

A CONSTITUCIONALIDADE DO FLAGRANTE PREPARADO

THE CONSTITUTIONALITY OF PREPARED FLAGRANTS

GUEDES Johnathan ¹
OLIVEIRA, Marcello Ribeiro De²

RESUMO

O presente artigo envolve o flagrante preparado, no qual o agente é levado a vivenciar situações, conduzidas pela polícia que logo após fato, evita a consumação do resultado, neste objetivou-se identificar as ressalvas jurisprudenciais acerca da temática no ordenamento jurídico brasileiro, pontuando as ações que fatidicamente constituem crime impossível, assim como se discutiu o entendimento doutrinário no flagrante preparado, e relevância da súmula 145 do Supremo Tribunal Federal. Neste entendimento, a constitucionalidade do flagrante preparado, trouxe características peculiares para a discussão, que colocam não apenas o agente incriminador na cena; mas também o policial militar. O presente artigo realizou-se com pesquisa bibliográfica que ocorreu por meio da análise das decisões Jurisprudenciais referentes à temática, por possibilitar compreender o entendimento dos Tribunais através de decisões proferidas.

Palavras chaves: Constitucionalidade. Flagrante Preparado. Policial Militar.

ABSTRACT

The present article involves the blatant preparation, in which the agent is led to experience situations, conducted by the police that soon after fact, avoids the consummation of the result, in order to identify the jurisprudential reservations about the subject in the Brazilian legal system, punctuating the actions that are an unfeasible crime, as well as a discussion of the doctrinal understanding in the flagrant prepared, and relevance of the Supreme Court's 145th Circuit. In this understanding, the constitutionality of the flagrant prepared, brought peculiar characteristics to the discussion, that put not only the incriminating agent in the scene; but also the military police. The present article was carried out with a bibliographical research that occurred through the analysis of the jurisprudential decisions related to the thematic, for making possible to understand the understanding of the Courts through decisions rendered.

Keywords: Constitutionality. Flagrante Prepared. Military Police.

¹ Aluno do Curso de Praças do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás – CAMP, dionguesdes@hotmail.com; Rio Verde – Goiás.

² Professor orientador. Ms. professor do programa de Pós-graduação e Extensão da Academia da Polícia Militar de Goiás, marceloboard01@hotmail.com, São Luis de Montes Belos - Goiás.

1 INTRODUÇÃO

Toda e qualquer sociedade está desenhada historicamente pelos fatos e feitos que compõe seu percurso legal, demonstrando conquistas que representam a particularidade de cada povo numa perspectiva de justiça que difere umas das outras conforme o tempo, cultura e determinantes sociais.

Neste percurso histórico, o policial militar, sempre esteve presente agindo em função da legalidade, demonstra-se como membro de uma instituição essencial, cujas formas de justiça, direitos e garantias individuais e coletivas sempre foram protegidas, todavia para algumas ações ilícitas na qual a presença policial incita o flagrante, pode-se abordá-la como medida excepcional, sendo possível em determinadas situações de flagrante delito ou por ordem judicial.

Quando pontuamos acerca das situações de flagrante delito, o Policial Militar representa o agente responsável por grande maioria das ações que ensejam a flagrância, com ênfase no estudo do flagrante preparado, as circunstâncias que envolvem o seu desenvolvimento, tornam o policial figura de extrema relevância neste contexto, por ser o agente que está no flagrante, e que em conjunto com as forças de inteligência policial trabalha na preparação e execução.

Notoriamente o flagrante preparado, é temática recorrente na doutrina jurídica e jurisprudência brasileira, assim como, as outras modalidades, que possibilitam a sua presença maciça.

Nas ações que envolvem o flagrante preparado, no qual o agente é levado a vivenciar situações, conduzidas pela polícia que logo após, evita a consumação do resultado; o que torna a culminância do crime impossível; fato este já sumulado pelo Superior Tribunal Federal.

Assim, numa situação hipotética de flagrante preparado o qual exige uma análise doutrinária e jurisprudencial para compreender as nuances do crime impossível, bem como a atuação policial é desenvolvida pelo policial militar.

O objetivo geral deste consiste na identificação das ressalvas jurisprudenciais acerca da temática no ordenamento jurídico brasileiro, pontuando as ações que fatidicamente constituem crime impossível.

Como objetivos específicos é essencial discutir sobre o entendimento doutrinário no flagrante preparado; bem como identificar a relevância da súmula 145 do Supremo Tribunal Federal.

Justifica-se a primariedade de se compreender a constitucionalidade do flagrante preparado, por ensejar características peculiares, que colocam não apenas o agente incriminador na cena; mas também o policial militar.

O presente artigo realizou-se com pesquisa bibliográfica, que segundo Boccato (2006) consiste na resolução de determinado problema, hipótese, por meio de obras já publicadas que investigaram, discutiram e analisaram os diversos aportes através de material já publicado, assim como, ocorreu análise das decisões Jurisprudenciais referentes à temática, por possibilitar compreender o entendimento dos Tribunais através de decisões proferidas.

Para Teixeira (1999), a jurisprudência representa o instituto forte e criador de preceitos jurídicos, que representam uma conquista no ordenamento jurídico brasileiro. Constituiu essencial a pesquisa com objetivos de demonstrar o padrão de decisões que representam a ideia difundida por meio da decisão.

Para este feito a construção teórica do tema se realizou com a introdução dos conceitos teóricos e jurídicos.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 PRISÃO EM FLAGRANTE

As temáticas que envolvem a prisão no território brasileiro, demonstram de forma abrangente, uma infinidade de ações e entendimentos doutrinários que refletem a legalidade de uma classificação inicial denominada prisão pena, e prisão sem pena, cuja finalidade pode ser o caráter repressivo ou cautelar como de fato ocorre com a prisão em flagrante, modalidade esta que não demanda prioritariamente uma ordem escrita emanada de uma autoridade competente, artigo 5º, LXI, CF, nesta modalidade, a prisão precede todos os atos processuais, e manifestação da autoridade judicial competente.

Para tal, Pacelli (2014) ressalta, que por flagrante deve-se compreender a relação de imediatidade entre o fato, e sua visualização pelo homem, o artigo 302 do código de processo penal contempla as situações em que é possível elucidar a ardência, crepitação ou flagrância, expressões encontradas na doutrina.

2.1.1 Flagrante preparado

O flagrante preparado corresponde à modalidade de flagrante, na qual o preso é impelido a realizar conduta ilegal. E o instigador no momento que provoca deve agir, isto ocorre, quando autoridade policial encoraja a prática de crime, de forma que sua ocorrência se dá em razão da atuação (MOUGENOT, 2009).

Capez (2010) aborda que há uma discrepância entre os tipos de flagrante. No flagrante preparado, ocorrem traços característicos do crime impossível, ainda que o meio utilizado e objeto material sejam hábeis, se faz presente certas condições que anteriormente manipuladas exaurem por completo a probabilidade de consumação do resultado.

Salienta-se para esta situação e as seguintes a súmula 145 do Supremo Tribunal Federal prevê que não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Esta circunstância não esculpi o flagrante delito, mas crime impossível em razão do agente provocador (MOUGENOT, 2009).

Conhecido como flagrante provocado, sua ocorrência se dá quando o agente provocador induz o indivíduo a praticar uma infração penal, para logo prendê-lo. É de fato um crime impossível. Avena (2007) elucida que nesta situação o flagrante não poderá ser legítimo, pois traz evidencias de um crime impossível, vez que ao agente foram viabilizadas as circunstancias para que incorresse a infração, desejando propositadamente, gerar situação de flagrância.

Esta modalidade de flagrante, o crime é fomentado por terceiro, que, habitualmente é um agente policial, designado como agente provocador que elabora conjuntura criminosa, contaminando o ato volitivo do autor, para, em seguida, prendê-lo em flagrante. Outra hipótese fornecida por Lopes Jr. (2014) refere-se ao exemplo do policial que, se passando por usuário de drogas, instiga alguém a vender-lhe substância ilícita, a partir do resultado, efetuar a prisão em flagrante.

Lenza (2013) retrata que o agente induz de modo inequívoco sujeito a praticar um ilícito penal, cuja efetivação se torna impossível frente o aparato policial envolvido no possível flagrante. Os exemplos hipotéticos que a doutrina faz referência, tem por fundamento a ação que é previamente planejada, forja-se uma situação na qual a conduta tida como ilícita é influenciada pelo agente provocador, que se passa por usuário de drogas, assaltante de bancos, etc..., ou seja, o seu

comportamento vai de encontro com a possibilidade delitiva do sujeito que se vê posteriormente frente a uma situação simulada. Todos os envolvidos fizeram parte de uma ação, na qual o investigado foi convencido a praticar determinada conduta.

Estes casos de flagrante são nulos, e encontra fundamento na súmula do Superior Tribunal Federal: “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Assim estamos frente ao crime impossível, e mesmo que o indivíduo tenha demonstrado o seu intuito de praticar determinada conduta ilegal, o flagrante é relaxado, pois a ação é considerada um teatro realizado pelos policiais.

Na situação hipotética que envolve o possível tráfico de drogas, o agente provocador induziu o traficante a vender-lhe produto ilícito, fato este que não pode ser lhe imputado, em razão da simulação. Todavia se ele estava com a posse da droga ante à sua solicitação pelo policial, este fato pode lhe ser imputado, por não ter sido contaminado pela situação criada pelos agentes.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ possui entendimento que colabora para esta compreensão, o julgado do Habeas Corpus 29.779/SP, o relator, O G Fernandes, argumenta não existe questionamento sobre o flagrante preparado, todavia o esperado quando não ocorre o induzimento a prática de ilícito, restringindo-se a surpreender o sujeito no momento que o crime já se consumou. Neste entendimento o flagrante preparado constitui como ato ilegal, porém o esperado é legal.

Em decisão, relatores Ministros Carlos Madeira, Ilmar Galvão, Paulo Brossard e Celso de Mello, na constatação de flagrante preparado, o resultado último será anulação da persecutio criminis com menção a súmula 145-STF. O entendimento coaduna com a extinção do processo quando ocorrer o flagrante preparado (RTJ 130/666, Rel. Min. Carlos Madeira - RTJ 140/936, Rel. Min. Ilmar Galvão – RTJ 153/614, Rel. Min. PAULO BROSSARD, v.g.). (HC 84723, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 21.2.2006, DJe de 4.12.2013).

As situações que envolvem possíveis discussões no ordenamento jurídico brasileiro são construídas por meio de decisões reiteradas firmadas nos Tribunais, fazendo jurisprudência, trazendo sentido e significado para condutas/ações que podem ser lícitas ou ilícitas.

Neste contexto, Mirabete (2006) entende que é irrelevante se o flagrante é preparado ou esperado, uma vez que a prisão pode ser realizada nas duas

modalidades desde que, haja condições para consumação, o inverso a prisão poderia ser realizada.

A diferença, que de fato elucida os questionamentos, encontra-se na súmula 145, que não faz acepção das duas formas de flagrante; no flagrante preparado a polícia participa ativamente conduzindo as formas previamente selecionadas que tem possibilidade de ocorrência em função da instigação a prática de ilícito no preparado, ou o sujeito vai praticar ilícito, em razão de denúncia ou patrulhamento sabe-se de sua ocorrência. O que é crucial no texto do STF, consiste na ação policial que pode tornar impossível o crime (MIRABETE, 2008).

Oliveira (2008) considera que, a legalidade ou ilegalidade das duas formas de flagrante, deve ser recusada ou aceita na íntegra para congruência ao se realizar fundamentação.

Ainda ressalta o autor que, não há possibilidade de realizar a distinção entre flagrante preparado e esperado, visto que, a certeza da impossibilidade efetiva de um crime amparada na inteligência da atuação policial. Seu entendimento idealiza na mesma proporção, por serem as duas modalidades de flagrante na prática impossíveis, assim, não faz sentido legitimar um em detrimento de outro. Ainda, reforça o pensamento de que é posição contraditória conferir diferença entre as duas formas de flagrante no ordenamento pátrio.

2.1.2 Crime impossível

Encontramos três teorias acerca do crime impossível que vigoram na doutrina. A primeira teoria tem caráter subjetivo. Nesta perspectiva teórica, não há possibilidade investigativa, quando se demonstrar de forma absoluta ou relativamente ineficazes os meios ou os objetos empregados. Alegação que resguarda a conduta do agente, visto que se constatada a vontade consciente para praticar fato típico, já confere argumento necessário para representar à tentativa.

Assim, considera-se somente o ato volitivo, o anseio criminoso manifestado por meio da conduta do agente. Uma vez empregada de forma manifesta à intenção presente em seu comportamento, os meios e objetos são indiferentes OLIVEIRA (2008) apud ROWEDER (2012).

Para a teoria objetiva pura, compreende-se, que o crime impossível estará esculpido quando o agente se utilizar de meio absoluto ou relativamente

ineficaz, isto é quando o objeto for absoluta ou relativamente impróprio. Não faz diferenciação acerca da impropriedade, uma vez verificada a hipótese de crime impossível OLIVEIRA (2008) apud ROWEDER (2012).

A teoria objetiva moderada ou temperada concebe crime impossível quando a conduta praticada pelo sujeito utiliza mecanismo completamente ineficiente, e objeto absolutamente impróprio.

2.1.3 Crime impossível por obra do agente

Nesta hipótese de crime impossível, não se evidencia risco frente à conduta manifestada pelo agente provocador. Não há risco para o bem jurídico protegido, bem como o comportamento do sujeito provocado frente ao agente provocador torna-se insignificante.

Segundo Damásio de Jesus (2002) quando inexistente o risco, a conduta deve ser atípica.

A conduta não oferta risco, aspecto base para que um fato possa ser imputado e penalmente analisado frente ao direito penal COSTA JÚNIOR (1997) apud ROWEDER (2012).

Oliveira (2008) ressalta que, o aspecto peculiar de perigo ao qual o bem jurídico encontra-se, pode ser observado nas duas hipóteses, visto que, deve-se analisar se a atividade policial é eficaz para que se esgote ou realize o crime.

2.1.4 A constituição federal

A Constituição consagra de forma sistemática a compreensão dos princípios e conceitos históricos delineados através da evolução das outras constituintes, ela representa o legado de uma sociedade, mas também os fundamentos de um direito que é dominante, no sentido de estabelecer, resguardar, proteger garantias individuais e coletivas (MORAES, 2003).

Mas se estamos frente a um conflito de interesse entre direitos, garantias, e bens protegidos pela Constituição, nos pautamos em outras leis, nas regras de interpretação, ou há necessidade de se buscar um equilíbrio dentro do texto constitucional adequando-o, a sociedade e aos fatos de cada tempo (MORAES, 2003).

Os direitos e garantias individuais e coletivos encontram-se no artigo 5º da Constituição federal, eles são direitos fundamentais, devem ser respeitados e protegidos como tal, mas a que custo. Os direitos devem estar alicerçados em garantias com fundamento legal, mas não podem estar acima, ou afastar a aplicação da lei, como fundamento, desta forma sua eficácia não pode ser ilimitada, deve haver um limite (MORAES, 2003).

2.1.5 O flagrante na constituição e as garantias constitucionais

Ao abordar a prisão em flagrante tem-se a necessidade de compreensão de toda a magnitude dos aspectos constitucionais, os princípios enquanto normas implícitas ou explícitas que protegem direitos e garantias individuais ou coletivas, frente ao tema abordado a liberdade. Neste observa-se que dentre as teorias do delito todas ensejam que este é formado pelo fato típico, antijurídico e culpável. A ilicitude deve estar presente para configurar a prisão em flagrante. Uma vez que não temos a configuração do crime sem o ilícito penal.

A Constituição Federal somada as leis estabelece que deve haver um delito para ensejar a prisão em flagrante, não há possibilidade de minimizar as contendas legais para adequar a prisão no flagrante preparado (BONAVIDES, 2007).

A Constituição Federal traz muitos aspectos sociais, com abordagem protetiva dos direitos individuais, que de fato asseguram de forma integral a proteção contra ilegalidades. Mas o questionamento reside, em identificar as características do que torna uma prisão legal ou ilegal; e o fundamento está constitucionalmente esculpido no artigo 5º, inciso, LXVI.

Todavia, deve estar evidente que os direitos e garantias individuais correspondem a um legado histórico, que visa suprimir a ação do estado, além de assegurar durante a instrução processual penal a efetiva aplicação dos direitos e garantia individuais (SAMPAIO e CALDAS, 2007).

3 RESULTADOS E DISCUSSÕES

As circunstâncias que envolvem o flagrante preparado devem ser observadas com a máxima eficiência frente a ação que na prática da vivência policial não existe possibilidade de consumação, o que tornar o crime impossível.

A jurisprudência demonstra a ilegalidade do flagrante preparado, visto que o autor é instigado a realizar um delito, todavia a ressalva consiste na presença de um agente causador, o qual seria um policial disfarçado. Neste cenário evidencia-se um crime impossível, em razão da impropriedade total do meio. E como orientação do Superior Tribunal Federal – STF, a súmula 145 faz referência a este entendimento “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Na doutrina encontramos correntes que corroboram com o supremo, no sentido de não haver possibilidade de se efetuar a prisão quando ocorre o flagrante preparado, pois a consumação do crime não ocorrerá, o que o torna crime impossível.

Todavia observa-se no flagrante esperado que a atividade realizada pelo policial emana de situação que se desenvolve, sem a previa indução do sujeito, não há presença do agente provocador, então não pode enquadrar-se como crime impossível. Nesta situação o flagrante é esperado, as forças policiais o flagram numa situação ilícita cuja participação policial é posterior.

O entendimento jurisprudencial, no qual o Ministro Sepúlveda Pertence, alega que não há como abordar os flagrantes da mesma forma, uma vez que, o policial que é provocador difere do policial que toma conhecimento de prática de conduta criminosa e dirige-se para efetuar a prisão em flagrante, nesta situação hipotética o policial não instigou, não criou condições para o sujeito criminoso.

Assim, compreendemos que as leis frente ao flagrante preparado estão sumuladas, embora existam doutrinadores que são a favor da diferença, enquanto outros não, constata-se a modalidade como ilícita, por tornar o crime impossível frente a preparação e induzimento a prática criminosa.

Todo este entendimento é passível de compreensão por meio de diferentes aportes, todavia o que surge como semelhança, é o fato de que, nas ações de flagrância, bem como, nas atividades gerais que são executadas pelo policial militar, sua conduta é imprescindível para a eficácia e validade da ação do que se realiza, ou seja, é primordial o policial estar frente a todo este conhecimento doutrinário/legal que irá agregar a sua conduta profissional.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir que todos os aspectos reservados a análise do flagrante preparado precisam ser interpretados com toda a cautela que esta modalidade de flagrante exige frente às nuances da consumação que podem converter o crime em impossível.

O entendimento jurisprudencial aborda como ilegal o flagrante preparado, pelo fato do autor ser induzido a cometer o delito, e esta indução decorre de um agente policial presente durante todo o desenvolvimento dos fatos, e esta atuação traz características de crime impossível por não haver meios para efetivar a consumação.

E este entendimento colabora com o STF – Superior Tribunal de Justiça, no qual a Súmula 145, enfatiza veementemente que não existe crime quando a ação policial torna impossível a sua consumação.

No posicionamento doutrinário, o tema ainda é amplamente discutido, neste encontramos posicionamentos favoráveis e desfavoráveis acerca da constitucionalidade do flagrante preparado, vez que existem posições que vão de encontro com as decisões do Supremo, alegando a impossibilidade de ocorrência do crime quando este é preparado.

Todavia há entendimento de que, se a conduta do agente não causou dano, deve ser considerada atípica, ainda existem aqueles que não encontram diferenças plausíveis para a aceitação de uma modalidade em detrimento da outra, visto que, percebem as duas modalidades como impossíveis de serem concretizadas.

Pode-se concluir que as duas modalidades de flagrante devem ser analisadas com cautela, e embora ajam, posicionamentos divergentes do Supremo Tribunal Federal, os julgados constituem entendimento para posteriores decisões, uma vez que está sumulado, faz sentido esta perspectiva legal, embora discrepante de alguns doutrinadores que pautam seus posicionamentos em aspectos divergentes.

Neste sentido, compreender o entendimento jurisprudencial é caminhar para a percepção de que, existem diferenças nas duas modalidades de flagrante, que se institui de fato com a presença do policial como agente que provoca, o que é diferente do caso, daquele que sabe da ocorrência de ilícito e espera para flagrá-lo.

Todas as considerações acerca do tema, conduzem a discussão para onde se desejar, todavia o consenso reside, na presença do policial militar como figura central no desenvolver do flagrante preparado ou esperado.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

BOCCATO, V. R. C. **Metodologia da pesquisa bibliográfica na área odontológica e o artigo científico como forma de comunicação**. Rev. Odontol. Univ. Cidade São Paulo, São Paulo, v. 18, n. 3, p. 265-274, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. 20ª. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 11 ed. Re. E atual; São Paulo: Saraiva, 2010.

JESUS, Damásio E. de. **Crime impossível e imputação objetiva**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2591>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas Ribeirão, 2008.

MOUGENOT, Edílson Bonfim. **Curso de Processo Penal**. Editora Saraiva 2009.
NUCCI, Guilherme de Souza. **A prisão cautelar e a Constituição de 1988**. Jornal carta forense, 2008. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br> acesso em: 01/05/2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 12.ed. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. Ed. 8ª. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007.

OLIVEIRA, Francisco Brunno Soares De. **Súmula 145 do STF - a proibição do flagrante preparado** 2012. DISPONIVEL EM: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7643. Acesso em fev 2018.

ROWEDER, Rainer Jerônimo. **O crime impossível e os novos aparatos tecnológicos**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 102, jul 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12006>. Acesso em fev 2018.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval e CALDAS NETO, Pedro Rodrigues. **Manual de Prisão Soltura Sob a Ótica Constitucional**. São Paulo: Método, 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura**. in *O juiz – seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1999.