



**CENTRO UNIVERSITÁRIO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC**

**CURSO DE DIREITO**

**RENAN RAMOS ROLIM**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO FLAGRANTE PREPARADO E A  
CONSTITUCIONALIDADE DO FLAGRANTE ESPERADO: Manutenção de  
posicionamento como conquista jurídica em prol da dignidade humana ou revisão  
de entendimento como forma de conter a depreciação do poder estatal frente aos  
cidadãos infratores?**

**JUIZ DE FORA - MG**

**2021**

**RENAN RAMOS ROLIM**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO FLAGRANTE PREPARADO E A  
CONSTITUCIONALIDADE DO FLAGRANTE ESPERADO: Manutenção de  
posicionamento como conquista jurídica em prol da dignidade humana ou revisão de  
entendimento como forma de conter a depreciação do poder estatal frente aos cidadãos  
infratores?**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Besnier Chiaini Villar

**JUIZ DE FORA – MG**

**2021**

**RENAN RAMOS ROLIM**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO FLAGRANTE PREPARADO E A  
CONSTITUCIONALIDADE DO FLAGRANTE ESPERADO: Manutenção de  
posicionamento como conquista jurídica em prol da dignidade humana ou revisão de  
entendimento como forma de conter a depreciação do poder estatal frente aos cidadãos  
infratores?**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao  
curso de Direito do Centro Universitário  
Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como  
requisito parcial para obtenção do título de  
bacharel em direito.

Aprovada em: / /

**BANCA EXAMINADORA**

-----  
Prof. Besnier Chiaini Villar (Orientador)  
Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC  
  
-----  
Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC  
  
-----  
Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Dedico esse trabalho às pessoas que veem o direito não só como um mero instrumento de barganhar direitos e deveres, mas para aquelas que o veem como uma ferramenta crucial na luta pela justiça. Dedico, também, àquelas que veem nessa ciência um meio de fazer valer os anseios sociais que desenha e ratifica as normas jurídicas, assim como todas as fontes do direito, pois o poder emana do povo.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado a possibilidade de cursar o curso de direito, não como mérito ou avanço pessoal, mas sim como forma de amadurecimento de minha visão pela vida, diante de um cenário de auto reflexão e compaixão com o próximo.

Agradeço aos meus pais, que sempre me motivaram e acreditaram em meus sonhos, dando-me todo o apoio necessário, seja emocional, financeiro ou moral, que se mostraram essenciais ao alcance dessa conquista acadêmica tão sonhada.

Agradeço ao meu irmão por sempre poder contar com sua pessoa, ainda que às vezes a vida nos deixasse distantes, mas sua calorosa presença em momentos especiais me mostrava que não estava sozinho naquela luta.

Agradeço a todos os meus avós e em especial ao meu avô Amós, o qual era pessoa crucial em minha vida, onde por muitas vezes, se fez presente ao meu lado com conversas e momentos prazerosos, que, infelizmente, nos deixou durante o curso.

Agradeço ao meu filho que, por diversas vezes, me questionou e indagou-me sobre minha faculdade. Sua simplicidade era o que me motivava a continuar lutando e estudando.

Agradeço a minha namorada Beatriz, que tive a oportunidade de conhecer na faculdade, a qual sempre esteve ao meu lado, seja em momentos acadêmicos ou pessoais.

Agradeço a minha comandante Capitã Ana Luiza, por sempre acreditar no meu potencial, dando-me a oportunidade de adequações de escalas de serviço e liberação de outras, com o objetivo de realizar as provas da faculdade. Sua nobre atitude será para sempre lembrada e marcada em minha memória.

Agradeço aos meus amigos de trabalho do município de Lima Duarte, nos quais na pessoa do sargento Leopoldo, agradeço todo o empenho e dedicação para que em momento algum faltasse as aulas e as provas da faculdade, pelo intervalo de tempo que cursei a faculdade lotado sob os cuidados de vosso comando.

Agradeço ao 3º sargento Marcos, o qual tenho a honra de servir sob vosso comando, bem como extrema gratidão a Deus, por ter me proporcionado conhecer pessoa tão íntegra e respeitada, onde por diversas vezes contribuiu-me para que continuasse caminhando rumo a formação acadêmica, sem que pudesse ser abalado pelas adversidades encontradas no caminho.

Agradeço aos meus companheiros de farda e em especial ao Grupamento Especial de Policiamento Ambiental – GEPAM, os quais em diversos momentos me motivaram e acreditaram que esse sonho poderia ser capaz, quando nem eu mesmo já acreditava. Com

certeza suas atitudes serão eternamente lembradas. O que fazemos na vida, ecoa na eternidade.

Agradeço a todos os meus amigos, sejam próximos, distantes, acadêmicos ou de outros segmentos dessa tão surpresa e adversa subjetividade chamada vida, os quais dividi momentos de sonhos, expectativas e realidades, que contribuíram para a construção do meu caráter.

Agradeço ao meu orientador pela oportunidade de poder me direcionar pelas variáveis e adversas situações do tema defendido, onde a potencialização da ousadia se mostrou extremamente exigível.

Agradeço aos nobres amigos que fiz durante o curso de direito, pois com eles aprendi que a evolução não se faz apenas com uma só opinião, mas sim com alguns por centos de cada um. Minha caminhada não será a mesma depois de ter tido a honra de conhecê-los.

Agradeço por fim, mas não menos importante, aos professores e funcionários da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, os quais contribuíram para meu crescimento social e acadêmico, dando-me a oportunidade de desenhar mais um traço de conquista no plano da vida, sem falar na oportunidade de amadurecimento constante de minhas opiniões jurídicas e pessoais.

Penso, logo existo.

Descartes

## RESUMO

O Supremo Tribunal Federal, através da edição da súmula vinculante nº 145, trouxe a inconstitucionalidade e, conseqüente ilegalidade de prisões, devido a preparação do flagrante. Tal entendimento fundamenta-se no crime impossível, conforme artigo 17 do Código Penal; onde torna-se impossível o cometimento de crime quando a preparação não restar a possibilidade da consumação. Entendimento que causa inevitáveis questionamentos quanto a hora exata da percepção do crime, se existe ou não conduta típica, e a possibilidade da tentativa, caso o autor consiga se desvencilhar de toda a preparação pré-ordenada. Encontra-se também, paralelo a ideia de que esse flagrante preparado deixa rastros, no que tange a falhas em seu entendimento de inconstitucionalidade, tendo em vista que muito se confunde com o flagrante esperado, que há também preparações anteriores ao ocorrido. Dizer que um é legal e o outro não, como hoje é o entendimento do STF, é criar uma instabilidade jurídica, bem como uma depreciação da eficácia da lei, frente a um cenário de paz social. O desalinhamento do judiciário e a falta de reais e legítimas fundamentações concretas causam transtornos tanto para os infratores, quanto para agentes públicos, onde, nesse segundo, o Estado não deixa de ser lesado diretamente.

**Palavras-Chave:** Flagrante. Flagrante esperado. Flagrante preparado.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>2 AS PARTICULARIDADES DAS PRISÕES EM FLAGRANTE.....</b>	<b>11</b>
<b>2.1 Flagrante esperado.....</b>	<b>12</b>
<b>2.2 Flagrante preparado.....</b>	<b>15</b>
<b>3 O STF, O POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E AS VARIAÇÕES DE CRIAÇÕES DE CASOS JURÍDICOS.....</b>	<b>19</b>
<b>3.1 Os posicionamentos doutrinários.....</b>	<b>20</b>
<b>3.2 As variações de criações de casos jurídicos.....</b>	<b>23</b>
<b>4 A RELEVÂNCIA DA REFORMULAÇÃO PELO STF.....</b>	<b>27</b>
<b>4.1 O contexto social que possibilita o flagrante preparado.....</b>	<b>30</b>
<b>4.2 As peculiaridades que fundamentam a licitude do flagrante preparado.....</b>	<b>33</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>38</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>43</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O flagrante preparado, depois da formulação da súmula vinculante nº 145 do STF, obteve certo alinhamento de julgamentos nas ações em que se observava as características desse tipo de prisão. Contudo, como o direito é uma ciência que se reformula e se reinventa a cada dia, questões práticas e doutrinárias surgem para esboçar novos direcionamentos no cenário jurídico brasileiro, o qual tende a elevar inúmeras outras variações como característica principal de atuação, como estado democrático de direito.

Neste trabalho acadêmico, são analisados os posicionamentos a favor da inconstitucionalidade do flagrante preparado, os quais serviram de embasamento para a criação da Súmula. Há o posicionamento dos doutrinadores que veem uma real distinção entre o flagrante preparado, como absolutamente inconstitucional, alinhando-se ao entendimento da súmula vinculante. Ao passo que acreditam ser impossível a concretização e, conseqüente consumação de um crime, o qual não tem nenhuma chance de ser realizado, haja vista a imediata atuação do Estado em sua contenção, como acredita Nelson Hungria (1978). Para ele, o cidadão, no momento em que o Estado prepara sua atuação em consequência do delito supostamente praticado, não passa de um figurante no cenário pré-determinado. Já o flagrante esperado, que para esses, há constitucionalidade e real legitimidade, tendo por argumentação principal a não instigação do Estado na fase de construção da conduta humana no cometimento de certo delito, a atuação estatal não se confunde como preparação, mas sim como resposta sem instigação do autor.

Além desses, também é levantado o posicionamento de doutrinadores como Eugênio Pacelli (2016), que se alinha ao entendimento defendido neste trabalho. Para ele, não há que se falar em distinção entre o flagrante preparado e o flagrante esperado. Esses institutos jurídicos, ainda que fragmentados para uma maior compreensão de suas peculiaridades, acabam por, em algum momento, entrelaçados pela vontade humana, bem como a espera, por parte do Estado, em obter o momento exato para atuar frente a um delito. Nesse viés, ou se atende a legitimação de um igualmente ao outro, o que parece ser o mais viável para Pacelli (2016) e para a fundamentação defendida nesse trabalho, ou se declara por ilegais os dois institutos. Isso, não por uma questão de enfraquecimento argumentativo ou falta de embasamento legal, mas sim, como forma de retirar-se ilegalidades nas atuações jurídicas dos tribunais, que são tomadas pela hermenêutica particular, subjetiva e arbitrária, que inevitavelmente, recaem nas situações fáticas.

São também levantados casos concretos que deixam a discussão ainda mais emblemática, onde o próprio posicionamento do STF é colocado em ‘xeque-mate’, quando ilustrado na aceitabilidade da prisão pela atuação do flagrante preparado, por agentes públicos, quando o infrator consegue se desvencilhar de toda estratégia de sua captura. Essa inconsistência jurídica será demonstrada através de exemplos ilustrativos, os quais servirão para uma análise crucial a respeito do sopesar entre a ciência jurídica e o maior bem jurídico tutelado pelo próprio direito, a vida, que nesta esfera, envolverá terceiros inocentes.

Paralelamente a essa questão de sopesar de direitos, insurge-se a questão precípua da igualdade de jurisdição e de apreciação dos direitos individuais, o qual é postergado pela Suprema Corte ao passo que se aceita a preparação do flagrante nos crimes permanentes como tráfico de drogas. Neles é permitido ao agente se passar por um usuário de drogas e, ao receber a droga, ainda que gratuitamente, efetuar a prisão pelo flagrante preparado.

O trabalho traz uma realidade fática, o qual é reiteradamente recriada dia após dia, trazendo fatos que não mais conseguem se amoldar ao entendimento retrógado da súmula em questão. Esse material servirá para que se possa refletir se o Estado, assim como a justiça, está seguindo pela direção correta e, conseqüentemente, se está agindo coerente às suas utópicas ficções jurídicas. Servirá, também, para refletir sobre o destino da ciência do direito, onde ou se dá o direito com equidade e sabedoria, ou se dará o direito àqueles, que por prerrogativas processuais inerentes ao caso, terão a oportunidade legal de ‘tentar’ retirar o direito de outros.

## 2 AS PARTICULARIDADES DAS PRISÕES EM FLAGRANTE

A expressão ‘flagrante’, obtida do latim *‘flagrantis’* que significa arder ou estar em fogo, leva à caracterização de um estado iminente, onde o delito está acontecendo naquele momento, ‘no calor do crime. É nesse exato momento que há um clamor social, constitucional e prioritário de se pausar aquela ameaça, fazendo com que se retome o estado quo antes. Um estado de convivência social e jurídica onde existe uma certa harmonia e respeito entre os bens jurídicos tutelados.

Com a quebra deste estado harmônico, inicia-se uma fase de comoção social que delimita e objetiva um ideal comum, buscando a paz entre todos. É nesse momento que o individual, o direito a intimidade e a intervenção no espaço do outro deixa de ser um direito absoluto e passa a ser relativizado. Nesse momento, o indivíduo infrator muda o cenário natural daquela sociedade, causando nela uma fragmentação expositiva, que a deixa fraca e vulnerável, fazendo com que outros direitos, respaldados pelo respeito em se seguir as normas, se abale. Assim surge uma conduta comum de se reparar essa ‘ferida na alma social’ onde, impulsionados pelo emocional e potencializado pelo sentimento de reparação, desenvolvem condutas invasivas de contenções daquele comportamento repudiado por outros, amparados até mesmo pela própria norma jurídica, que legitima e coordena essas atitudes estranhas ao convívio comum de respeito à intimidade corporal, preceituado na Constituição Federal, onde reconhece e ratifica a prisão civil.

Neste viés, de acordo com o entendimento do artigo 301 do Código Processual Penal, norma formal norteadora dos procedimentos e medidas a serem adotadas no trâmite criminal processual, qualquer um do povo que se ache na posição de impedir que o crime se consuma, ou que tenha capacidade de evita-lo, poderá conter o cidadão infrator, através do uso moderado e proporcional da força, onde as medidas sejam capazes de controlar e parar a conduta delituosa daquele infrator. Já às autoridades policiais e seus agentes, o código retira a faculdade do agir e integra a obrigatoriedade de desenvolver essa conduta de maneira profissional e eficiente, objetivando o cerceamento da liberdade humana em prol da aplicação da norma positiva.

Os delitos podem ser ilustrados através de diversas modalidades, cada um com suas peculiaridades de atuações. Nos flagrantes, sejam eles realizados pelo povo ou pelas autoridades policiais, também não seria diferente, pois existem vários tipos de flagrantes. Entre eles, figura o flagrante preparado ou provocado, que tem como característica principal a astúcia e dedicação de agentes policiais em se arquitetar verdadeiras armadilhas como forma de obtenção da prisão do autor, que tendo vontade de agir contrariamente às regras será surpreendido, como uma presa

fácil e amadora. Há também o flagrante forjado ou fabricado, que nesta categoria, vislumbra a ilegalidade como forma de obtenção do resultado, quando agentes, no ato da abordagem ou intervenção policial, “fabrica”, forja uma situação materialmente ilegal, desconstruindo todo um cenário fático com o objetivo de capturar certo indivíduo. Por último, mas não menos importante, verifica-se o flagrante retardado, postergado, diferido ou esperado, que é caracterizado pela melhor oportunidade, pela produção da prova perfeita, do momento ideal, do instante crucial em se pegar o “peixe grande”, para só então desenvolver a fase executória propriamente dita, monitorando o infrator para que ele mesmo leve os agentes aos investigados esperados. Em meio ao flagrante delito, que por sua vez é a detenção do infrator, frente a consumação do crime, tem-se a definição trazida por Alencar:

Permite-se que se faça cessar imediatamente a infração com a prisão do transgressor, em razão da aparente convicção quanto à materialidade e a autoria permitida pelo domínio visual dos fatos. É uma forma de autopreservação e defesa da sociedade, facultando-se a qualquer do povo a sua realização. Os atos de documentação a serem realizados subsequentemente ao cerceio da liberdade do agente ocorrerão normalmente na Delegacia de Polícia. (TÁVORA; ALENCAR, 2008, p. 428).

## **2.1 Flagrante esperado**

À medida em que o tempo passa, a sociedade evolui trazendo com ela inúmeras outras transformações sociais, sejam elas na área da informação, na área da educação ou até mesmo na área da socialização. Enfim, a sistemática social se transforma apresentando modificações sensíveis à evolução, que dinamiza o convívio humano e estabelece um novo padrão do agir; um novo modo de se pensar que reflete significativamente na reação humana.

As fontes do direito se resumem em leis, jurisprudências, doutrinas e costumes, que neste trabalho, vamos estudar cada variação dessas importantíssimas fontes, cruciais ao entendimento do tema desse trabalho.

As leis, como uma fonte marcante nas constituições escritas e formais dos países que a adotam, como o caso do Brasil, são legitimadas através de procedimentos bastante formais e transparentes, onde, mediante a análise em cada casa do Congresso Nacional, nos turnos e procedimentos específicos de cada lei, sejam elas emendas à constituição, leis ordinárias, complementares, delegadas, ou outras específicas, passam por uma série de transformações, as quais revogam-se, acrescentam-se e reformulam-se os artigos originariamente expostos àquela aprovação; até que se chegue a famosa “lei ideal”, a qual terá em seu corpo medidas de carácter imperativo, eficientes e erga omnes.

De acordo com Carlos Scmieguel (2010, p. 134): “Lei é o instrumento de que se utiliza o legislador, para atribuir efeitos jurídicos aos atos e fatos, segundo valores socioculturais por ele adotados”.

A doutrina é uma ascensão positiva do estudo do direito, que graças ao empenho de estudiosos dessa ciência, é possível ter uma nova visão do sentido da lei. Os doutrinadores são essenciais ao estudo e implementação do direito, pois se debruçam em cima de posicionamentos que contribuem significativamente para a adequação do entendimento de todo o arcabouço jurídico face à evolução da sociedade. A doutrina é uma ferramenta importantíssima para o estudo de todo o direito. Ela é, para os juízes, uma segurança a mais no plano das adversidades sociais. Contudo, a doutrina se baseia na interpretação do ponto de vista de estudos individuais e pessoais, que podem caracterizar a expressão de um olhar crítico, mas único. Como diz o escritor Leonardo Boff (2014, p.137): “[...] cada um lê e relê com os olhos que tem. Porque compreende e interpreta a partir do mundo que habita”.

A jurisprudência nada mais é que uma espécie de entendimento jurisdicional que delimita e potencializa a decisão de outros casos, quando colocados em pauta. Ela é o conjunto de decisões judiciais que foram proferidas, em um mesmo sentido, pelos tribunais. Através da jurisprudência casos reiterados de um mesmo assunto, que antes de sua aparição, seriam novamente apreciados e discutidos o mérito, por serem idênticos a outros já estudados e decididos, acabam por terem uma decisão preliminar pelos juízes dos casos concretos, pois são legitimados por outras decisões anteriormente envolvendo casos parecidos, mas com autores diferentes. A analogia de se envolver questões parecidas a casos diferentes torna o sistema judiciário mais célere e eficiente, capacitando-o para novas demandas. A jurisprudência é o entendimento abstrato pulverizado pelos tribunais, que são normatizadas pelas súmulas internas que ratificam o entendimento jurídico comum. A jurisprudência é o resultado de um conjunto de decisões judiciais de uma mesma matéria em determinado sentido. Tais decisões são proferidas pelos tribunais, notadamente os Tribunais Superiores.

Os costumes, por sua vez, são um elenco de segmentos do cotidiano que fazem com que nasçam normas implícitas a um determinado local e sobre determinado assunto. Essa fonte do direito é bastante aceitável onde a vida social de um lugar o legitima. As sentenças dos juízes singulares e as decisões dos Tribunais Superiores, muitas vezes, são embasadas e fundamentadas pelo costume que, naquele momento, é determinante para que se aprecie um caso concreto. O costume faz com que a norma jurídica se amolde ao convívio social, trazendo diretrizes naturais e observações a serem seguidas por um povo específico que, muitas vezes,

agem contrários a outras normas positivas. O Costume, demasiadamente, é o comportamento que se repete no tempo.

Depois de toda essa explanação a respeito das fontes imediatas do direito, que muito se contribui para o entendimento do assunto referente a esse subtítulo, o flagrante esperado se amolda à lei devido estar previsto como requisito no código de processo penal, no que tange à apreensão do infrator logo após o cometimento do crime; à doutrina por estar previsto como entendimento e pesquisa de estudiosos do direito sobre a legalidade do flagrante; à jurisprudência, que se faz reiteradas vezes aceita à condenação de indivíduos utilizando esse tipo de flagrante para ratificar a prisão; e a respeito do costume, tendo em vista ser do costume profissional de instituições de seguranças públicas, bem como até mesmo pelo cidadão de bem, que pode esperar que o infrator furte sua casa e, após consumir o delito, o apanha do lado de fora da residência, como regra costumeira de uma localidade – objetivando que as autoridades locais o conduzam para a delegacia, agora com todos os pertences furtados. Assim, o flagrante esperado se amolda às fontes do direito como forma de impossibilitar a efetiva consumação dos pós crimes.

O flagrante esperado é aquele aceitável pelos tribunais, pois se acrescenta que o autor do ato ilícito fora surpreendido não por maquiagens ou arquitetura de vítimas e objetos, mas sim pela estrita paciência em se esperar o momento de se flagrar e capturar o infrator; logo após o cometimento do delito – sendo respaldado por preencher os requisitos elencados pelo código de processo penal. Esse tipo de flagrante guarda uma ideologia de resiliência e investigação, que muitas vezes poderão ser frustradas, pois como sabemos, os agentes policiais podem montar verdadeiras campanhas que não servirão de nada devido os infratores não praticarem o delito. As investigações podem ser surpreendidas com desfechos impensáveis e não padronizados, quando os infratores, por um vazamento da operação, não se deslocam para o local esperado.

O flagrante esperado encontra respaldo jurídico no que tange a aceitação da investigação e monitoramento de infratores com o objetivo de se capturar aquele que acabou de praticar o delito, construindo uma ideia de perseguição e apreensão em prol do bem da sociedade que viu, naquela ação delituosa, uma fragmentação na ordem social e conseqüente imediata e prioritária reparação. Nessa modalidade de flagrante o agente “vigilante”, que muitas vezes é interpretado pelos policiais não tem nenhuma ligação com o agente infrator, pois esse acredita fielmente que está a vontade para executar o crime. Aqui, por ter o indivíduo total convicção de consumação do crime e não ter ligação, nem preparação de agentes policiais no cenário criminoso, o crime torna-se possível e sua conseqüente prisão é ratificada pelo judiciário.

Nas palavras de Eugênio Pacelli (2011, p. 532):

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

Conclui-se então que o flagrante esperado é uma modalidade de desenvolvimento de uma informação ou uma situação que fora apresentado antes ou depois do crime ter começado sua execução. Nesse instante, surge a necessidade de se repelir aquela mutação no cenário natural da vida social.

## **2.2 Flagrante preparado**

O estudo da criminologia apresenta que há três tipos de variações que determinam os crimes, são elas: o infrator motivado, a vítima em potencial e o ambiente favorável. Esses elementos reunidos denominam o triângulo do crime, onde muitos especialistas debruçam argumentos, fundamentações e opiniões acerca dessa realidade criminal, que muito assola o cotidiano da sociedade; causando medo, receio e doenças da mente, como depressão e síndromes – impulsionadas pelo medo de sair de casa e serem assaltadas, ou até mesmo violentadas.

Alguns estudos dessa área se embasam em outro tipo de triangulação como medida de prevenção ao delito, que é denominado por alguns como o triângulo da prevenção ao crime. Nesse, o infrator motivado é compelido por uma supervisão mais redobrada, onde há uma coordenação e acompanhamento dos passos desses cidadãos infratores; a vítima em potencial é resguardada e protegida por um guardião que a tem a todo o momento sob seus olhos, como mais policiais nas ruas garantindo a segurança; e por último, mas não menos importante, a administração de locais como praças públicas, colégios, bares e avenidas movimentadas, bem como vias de grande fluxo de pessoas, como forma de potencializar a sensação de segurança, através de iluminação pública, câmeras instaladas em locais estratégicos e manutenção de centros públicos – na iminência de se retirar o ambiente favorável para o cometimento do crime.

Contudo, ainda que existam grandes e renomados estudiosos que lutam pela eficiência constante dessas medidas como forma de erradicar a aparição desses crimes, tidos no direito como violentos, ou ao menos se esforcem para diminuir e conter os crimes em determinado local, os infratores conseguem burlar toda a vigilância impostas a eles, e toda a prevenção

orquestrada em prol da paz comum; e continuam a praticar inúmeros crimes. Há os que defendem que essa evolução do crime não é capaz de ser contida, devido ao baixo investimento na segurança pública, como pouca abertura de editais para contratação de mais agentes de segurança; como a falta de compromisso profissional dos agentes, já efetivados, em se realizar um serviço eficiente; como a falta de uma maior capacitação eficaz no tocante a diretrizes de ensino de legislação jurídica e prática policial; e uma falta de valorização econômica e profissional aos agentes públicos, que veem um déficit expressivo na carreira.

A questão, no entanto, do trabalho em pauta, não é adentrar nas causas que podem contribuir para o aumento da criminalidade, mas sim em uma ferramenta crucial de repressão à criminalidade, que no momento, é vista como inconstitucional, por, segundo a decisão do STF, constituir caso de crime impossível, conforme entendimento da súmula 145 da Suprema Corte.

O flagrante preparado ou, como muitos consideram, o flagrante criado, orquestrado, tem como requisito a informação prévia, que nada mais é que uma cogitação de um determinado crime antes que aconteça; a vigilância dos fatos que poderão ocorrer, conforme andamento da operação policial; desconhecimento de agentes de segurança pelo infrator motivado, que neste caso, acredita estar em um ambiente propício e totalmente seguro à sua atuação delitativa; e à existência de um vínculo entre o agente vigilante e a vítima em potencial, que neste caso, podem figurar a mesma pessoa.

Para o meio jurídico, conforme o entendimento do enunciado da súmula 145 do STF, o flagrante que é montado, planejado, estruturado ou criado tem como sua característica precípua o foco na captura do infrator como ideal a ser obtido acima de qualquer custo; ainda que para isso seja necessário criar todo um cenário propício à aparição do infrator, motivado por uma vítima indefesa, prestes a recair sob suas atitudes delituosas. Nesse instante, o ambiente torna favorável ao ponto de se aguçar não só aquela “caça” esperada e preparada, mas também como outras mais, que podem ver naquele momento uma oportunidade de obter vantagens ilícitas.

Quando se recai para o lado doutrinário, Hungria (1978, p. 1070), relata que o flagrante prepara faz com que o criminoso não passe de “um protagonista inconsciente de uma comédia”, onde não haveria crime, por ser impossível sua consumação, mas sim uma encenação, uma ilusão, um simulacro meticulosamente planejado.

Um célebre exemplo de sua obra, em “Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo II”, se verifica a seguir:

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

Para Hungria, no exemplo acima, a vontade, o animus do infrator é viciado, trazendo uma realidade utópica, que poderia ser outra se não estivessem reunidos os elementos chamativos, instigadores para que o delito acontecesse. Nele é nítido que o patrão instiga a vontade da funcionária em cometer o crime, deixando-a em um cômodo sozinha e ao seu redor toda uma oportunidade generosa, visto olhando pelo lado da ilicitude.

Porém, há relatos de argumentações desconstruídas de Hungria na mesma obra, que acabam por confundir a fundamentação defendida pelo autor – que se resume no crime impossível, nos casos de flagrante preparado, pelo vício da vontade do infrator.

O exemplo a seguir demonstra tal realidade:

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

No caso acima retratado, em uma análise aprofundada, Hungria se contradiz quando diferencia o flagrante preparado do flagrante esperado. Nele, ressalta que a vítima ao notar que poderia ser assaltada pelo ladrão, potencializa sua vontade fazendo com que o ambiente e as circunstâncias fiquem mais favoráveis à ação delituosa, quando deixa seus pertences um pouco mais vulneráveis à apanha pelo ladrão, trazendo uma situação de facilidade. Nota-se que o aspecto de facilitar o furto, ou até mesmo o roubo, dos pertences desencadeia uma ação instigadora, potencializando a vontade do ladrão em cometer aquele delito – viciando assim,

seu animus. Para, Hungria (1978), o exemplo da funcionária que esconde uma joia no meio dos ceio é um caso de crime impossível, já que foi preparada para cair nas garras do patrão, ainda mais por ter um agente da polícia observando-a. Em continuidade, o autor trata o segundo exemplo (caso do ladrão), como uma forma de tentativa, já que não conseguirá consumir o delito devido ser surpreendido, alheia a sua vontade, pela voz de prisão de um civil, demonstrando que a vítima não estava tão vulnerável assim, resumidamente.

O fato é que, nos dois casos, a vontade do autor é viciada, potencializada por uma ação que, em outro cenário, talvez não se daria as mesmas atitudes pelo infrator. Ainda assim, o doutrinador, trata o exemplo da empregada como crime impossível, como foi até mesmo absolvida, configurando flagrante preparado; e trata o caso do ladrão como flagrante esperado, em consequente prisão por tentativa de furto em ato contínuo.

Ao analisar os casos é impossível de não se notar uma semelhança bastante latente em proporcionar um ambiente favorável para que o delito ocorra, viciando a vontade do infrator. Então, por que dizer que um é inconstitucional (caso da empregada) e o outro é constitucional (caso do ladrão)? As análises aqui debruçadas têm um condão de representar o contraditório dos argumentos defendidos pelo autor e a fiel pesquisa sobre o assunto, nunca a intensão de desmerecer o trabalho renomado do autor.

### **3 O STF, O POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E AS VARIAÇÕES DE CRIAÇÕES DE CASOS JURÍDICOS**

O Supremo Tribunal Federal ao analisar as várias possibilidades de se prender uma pessoa por estar cometendo um crime digno de ser apreciado pela justiça, como forma de reequilibrar a rotina social e dar uma resposta à sociedade, como objetivo principal de sua atuação jurídica, editou a súmula vinculante nº 145 de 13 de dezembro de 1963, que criou, a partir de sua edição, um marco balizador frente ao flagrante preparado. A partir dessa, casos que teriam sido julgados contrariamente ao entendimento dessa foram alvos de recursos que pleitearam a liberdade de muitos infratores que estariam sofrendo um cerceamento de sua liberdade de forma ilegal, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

O enunciado de Súmula 145 Supremo Tribunal Federal dispõe: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.”. Essa súmula 145 traz à apreciação de ministros, desembargadores e juízes, a possibilidade de revisões de casos de prisões e direcionamento, que para se obter a captura do suposto infrator, tenha tido a necessidade de se arquitetar um ambiente propício para se chegar ao objetivo principal dos órgãos de segurança pública, que neste caso, refere-se às prisões de cidadãos infratores, contumazes ou não. Nela, o que contraria os moldes da legalidade - fazendo com que se prepare o flagrante – torna-se ilegítima aquela conduta. Pois houve uma preparação de um local iminentemente armado e construído para aquele fim específico.

Segundo os ministros do Supremo Tribunal Federal a cooperação entre instituições públicas e seus agentes que montam cenários e rearticulam todo um ambiente para se obter o êxito desejado, que neste caso é a prisão do autor de um crime, tem como ilegal toda essa armação tática, visto pelo lado da impossibilidade real de consumação do crime; que será obstruído, abafado e desarticulado, sem nem mesmo ter a efêmera chance de conclusão dos atos delituosos. Para esses, o crime é inteiramente impossível pelo meio, onde o mínimo de articulação delituosa será prontamente arruinado pelos agentes de segurança pública disfarçados. Aqui se verifica um caso de extrema imputabilidade devido à falta de o mínimo necessário à pretensão punitiva.

A doutrina majoritária, a qual é vista mais a frente, tende a declinar por esse entendimento, reafirmando a ilegalidade dessa prisão em específico, visto que um ambiente preparado para que um crime ocorra e logo após efetue a sua prisão, sem que se possa haver a possibilidade da suposta consumação do delito, traz uma sensação de impossibilidade material

de cometimento do crime, que por sua vez, se ratifica em crime impossível, onde já fora apreciado pela legislação brasileira.

Por outro lado, existem casos que desacreditam todo o entendimento doutrinário, trazendo à tona criações que desmistificam essas conclusões, fazendo surgir verdadeiras lacunas na legitimação de futuros julgamentos; onde as inconsistências desses casos dão lugar às fundamentações sólidas e coerentes até então encontradas que norteavam o entendimento jurídico.

### **3.1 O posicionamento doutrinário**

O flagrante em tela (flagrante preparado) resume-se em uma ação do poder público, ou de qualquer um do povo, conforme o artigo 301 do Código de Processo Penal, em de forma que um infrator que, supostamente, cause uma lesão na ordem social normal das coisas da sociedade seja capturado e levado à presença da autoridade judicial. O crime é amplamente divulgado e perseguido como forma de se retornar ao estado quo antes àquele evento danoso, punindo seu agente de forma justa, precisa, imparcial e eficiente. Assim, as leis tentam de toda forma amoldar aos casos concretos e para que isso ocorra haverá de ter agentes de segurança pública para efetuarem a prisão deste cidadão que, naquele instante, andou à margem da lei, acarretando um evento, uma modificação no cenário do mundo jurídico, pois sua conduta fez com que surgisse uma necessidade de atuação do poder público como único detentor do poder de punir, de acordo com o previsto no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941, não paginado): “Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

Contudo, é de se evidenciar e de se deixar bem claro, que quando se fala em qualquer um do povo, refere-se apenas às modalidades de prisão em flagrante, pois conforme o Código de Processo Penal preconiza, pela literalidade da lei, o cidadão poderá efetuar a prisão apenas em casos de flagrante delito. Como se sabe existem outros tipos de prisões no ordenamento jurídico brasileiro, como a prisão por mandado judicial, por exemplo, que não cabe ao cidadão comum a legitimação de procedê-la. Afinal, há um certo tipo de coerência nessa restrição, uma vez que os outros de tipos de prisões requerem um pouco mais de experiência e de propriedade na sua execução, visto pelo lado de que se poderia comprometer a dignidade da pessoa humana caso um leigo se achasse no direito de coagir e cercear algum direito fundamental humano.

Em relação ao flagrante preparado, o qual poderá, como já visto, ser atuado e preparado pelo poder público ou pelo povo, é amplamente defendido por muitos doutrinadores como um flagrante ilegal. Assim, como no entendimento da Suprema Corte, esses entendem que a preparação de um momento de possibilidade de atuação de prisão é inteiramente propícia à exaltação de um estado de fragilidade da ordem pública, uma vez que não se tem um caso natural de abalo à ordem social, mas sim uma espécie de criação fictícia e totalmente arquitetônica de um cenário artificial. Esse cenário é criado em cima de fatores estranhos à normalidade cotidiana, podendo desencadear ânimos e coragens que potencializam a vontade humana, fazendo com que haja uma forte tendência de se delinquir.

Para Bitencourt, o flagrante preparado é:

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

Como no caso semelhante acima demonstrado, onde um patrão que, desconfiando de uma empregada, a deixa sozinha em uma sala fechada com pequenos objetos valiosos, como esmeraldas ou algo parecido de grande valor, dá a chance de fazer com que a empregada pegue alguns desses objetos sem que seja dada a ela a responsabilidade daquele furto, já que ali poderiam entrar também outros funcionários, por não se tratar de ambiente exclusivo. Em continuidade, em uma sala ao lado, vigia escondido toda a ação da funcionária e, ao menor da atuação delituosa em furtar os pequenos objetos valiosos, dá a ela voz de prisão em flagrante delito, seja por ele mesmo ou por alguma autoridade policial que se faz presente também ao lado do patrão na sala. Nesse momento, surge a ideia de que, segundo os doutrinadores, toda essa ação delituosa, que foi arquitetada e preparada pelo patrão da funcionária, com a intenção de se capturar a empregada, seria outro caso a vontade da funcionária não tivesse sido colocada em teste.

Esses se fundamentam que a vontade, no caso do flagrante preparado, foi viciada e corrompida por todo um cenário montado e articulado para propiciar um ambiente totalmente harmonioso e promissor para que o delito acontecesse. E nesse viés, quando a funcionária detém o objeto do crime para si, sem a permissão do patrão e com total vontade própria, comete o crime tipificado no artigo 155, do Código Penal (1940, não paginado): “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”. Assim, há os que falam que pelo motivo da vontade humana ter sido viciada, não há que se falar em crime visto pelo lado da potencialização negativa do cometimento do crime.

Em outro viés, existe uma corrente que também não ratifica a prisão do flagrante preparado, mas não pelo vício da vontade humana potencializada por um ambiente promissor, mas sim pelo fato da total impossibilidade de consumação do crime, já que, como no caso acima proposto, a funcionária não tem qualquer chance de subtrair realmente aquele objeto valioso; visto pela ótica da incoerência do êxito, uma vez que será capturada com certeza, por estar sendo vigiada, e por não ter a menor chance de obter sucesso. Com isso, ela não comete o crime, pois não existe a chance real de sair daquele local sem que seja capturada pelas autoridades policiais ou pelo próprio patrão que a vigiava. Aqui, a consumação se torna materialmente impossível e, por sua vez, o crime deixa de existir, tendo em vista não conseguir conquistar a fase da punibilidade, que neste caso é viciada pelo meio.

Diferentemente de um funcionário que, sabendo estar sendo gravado por câmeras de segurança, tenta furtar mercadorias dentro de uma loja e é pego no ato ou logo após a prática da conduta. O Supremo Tribunal Federal já demonstrou parecer positivo e legítimo à prisão nessas condições, já que o infrator, seja ele empregado de uma empresa que sabe estar sendo filmado por câmeras expostas ou um infrator aleatório dentro de uma loja qualquer, que é capturado em flagrante delito pelo crime de furto. Pois, sabedor da existência de uma câmera de vigilância, tem a coragem e o dolo, ainda que eventual, de praticar a conduta tipificada no crime de furto.

A turma do Superior Tribunal de Justiça deu decisão paralela e harmoniosa ao entendimento da Suprema Corte no que tange ao crime possível de furto, visto pelo saber, do infrator, de sistema de vigilância, como podemos ver a seguir (BRASIL-STJ, 2015, não paginado):

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RITO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. DIREITO PENAL. FURTO NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. EXISTÊNCIA DESEGURANÇA E DE VIGILÂNCIA ELETRÔNICA. CRIME IMPOSSÍVEL. INCAPACIDADE RELATIVA DO MEIO EMPREGADO. TENTATIVA IDÔNEA. RECURSO PROVIDO.1. Recurso Especial processado sob o rito previsto no art. 543-C, § 2º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e na Resolução n. 8/2008 do STJ. TESE: A existência de sistema de segurança ou de vigilância eletrônica não torna impossível, por si só, o crime de furto cometido no interior de estabelecimento comercial.2. Embora os sistemas eletrônicos de vigilância e de segurança tenham por objetivo a evitação de furtos, sua eficiência apenas minimiza as perdas dos comerciantes, visto que não impedem, de modo absoluto, a ocorrência de subtrações no interior de estabelecimentos comerciais. Assim, não se pode afirmar, em um juízo normativo de perigo potencial, que o equipamento funcionará normalmente, que haverá vigilante a observar todas as câmeras durante todo o tempo, que as devidas providências de abordagem do agente serão adotadas após a constatação do ilícito, etc.3. Conquanto se possa crer, sob a perspectiva do que normalmente acontece em situações tais, que na maior parte dos casos não logrará o agente consumir a subtração de produtos subtraídos do interior do estabelecimento comercial provido de mecanismos de vigilância e de segurança, sempre haverá o risco de que tais providências, por qualquer motivo, não frustrem a ação delitiva.4. Somente se configura a hipótese de delito impossível quando, na dicção do art. 17 do Código Penal, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime. 5. Na espécie, embora remota a possibilidade de consumação do furto iniciado pelas recorridas no interior do mercado, o meio empregado por elas não era absolutamente inidôneo para o fim colimado previamente, não sendo absurdo supor que, a despeito do monitoramento da ação delitiva, as recorridas, ou uma delas, lograssem, por exemplo, fugir, ou mesmo, na perseguição, inutilizar ou perder alguns dos bens furtados, hipóteses em que se teria por aperfeiçoado o crime de furto.6. Recurso especial representativo de controvérsia provido para: a) reconhecer que é relativa a inidoneidade da tentativa de furto em estabelecimento comercial dotado de segurança e de vigilância eletrônica e, por consequência, afastar a alegada hipótese de crime impossível. (STJ, Agravo em Recurso Especial Nº 710.602 -RS (2015/0115035-3) Relator: Ministro Ericson Marinho (Desembargador Convocado do TJ/SP).

### **3.2 As variações de criações de casos jurídicos**

No ramo do direito, assim como em qualquer ciência, existem posicionamentos que tendem para um lado, como também para noutro. O direito, como ciência do estudo das leis, se baseia não só na lei propriamente dita, escrita ou não, mas também em todo o contexto que o cerca; relativizando entendimentos de casos que um dia foram considerados absolutos, levando luz a casos complexos e esperanças a noutros considerados irreversíveis. O direito é e sempre será uma ciência que evolui a todo o instante, que se amolda constantemente aos anseios sociais e que se apresenta como uma verdadeira ferramenta na luta pela harmonia e pelo bem comum social.

Nesse viés, não se esperaria menos também dos doutrinadores e dos estudiosos do direito, que na medida de suas apreciações e entendimentos, levantam reflexões sobre os inúmeros casos que, pensados por eles fictamente ou levados ao conhecimento de todos por eles, nos fizessem, como diz o ditado, dar aquela ‘paradinha de Pelé; e nessa, ver que ainda que existam leis bem redigidas e procedimentos processuais bem adequados no enfrentamento às situações cotidianas, ainda sim a realidade da convivência humana nos deixa perplexos e pequenos perante o plano da vida.

Para a Corte Suprema, o flagrante preparado, quando absolutamente improvável seu exaurimento, está-se diante de crime impossível, sendo assim não restando qualquer atitude, por parte do Estado, em punir essa conduta, que nesse contexto, torna-se atípica. Contudo, como dito acima, a sociedade se evolui e com elas os infratores também se articulam e desenvolvem verdadeiras artimanhas delituosas e, se tal impossibilidade de consumação se tornar, ainda que mínima, relativamente possível, tendo em vista a destreza e a engenhosidade da conduta do meliante, ainda que não se consiga atingir a consumação do delito, o infrator responderá pelo crime de tentativa; visto que não conseguiu atingir todas as fases do crime por uma atitude alheia a sua vontade, no caso, a ação policial. Assim, a preparação iria deixar de figurar como requisito para o crime impossível e passaria a figurar no plano da tentativa, onde o resultado só não foi atendido por ações estranhas a do delinquente. Junior Fabbrini Mirabete expõe explicação paralela ao entendimento da Suprema Corte, como se pode notar a seguir:

A respeito do assunto estabeleceu o STF a Súmula nº 145: "Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a consumação do delito." Entendem alguns que se estabeleceu regra para cuidar do crime putativo, mas a hipótese é a de crime impossível. Verificando-se que há ineficácia absoluta do meio ou absoluta impropriedade do objeto, aplica-se o art. 17; caso contrário, há tentativa punível. Iniciada a execução e havendo a mínima possibilidade de ocorrência do resultado, deve o agente ser responsabilizado pelo conatus.(...) Havendo preparação do flagrante -trate-se de crime provocado ou de crime esperado-, ocorrerá crime impossível se o meio for ineficaz, o que pode decorrer no caso concreto das medidas estabelecidas para a prisão em flagrante, ou se o objeto for impróprio, o que dependerá da inexistência do objeto (ausência da vítima, falta de dinheiro ou valores etc.). De outro lado, em qualquer das hipóteses, se ficarem evidenciados elementos que indiquem ter havido relativa ineficácia do meio ou impropriedade do objeto, tendo ocorrido concreta possibilidade -que mínima -de o agente obter a consumação do delito, estará presente a tentativa. (MIRABETE, 2013, p. 168).

Como visto, em casos concretos, sejam esses imaginários ou que já fazem parte da nossa existência humana, há a exposição de situações que demonstram certa relatividade na apreciação das leis, que podem induzir um magistrado a tomar atitudes mais enérgicas que as corretamente deveriam, e serem alvos de verdadeiros abusos de autoridade. Aqui, a subjetividade ganha força e se enraíza nos complexos procedimentos processuais, levando as

decisões serem pautadas e definidas pelos olhos de quem as apreciam, impulsionadas e convencidas pelos cenários montados por advogados e promotores, e não pelo arder fundamental e crucial da busca da verdade real.

Para Pacelli (2016), o flagrante preparado e o flagrante esperado têm as mesmas circunstâncias do ponto de vista da sociedade, que nada mais se faz, pela busca da prisão de um infrator, não se podendo dizer que um crime é inteiramente impossível, já que no calor da situação poderá haver a possibilidade de fuga. Em sua obra, destaca a incoerência teórica em se analisar cada caso concreto, para ora decidir se é constitucional e ora decidir se é inconstitucional tal ação policial. Para ele, essa subjetividade deixa marcas de corrosão e fraquejar jurídico, podendo causar uma rachadura na lei e na ordem, como se verifica:

Observa-se, primeiro, que não é inteiramente correto falar-se em crime impossível, porquanto, pelo menos em tese, será sempre possível a fuga. E, no ponto, convenhamos: elaborar uma construção teórica fundada na eventualidade de cada caso concreto (se houver fuga, ·é crime; se não houver, não é), parece-nos demasiadamente inconsistente e arriscado.' Para que pudéssemos falar em impossibilidade, teríamos de nos referir à impossibilidade absoluta do meio (a ação criminosa), na qual não houvesse nenhuma possibilidade de fuga do autor, o que não nos parece correto nem adequado fixar para toda e qualquer hipótese de preparação do flagrante.(...)Note-se, porém, que ambas as situações podem estar tratando de uma única e mesma realidade: a ação policial suficiente a impedir a consumação do crime (ou o seu exaurimento), tudo dependendo de cada caso concreto. Não nos parece possível, com efeito, fixar qualquer diferença entre a preparação e a espera do flagrante, no que se refere à impossibilidade de consumação do crime, fundada na ideia da eficiente atuação policial. Em ambos os casos, como visto seria possível, em tese, tornar impossível, na mesma medida, a ação delituosa em curso. Por que então a validade de um (esperado) e invalidade de outro (o preparado)? (PACELLI, 2011, p. 532).

Não existe real diferença entre o flagrante preparado e o flagrante esperado, no que respeita à eficiência da atuação policial para o fim de impedir a consumação do delito. Duzentos policiais postados para impedir um crime provocado por terceiro (o agente provocador) têm a mesma eficácia ou eficiência que outros duzentos policiais igualmente postados para impedir a prática de um crime esperado. Assim, de duas, uma: ou se aceita ambas as hipóteses como de flagrante válido, como nos parece mais acertado, ou as duas devem ser igualmente recusadas, por coerência na respectiva fundamentação. (PACELLI, 2011, p. 533).

Analisando as citações acima expostas, bem como todo o cenário de variações de casos, hipotéticos ou não, a verdade é que o flagrante preparado muito se confunde com o flagrante esperado. Aquele se resume em uma linha de ação onde a preparação, a arquitetura e o brilhantismo policial se caracteriza como ferramenta crucial para se consumir prisões; enquanto esse se amolda na espera de um momento certo para agir, não que tenha certeza do agir do infrator, mas detém de informações relevantes de que o crime irá ocorrer, montando e articulando também todo um esquema de segurança, guarnecendo o ambiente que o cerca, e, engenhosamente, vindo a prender o delinquente no exato momento em que se pratica o crime.

Observa-se que o engenho e arte dos policiais e toda a desenvoltura profissional daqueles que estão figurando naquele local, com o objetivo de se dismantelar o esquema criminoso e efetuar a captura do infrator, seja no preparo ou na espera que ela aconteça, é tão tênue que até mesmo a linha portuguesa se confunde em tentar esclarecer tal efêmera distinção, isolando e pontuando cada um desses flagrantes. No preparo do flagrante se espera que o infrator venha a praticar o ato, para então, só assim o prender; e na ação de espera do flagrante, se prepara todo um esquema de ação delinquente e conseqüente reação policial, na iminência de se capturar o infrator. As duas variações demonstram pontos mais que parecidos, para não dizer idênticos.

#### **4 A RELEVÂNCIA DA REFORMULAÇÃO PELO STF**

O poder estatal, como absoluto e legítimo poder, amparado pela norma constitucional é uma espécie de controlador da sociedade. Através dele, o Estado normatiza e revisa toda a vivência em sociedade dos cidadãos que fazem parte de todo esse cenário social. É ele quem, respeitando é claro os princípios e as conquistas humanas, faz com que os anseios individuais e toda realidade que tende a ser absoluta, aos olhos do particular, em um plano harmônico e equilibrado, seja transformado e reorganizado de novo e de novo – adequando as demandas, que porventura surgirem, ao novo cenário social que se levanta. O Estado cria novos deveres, mas também resguarda direitos, tudo em prol da sociedade e do bem-estar comum.

No ramo do direito penal não poderia ser diferente. De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro para que um anseio governamental, no que tange à supressão de direitos garantidos, como por exemplo no caso do cerceamento da livre locomoção humana, é preciso, para tal feito, criar normas jurídicas, as quais não de passar por um amplo processo legislativo complexo e rigoroso, que ao final surgirá uma norma incriminadora. Essa deve ser eficiente e capaz de dar uma resposta à altura da sociedade, retirando do convívio humano aqueles que furtam a paz e a tranquilidade social. Contudo, estas normas, têm que respeitar, como dito antes, todo um complexo ramo de princípios e conquistas sociais, os quais são legitimados pela Carta Magna do país, para só então poderem ser ratificadas e implementadas como nova lei.

A questão é que, algumas normas jurídicas já passaram por esse processo demorado e extremamente burocrático para ser colocada em “uso”, ressaltando aqui o estado democrático de direito, o qual o Brasil amplamente o ratifica e eleva, justificando seus atos por transparência e controles variados, não querendo afastar o legítimo e honrado processo legislativo de criação das leis, entretanto, não entrando nessa questão formal, mas sim em uma questão mais de imposição e eficiência das normas, propriamente dito, algumas leis acabam que, ainda que foram criadas com todo esse carinho legislativo, perdendo sua força, não por falta de vontade estatal para aplicar suas sanções, mas sim pela enorme variação de entendimento constitucional que os juízos apresentam. Esses, ao analisarem um processo judicial, envolvidos por todo o cenário e argumentação elencado pelos patronos das partes envolvidas, mudam e reformulam seus entendimentos a respeito de um determinado fato, de acordo com cada caso concreto, criando jurisprudências que acumulam mais e mais precedentes jurídicos. Nessa hora, o Estado, ainda que único possuidor do direito de punir, não consegue realizar e implementar seu poder com êxito, pois como sabemos, o controle externo de constitucionalidade desenvolvido pelo

poder judiciário, faz com que certa norma tome outro entendimento que não o almejado e pretendido pelo legislador originário.

Assim, as normas que foram desenvolvidas por todo aquele processo legislativo burocrático e complexo, que vimos ser demorado e maçante, é praticamente jogado todo fora e novamente tende ser apreciado e reformulado; não como uma espécie de conserto da norma, que em tese seria mais fácil de ser resolvido, como poder revisor das leis, mas sim como um novo ordenamento jurídico precípua, respeitando novamente todos os trâmites legislativos, já que o poder judiciário não o recepcionou constitucionalmente. Essas normas, antes de serem tidas como inconstitucionais pelo judiciário, fazem com que o Estado trace rotas de ações governamentais propícias e eficientes ao enfrentamento dos cidadãos infratores, que veem nas oportunidades do dia a dia, uma nova chance de alcançar seus objetivos. Logo, dedicando suas horas elaborando planos e desenvolvendo linhas de ações, que visando o êxito, utilizam-se de métodos, muitas vezes, desumanos e totalmente ofensivos a outras pessoas idôneas daquele mesmo cenário, que porventura aparecerem.

Nesse momento, à medida que o Estado vê sua norma jurídica sendo entendida como inconstitucional, perde força na luta contra o infrator que almeja corromper a ordem pública. Pois esse sabe que certas condutas serão perdoadas pelo poder judiciário, ainda que capturado por forças legalistas. Nasce, então, uma espécie de corrosão dentro da própria lei, que aumenta a cada dia, transparecendo perda de força estatal e acúmulo de sensação de impunidade, sem falar frustração estatal.

Vale ressaltar, que no caso específico de crime permanente, como no tráfico de drogas, a utilização do preparo para que se possa atingir o objetivo da captura do traficante já é algo majoritariamente aceito pela doutrina e pela própria Corte suprema, como se pode verificar nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 279)

Há certos casos em que a polícia se vale do agente provocador, induzindo ou instigando o autor a praticar determinada ação, mas somente para descobrir a real autoria e materialidade de um crime. Assim sendo, não se dá voz de prisão por conta do eventual delito preparado e, sim, pelo outro, descoberto em razão deste. É o que ocorre nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes. Ilustrando, o art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, possui dezoito formas alternativas de conduta. Assim, caso o policial se passe por viciado, com o fim de comprar drogas, o traficante ao ser detido, no ato da venda, não será autuado por vender, mas porque trazia consigo ou tinha em depósito substância entorpecente. Afinal, as condutas anteriores configuram crime permanente. Cuida-se de hipótese validada pela jurisprudência. Quanto ao tráfico de entorpecentes, passando-se o policial por usuário e pretendendo comprar droga, faz com que o traficante se exponha. Recebe este voz de prisão em flagrante não pela tentativa de venda, mas pelo já consumado delito de ter consigo substância entorpecente (delito permanente). (NUCCI, 2014, p. 279).

Como de praxe na ciência do direito, nada é tão absoluto que não possa ser relativizado, ainda que desprezando o viés fundamental e democraticamente aceitável, e esbarrando em noutro tipo de observação, essa mais teórica e opinativa, levantando questões um tanto quanto de posicionamentos individuais, do que aceitáveis - propriamente dito. Em vista do processo democrático que o Brasil é participante e extremamente respeitador, há alguns posicionamentos que, mesmo já sendo pacificada a constitucionalidade do flagrante preparado, em casos de crimes permanentes, existem variações quanto a essa questão, desencadeando uma análise referente ao contexto legal e institucional, ainda que já entendida como pacificada pelos tribunais superiores. Claro que ao se referir a essa questão contrária ao entendimento geral, a própria democracia, em seu fundamento primordial de se fazer valer aquilo que a maioria almeja, sem ferir preceitos fundamentais e humanos, será posta em destaque como ferramenta principal. Nesse sentido, encontram-se doutrinadores contrários ao flagrante preparado, ainda que referentes a crimes permanentes, como se segue:

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

Assim, elencando o caso de um policial que age disfarçadamente para lograr êxito em capturar o traficante, analisando a corrente majoritária que defende a constitucionalidade na preparação de crimes permanentes, nota-se certa harmonia entre os poderes. O poder legislativo se move para definir que a conduta de traficar drogas seria algo criminalmente repudiado, e edita um preceito incriminador; o poder executivo observa um abalo na ordem pública, que poderia ocasionar em sérios problemas sociais, como aumento de pessoas viciadas e consequente inchaço na procura do serviço de saúde pública, e determina que seus agentes acabem com tal atividade, supostamente ilegais; e o poder judiciário, observa que existe uma lei, uma conduta que se amolda a um tipo penal já preexistente, uma denúncia oferecida pelo ministério público ao ter acesso a ação criminal, e ratifica toda uma operação policial, ao passo que legitima os atos dos agentes públicos e, logo após o devido processo legal, condena,

restando culpado o autor do crime, pelo tráfico ilegal de entorpecente, tipificado no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

Nessa hora, os poderes da União, que agem com autonomia, se mostram unidos com o fim de extinguir certa anomalia social, deixando de lado certos brios e egos institucionais, que muitos se fazem por falsos valores de poder e sentidos comuns, e se empenham harmoniosamente, cada um em sua esfera de atuação, objetivando a manutenção da tranquilidade pública. Com isso, a sociedade, como o próprio princípio da administração pública perfaz, que o interesse público face o interesse particular é supremo, a principal questão a ser observado dentro de um cenário coletivo e socialmente vislumbrado, é a existência, bem como o aprimoramento de ferramentas, posicionamentos institucionais e doutrinários com o fim de se atingir o nivelamento social almejado.

#### **4.1 O contexto social que possibilita o flagrante preparado**

O flagrante, como foi demonstrado em tópicos anteriores, é o momento exato, onde a conduta humana atinge o instante crucial, do cometimento de certo delito, que se amolda, pelo menos naquele momento e período de espaço/tempo, a vontade e manifestação dessa à figura do tipo penal já preexistente. Nesse instante, a conduta se enquadra ao tipo penal, entrelaçando de tal maneira a esse, que surge então uma obrigatoriedade do Estado, através de seus agentes, de se reprimir tal manifestação. Nessa hora, direitos individuais, bem como fundamentais, são relativizados e a intervenção nesses se mostra legal e amplamente aceitável.

O exato momento do flagrante delito, assim como em seu desenrolar por perseguições e acompanhamentos, ampara condutas, por parte de autoridades competentes, até mesmo em intervenções aos direitos de outros cidadãos não envolvidos naquele ato criminoso. Imagine que uma guarnição policial esteja fazendo um patrulhamento pelas redondezas de certa localidade, uma praça pública, por exemplo. Nesse momento, visualiza um indivíduo retirando da posse de um transeunte um celular, com atos de violência e ameaça; nesse instante, surge para os policiais, uma obrigação de atuar frente a esse caso concreto, pois ali acaba de se amoldar a prática (conduta de roubar) à conduta tipificada no artigo 157 do Código Penal brasileiro, que dá respaldo a voz de prisão em flagrante delito pronunciada pela guarnição policial dirigida ao indivíduo infrator. O indivíduo, percebendo que poderá ser preso, corre em desabalada carreira, atravessando a rua em meio aos carros que trafegam naquela via, empurrando pessoas, atingindo bens alheios que esteja em seu caminho, tudo para tentar se safar da captura dos policiais. A perseguição se inicia e a vontade de fugir é tamanha que o

indivíduo adentra em residências alheias transpondo muros e janelas de propriedades vizinhas, momento em que os policiais também o fazem com a intenção de capturar o indivíduo. Depois de muita energia e deslocamento de outras guarnições policiais o infrator é preso dentro da casa de uma quarta pessoa, que ficou muito assustada com o acontecido.

Nesse caso hipotético, houve a intervenção, por parte da força policial, do direito de ir e vir do cidadão infrator, que foi cerceado pela sua captura, bem como a invasão em residências alheias, pelo fato da perseguição ocular e física da guarnição. Ainda que esses direitos constitucionais tenham sido perturbados, com essas intervenções, os agentes de segurança pública não cometeram crime algum, fato esse amparado pela figura do flagrante delito.

Assim, nota-se que existe a possibilidade de terceiras pessoas serem atingidas em seus direitos e não terem uma indenização pelo Estado, já que seria plausível uma compensação por danos causados materialmente ou moralmente. A figura do flagrante delito respalda e amplifica o poder estatal e a valorização do comum, do coletivo, frente ao individual, frente aos valores de um particular; relativizando valores particulares e ressaltando a tranquilidade comum, dando poder supremo às condutas estatais. Figura como certo tipo de blindagem constitucional que os agentes públicos vestem e têm o direito de transpor, de ultrapassar, de relativizar direitos alheios, com a finalidade de se atingir o objetivo almejado, que nesse caso, foi o de capturar o infrator.

Contudo, tais intervenções, ainda que absolutas, há de serem pautadas por um escalonamento de força, que tende a passar pelo uso diferenciado da força, que externa a legalidade, a necessidade, a proporcionalidade, a conveniência e a moderação, tudo com o fim de se atingir uma ideia de uso progressivo da força, que preceitua uma visão harmoniosa e sensata de intervenções policiais, como o caderno didático da Polícia Federal articula:

USO PROGRESSIVO DA FORÇA: consiste na seleção adequada de opções de força pelo vigilante em resposta ao nível de submissão do indivíduo suspeito ou infrator a ser controlado. Na prática será o escalonamento dos níveis de força conforme o grau de resistência ou reação do oponente. (CADERNO DIDÁTICO DA POLÍCIA FEDERAL, 2009, p. 09).

Nesse tópico percebe-se que a figura do flagrante é crucial para o resguardo na intervenção de direitos alheios, garantindo que agentes policiais não sofram ações jurídicas desencadeadas por atitudes, desenvolvidas na hora do calor de ocorrências, que os expõem à tomada de medidas importantes em instantes extremamente tênues. Assim, a figura do flagrante delito se mostra importantíssima na luta do Estado contra os cidadãos que porventura ousarem a cometer delitos, visto que serão capturados e, obrigatoriamente, na medida de cada caso, terão

de passar por uma ação judicial face sua conduta delitativa. Aqui, observa-se o poder estatal agindo conforme as adversidades sociais em favor da própria sociedade. Afinal, o indivíduo infrator que compõe a sociedade e que usa e se beneficia das políticas públicas como amparo à saúde, à educação, ao transporte público, dentre outras, tem o dever de respeitar os outros usuários dessa grande massa social, onde, o desrespeito será imediatamente punido.

O Estado, representado pelo poder legislativo, executivo e judiciário, na iminência de se envolver com tamanha responsabilidade de conter supostos agentes infratores, que mancham e desbotam a sensação de segurança visualizada e sentida por outros cidadãos inocentes, que se faz necessário furtar-se de meios propícios à manutenção da paz social. Meios esses que irão integrar a orla da competência eficiente do controle social. Em resumo, o judiciário, ao aceitar o flagrante preparado entra na esfera da vontade delitativa, que sendo impulsionada ou não por um agente provocador, ainda sim existe dentro do sentimento particular de obter um resultado fácil e bonificado. O infrator tem dentro de si a vontade de praticar o ato, a vontade de se sair bem de certa situação. Ao passo que o Estado tem que esperar tal fato acontecer para só então reagir a essa ação delitativa, mostrando total incoerência quando se fala em prevenção. Palavra que remetem um instante de tranquilidade e paz e, ainda que essas sejam abaladas, terão respostas à altura de uma reação considerável.

Contudo, as medidas governamentais não se mostram eficientes para primeiro, agir preventivamente contra certos crimes, e segundo, quando a prevenção falha, a resposta estatal, seja por falta de efetivo, por logística ou um preparo institucional mais profissional não consegue reparar os danos causados a terceiros, vítimas de crimes, como roubos e furtos. Nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira, o Estado não tem mostrado eficiente quanto a investigação ordinária, conservadora, como atualmente.

Assim, deve ser aceito, pelo judiciário, o flagrante preparado:

O judiciário embora reafirme veementemente em suas decisões não ser possível o flagrante preparado, por diversas vezes o aceita. Não se trata de pregar investigação a qualquer custo, porém se os meios do Estado para investigação não têm se mostrado eficientes para o esclarecimento de uma conduta permanente, e um flagrante provocado é capaz de elucidar essas questões, este deve ser aceito. Pois, como citado anteriormente, independente da conduta do agente, a conduta criminosa seria praticada. Por fim, salienta-se que a posição adotada pelo judiciário é extremamente prejudicial para o desenvolvimento do direito, não se pode engessar situações em súmulas, pois Direito não é matemática e cada situação apresenta uma característica especial que deve ser sobrepesada e ao definir que um flagrante é possível e outro não, os julgadores o fazem de forma discricionária e sem levar em consideração as particularidades que podem surgir com o caso concreto. (OLIVEIRA, 2009, p. 117).

## 4.2 As peculiaridades que fundamentam a licitude do flagrante preparado

A súmula nº 145 do Supremo Tribunal Federal, depois de muito discutida e apreciada, chegou à conclusão de que o flagrante preparado seria algo repudiado pela justiça, tendo como inconstitucional o entendimento da preparação para que a captura do infrator se consumasse. A mesma súmula tem o entendimento de que em se tratando de crimes permanentes, como o tráfico de drogas, o entendimento, ainda que preparado por um agente policial disfarçado, seria constitucional, ao ponto que o traficante estaria já na posse da droga quando abordado pelo policial sem trajes institucionais, se passando por um consumidor qualquer. Nesse caso hipotético a justiça mostra-se a favor da preparação e utilização de tal ferramenta para que seja efetuada a prisão de infratores, sendo possível, como óbvio, a utilização dessa prova em matéria processual, tido como lícita, ainda que preparada uma operação para que o flagrante ocorresse e conseqüente prisão do autor.

Baseada na teoria ‘FRUITS OF THE POISONOUS TREE’ (teoria dos frutos da árvore envenenada), a mesma Corte Suprema, entende inconstitucional e conseqüente ilícito, a utilização de provas, no processo criminal, de fatos tidos originalmente ou, ainda que derivados, de atos obtidos de um flagrante preparado, caso esse crime não tenha sido, segundo a doutrina majoritária e o ordenamento jurídico brasileiro, fundamentalmente e exaustivamente considerado como crime permanente. Como se sabe, o crime permanente é aquele cujo momento da consumação se estende no tempo por vontade do agente. Assim, enquanto perdurar tal situação, o agente ainda comete o crime. Ao se trazer para a realidade do flagrante preparado, nota-se que o traficante prolonga a consumação do delito pelo fato de estar na posse de uma substância ilícita, equiparada a droga, segunda a legislação brasileira, respaldada pela lei 11343/2006, e a conduta, ainda que preparada de um policial disfarçado, não retira do infrator o crime de posse de drogas.

O entendimento de não aceitabilidade de derivações oriundos da preparação do flagrante, é tido como inconstitucional pela Suprema Corte, onde repudia tais atos ilícitos, respaldado pela então teoria dos frutos da árvore envenenada. Contudo, em se tratando de crime de tráfico de drogas, o Supremo Tribunal Federal não se utiliza do ato da preparação de todo um cenário, onde um policial disfarçado é o personagem principal, que se passa por um consumidor qualquer e tenta comprar drogas do suposto traficante, que no momento da entrega da droga faz sua prisão em flagrante delito, mas sim, pelo fato de que o traficante está com a droga em sua posse. Ou seja, o entendimento da corte é de que nos atos processuais, irá se relativizar toda a ideia da preparação do flagrante, deixando esse cenário em suspenso, e se

considerará o fato do infrator estar com a droga em sua posse, amoldado pelo tipo penal de tráfico de drogas, artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

Assim, a Corte Suprema, mostra-se, perante o ordenamento jurídico, com um pensamento retrógado e extremamente ultrapassado, quando deixa lacunas expressivas em seu posicionamento, à medida que, hipocritamente, retira de sua apreciação a teoria dos frutos da árvore envenenada, que ela mesma se embasou para editar a súmula vinculante nº 145 e, em casos como esse relatado, ratifica como lícita ou ao menos coloca a conduta policial da preparação em suspenso e, com o intuito de se ratificar o crime de tráfico de drogas, se utiliza da posse de drogas, pelo infrator, para confirmar o tráfico. Fato é que, se a preparação, como instrumento de instigação para o cometimento do delito não é aceito pela legislação brasileira, os atos oriundos e correlacionados com essa conduta e as provas decorrentes desse ato ilícito, como frutos de uma árvore envenenada, também serão envenenados. A ideia de se prender um infrator, ainda que este esteja com drogas em sua posse, que foram solicitadas através de uma forma envenenada, preparada, ou seja, de forma ilícita pela justiça brasileira, os atos subsequentes deste também devem ser repudiados e não aceitos em um processo criminal. Não há que se falar em relativizar uma conduta, tida como ilícita (a preparação), e a aceitação de outros atos e provas decorrentes dessa mesma conduta originariamente ilícita.

Conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, verifica-se a controvérsia do uso da teoria dos frutos da árvore envenenada ora para ocultar ilicitudes e ratificar crimes permanentes, ora para repudiar de total maneira o andamento processual (BRASIL-STF, 2003, não paginado):

"HABEAS CORPUS". **TRÁFICO DE ENTORPECENTES PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA. CORRUPÇÃO ATIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DOSAGEM DA PENA: IMPROCEDÊNCIA.** 1. A prova ilícita, caracterizada pela escuta telefônica, não sendo única produzida no procedimento investigatório, não enseja desprezarem-se as demais que, por ela não contaminadas e dela não decorrentes, formam o conjunto probatório da autoria e materialidade do delito. 2. Não se compatibiliza com o rito especial e sumário do habeas corpus o reexame aprofundado da prova da autoria do delito. 3. Sem que possa colher-se dos elementos do processo a resultante consequência de que toda prova tenha provindo da escuta telefônica, não há falar-se em nulidade do procedimento penal. 4. Não enseja nulidade processual a sentença que, apesar de falha quanto à fundamentação na dosimetria da pena, permitiu fosse corrigida em sede de apelação. Decisão. Por maioria, a Turma indeferiu o habeas corpus, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Falou pelo paciente o Dr. Leonidas Ribeiro Scholz. 2ª. Turma, 14.10.97. Indexação. DESCABIMENTO, ANULAÇÃO, "AB INITIO", PROCEDIMENTO, CRIMINAL, EXISTÊNCIA, DIVERSIDADE, PROVAS, FUNDAMENTAÇÃO, DECISÃO, CONDENAÇÃO, CARACTERIZAÇÃO, AUTONOMIA, PROVA, DEPOIMENTO, RÉUS, OITIVA, TESTEMUNHAS, RECONHECIMENTO, ILEGALIDADE, AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, ANTERIORIDADE, EDIÇÃO, LEI REGULAMENTADORA, NECESSIDADE, OBSERVÂNCIA, PRINCÍPIO DO "TEMPUS REGIT ACTUM". - IMPOSSIBILIDADE, REAPRECIÇÃO, CONJUNTO PROBATÓRIO, APLICAÇÃO, **TEORIA DO "FRUTO DA ÁRVORE ENVENENADA"**. - VOTO VENCIDO, MIN. MARCO AURÉLIO: DEFERIMENTO, "HABEAS CORPUS", APURAÇÃO, AUTORIA, DELITO, MATERIALIDADE, FATO, VIA, ESCUTA TELEFÔNICA. INEXISTÊNCIA, PROVA AUTÔNOMA. OCORRÊNCIA, DERIVAÇÃO, ILICITUDE, PROVA.

Em outro viés, imagine a mesma situação de preparação de um flagrante, onde um policial disfarçado fingindo ser um usuário de drogas, pergunta a um suposto comerciante de drogas (infrator), se o mesmo tem entorpecentes para vender. Na iminência de consumir o crime e capturar o infrator, o policial dá voz de prisão ao autor pelo cometimento do crime de tráfico de drogas, momento este que o leva para a delegacia. Lá o delegado ratifica a prisão como sendo de tráfico de drogas, não pelo vício no planejamento da operação (preparo do ambiente), mas sim a respeito das circunstâncias de posse de drogas em quantidade evidente para comércio, que comprovam o crime de tráfico de entorpecente, dentre as quais a comercialização, ou a disponibilidade a outrem, ainda que gratuitamente. Depois de indagar ao autor a respeito da droga em seu poder, o magistrado, fundamentado pelo advogado da parte autora, verifica que a droga, devido a sua pequena quantidade, ainda que dividida em invólucros pequenos, seria para seu próprio consumo; oportunidade que absolve o autor, por vício na execução e por crime impossível pelo meio. O Ministério Público recorre à sentença, os

desembargadores dão provimento a favor do Ministério Público e o autor é preso pelo crime de tráfico de entorpecente. O advogado da parte ré impetra um recurso especial em 3º instância, no Superior Tribunal de Justiça, pedindo a liberdade e imediata soltura do réu. Os ministros do tribunal superior mantêm o posicionamento dos desembargadores e fixam uma pena de 06 anos de reclusão. O caso chega ao Supremo Tribunal Federal através de um pedido de habeas corpus, ressaltando a ilegalidade da prisão pelo crime de tráfico de drogas, mas sim pelo crime de uso de substância reconhecida como droga, conforme o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, que nem sequer admite pena, mas sim medidas diversas à prisão. Hipoteticamente, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, existe a possibilidade de ratificação do crime de tráfico de entorpecente, neste caso específico, não pelo planejamento policial em se preparar um ambiente favorável à prisão de um autor que comercializa entorpecente, mas sim por já estar, o autor, diante da posse irregular de drogas ilícitas; colocando em suspenso a atuação policial, quando se fala em preparação, e se vislumbrando utilizar a posse de drogas, bem como as circunstâncias, para o aproveitamento da configuração do crime de tráfico de entorpecente.

Nessa situação, mesmo que comprovada que a substância seria para seu próprio consumo, devido a históricos de experiências anteriores e vida pregressa, o autor seria, segundo o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, sentenciado pelo crime de tráfico de drogas, visto que se utilizaria a circunstância do oferecimento de ganho econômico na venda da droga, devido ao preparo do cenário nesse ato, e não a configuração do crime despenalizado de consumo de substância ilícita, típica do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. Nesse exemplo, a Corte colocaria uma sanção mais penosa do que a real almejada pelo patrono do autor, visto a desqualificação de um tipo penal mais brando para outro mais agressivo, vislumbrado pela circunstância da venda, que ela própria, nesses crimes permanentes, legitima o preparo.

Assim, há uma relativização da teoria dos frutos da árvore envenenada, a qual a própria Corte Suprema considera irreduzível; aqui, usada para ratificar o tráfico de drogas, considerando um segundo momento, qual seja a posse da droga, e não o primeiro momento ensejador da venda, no caso, o preparo da ação policial. Tal posicionamento seria tido como peça fundamental para envenenar o próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal, que não teria êxito em comprovações de crimes derivados de ações envenenadas para ensejar no crime de tráfico de drogas, nem tampouco na continuidade dos atos para se amoldar a esse tipo penal.

O exemplo acima, quando utilizado a teoria dos frutos da árvore envenenada, dá ao autor de um crime de posse irregular de substância ratificada como droga uma sanção muito mais penosa que a real considerada, visto pelo crime de tráfico de drogas. O veneno que seria

taxativamente repudiado com fim de se resguardar as garantias fundamentais e legais, aqui, mata todos os direitos e garantias constitucionais, quando ministrado ao contrário do seu fim.

## 5 CONCLUSÃO

Depois de todo o exposto, não se chega à outra conclusão senão a de que o flagrante preparado deve ser novamente analisado pelo Supremo Tribunal Federal, visto que, segundo o explanado acima, é considerado lícito, válido e plenamente aceitável como forma de se recuperar a lei e a ordem pública. Como analisado, essa preparação de um ambiente propício à consumação de um infrator contumaz, por exemplo, ainda que verificado a figura de todo um cenário promissor à exatidão do autor muito se confunde com a espera do momento certo para efetuar a prisão de um suposto autor, que no exato momento do cenário natural da vivência humana, detêm o animus e a vontade de praticar o fato delitivo. Ou seja, ainda que o ambiente esteja preparado para recepcionar um instante capaz de se concluir a prisão, este, e agora entramos na peculiaridade do flagrante esperado, também tem que esperar o minuto exato para movimentar todo um planejamento corporativo para capturar o delinquente.

O flagrante preparado, quando pela ótica do autor, externa uma maquiagem de ambiente seguro e totalmente favorável à sua conduta delitiva; colocando a vítima dentro de seu plano perfeito de atuação. Esse momento tido como estável e conveniente ao autor é atingido de maneira pré-ordenada e minuciosamente arquitetada. Agora, quando toma-se o mesmo flagrante pela ótica do policial disfarçado, por exemplo, temos todo um envolvimento estatal, com personagens de diversas áreas, na iminência de se concretizar, em um único instante, a adequação da conduta do autor ao tipo penal que está sendo lesionado.

Já o flagrante esperado, tem como principal viés, olhando pela ótica do autor, de que irá cometer o delito, às vezes não sairá da mesma forma que planejou e, acima de tudo, ele espera que não esteja sendo vigiado por autoridades legais para que não seja desmantelada toda sua ação minuciosamente planejada e posta em ação; pois, caso aconteça o pior, terá que se forjar da violência para tentar se esquivar do sopesar da lei. Em contrapartida, observando pela ótica do ponto de vista das forças policiais, os mesmos aguardam o fato criminoso acontecer, esperam o momento certo, para só então efetuarem a prisão dos infratores; claro depois de trabalhada certa informação de que um delito irá acontecer - como em casos de assaltos a bancos, ou entregas de carregamentos de drogas em um local específico.

Nota-se que ambos os flagrantes detêm interpretações bastante semelhantes, senão idênticas, quando analisado em relação a espera do momento de atuação. Quando se fala em flagrante, conforme exposto neste trabalho, entramos na esfera de cerceamento da locomoção humana. Intervenção essa capaz de desencadear inúmeras variações para que sua real concretização ocorra. Por isso, há de ser algo extremamente legítimo e totalmente coerente com

todos os casos e ocorrências supostamente iniciadas por alguma lesão a bens jurídicos tutelados. Assim, observa-se, que para não haver erros de atuações, por parte das forças de segurança pública, elencam-se padronizações, seguem-se planejamentos situacionais e ressalta-se o momento exato para que a intervenção ocorra. Nesse viés de momento, verifica-se que tanto no flagrante esperado, quanto no flagrante preparado, é crucial o instante exato de adequação da conduta do infrator ao tipo penal correspondente, para que a voz de prisão em flagrante delito ocorra de maneira legítima e legal. Com isso, elencando a situação de momento, ambas as variações de flagrante se confundem e se identificam com a ‘espera’ da hora certa para agir. Então, depois dessa análise, porque se valida um e se invalida o outro, já que em sua essência são, comprovadamente, iguais?

Do ponto de vista da dignidade humana, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, referente ao flagrante preparado, fere o princípio da legalidade, que se faz presente tanto no artigo 1º do Código Penal, como no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Brasileira, que limita a atuação do Estado somente dentro da lei, referindo-se, obrigatoriamente, a norma positivada – quando não estendido a todo e qualquer tipo de situação concreta.

À medida que a Corte Suprema repudia o uso do flagrante preparado, como instrumento de instigação ao cometimento do delito, desencadeia uma conduta pré-ordenada que fará com que outras condutas institucionais deixem de existir. Ou seja, toda vez que há um entendimento proibitivo de certa atitude, cria-se um comportamento negativo aos olhos de gestores da segurança pública, que descartam essa ferramenta ilegal. Ao passo que, com a opção de utilizar a mesma ferramenta para efetuar prisões de autores por crimes permanentes causa um colapso no próprio ordenamento jurídico; no que tange à vulnerabilidade do mesmo em oferecimento de denúncias abusivas, pelo Ministério Público, ou até mesmo na contestação de atitudes do poder estatal por membros da defensoria pública e patronos particulares.

Por exemplo, como vislumbrado no capítulo 04 deste trabalho, em certos casos concretos, a exposição e fundamentação de decisões do STF podem contrariar a real medida a ser tomada conforme o próprio entendimento dos ministros do STF, quando elencamos a teoria dos frutos da árvore envenenada sendo usada, não como antídoto contra o desrespeito da dignidade humana, como teoria a ser corrigida atitudes delitivas conforme o fato incriminador, mas sim usada como ‘duplo envenenamento’, manchando todo um contexto social e realístico de determinado fato ocorrido.

Um entendimento específico, como em casos de tráfico de drogas, que fora até mesmo legitimado de acordo com o pacote anticrime, no inciso IV, § 1º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, desencadeia uma insegurança jurídica tamanha, que envolve relativização de

teorias para incriminar indivíduos com uma sanção superior àquela plausível – já que a própria fundamentação utilizada para reprimir o flagrante preparado é o vício de atos posteriores que com esse guardam relevância originária. Logo, o Supremo deve ratificar toda e qualquer prisão realizada e consumada por um flagrante, ainda que preparado; e não só em casos específicos de crimes permanentes, como o tráfico de drogas, ainda mais que esses podem ser facilmente transformados; segundo argumentações de defesas, em crimes de posse irregular de substância entorpecente para o consumo humano – já que o instante da preparação e, conseqüente venda ou entrega gratuita ao policial disfarçado, será suspenso para a configuração do tráfico.

Ainda existe, segundo o entendimento da própria súmula vinculante nº 145, mais dois vieses que caracterizam a implementação de sua coerência, segundo a Corte Suprema, que guardam relação entre si, contrários ao entendimento desse relator. O primeiro é elencado pela caracterização da legitimidade do flagrante preparado ainda que constitucionalmente inválido, caso os policiais, ainda que preparado o momento para agir contra o autor de um determinado delito, não conseguissem capturar o infrator, tendo se colocado em fuga. O segundo, como dito, atrelado ao primeiro, se refere à justificativa do Supremo Tribunal Federal referente ao crime impossível, já que o autor não conseguirá concluir seu *inter-criminis* até chegar a consumação, segundo o artigo 17 do Código Penal.

Contudo, é razoavelmente imaturo esperar que um infrator cometa um determinado crime e, só então, depois de fugir de toda armação policial preparada para aquela ocasião, ter legitimidade para dar voz de prisão em flagrante delito a esse autor. A utópica espera que esse autor se desvencilhe de toda operação policial, em um plano totalmente adverso promissor de outras variáveis, como o perigo do envolvimento de terceiros, que porventura estiverem na rota de fuga desse infrator, é plenamente questionável – ao passo que se caminha na escuridão dos fatos futuros. As ocorrências policiais, ainda que planejadas e incansavelmente revisadas, às vezes, não saem conforme o programado. Tudo em virtude do agente surpresa, que atrapalha e muito as atitudes dos agentes de segurança pública. Então, para que esperar que um autor se esquive da atuação policial para só então prendê-lo? A resposta dessa pergunta é, infelizmente, ocultada por aqueles que não se vêm nessa realidade; e tristemente, assombra aqueles que absorvem as conseqüências reais dessa variável - como um pai, que teve seu filho atingido por uma ‘bala perdida’. Essa triste variável poderia ser excluída, face uma intervenção policial iminente, ratificada e legitimada pelo judiciário. Entretanto, enquanto não se valida o flagrante preparado, exemplos como esses acontecem a flor do conservadorismo do desejo ultrapassado do Supremo Tribunal Federal.

Outra questão analisada pelo Supremo Tribunal Federal que reporta válida apreciação e reformulação é tocante ao crime impossível. A impossibilidade é referente ao meio ou ao objeto. Quanto ao objeto, caso ferisse um agente público no momento de uma prisão preparada, seja por utilizar um instrumento com letalidade razoável, que supostamente não serviria para machucar nem mesmo uma criança, e ocorrendo uma lesão a esse agente público, deixando-o cego, a prisão seria relaxada por ilegalidade quanto ao preparo do flagrante? Em continuidade, que impossibilidade se falaria quanto ao meio, na atuação policial que abafa a conduta do autor, quando a caracterização dessa se refere apenas ao momento de não consumação imediata pelos policiais, e não aos fatos posteriores que poderem acontecer? Caso o autor tiver destreza no momento em que ouvir a voz de prisão, e conseguir fugir, só então, assim, os policiais teriam a oportunidade de efetuar sua prisão de maneira legítima? Ou pior, que impossibilidade de crime é essa elencado pelo Supremo Tribunal Federal, caso o autor seja sim abafado e preso sem conseguir fugir, por parte dos outros agentes disfarçados mais distantes, mas que atira no peito do policial principal que deu a voz de prisão em flagrante e vem a óbito? Alguns poderiam responder que nessa situação não, que estaria exagerando e colocando variáveis distorcendo o assunto, mas, hipoteticamente, é o que se esperaria para que o Supremo Tribunal Federal não vislumbrasse a atuação policial como abusiva. Imagine um comandante minutos antes de colocar em prática a operação policial dizendo:

- Vamos preparar o flagrante do suposto autor contumaz, para agir no momento certo em que ele praticar o delito, mas só vamos conseguir prendê-lo e fazer com que o delegado ratifique a prisão, caso pratique outro crime - como lesão corporal ou homicídio. Quem se candidata?

Quando fala-se em direito penal, o *animus*, ou seja, a vontade real do agente em atingir o fim pré-elaborado é crucial para que sua conduta seja amoldada de maneira correta ao tipo penal correspondente. Assim, se caso um indivíduo, querendo apenas lesionar seu desafeto, desfere um soco em seu rosto, atingindo-o de maneira tão forte que o impulsiona para trás, fazendo com que caia da própria altura, batendo a cabeça ao chão e vindo a óbito por traumatismo craniano, responde não por homicídio doloso, mas sim por lesão corporal com resultado morte; que, conforme o código penal, tem pena mais branda.

Depois de analisado os pontos ensejadores de variáveis cruciais dentro do flagrante preparado, chega-se à conclusão de que deve ser reconsiderado pela Corte Suprema, a fim de se aumentar e potencializar a atuação estatal na busca do bem comum. Tal reconsideração é tida não por se intentar contra direitos humanos resguardados pela constituição, ou até mesmo reforçar, sem propriedade, o *jus puniend* estatal. Todavia, por conseguir concretizar todo o

esforço estatal na iminência de se retirar da sociedade àqueles que a assombram e tentam, de maneiras artikulosas e nocivas, quebrar a garantia da lei e da ordem, almejando ideais econômicos e totalmente antissociais. A luta por nova apreciação do flagrante preparado pelo Supremo Tribunal Federal leva, intrinsecamente e essencialmente, à vontade do Estado, em sancionar o desejo ‘pecador’ da vontade humana.

## REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado De Direito Penal: Parte Geral**. 17. ed. rev. ampl. atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.v.1.
- BOFF, Leonardo. **Saber cuidar: ética do humano : compaixão pela Terra**. 20. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.
- CADERNO DIDÁTICO CENL I – PORTAL DA POLÍCIA FEDERAL, 2009. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em 10 mai 2021.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por artigos**. 2. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm,
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume I, tomo II: arts 11 ao 27**. 5. ed. Rio de Janeiro. Forense, 1978.
- LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal: volume único**. 4. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2016.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal. Parte Geral Arts 1º ao 120 do CP**. 27. ed. São Paulo. Atlas, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual De Processo Penal E Execução Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 12.ed. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2009.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 20. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=48588608&num\\_registro=201501150353&data=20150701&tipo=0&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=48588608&num_registro=201501150353&data=20150701&tipo=0&formato=PDF). Acesso em: 20 abr. 2021
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96936/false>. Acesso em: 10 mai. 2021.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Salvador. JusPodivm, 2008.