

Cezar Britencourt: Ação controlada travestida de flagrante provocado



1. Considerações preliminares

A *Globo*, “com exclusividade”, estremeceu o país ao divulgar a “delação premiada” de Joesley Batista, da JBS, destacando, acriticamente, que o presidente da República, Michel Temer, havia endossado a compra do silêncio de Eduardo Cunha, ao afirmar “isso tem que manter, viu!”. O mais surpreendente de tudo é que, mesmo após divulgado o áudio que demonstrou que referida frase estava descontextualizada, e não correspondia a essa assertiva, referida emissora continuou insistindo em sua tese, equivocada, para não dizer falsa, martelando a imaginação de milhões de telespectadores.

Sobre esse diálogo com Joesley Batista, como um todo, concedemos uma entrevista para o jornal *Zero Hora*, edição de sábado/domingo, que saiu nos seguintes termos:

“É uma cilada, armada por alguém que será preso se não colaborar. Até as ações controladas devem ter limites. Eu tenho uma obra sobre flagrante preparado (algo admissível) e sobre flagrante provocado (isso é criminoso). Me parece um flagrante provocado, em que o Presidente é induzido a ouvir relatos de crimes. Entendo que o Temer não é muito atingido criminalmente, mas politicamente ficou muito mal”[\[1\]](#).

Faremos, a seguir, algumas considerações sobre as circunstâncias fático-jurídicas que envolveram o presidente Temer, examinando, inclusive, a ação controlada, a prisão em flagrante e, principalmente, o possível *erro* em que, eventualmente, ele possa ter incorrido.

2. Armadilha travestida de ação controlada ou flagrante provocado

A “armadilha” que golpeou o presidente da República não pode ser, tecnicamente, classificada como o instituto jurídico-penal denominado “ação controlada”, amoldando-se melhor não ao conhecido “flagrante preparado”, mas ao que denominamos “flagrante provocado”, que é absolutamente ilegal, por ser ardiloso, fraudulento e representar uma espécie de *tocaia* aplicada pela autoridade investigadora. Neste, no *flagrante provocado*, ao contrário do que ocorre no flagrante preparado, há a atuação decisiva da autoridade pública, que cria uma situação fantasiosa com a finalidade de induzir o cidadão ou investigado a erro para fazê-lo infringir a lei penal e incriminá-lo, exatamente como ocorreu *in casu*. Demonstraremos essas diferenças adiante.

Por outro lado, na noite da divulgação desse fato em edição extraordinária do *Jornal Nacional*, o Ministério Público declarou, com ufanismo, que pela primeira vez foi utilizada a figura da “ação controlada” na operação “lava jato”. As circunstâncias levam a crer, por essa manifestação do *parquet*,



que a indigitada gravação do diálogo com o presidente Temer fez parte da dita “ação controlada”, aliás, instituto absolutamente inaplicável naquela circunstância, no mínimo, pela absoluta ausência de uma situação de *flagrância criminosa*, na medida em que foi criada pelo próprio interlocutor.

Se essa presunção corresponder à realidade, a situação fica muito mais complexa, pois as autoridades repressoras (polícia e Ministério Público) fizeram parte dessa “armação” para a autoridade máxima do país. Temos dificuldade em acreditar nessa hipótese, pela dignidade, honestidade, grandeza e seriedade dessas instituições; até porque, se ocorreu essa hipótese, a referida gravação é absolutamente nula e imprestável como prova, por ter sido obtida de forma ilícita. Mas, apenas para argumentar, vamos considerar que dita autogração não foi organizada, planejada e dirigida pelas referidas autoridades. Ainda assim, teceremos algumas considerações relativamente aos institutos da “ação controlada” e do “flagrante provocado”, mesmo que ambos sejam absolutamente inaplicáveis ao caso concreto, apenas para contextualizarmos esses aspectos.

O conceito de *ação controlada* é dado pelo artigo 8º da Lei 12.850/13, segundo o qual consiste em "retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações". É, pode-se constatar, o mesmo conceito geral de retardamento da intervenção policial em busca do melhor momento para a produção probatória^[2], porém, foram incluídos aqui os elementos diferenciadores da obrigação de observação e acompanhamento. Contudo, não se pode ignorar que a aplicação da dita *ação controlada* destina-se à hipótese de flagrante delito que, pelas finalidades indicadas, o texto legal autoriza o seu retardamento, objetivando melhor resultado com essa excepcionalidade funcional (retardo na intervenção policial).

Trata-se, claramente, de uma exceção à regra geral que determina à autoridade pública que proceda à prisão quando em situação de flagrante delito (artigo 301 do CPP). Afinal, segundo este artigo, as autoridades policiais e seus agentes têm o dever de “prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”, imediatamente. Não fazê-lo pode configurar crime, como o de prevaricação, porque é seu *dever de ofício* agir. A partir dessa previsão legal, abre-se uma situação de *permissividade* que afasta a *pretensão de ilicitude* do tipo, afinal, o ordenamento determina uma ação e permite, sob condições, a realização do seu oposto, ou seja, a *omissão*. Evidentemente, ao tratar-se de um *conflito de deveres*, resta presente uma situação de *justificação procedimental*, visto que submetida aos requisitos legais estruturantes da *ação controlada*.



Propomo-nos, ainda que de forma concisa, traçar algumas distinções que nos parecem recomendáveis sobre a conceituação de *prisão em flagrante*, embora não seja disso que aqui se trate. Ocorre o flagrante preparado, que diríamos melhor, flagrante esperado, quando o agente infrator, por sua exclusiva iniciativa, concebe a ideia do crime, realiza os atos preparatórios, começa a executá-los e só não consuma seu intento porque a autoridade policial, que foi previamente avisada, intervém para impedir a consumação do delito e prendê-lo em flagrante. Consta-se que não há, nessa hipótese, a figura do chamado agente provocador. A iniciativa é espontânea e voluntária do agente. Há início da ação típica. E a presença da força policial é a “circunstância alheia à vontade do agente”, que impede a consumação. Essa modalidade de flagrante não é atingida pela Súmula 145 do STF, sendo, portanto, a conduta do agente típica, nos termos da tentativa.

Já o flagrante provocado, que para nós não passa de um *crime de ensaio*, tem outra estrutura e um cunho *ideológico* totalmente diferente. Neste, no flagrante provocado, o delinquente é impelido à prática do delito por um agente provocador (normalmente um agente policial ou alguém a seu serviço). Isso ocorre, por exemplo, quando a autoridade policial, pretendendo prender alguém, contra quem não tem provas, mas que sabe ser autor de vários crimes, provoca-o para cometer um, com a finalidade de prendê-lo em flagrante. Arma-lhe uma *cilada*, similar a que sofreu Michel Temer. Isso é uma *representação*; o agente, sem saber, está participando de uma encenação teatral. Aqui, nessa hipótese, o agente não tem qualquer possibilidade de êxito na operação, configurando-se perfeitamente o crime impossível. Consta-se a presença decisiva do agente provocador, que, a rigor, deveria ser coautor do fato delituoso. Nessa hipótese não há, portanto, situação de flagrância.

Finalmente, o flagrante forjado, que também não se confunde com o preparado e tampouco com o provocado. Naquele, os policiais “criam” provas de um crime que não existe. É um dos casos mais tristes da rotina policial e que, infelizmente, ocorre com muito mais frequência do que se imagina. A situação mais corriqueira do flagrante forjado ocorre, por exemplo, quando agentes policiais “enxertam” no bolso (ou no automóvel) de quem estão revistando substância entorpecente (ou até mesmo armas). É evidente a inexistência de crime; o que há efetivamente é o abuso de autoridade, devendo responder criminal e administrativamente o agente policial.

3. A responsabilidade pela legalidade e legitimidade da prova produzida

A responsabilidade pela legalidade, legitimidade, integridade, moralidade e constitucionalidade dos meios de provas utilizadas nas investigações criminais, bem como nos processos judiciais, de um modo geral, *é da autoridade que os utiliza, no caso, da Polícia Federal e do Ministério Público que os adotaram, avalizaram e validaram os meios de provas que divulgaram*. Acresceram aos áudios — questionáveis, diga-se de passagem — que divulgaram o peso, conceito, respeitabilidade e autoridade de suas instituições e, agora afirma-se, que divulgaram os áudios tais como receberam, sem periciá-los, como deveriam ter feito!



É inacreditável que o Ministério Público Federal trabalhe, descuidadamente, com toda a “suposta prova” que sustenta suas demandas judiciais. É inconcebível que se adote uma postura acrítica, descriteriosa, descuidada sem se preocupar com a legitimidade e validade da prova que produz, desde que sirva aos seus interesses acusatórios. Será por essa razão que incluíram nas famosas “dez medidas contra a corrupção” a possibilidade de usar provas obtidas por meios ilícitos? Não será isso crime de abuso de autoridade?

Após o extraordinário estrago que fez à sociedade, confessa o *parquet*, publicamente, que não fez um pente-fino sobre a lisura, validade e legitimidade do material que adota como meio de prova, ao afirmar que o material não foi periciado, e apenas, segundo a *Folha*, “foi analisado de forma preliminar”. Conforme a *Folha*^[3], na edição de 20 de maio de 2017, reconhece o *parquet* que dois técnicos limitaram-se a ouvir o autogrampo do dono do Grupo J&F. “Não houve auxílio de equipamentos especializados na avaliação sobre a integridade dos áudios”, anota o texto da Procuradoria (veja cópia abaixo). Perícia encomendada pela *Folha* atestou, segundo referido periódico, que a gravação sofreu mais de 50 edições^[4].

Diante dessa perplexidade toda, com absoluto acerto, o criminalista Antonio Carlos Mariz, defensor do presidente, destacou: “Parece que foi coisa preparada!”^[5].

Cabe, aqui, uma pergunta que não quer calar: se o Ministério Público age com essa leviandade — *se efetivamente houve ação controlada* — em fatos envolvendo a autoridade máxima do país, o presidente da República, o que não deve fazer com os demais simples mortais que caem em suas garras? Parece que o Ministério Público desconhece a responsabilidade com a manutenção da *cadeia de prova*, especialmente daquelas de discutível legitimidade, atribuindo-a ao delator.

[1] Entrevista com conteúdo semelhante também foi publicada na *Folha de S.Paulo*, na coluna do jornalista Rogério Gentile, publicação de 20 de maio corrente.

[2] Veja-se sobre o conceito, na lei anterior, SNICK, Valdir. *Crime organizado*, cit., p. 229.

[3] <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2017/05/1885661->

[4] Veja mais em <http://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2017/05/20/audio-com-temer-nao-foi-periciado-diz-documento-que-pgr-entregou-ao-stf/?cmpid=copiaecola>

[5] <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2017/05/1885661->

Date Created

23/05/2017