

3.4.3 Crítica à adoção do crime impossível no flagrante preparado

Juliano Silva do Lago

Estudante do 9º período de Direito e

Estagiário do TJMG

*Instituto Machadense de Ensino Superior
e Comunicação (Imes)*

Hodiernamente, muito se discute acerca dos atos de autoridades públicas no exercício de seu mister, especialmente pelos excessos amplamente divulgados pela mídia. A presente discussão assume esse paradigma. Primeiramente, cumpre esclarecer o que é a intervenção predisposta de autoridade pública. Diz respeito à **atuação preordenada da autoridade policial**, já cientificada da ocorrência de determinada conduta delitiva, de modo a impedir a execução e consequente consumação da conduta tipificada.¹ Insta ressaltar que, nesse caso, a autoridade não interfere de forma alguma no aspecto volitivo do autor do delito, que atua livremente, apenas opera de modo esperado, motivada a surpreender o meliante durante a prática delitiva.

Enfim, nesse caso, não há como se falar em crime impossível; diferentemente do que ocorre no induzimento pela autoridade à prática da infração, o que surpreende o delinquente antes de ele consumir o delito (flagrante preparado ou provocado), como argumentam muitos. Logo, **a intervenção de autoridade predisposta é lícita**.

Sobre a intervenção predisposta de autoridade (flagrante esperado) dispõe o ilustre promotor de Justiça Fernando Capez que “[...] neste caso, a atividade policial ou de terceiro consiste em simples aguardo do momento do cometimento do crime, sem qualquer atitude de induzimento ou instigação”.²

Em outro giro, com relação ao **flagrante preparado ou provocado**, tem-se sedimentado repulsa doutrinária e jurisprudencial, de modo a desestimular tal prática em meio às autoridades públicas. Sobre essa forma de flagrante ilegalidade, sedimenta Fernando Capez que: “Trata-se de modalidade de crime impossível, pois, embora o meio empregado e objeto material sejam idôneos, há um conjunto de circunstâncias previamente preparadas que eliminam totalmente a possibilidade de ocorrência do resultado”.³

A ratificar o acima expendido, tem-se a Súmula 145 do STF, *ipsis literis*: “Não há crime, quando a preparação do flagrante policial torna impossível a sua consumação”. Ainda corroborando esse entendimento, segue o parecer do magistrado Guilherme de Souza Nucci:

Trata-se de crime impossível (art. 17), pois inviável a sua consumação. Ao mesmo tempo em que o provocador leva o provocado ao cometimento do delito, age em sentido oposto para evitar o resultado. Estando totalmente na mão do provocador, não há viabilidade para a constituição do crime.⁴

Entretanto, com a devida vênia, ousa-se discordar do entendimento do pretório excelso e de autorizados

¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 7 ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1. p. 476.

² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 254.

³ Ibidem, loc. cit.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4 ed. São Paulo: RT, 2008. p.573.



posicionamentos doutrinários, entendendo-se que no flagrante provocado **há sim perigo de lesão ao bem jurídico, quiçá até mesmo lesão**. Desde que o agente tenha dado início à execução do delito, deu margem à aplicabilidade de tentativa punível. Trata-se de flagrante preparado, que muito raramente pode ser controlado *in totum* pela autoridade, não isentando, portanto, o bem jurídico protegido de todo risco.

Tal conduta deve ser repudiada pelo sistema normativo e tipificada como delito possível, além de que, se o agente fosse inocente, mesmo induzido, não praticaria o crime. Deve responder pelo delito **juntamente** com a autoridade provocadora.

Já a atuação do agente provocador é inadmissível, uma vez que acaba por induzir a pessoa à prática de delito. Conforme já dito, trata-se de crime impossível quanto ao provocado no entender majoritário, do qual se discorda, *concessa venia*. Fundamentam os defensores da aplicação genérica do crime impossível que, mesmo a inidoneidade não estando presente no meio empregado ou no objeto sobre o qual recai a conduta, encontra-se espalhada pelas circunstâncias que norteiam a prática delitiva, eliminando assim, a possibilidade de constituição do delito. Enfim, consideram que o risco para o bem jurídico é nulo.

Porém, sedimenta-se, com amparo em Luiz Régis Prado, que a ineficácia do flagrante preparado (crime impossível) não é de todo pertinente. Como já dito, a ação penal realizou-se e a conduta tipificada do agente provocado foi relevante para o direito repressivo, sendo idônea a consumação do delito, tanto o meio empregado quanto o objeto sobre o qual a conduta tipificada recairia.⁵ Qualquer ineficiência na ação leva o agente a recair no delito tentado.

Nesse raciocínio, afasta-se a hipótese de crime impossível, em se tratando de flagrante preparado. Ademais, deve-se considerar a questão da idoneidade para a produção do resultado *ex ante*. Nesse ponto de vista, é cogente a concepção de que o **autor** realmente realiza uma conduta idônea a produção da consumação delitiva, tanto no meio quanto no objeto. Aliás, atente-se para o fato de que uma análise *ex post* acerca da idoneidade do objeto ou do meio empregado leva a inevitável concepção de que toda tentativa é inidônea, pois nenhuma tentativa produz resultado. E mais: a análise do perigo só tem sentido se feita antes de praticada a conduta, uma vez que depois o perigo já se foi, lesionou-se ou não o bem jurídico.

Técnica e logicamente falando, o ideal é a **responsabilização do provocado por crime tentado ou consumado**, apesar de ter havido atuação preventiva e indutiva do provocador, que também deve ser passível de responsabilização. Entretanto, em determinados

casos, quando há uma **previsão indubitável *ex ante*** (apreensível por uma pessoa *normal*) de que o agente provocador tenha tomado os cuidados necessários para evitar a lesão ao bem jurídico, há sim crime impossível.

Somente pode-se falar em crime impossível no flagrante preparado ou provocado quando não há risco nenhum ao bem jurídico, *verbi gratia*, quando é colocado um boneco da vítima coberto na cama, simulando que ela está adormecida, para que o provocado durante a ação delitiva dispare sobre o boneco. Neste caso, há crime impossível plenamente aceitável.

Deveras, é nobre a intenção em aplicar a teoria do crime impossível ao flagrante preparado ou provocado genericamente. É essa, logicamente, uma forma de desestimular essa prática censurável pelas autoridades. Porém, não se pode sacrificar a lógica criminal, para que se apliquem medidas de conduta recomendáveis. Certamente poder-se-á encontrar outros meios mais inteligentes de desestimular tal prática entre as autoridades.

Ademais, *grosso modo*, nunca a autoridade policial em um flagrante preparado ou provocado tem pleno controle sobre a situação, pois determinados aparelhos podem falhar ou pessoas podem se portar de modo inesperado, enfim, muitas circunstâncias imprevistas podem ocorrer. Por essa razão, não se afasta por completo o risco ao bem jurídico, devendo-se falar em tentativa. Exceto nos casos em que a autoridade afasta o bem jurídico protegido do local e utiliza-se de objeto inidôneo no flagrante, conforme já apontado.

Enfim, segundo o entendimento perfilhado, não prospera a malfadada compreensão de crime impossível nas hipóteses acima ventiladas, resguardado pela doutrina majoritária e pelo próprio Pretório Excelso. A despeito disso, deve essa compreensão equivocada ser rechaçada de plano pelo jurista mais atento, por não ser de boa técnica e nem uma questão de justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4 ed. São Paulo: RT, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 7 ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1.

⁵ PRADO, 2007, p. 479.