



FLAGRANTE PREPARADO

**NOTA TÉCNICA
SOBRE O PACOTE DE
MEDIDAS PENAIAS
DO MINISTRO
SERGIO MORO
(PL 822/2019)**

01.

PROPOSTA DO PACOTE DE MEDIDAS PENAIS

Art. 1 O. A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, passa a vigorar com as seguintes
“Art. 33
(...)”

§ 1º

IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.”

02.

COMENTÁRIOS

O pacote de medidas penais apresentado pelo ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro propõe alteração no art. 33 da lei 11.343/2006 com a inclusão do inciso IV no §1º, travestindo como novo tipo penal a proibição processual do chamado “flagrante preparado”.

Caracterizado pela intervenção de um terceiro, agente provocador, cuja ação é determinante para a prática do delito, o flagrante preparado é considerado, de forma consolidada pela jurisprudência e pela doutrina, como ato ilícito.

Ao instigar ou induzir o autor a praticar um delito, o agente faz com que a vontade daquele já nasça viciada e, por isso, sem valor para a caracterização do dolo¹.

¹ Assim, sustenta WINFRIED HASSEMER que “para o dolo direto, a ação dolosa é vontade, uma ação de decisão. O componente intelectual é simplesmente uma condição necessária da decisão porque somente podemos falar de uma decisão quando aquele que a toma sabe o que assume, porque a vontade refere-se ao mundo, ao querido, porque não se pode conceber uma vontade vazia de conteúdo (Olivie, Juan Carlos Ferré. Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema – 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. Pág. 328)

Além disso, a figura do flagrante preparado, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, configura crime impossível, uma vez que a consumação do delito é inexecutável e, portanto, não oferece ameaça ao bem jurídico tutelado².

De outro lado, se possível fosse a admissão da existência do crime através da prova elaborada pelo flagrante preparado, forçoso seria reconhecer, também, a existência de crime cometido pelo agente provocador, de instigação do autor para cometimento do delito. Sim, o policial seria partícipe da conduta que se pretende incriminar, pois, segundo o art. 29 do Código Penal, “quem, **de qualquer modo**, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas” (grifamos).

Ou seja, diante da validação do flagrante preparado se está validando também o crime de instigação cometido pelo agente policial, criando-se então o questionamento: uma vez válido o flagrante preparado para punição do autor do delito, haverá punição do agente provocador?

Assim, admitindo-se que o flagrante preparado seja aceito e que, portanto, o crime cometido através de instigação pelo agente provocador venha a ser consumado pelo autor, não seria a instigação realizada pelo agente policial disfarçado tipo penal punível?

Mais. O art. 13, *caput*, do Código Penal estabelece que “o resultado, de que depende a existência do crime, **somente é imputável a quem lhe deu causa**. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (grifamos). Se o agente provocador previsto no projeto é quem deu causa à ação criminosa, é, a princípio, primeiramente a ele imputável o resultado criminoso.

De acordo com a teoria dos antecedentes cau-

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 145: Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119>. Acesso em: 21 mar. 2019

sais, adotada por nosso Código Penal³, se não se considerar a instigação do policial causa, tampouco se poderá perquirir as ações posteriores, sem as quais “o resultado não teria ocorrido” (art. 13, CP). Isso porque, se a ação mais próxima do fato não é causa, nada mais pode ser. Portanto, admitir o flagrante preparado sem punir o agente provocador implica no absurdo dogmático de uma “não causa” causar o resultado criminoso. Um completo contrassenso.

Outrossim, se admitíssemos então que este inciso visa à configuração de novo tipo penal, ainda assim estaríamos diante de outro grande absurdo que esbarra no princípio da legalidade.

Dizemos isso porque, conforme pode-se compreender de sua leitura, o inciso não prevê o tipo penal com o grau mínimo de detalhamento necessário ao dispor sobre “presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal pré-existente”.

Ora, o que seriam esses elementos probatórios? Quais seriam as provas que viriam a corroborar a sua existência? Esse é o tipo de questionamento que não pode ficar sem resposta diante da redação de um tipo penal, pois vige em nosso processo penal o princípio da taxatividade, que ensina que os preceitos penais exigem redação precisa.

Isto é, faz-se necessário esclarecer, neste caso,
3 . ROCHA, Ronan. A relação de causalidade no direito penal. Coleção Ciência Criminal Contemporânea – Vol. 8 – Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 87/88.

Em primeiro lugar, entende-se haver inconstitucionalidades em suas disposições. A Constituição Federal garante expressamente os direitos fundamentais ao devido processo penal, ao contraditório e à ampla defesa e à presunção de inocência:

quais elementos probatórios seriam considerados razoáveis para comprovação de conduta criminal pré-existente, coisa que o projeto não faz.

Do modo como redigido, o tipo penal em questão permite uma interpretação totalmente ampla desses chamados “elementos probatórios razoáveis”, o que vai completamente na contramão da segurança jurídica que se espera de um procedimento criminal e que deve ser, aliás, assegurada pelo Código de Processo Penal e pela Constituição Federal.

O artigo 3º do PL 882/2019, derivado do pacote de medidas penais apresentado pelo ministro da Justiça e da Segurança Pública Sergio Moro, propõe mudanças no Código de Processo Penal. Entre as alterações há a introdução do artigo 395-A, que prevê a figura do “acordo penal” e os requisitos para sua celebração.

Em primeiro lugar, entende-se haver inconstitucionalidades em suas disposições. A Constituição Federal garante expressamente os direitos fundamentais ao devido processo penal, ao contraditório e à ampla defesa e à presunção de inocência:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

03.

PROPOSTAS

Esses direitos, por serem garantidos a todos em decorrência de sua essencialidade, não são disponíveis e, portanto, não podem ser simplesmente alienados e negociados entre as partes ao longo de um processo judicial.

Dessa forma, a disposição contida no novo artigo 395-A contraria preceitos constitucionais ao prever, no caput, a “aplicação imediata das penas”, sobretudo as penas privativas de liberdade, sem o devido processo legal.

A exigência da “expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recorrer” (inciso III) também contraria o direito fundamental à produção de provas, ao recurso e, por consequência, ao devido processo penal e à ampla defesa.

Ainda, a previsão de que o “acordo homologado é considerado sentença condenatória” passa o acusado automaticamente à figura de culpado, além de ensejar a aplicação de pena privativa de liberdade sem procedimento que a respalde.

É preciso reforçar que a medida fragiliza ainda mais o direito de defesa. A natureza jurídica do inquérito policial, a de procedimento administrativo ao qual não se aplicam, a teor da jurisprudência dominante, os princípios do contraditório e da ampla defesa, aliada a um instituto como o da barganha penal, que importa em antecipação de culpa sem oportunidade de dilação probatória, retira do acusado qualquer oportunidade de efetivação da justiça.

Diante do exposto, sugere-se retirar essa redação do pacote de medidas penais ou, caso assim não seja possível, que ao menos haja a descrição pormenorizada do que se pretende entender por “elementos probatórios razoáveis de conduta criminal pré-existente”.

