realizado pelo agente provocador inibe qualquer chance de consumação.

Daí por que o Direito Penal chama tal hipótese de crime impossível por obra do agente provocador. Estando o dinheiro sendo constantemente vigiado, no exemplo da patroa, e os policiais disfarçados prontos para efetuarem a prisão, no exemplo do relógio, o bem jurídico encontra-se resguardado contra qualquer risco de lesão, portanto plenamente seguro.

Nesse sentido, diz Fernando Capez (2006, p. 253):

[...] Trata-se de modalidade de crime impossível pois, embora o meio empregado e objeto material sejam idôneos, há um conjunto de circunstâncias previamente preparadas que eliminam totalmente a possibilidade da produção do resultado.

Lição similar é a de Reinaldo Rossano Alves (2010, p. 414):

[...] Neste caso, há duas condutas: a primeira, consiste no incentivo (induzimento ou instigação), geralmente realizada pelo emprego de uma isca; **a segunda, é o monitoramento da ação do sujeito que torna a consumação do delito impossível.** (grifo nosso).

Ainda sobre o tema, Néelson Hungria (1958, v. 1, t. 2, p. 107), tomando por base a ideia de crime putativo, discorre com maestria:

[...] Sòmente na aparência é que ocorre um crime exteriormente perfeito. Na realidade, o seu autor é apenas o protagonista inconsciente de uma comédia. O elemento subjetivo do crime existe, é certo, em tôda a sua plenitude; mas, sob o

aspecto objetivo, não há violação da lei penal, senão uma inciente cooperação para a ardilosa averiguação da autoria de crimes anteriores, ou uma simulação, embora ignorada do agente, da exterioridade de um crime. O desprevenido *sujeito ativo* opera dentro de uma pura ilusão, pois, *ab initio*, a vigilância da autoridade policial ou do suposto paciente torna impraticável a real consumação do crime. Um crime que, além de astuciosamente sugerido e ensejado ao agente, tem suas conseqüências frustradas por medidas tomadas de antemão, não passa de um crime imaginário. Não há lesão, nem efetiva exposição a perigo, de qualquer interesse público ou privado. (grifo do autor).

Assim, por mais que a pessoa instigada a praticar o delito acredite veementemente poder atacar o bem jurídico almejado e passe a atuar seriamente nesse sentido, a realidade é que tudo não passa de uma ilusão, uma fantasia, uma cilada montada sem o seu conhecimento. A pessoa imagina que sua conduta logrará êxito, porém mal sabe que o agente provocador já teve a cautela de se antecipar para garantir a impossibilidade do momento consumativo. Daí a razão pela qual também se falar em delito putativo (ou imaginário) por obra do agente provocador, ou ainda delito de ensaio ou de experiência. Como numa peça teatral, a pessoa induzida age conforme o roteiro previamente elaborado, porém ignora que apenas desempenha um papel.

Importante recordar, ainda, que a ideia de crime impossível está umbilicalmente atrelada ao princípio da ofensividade ou lesividade (*nullum crimen sine iniuria*), o qual impõe a necessidade de haver uma ofensa concreta e real a um bem jurídico protegido para se tipificar uma conduta como infração penal. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt (2019, v. 1, p. 66):

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um *perigo concreto*, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de *repressão penal* se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. (grifo do autor).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini (2018, p. 68) complementam: “[...] É em virtude de tal princípio que **ataques desprovidos de qualquer idoneidade lesiva**, mesmo que dirigidos a importantes bens jurídicos, quedam subtraídos da esfera de tutela penal (v.g., o crime impossível)”. (grifo dos autores).

Destarte, sendo a tentativa no crime impossível desprovida de qualquer potencialidade lesiva, ante a inviabilidade total da consumação, a conduta do agente, à luz do referido postulado, por mais reprovável que possa ser do ponto de vista social, é materialmente atípica,

logo um indiferente penal, visto que o objeto jurídico tutelado não sofre qualquer perigo concreto e efetivo de dano, afastando, conseqüentemente, a necessidade de intervenção do Direito Penal.

É exatamente por esse motivo que a prisão de alguém que age dentro do contexto de flagrante preparado é considerada inválida pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme o teor da Súmula 145 do STF, aprovada em 13/12/1963, a qual dispõe que “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia² torna impossível a sua consumação”. Afinal, sendo modalidade de crime impossível, a conduta da pessoa induzida pelo agente provocador é, em sua dimensão material, penalmente atípica, e, portanto, não constitui infração penal, de modo que ninguém pode ser autuado em flagrante por fato atípico.

Logo, caso alguém venha a ser preso nessa situação, a prisão será ilegal, devendo esta ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária, em obediência ao disposto nos arts. 5º, inc. LXV, da CF/1988 e 310, inc. I, do CPP. Se, no entanto, a ocorrência do flagrante preparado passar inicialmente despercebida e for identificada apenas quando já em curso a ação penal, deverá o magistrado, como medida de rigor, absolver o réu com fundamento na atipicidade do fato.

Apresentada a lógica por trás da ilegalidade do flagrante provocado, eis, então, como a jurisprudência pátria se manifesta acerca do tema:

[...] CRIME IMPOSSÍVEL. OCORRÊNCIA. CONDOTA PRATICADA POR OBRA DO AGENTE PROVOCADOR. SÚMULA 145/STF. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. [...] 3. Configurado crime impossível, na modalidade crime de ensaio, nos termos do art. 17 do CP e Súmula 145/STF, porquanto demonstrada flagrante indução do sujeito ativo do delito por terceiro, que se passou por falso paciente, a fim de solicitar prescrição de medicamento sem prévio exame clínico. 4. Agravo regimental provido para absolver a recorrente, com efeitos extensivos à corrê V C B, ante a ocorrência de crime impossível. (STJ, 2018, on-line).

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ART. 155, § 2º, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP - CRIME IMPOSSÍVEL - CONFIGURAÇÃO - OBRA DO AGENTE PROVOCADOR - INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO SUMULAR Nº 145, DO STF - BEM JURÍDICO TUTELADO NÃO EXPOSTO A RISCO - ABSOLVIÇÃO NECESSÁRIA. - O crime impossível, também denominado tentativa inidônea, ocorre quando os meios utilizados para prática delituosa não causam perigo de lesão ao bem jurídico por sua ineficácia ou impropriedade absoluta - Tendo a vítima preparado uma armadilha para que o autor praticasse o delito e, ao mesmo tempo, agido para impedir o resultado, conclui-se que não houve lesão ao bem jurídico tutelado - Na hipótese do flagrante provocado, a consumação se torna absolutamente impossível, em razão das medidas de prevenção tomadas pelo agente provocador, jamais colocando o sujeito em possibilidade de lesionar o bem jurídico protegido pela norma - Nos moldes do enunciado sumular nº 145, do STF, não há crime quando a preparação do flagrante

² Embora a Súmula fale apenas em polícia, o particular também está abrangido.

torna impossível a sua consumação. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2019, on-line).

[...] ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE. CRIME IMPOSSÍVEL. FLAGRANTE PREPARADO. INVIÁVEL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. [...] 4. Ocorre o flagrante preparado quando há um agente provocador da prática delitiva, que, ao mesmo tempo em que estimula a conduta criminosa, toma todas as precauções e cautelas para tornar impossível a consumação do delito, situação não vislumbrada na espécie. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2017, on-line).

Pertinente destacar, no entanto, que há quem diga ainda que o flagrante preparado tem sua invalidade decorrente também de outro fundamento além do crime impossível, qual seja, a contaminação da vontade da pessoa instigada pelo agente provocador. Em outras palavras, o agente provocador, ao estimular arditosamente a prática delitiva, estaria viciando a vontade da pessoa para agir ilicitamente, retirando-lhe por completo o caráter da espontaneidade, o que tornaria inviável sua punição. Nessa linha, Capez (2006, p. 253-254) aduz que “[...] **em face da ausência de vontade livre e espontânea do infrator** e da ocorrência de crime impossível, a conduta é considerada atípica.” (grifo nosso).

Tal argumento, data vênia, não prospera, e o motivo para tanto reside no próprio conceito de dolo, que, conforme aponta Rogério Sanches (2015, p. 190), é composto por apenas dois elementos, segundo entendimento majoritário, sendo estes vontade (elemento volitivo) e consciência (elemento intelectual).

Basta, portanto, o agente querer realizar a infração penal e ter consciência daquilo que faz para que o dolo reste configurado, pouco importando se sua vontade foi ou não espontânea, isto é, se a ideia criminosa partiu ou não de sua cabeça. Isso porque a espontaneidade da vontade não é requisito do dolo, tanto que Hungria (1958, v. 1, t. 2, p. 107) deixa claro que, mesmo na hipótese do flagrante preparado, na qual há uma indução por parte do agente provocador, o elemento subjetivo do crime faz-se presente em toda sua plenitude.

Buscando igualmente refutar o argumento da vontade viciada, Eugênio Pacelli de Oliveira (2015, p. 536) relembra que, no tocante ao concurso de pessoas, existe a chamada participação por determinação, hipótese em que o partícipe induz o agente a praticar a conduta prevista no tipo penal, gerando nele, assim, a vontade criminosa. Para o autor, se a solução do Direito Penal é, nesse caso, a punição tanto do partícipe quanto do executor da infração, na medida da culpabilidade de cada um, logo isso é evidência de que o simples fato de a pessoa ser induzida pelo agente provocador a perpetrar o ilícito penal, por si só, não é suficiente para elidir sua responsabilidade penal.

Fica fácil compreender, dessa maneira, que o argumento do crime impossível é o único que se mostra razoável e apto para justificar a inadmissibilidade jurídica do flagrante preparado, tanto que é exatamente este o fundamento contido no enunciado sumular 145 do STF. Fala-se apenas em impossibilidade de consumação, e não em vontade viciada pelo ato de induzimento.

Isso não significa também que o argumento do crime impossível está isento de qualquer crítica. Ainda na lição de Eugênio Pacelli (2015, p. 536), o autor destaca não ser correto atribuir para toda e qualquer situação de flagrante preparado a hipótese de crime impossível, pois, em tese, a fuga do infrator será sempre uma possibilidade, o que torna imprescindível a análise de caso a caso.

Oportuno mencionar, por fim, que o flagrante preparado não se confunde com o chamado flagrante forjado, também ilegal. Conforme leciona Reinaldo Rossano (2010, p. 415), “Há flagrante forjado quando se imputa ao agente uma conduta que não praticou, criando provas falsas de que teria cometido o delito. Há uma criação de um crime que o agente não praticou”.

Em outras palavras, o policial ou particular, querendo incriminar falsamente alguém, monta um cenário de forma a dar a impressão de que a pessoa está cometendo um crime, quando na verdade não está, apenas para autorizar sua prisão em flagrante. Exemplo célebre é o do agente policial que coloca droga ilícita no bolso ou no interior do veículo do indivíduo para poder prendê-lo, em seguida, por tráfico. Cuida-se, indubitavelmente, de fato atípico, pois em momento algum a pessoa detida praticou infração penal, tendo sido apenas vítima de uma armação maliciosa, isto é, de uma mentira.

Assim, enquanto no flagrante provocado o sujeito tenta efetivamente praticar a infração, embora induzido, no flagrante forjado este jamais cogitou praticá-la. Enquanto no primeiro caso a atipicidade do fato se dá pela figura do crime impossível, no segundo ela se dá pela ausência de qualquer conduta típica por parte do indivíduo, conduta essa, todavia, que lhe é imputada falsamente por quem deseja vê-lo preso.

3.1. Projeto de Lei n. 4246/2015: uma tentativa de legalização do flagrante preparado

Não obstante o flagrante preparado ou provocado seja até hoje rejeitado pelo nosso ordenamento jurídico, sua validade já foi defendida no âmbito do Poder Legislativo.

Em 22/12/2015, o então Deputado Federal Marcelo Belinati Martins, eleito pelo estado do Paraná, apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 4246/2015, cujo

objetivo era modificar a redação do art. 17 do CP a fim de tornar lícita a preparação de flagrantes por agentes estatais, sob o argumento de que tal prática seria uma valiosa ferramenta de combate à criminalidade no país.

Com esse projeto, a nova redação do aludido dispositivo legal ficaria dessa forma: “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, **salvo nos casos de flagrante preparado por agentes de segurança pública.**” (grifo nosso). Percebe-se, assim, que a intenção do autor da proposta era excepcionar a regra do crime impossível para conferir legitimidade ao flagrante preparado conduzido pela polícia, assegurando, conseqüentemente, a responsabilidade criminal do infrator.

Em sua justificação, contida no próprio documento, o autor defendeu a legalidade do flagrante preparado alegando que tal prática é adotada em vários países do mundo pelo fato de se apresentar como uma estratégia muito eficaz para capturar criminosos, em especial os sexuais, já que, conforme mencionado por ele, milhares de pedófilos ao redor do planeta são detidos anualmente por meio dessa modalidade de flagrante.

De fato, há países que utilizam legalmente o método do flagrante preparado, sendo um grande exemplo os Estados Unidos da América (EUA). Apenas a título de ilustração, foram presos no primeiro semestre deste ano, nos EUA, dez indivíduos considerados predadores sexuais a partir de uma operação de flagrante provocado, lá denominado “sting operation”, realizada pela polícia norte-americana, conforme notícia³ publicada em maio no sítio “NBC Philadelphia”.

De acordo com a matéria em inglês, a operação, que durou um mês e envolveu múltiplas agências de segurança pública, tinha como propósito identificar e prender homens que procuravam na Internet jovens menores de 15 anos para fazer sexo. Assim, passando-se por tais jovens na Internet, os policiais conversavam com homens que demonstravam explicitamente intenções libidinosas, e estes, imaginando estarem conversando com menores, acertavam um encontro para a relação sexual. Quando, no entanto, esses predadores sexuais chegavam ao local combinado, eram surpreendidos pela polícia e imediatamente presos em flagrante.

Prosseguindo em sua argumentação, o autor do projeto sustentou ainda que o fato de o Poder Judiciário desautorizar o uso do flagrante provocado pela polícia acaba protegendo

³ CHANG, David; DURANTE, Deanna. 10 Child Predators Arrested in Undercover Sting Operation, DA Says. NBC Philadelphia, 02 maio 2019. Disponível em: <https://www.nbcphiladelphia.com/news/local/Child-Predator-Sting-Operation-Pennsylvania-Philadelphia-New-Jersey-Las-Vegas-Massachusetts-509394831.html>. Acesso em: 5 set. 2019.

mais o criminoso do que a própria sociedade brasileira, alimentando ainda mais a sensação de impunidade e insegurança, uma vez que o Estado estaria abrindo mão de uma tática eficiente e fácil de apreensão de criminosos que, de forma deliberada e plenamente cientes do mal que estão fazendo à sociedade, cometem mesmo assim infrações penais. Nesse sentido, validar a preparação do flagrante pelos agentes de segurança pública seria atender ao anseio da população em geral por justiça na repressão da criminalidade.

Por fim, destacou o autor ser necessária a modernização dos métodos atuais de combate ao crime, de forma a permitir que a sociedade brasileira evolua e se torne segura e pacífica.

Tais argumentos, contudo, não surtiram o efeito desejado, e o referido projeto acabou sendo arquivado no início desse ano.

3.2. Flagrante preparado no crime de tráfico de drogas

No que toca ao delito de tráfico de entorpecentes, inscrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (Lei Antidrogas) e bastante corriqueiro no país, este guarda uma especial particularidade quando o assunto é flagrante preparado.

Olhando para o tipo penal incriminador, verifica-se que há um total de 18 verbos nucleares, isto é, 18 condutas distintas, previstas de forma alternativa, como “importar”, “preparar”, “vender”, “trazer consigo” etc. Trata-se, portanto, de um evidente tipo misto alternativo, conhecido também na doutrina como crime de ação múltipla ou de conteúdo variado.

Conforme o próprio nome sinaliza, crime de ação múltipla é aquele que pode ser praticado mediante diferentes condutas, sendo que a realização de duas ou mais dentro do mesmo contexto fático configuram um só crime, em face do princípio da alternatividade. Assim, tanto o indivíduo que vende a droga como aquele que traz a substância consigo para fins de difusão ilícita, por exemplo, incorrem no delito de tráfico. Por outro lado, se o mesmo indivíduo, dentro de um contexto fático uno, traz a droga consigo e na sequência a vende, terá ele praticado um só tráfico, embora realizado mais de uma conduta típica, não havendo que se falar em concurso de infrações (GRECO, 2012, p. 32).

Além disso, determinados verbos nucleares do tipo penal em tela, quais sejam, “ter em depósito”, “transportar”, “trazer consigo” e “guardar”, são de natureza permanente⁴,

⁴ Vide art. 303 do CPP.

significando que a consumação se protraí no tempo com a realização da conduta. Nesse sentido, o agente está a todo o momento consumando o crime de tráfico enquanto mantém a droga em depósito ou a traz consigo para fins de comercialização, por exemplo, já que a prática da conduta se arrasta no tempo, fazendo com que ele esteja, portanto, em constante estado de flagrância do inc. I do art. 302 do CPP (flagrante próprio).

Desse modo, em relação ao flagrante preparado, é possível visualizar duas situações ilustrativas:

Em uma primeira, o traficante, que não possui a droga, é induzido pelo policial disfarçado de usuário a buscar a substância para lhe vender. Assim, o traficante adquire a droga de terceira pessoa e, no momento de entregá-la ao policial, é imediatamente autuado em flagrante por este.

Já em uma segunda, o traficante traz a droga consigo em uma mochila quando é abordado pelo policial, o qual, simulando ser usuário, solicita alguns papéotes de cocaína, momento este em que o traficante retira da mochila a substância, devidamente embalada para comercialização, e é preso em flagrante.

Como se pode observar, o flagrante é preparado no primeiro caso, portanto inválido, eis que o traficante não detinha a droga inicialmente, tendo sido sua conduta típica de traficância inteiramente estimulada pelo policial imbuído do propósito de efetuar a prisão. Conseqüentemente, como o ato da venda do entorpecente jamais estava destinado a se concretizar, enxerga-se neste caso a hipótese do crime impossível, nos termos do art. 17 do CP e da Súmula 145 do STF, pois ausente qualquer risco ao bem jurídico saúde pública, tutelado pela lei em comento.

De outro lado, a prisão mostra-se válida no segundo caso, pois, embora a tentativa de venda tenha realmente sido estimulada pelo policial, o delito do art. 33 já vinha se consumando na medida em que o traficante trazia consigo a droga na mochila, dada a natureza permanente do comportamento. Logo, a prisão em flagrante, neste caso, justifica-se não pela tentativa de venda, que jamais ocorreria, mas sim pelo fato de que o agente já trazia consigo a substância, conduta essa pretérita à ação do policial e que não foi incentivada por este.

Resumindo:

[...] 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* [crime impossível], mas porque trazia consigo ou tinha em depósito substância

entorpecente. Afinal, as condutas anteriores configuram crime permanente. (NUCCI, 2016, p. 552, grifo do autor).

Nessa esteira, sintetiza também Reinaldo Rossano (2010, p. 415):

[...] Assim, sendo lavrado pela modalidade “venda”, o flagrante é ilegal (flagrante provocado). No entanto, lavrado na modalidade “guardar”, “transportar”, “ter em depósito”, “trazer consigo”, a prisão será válida, pelo fato de o crime já ter se consumado.

Este é exatamente o tratamento conferido pela jurisprudência, conforme se observa nos julgados colacionados abaixo:

[...] TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. FLAGRANTE PREPARADO. INEXISTÊNCIA. EIVA INEXISTENTE. [...] 2. No caso dos autos, embora os policiais tenham simulado a compra do entorpecente e a transação não haver se consumado em razão da prisão em flagrante dos acusados, o certo é que, antes mesmo do referido fato, o crime de tráfico já havia se consumado em razão de os réus guardarem e terem em depósito os diversos tóxicos mencionados na denúncia, conduta que, a toda evidência não foi instigada ou induzida pelos agentes, o que afasta a mácula suscitada na impetração. Precedentes do STJ e do STF. (STJ, 2017, on-line).

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – PRELIMINAR - Sustenta a nulidade do édito condenatório, porquanto o flagrante teria sido preparado pelos policiais que efetuaram a prisão em flagrante do apelante, tratando-se da hipótese de crime impossível, nos termos do art. 17 do CP e súmula nº 145 do STF – NÃO VERIFICADO - O fato de um dos policiais condutores do flagrante ter se passado por consumidor de droga, como forma de possibilitar a negociação da substância entorpecente com o ora apelante, não provocou ou induziu o acusado ao cometimento do delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/06, 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 das drogas com o propósito de venda, conforme restou evidenciado na espécie. Precedentes das Cortes Superiores. (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2019, on-line).

Há, contudo, quem critique esse posicionamento doutrinário e jurisprudencial.

Roberto Portugal de Biazi (2013), em seu artigo publicado na revista *Liberdades*, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), sustenta que a atitude do policial de induzir o traficante a exhibir a droga que este já trazia consigo ou tinha em depósito, além de ser desleal, torna ilícita a prova do crime, porquanto o criminoso apenas revelou que praticava tráfico porque foi ludibriado pelo agente estatal disfarçado de usuário, produzindo, assim, prova contra si mesmo, o que ofenderia gravemente o princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). Como resultado, o flagrante estaria contaminado, e, portanto, desprovido de validade.

Raciocínio similar é o desenvolvido por Mirabete (2008, p. 380) quanto à hipótese do traficante estimulado pelo policial a adquirir a droga, que até então não detinha, para lhe vender. Para o autor, é certo que o flagrante é nulo nessa situação, mas não por ser crime impossível, já que o sujeito, realmente, consoma o delito ao adquirir o entorpecente de terceira pessoa, tendo em vista que “adquirir” é uma das condutas típicas, e sim pelo fato de que o induzimento pela polícia constitui meio ilícito de obtenção da prova do crime.

Cumprido mencionar, finalmente, que a temática do flagrante preparado envolvendo tráfico de drogas aparece no Projeto de Lei n. 882/2019, o qual integra o atual e polêmico “Pacote Anticrime” elaborado pelo MJSP.

Uma das propostas de mudança que o referido projeto apresenta é a inclusão de um quarto inciso no §1º do art. 33 da Lei Antidrogas criminalizando a conduta daquele que vende ou entrega o entorpecente a agente policial disfarçado, isto é, ao agente provocador estatal, desde que presentes elementos probatórios firmes que apontem a existência de conduta criminal preexistente. O objetivo do novo tipo incriminador, segundo o próprio documento, é sanar a discussão sobre tal comportamento configurar ou não crime impossível.

Como justificativa para a criminalização da conduta, o projeto traz o argumento de que a própria jurisprudência pátria admite, em caráter excepcional, o flagrante preparado no tráfico de drogas, naquelas hipóteses em que o sujeito é detido já portando a substância entorpecente, antes mesmo da atuação policial. Dessa forma, não haveria incidência da Súmula 145 do STF, o que tornaria, por conseguinte, descabido o argumento do crime impossível.

A questão, no entanto, é que não se trata, na verdade, de exceção à regra contida no enunciado sumular do STF, eis que, havendo induzimento pela polícia, o ato de vender ou entregar a droga ao policial camuflado será sempre crime impossível, tanto que o fundamento da prisão em flagrante nunca é, nessas hipóteses, com base em tais verbos nucleares típicos. A regra, assim, continua a mesma. O que ocorre, como já visto, é que, sendo o tráfico de drogas crime de ação múltipla, o traficante acaba sendo autuado por alguma das condutas típicas de natureza permanente previstas no *caput* que este já vinha praticando, como guardar o entorpecente, de modo que, nesse caso, a consumação delitiva é pretérita à provocação do flagrante.

Tal raciocínio permite verificar que o argumento trazido pelo projeto é desarrazoado, pois não afasta a lógica do crime impossível sobre a conduta que ora se pretende criminalizar. Se quem figura como destinatário da droga é o próprio agente estatal

disfarçado, pronto para efetuar o flagrante, e não um usuário de verdade ou outro membro do tráfico, logo inexistente qualquer risco ao bem jurídico saúde pública, justamente pelo fato de que a venda ou a entrega da substância ilícita jamais teria possibilidade alguma de se concretizar. Destarte, à luz do princípio da ofensividade, tal conduta continua não podendo ser considerada crime do ponto de vista material. Sendo ela praticada, torna-se inevitável reconhecer a incidência da Súmula 145 do STF.

4. DISTINÇÕES ENTRE FLAGRANTE PREPARADO E FLAGRANTE ESPERADO

Outra espécie doutrinária de flagrante que merece atenção é o denominado flagrante esperado, o qual, muito embora guarde certa proximidade com o flagrante preparado, constitui situação distinta com repercussão jurídica distinta, cabendo, assim, diferenciar tais modalidades.

Na hipótese do flagrante esperado, diversamente do que ocorre no provocado, inexistente o personagem do agente provocador, de tal modo que não há qualquer estímulo à ação delituosa. Pelo contrário, aqui o infrator atua de maneira espontânea, com a ideia de realizar o ilícito penal tendo partido de sua própria cabeça. A polícia, por sua vez, tomando conhecimento ou percebendo, de alguma forma, que a infração irá acontecer, simplesmente aguarda o início de sua execução para prender o agente em flagrante.

Com isso é possível observar que, enquanto no flagrante preparado o policial ou particular assume uma postura ativa, voltada para induzir o agente a se comportar de determinada maneira, no flagrante esperado sua conduta é meramente passiva, limitando-se a tão somente esperar o criminoso entrar em ação para, finalmente, efetuar sua captura. Não há, nesta hipótese, manipulação da conduta delitiva, motivo pelo qual o flagrante esperado é considerado forma válida de prisão.

Sobre o tema, disserta Nucci (2016, p. 552-553):

Essa é uma hipótese viável para autorizar a prisão em flagrante e a constituição válida do crime. Não há agente provocador, mas simplesmente chega à polícia a notícia de que um crime será, em breve, cometido. Deslocando agentes para o local, aguarda-se a sua ocorrência, que pode ou não se dar da forma como a notícia foi transmitida. Logo, é viável a sua consumação, pois a polícia não detém certeza absoluta quanto ao local, nem tampouco controla a ação do agente criminoso. Poderá haver delito consumado ou tentado, conforme o caso, sendo válida a prisão em flagrante, se efetivamente o fato ocorrer.

No mesmo sentido é a lição de Capez (2006, p. 254):

[...] nesse caso, a atividade do policial ou do terceiro consiste em simples aguardo do momento do cometimento do crime, sem qualquer atitude de induzimento ou instigação. Considerando que nenhuma situação foi artificialmente criada, não há que se falar em fato atípico ou crime impossível. O agente comete crime e, portanto poderá ser efetuada a prisão em flagrante.

Além de ter sua validade reconhecida na doutrina, o flagrante esperado é admitido tranquilamente pela jurisprudência, conforme demonstrado nos seguintes julgados:

[...] FLAGRANTE ESPERADO. LEGALIDADE. [...] I - Não há que se confundir flagrante preparado, modalidade que conduz à caracterização do crime impossível, com o flagrante esperado, que é plenamente admitido pela legislação penal e processual penal. II - Verifica-se o flagrante esperado na hipótese em que policiais, após obterem, por meio de interceptação telefônica judicialmente autorizada, informações de que quadrilha armada pretende realizar roubo em estabelecimento industrial, consegue, por meio de ação tempestiva, evitar a consumação da empreitada criminosa. (STJ, 2007, on-line).

[...] 1. Não há que se falar em nulidade pela ocorrência de flagrante provocado/preparado quando os elementos de convicção dos autos apontam que os agentes policiais responsáveis pela prisão não detinham o controle da ação criminosa, atuando, apenas, como espectadores da conduta ilícita anteriormente noticiada e aguardando o momento mais adequado para executar a constrição, caracterizando, portanto, a modalidade de flagrante esperado, plenamente aceita pela doutrina e jurisprudência pátria. (Tribunal de Justiça de Goiás, 2018, on-line).

O assunto, todavia, demanda um cuidado especial que merece ser trazido à baila.

Conquanto o flagrante esperado seja, realmente, hipótese de prisão validada pela doutrina e pela jurisprudência, a verdade é que a aferição de sua legalidade, conforme bem aponta Aury Lopes Jr. (2019, p. 611), irá depender das circunstâncias envolvendo o caso concreto, pois, a depender da situação fática, poderá restar configurado eventualmente o crime impossível, cuja consequência jurídica já vista é a invalidação do flagrante e seu relaxamento em decorrência da atipicidade material da conduta.

O motivo é simples: se a polícia, enquanto aguarda o início do cometimento da infração penal, consegue se preparar de tal forma a ponto de inviabilizar, por completo, qualquer chance de êxito na empreitada delitiva, logo está caracterizada situação de tentativa inidônea, pois ausente qualquer risco concreto ao objeto jurídico tutelado. É como se posiciona Nucci (2016, p. 553) ao imaginar a hipótese em que a polícia logra montar um esquema tático infalível de proteção ao bem jurídico capaz de impedir totalmente a consumação.

Há outros doutrinadores também que alertam sobre a possibilidade de o flagrante esperado se tornar ilegal em face do crime impossível. Tourinho Filho (2012, p. 679), por exemplo, assevera:

[...] Quando a autoridade é informada de que alguém vai, em determinado lugar, cometer um crime e, incontinenti, para lá se dirige, tomando, a tempo, as necessárias providências para que o crime não ocorra, a situação se iguala à do flagrante preparado, pois num e noutro o crime é impossível.

Eugênio Pacelli (2015, p. 537-538), por sua vez, vai além ao afirmar que não enxerga diferença entre o flagrante provocado e o esperado no que concerne à eficiência da ação policial em garantir que o delito não se consuma. Isso porque em ambas as situações, segundo ele, a polícia detém a mesma capacidade para se antecipar e assegurar que o bem jurídico não seja lesado pelo infrator, sepultando, com isso, qualquer possibilidade de consumação. Como bem exemplifica o autor, a eficiência de duzentos policiais posicionados e prontos para impedir um crime provocado é a mesma de outros duzentos policiais igualmente posicionados para impedir um crime esperado. Logo, em sua visão, o correto seria, por coerência jurídica, ou aceitar ambas as modalidades como formas válidas de flagrante ou rejeitá-las igualmente, visto que, no final das contas, tais hipóteses estariam refletindo a mesma realidade.

Posição semelhante é a de Mirabete (2008, p. 379-380), o qual destaca o fato de que a própria Súmula 145 do STF não faz distinção entre flagrante preparado e esperado, mas apenas reputa ilegal a prisão quando a ação policial é suficiente para impossibilitar o momento consumativo. Assim, para o autor, pouco importa se o sujeito foi ou não estimulado a perpetrar a infração, e sim se, no caso concreto, a consumação delitiva era ou não viável. Sendo ela viável, estaria configurado o crime e a prisão do agente poderia ser efetuada normalmente. Caso contrário, haveria crime impossível e a prisão não poderia ocorrer.

Nesse sentido, também se manifesta Rogério Greco (2012, v. 1, p. 288):

Não importa se o flagrante é preparado ou esperado. Desde que o agente não tenha qualquer possibilidade, em hipótese alguma, de chegar à consumação do delito, o caso será o de crime impossível, considerando-se a absoluta ineficácia do meio por ele empregado, ou a absoluta impropriedade do objeto.

Importante, finalmente, analisar a Súmula 567 do STJ, de 2016, cuja redação é a seguinte: “Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto.”

A ideia por trás deste enunciado é de que o mero monitoramento da prática delitiva, por si só, não enseja o reconhecimento da tentativa inidônea. Fica subentendido, assim, que a constatação de eventual hipótese de crime impossível deve levar em conta não apenas se houve ou não monitoramento, mas também as circunstâncias do caso concreto, pois é perfeitamente possível, como já visto, que a vigilância exercida pela polícia ou pelo particular sobre a situação seja suficientemente capaz de inviabilizar a consumação por completo. Acertada, nesse sentido, a lição de Guilherme Madeira (2017, p. 779):

Pela orientação do STJ estes elementos (monitoramento eletrônico e segurança) não tornam a questão exclusivamente hipótese de crime impossível. Mas, é possível imaginar que uma conjugação de fatores concretos tornem efetivamente hipótese de crime impossível. **O caso concreto irá definir a questão.** (grifo nosso).

É o que se verifica, ainda, no seguinte acórdão:

[...] 1. A forma específica mediante a qual os funcionários do estabelecimento vítima exerceram a vigilância direta sobre a conduta do paciente, acompanhando ininterruptamente todo o iter criminoso, tornou impossível a consumação do crime, dada a ineficácia absoluta do meio empregado. Tanto isso é verdade que, no momento em que se dirigia para a área externa do estabelecimento comercial sem efetuar o pagamento do produto escolhido, o paciente foi abordado na posse do bem, sendo esse restituído à vítima. 2. De rigor, portanto, diante dessas circunstâncias, a incidência do art. 17 do Código Penal, segundo o qual “não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime”. 3. Esse entendimento não conduz, automaticamente, à atipicidade de toda e qualquer subtração em estabelecimento comercial que tenha sido monitorada pelo corpo de segurança ou pelo sistema de vigilância, sendo imprescindível, para se chegar a essa conclusão, a análise individualizada das circunstâncias de cada caso concreto. (STF, 2017, on-line).

5. CONCLUSÃO

Com este trabalho, viu-se, de forma bem explicativa, que o flagrante preparado consiste no ato de estimular alguém a praticar uma infração penal apenas para esta ser presa. Como o agente provocador, imbuído deste propósito, age ao mesmo tempo para impossibilitar o momento consumativo, ficou claro o porquê de tal modalidade doutrinária de flagrante ser considerada crime impossível, entendimento esse de longa data que se consubstanciou na edição da Súmula 145 do STF.

Foi também apresentado o Projeto de Lei n. 4246/2015, de autoria do então Deputado Federal Marcelo Belinati, que buscou alterar a redação do art. 17 do CP a fim de excepcionar a regra do crime impossível e legalizar a preparação de flagrantes pela polícia, sob o

argumento de que o flagrante preparado, utilizado em vários países legalmente, seria um valioso instrumento de combate à criminalidade.

Viu-se, posteriormente, que no delito de tráfico de drogas o assunto flagrante preparado é mais delicado, pois, a depender da situação, embora haja estímulo à prática delitativa, é possível mesmo assim que a prisão se efetue de forma válida, tendo em vista que o aludido crime é de ação múltipla e que algumas condutas são da natureza permanente, ou seja, se protraem no tempo. Também foram expostas breves considerações acerca da eventual ilicitude da prova obtida do tráfico com tal atitude de induzimento pela polícia.

Foi mostrada ainda a relação do flagrante preparado com o atual “Pacote Anticrime” do MJSP, que tem como uma de suas propostas justamente conferir legitimidade ao flagrante preparado no tráfico de drogas por meio da criminalização da conduta daquele vende o entorpecente ao agente policial disfarçado, tendo sido apresentado também o motivo pelo qual o argumento trazido pelo projeto não se sustenta.

Por fim, viu-se que o flagrante preparado não se confunde com o flagrante esperado, o qual, ao contrário do primeiro, não possui qualquer ato de induzimento, mas apenas uma postura de aguardo do cometimento da infração, e que por isso é considerado forma válida de prisão, não obstante a doutrina alerte sobre o fato de que existe a possibilidade de o flagrante esperado se tornar ilegal caso configure, no caso concreto, hipótese de crime impossível.

Foi possível verificar com este trabalho, portanto, que o tema apresentado ainda é bastante vivo na doutrina e na jurisprudência, gerando discussões, críticas, e cuja relevância atual é também destacada pelos dois projetos de lei ora abordados.

6. REFERÊNCIAS

ALVES, Reinaldo Rossano. **Direito processual penal**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2010.

BLAZI, Roberto Portugal de. **O flagrante preparado no crime de tráfico de drogas e sua repercussão processual**. Revista Liberdades, n. 13, maio/ago. 2013. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=170. Acesso em: 7 set. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, v. 1.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 882/2019**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução

Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acesso em: 12 set. 2019

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 4246/2015**. Altera a redação do art. 17 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, para permitir prisões mediante flagrantes preparados, com o objetivo de coibir práticas criminosas. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2076130>. Acesso em: 26 ago. 2019

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Vade Mecum Saraiva Compacto. 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 592-659.

BRASIL. **Código Penal**. Vade Mecum Saraiva Compacto. 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 514-560.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum Saraiva Compacto. 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 04-81.

BRASIL. **Decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965**. Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D56435.htm. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. **Estatuto da Advocacia e da OAB**. Vade Mecum Saraiva Compacto. 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1133-1144.

BRASIL. **Lei n. 11.343, de 23-8-2006 – Drogas**. Vade Mecum Saraiva Compacto. 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1783-1790.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 567**. Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2016]. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27567%27\).sub..](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27567%27).sub..) Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 84141 SP 2007/0126944-4**. Impetrante: José Célio Ferreira Soares. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: José Célio Ferreira Soares. Relator: Min. Felix Fischer. Data de Julgamento: 20 de novembro de 2007. Data de Publicação: 18 de fevereiro de 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8722211/habeas-corpus-hc-84141-sp-2007-0126944-4?ref=juris-tabs>. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 266460 ES 2013/0072339-9**. Impetrante: Livia Borchardt Gonçalves. Impetrado: Tribunal de Justiça do

Estado do Espírito Santo. Paciente: Vladimir Polizio Junior. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Data de Julgamento: 11 de junho de 2015. Data de Publicação: 17 de junho de 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/199566572/habeas-corpuz-hc-266460-es-2013-0072339-9?ref=serp>. Acesso em: 8 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 369677 SP 2016/0231158-1**. Impetrante: Airton Jacob Goncalves Filho e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Alain Meyer Nery. Relator: Min. Jorge Mussi. Data de Julgamento: 14 de fevereiro de 2017. Data de Publicação: 21 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/450155267/habeas-corpuz-hc-369677-sp-2016-0231158-1?ref=juris-tabs>. Acesso em: 6 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial 1184410 SP 2017/0258462-3**. Agravante: M A A DA C C. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Data de Julgamento: 18 de setembro de 2018. Data de Publicação: 27 de setembro de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631768403/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-nos-edcl-no-aresp-1184410-sp-2017-0258462-3?ref=serp>. Acesso em: 7 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 145**. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1964]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=145.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 1 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 144516 / SC - Santa Catarina**. Recorrente: Josemar Luiz dos Santos. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 22 de agosto de 2017. Data de Publicação: 06 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC+144516%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/y5wdpdcy>. Acesso em: 2 out. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CHANG, David; DURANTE, Deanna. **10 Child Predators Arrested in Undercover Sting Operation, DA Says**. *NBC Philadelphia*, 02 maio 2019. Disponível em: <https://www.nbcphiladelphia.com/news/local/Child-Predator-Sting-Operation-Pennsylvania-Philadelphia-New-Jersey-Las-Vegas-Massachusetts-509394831.html>. Acesso em: 5 set. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015.

_____. **Teses do STJ sobre a prisão em flagrante (1ª parte)**. 13 mar. 2019. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/03/13/teses-stj-sobre-prisao-em-flagrante-1a-parte/>. Acesso em: 1 set. 2019.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3. Turma Criminal). **Apelação Criminal 0000012-83.2016.8.07.0001 DF 0000012-83.2016.8.07.0001**. Apelante: Pedro Ernesto Stumm Gonçalves Roriz Mendes Domenici. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Des. Demetrius Gomes Cavalcanti. Data de Julgamento: 07 de dezembro de 2017. Data de Publicação: 13 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/531125800/20160110000837-df-0000012-8320168070001?ref=juris-tabs>. Acesso em: 8 set. 2019.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (12. Câmara Criminal). **Apelação Criminal 0039422-02.2018.8.26.0050 SP 0039422-02.2018.8.26.0050**. Apelante: Glaube Alan da Silva. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. Paulo Rossi. Data de Julgamento: 20 de março de 2019. Data de Publicação: 25 de março de 2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/689577689/apelacao-criminal-apr-394220220188260050-sp-0039422-0220188260050?ref=serp>. Acesso em: 10 set. 2019.

GOIÁS. Tribunal de Justiça de Goiás (1. Câmara Criminal). **Apelação Criminal 0430050-82.2015.8.09.0036**. Apelante: ADEMAR DOS SANTOS COSTA E OUTRO. Apelado: Ministério Público. Relatora: Des. Avelirdes Almeida Pinheiro de Lemos. Data de Julgamento: 31 de julho de 2018. Data de Publicação: 19 de setembro de 2018. Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/628028724/apelacao-criminal-apr-4300508220158090036?ref=juris-tabs>. Acesso em: 6 set. 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2012, v.1.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, t. 2.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MIGALHAS. **Congresso derruba vetos da lei de abuso de autoridade: Ao todo, foram restauradas 15 condutas tipificadas como crime que haviam sido vetadas pelo presidente Bolsonaro**. 25 set. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI311742,51045-Congresso+derruba+vetos+da+lei+de+abuso+de+autoridade>. Acesso em: 8 out. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (6. Câmara Criminal). **Apelação Criminal 10109140004671001**. Apelante: Donizeti Laurindo. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Jaubert Carneiro Jaques. Data de Julgamento: 05 de fevereiro de 2019. Data de Publicação: 15 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/676491536/apelacao-criminal-apr-10109140004671001-mg?ref=juris-tabs>. Acesso em: 7 set. 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 15. ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.