

## É LEGÍTIMA A ATUAÇÃO DO AGENTE PROVOCADOR NO FLAGRANTE PREPARADO?

*Nasser*

A doutrina penal pátria, na seara da Teoria Geral do Crime, distingue o flagrante esperado do flagrante forjado e ambos do flagrante preparado.

De acordo com a *communis opinio doctorum*, há flagrante esperado quando a Polícia é previamente avisada acerca de uma ocorrência delituosa e, assim, diligencia no sentido de ir até o local, com o fito de efetuar a prisão em flagrância do infrator.

Cumprir observar: no flagrante esperado, a Autoridade Policial e seus agentes não criam nenhuma situação. Não há simulacro de crime. Não há arremedo de delito. A Polícia é, tão-somente, alertada para uma infração penal que vai acontecer.

O flagrante forjado configura-se quando, em face da existência de suspeitas na direção de determinado indivíduo, a Polícia, na intenção de justificar uma constrição em flagrante, introduz, por exemplo, no bolso da camisa deste, papélotes contendo substância entorpecente.

Na hipótese de flagrante forjado, a doutrina do Direito Penal costuma apontar, por parte dos agentes da Polícia, a prática do delito de abuso de autoridade (Lei n.º 4.898/65).

Como se nota, no flagrante forjado, bem ao revés do que sói acontecer no flagrante esperado, não há crime, uma vez que inexiste conduta. A Polícia constrói todo um cenário com o objetivo de capturar o sujeito.

O flagrante preparado tem lugar quando a Polícia, mercê de interposta pessoa, o agente provocador, conduz alguém à prática delituosa.

Sem a ação da Autoridade Policial ou de seus agentes, o sujeito não infringiria o preceito insculpido na Lei Penal.

Não se confunde o flagrante preparado com o flagrante esperado, pois, enquanto neste a Polícia é simplesmente avisada sobre uma infração penal que vai ser cometida, naquele, ela opera com a intenção de propiciar a ocorrência delitual.

Ante a existência de conduta na situação da flagrância preparada, não há de ser esta identificada com o quadro do flagrante forjado.

Feitas as considerações introdutórias, passaremos a focar o objeto do presente trabalho: a legitimidade da atuação do agente provocador no flagrante preparado.

Parafraçando o eminente professor Paulo José da Costa Júnior, temos que:

“A figura do agente provocador surgiu em França, no século XVIII, por ocasião das monarquias absolutas, e floresceu durante os regimes ditatoriais. Mas, mesmo nos regimes democráticos, a polícia tem-se servido do agente provocador, para descobrir atividades delituosas.” (1)

Posto à disposição do aparelho policial, o agente provocador atua para que o sujeito seja surpreendido em estado de flagrância, o que, nos termos da legislação processual penal vigente (Artigos 301 e 302 do Código de Processo Penal), acaba por redundar na supressão da liberdade de ir, ficar e vir do indivíduo.

Insta questionar se goza a atuação do auxiliar da Polícia de foros de legitimidade.

A melhor via para uma análise da atuação do agente provocador é seu cotejo com o instituto do crime impossível.

Com efeito, sempre que alguém, *animus necandi*, ministra açúcar na refeição de quem não é diabético, ou tenta subtrair a carteira de dinheiro que a vítima não traz consigo, comete um crime impossível, quer em razão da absoluta inidoneidade do meio empregado, quer em razão da absoluta impropriedade do objeto (Artigo 17 do Código Penal).

Assim, para a configuração do crime impossível, mister é que a inidoneidade do meio empregado na execução da conduta e a impropriedade do objeto material da ação sejam absolutas, pois, do contrário, a tentativa será idônea (inciso II do artigo 14 do Código Penal).

Ora, se o agente provocador lança mão de um meio inidôneo em absoluto para a consumação do delito ou se o objeto material da conduta não for suscetível de ser apropriado pelo sujeito, estaremos diante de um caso de crime impossível e ilegítima afigura-se-nos a atuação do agente auxiliar da

Polícia, devendo, por conseguinte, e com fulcro no inciso LXV da Constituição da República, haver o imediato relaxamento da prisão em flagrante efetivada.

E se o meio predisposto for idôneo à consumação do crime? E se o objeto material da conduta for passível de apropriação pelo sujeito?

Edgar Magalhães Noronha escreve:

“Desde que não haja ineficácia absoluta de meio, ou impropriedade total de objeto, o crime não é impossível. Os que sustentam opinião diversa deveriam explicar qual a solução que dariam se, não obstante todas as providências tomadas, o executor lograsse a consumação, o que certamente não seria *sobrenatural*.” (2)

Considera o pranteado Mestre que, na hipótese de não ser impossível o crime, todo o crédito deve merecer a atuação do agente que auxilia a Polícia.

Sedutor é o argumento de Magalhães Noronha, porém dele dissentimos.

A Polícia Judiciária, porque desempenha função repressiva, deve, consoante as normas dos Artigos 4.º e seguintes do Código de Processo Penal, aguardar a perpetração do crime, e, chegando ao seu conhecimento a notícia da prática de um fato aparentemente dotado de tipicidade, de antijuridicidade e de culpabilidade, deve agir com o objetivo de elucidar as circunstâncias da infração.

Mesmo na hipótese de meio idôneo ou na hipótese de objeto suscetível de apropriação, não vemos como a Polícia possa criar o palco para a encenação de um crime, precipitando, com isso, a ocorrência do episódio infracional só para prender em flagrante aquele contra quem militam certos indícios do cometimento de delitos anteriores.

O exercício da função policial, máxime a de polícia judiciária, por colocar em evidência o direito de liberdade do suspeito ou do indiciado, exige cautelas.

Há correntes de pensamento que vêem na atuação do agente provocador uma necessidade reclamada pelo interesse social.

Com base nos argumentos trazidos à baila, somos concordes em que, na órbita do flagrante preparado, a atuação do agente provocador é sempre ilegítima, não se coadunando com o atual papel da Polícia Judiciária, cuja preocupação primeira deve repousar na apuração da materialidade e da autoria

do fato delituoso, sem olvidar os dispositivos da Carta Política, que procuram proteger o direito de liberdade das pessoas.

Não é desnecessário lembrar que a intervenção do auxiliar da Polícia, a nosso sentir, termina por deixar impune o *crime de ensaio* ou de *experiência*. (3)

Questão também merecedora de exame e que não deixa de manter conexão com o tema enfocado é a atinente ao elemento subjetivo que pode habitar na conduta do agente provocador.

Estando o agente auxiliar a serviço da Polícia, claro é que ele não pode querer a consumação do crime (dolo direto - primeira parte do inciso I do artigo 18 do Código Penal) nem assumir o risco dessa consumação (dolo eventual - última parte do inciso I do artigo 18 do Código Penal).

Se o agente do flagrante preparado atua com dolo direto ou com dolo eventual, resulta que ele deve responder pela infração perpetrada.

Na hipótese de o agente provocador faltar com a observância do dever de cuidado objetivo e, desde que para o fato executado haja previsão normativa a respeito da modalidade culposa (parágrafo único do artigo 18 do Código Penal), a esse título poderá ser criminalmente responsabilizado.

Porém, se o agente do *crime de ensaio* não labora em dolo ou em culpa, não haverá a menor possibilidade de punição, o que é consecutório imediato da inexistência de dolo específico da tentativa, uma vez que, quem quer um delito não quer tentá-lo e sim consumá-lo.

Num regime democrático, as Autoridades Policiais devem utilizar o menos possível a figura do agente provocador e o Poder Judiciário, mais do que nunca, deve ficar bastante atento para a proteção da segurança jurídica e para a tutela das liberdades do povo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

DA COSTA JÚNIOR, Paulo José. , São Paulo: Saraiva, 1991, Vol. I, p. 79.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 30.<sup>a</sup> ed., 1993, Vol. I, p. 132.

HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 6.<sup>a</sup> ed. 1983, Vol. I, Tomo II, p. 84.