

ROGÉRIO GRECO

ADENDO

LEI Nº 12.012/2009

TIPIFICA O INGRESSO DE PESSOA PORTANDO
APARELHO TELEFÔNICO DE COMUNICAÇÃO
MÓVEL, DE RADIO OU SIMILAR, SEM AUTORIZAÇÃO
LEGAL, EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL



Niterói, RJ
2009

Art. 349-A. Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional. *(Incluído pela Lei nº 12.012, de 6 de agosto 2009).*

Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano. *(Incluído pela Lei nº 12.012, de 6 de agosto 2009).*

1. INTRODUÇÃO

Em tese, a pena tem por finalidade a reprovação e a prevenção do crime. Dentre as finalidades preventivas, destaca-se a chamada prevenção especial negativa, que diz respeito ao fato de que com o cumprimento da pena, o Estado, momentaneamente, segrega o agente do convívio em sociedade, impedindo, assim, que venha a praticar novos crimes.

Esse raciocínio, no Brasil, tem sido pulverizado. Isso porque, devido à corrupção no sistema prisional, temos presenciado, através dos meios de comunicação, o fato de que os condenados, mesmo dentro de suas celas, praticam infrações penais, a exemplo do uso e tráfico de drogas, estupros, lesões corporais, homicídios, extorsões etc.

Os condenados, embora segregados do convívio em sociedade, muitas vezes continuam a praticar as mesmas infrações penais que cometiam quando estavam em liberdade. Para que isso ocorra, a comunicação *extra muros* é de fundamental importância. Mesmo que possam, ainda, se valer das cartas redigidas à mão, a tecnologia permite que esse contato se dê com mais rapidez, através do uso, por exemplo, de rádios ou de aparelhos celulares.

Para que esses aparelhos possam chegar, ilegalmente, às mãos do preso, existem somente dois caminhos. O primeiro deles, que sejam fornecidos por alguém que trabalhe no próprio

estabelecimento prisional, que, como regra, responderá pelo delito de corrupção passiva, dependendo da hipótese concreta, pois, normalmente, essa entrega somente ocorre após o funcionário público receber alguma vantagem indevida. A segunda forma de fazer com que esses aparelhos cheguem até os presos é através de alguém de fora do sistema prisional.

Quando esses aparelhos de comunicação são colocados, sem autorização legal, à disposição dos presos, uma série de infrações penais são cometidas, desde extorsões, onde simulam, para as famílias das vítimas, o seqüestro de seus parentes e exigem o depósito de determinado valor em dinheiro ou mesmo créditos para ligações telefônicas, até o comando do crime organizado.

Por isso, a repressão ao comportamento daquele que, de alguma forma, faz com que esses aparelhos de comunicação cheguem até o interior do estabelecimento prisional, torna-se necessária.

Visando, portanto, impedir que o preso tenha, indevidamente, acesso a esses aparelhos de comunicação, a Lei nº 12.012, de 6 de agosto de 2009, inseriu o art. 349-A ao Código Penal, com a seguinte redação, *verbis*:

Art. 349-A. Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional.

Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Ingressar significa fazer com que efetivamente ingresse, entre no estabelecimento prisional; *promover* diz respeito a diligenciar, tomando as providências necessárias para a entrada; *intermediar* é interceder, intervir, servindo o agente como um intermediário entre o preso que deseja possuir o aparelho de comunicação e um terceiro, que se dispõe a fornecê-lo; *auxiliar* é ajudar de alguma forma; *facilitar* é remover os obstáculos, as

dificuldades, permitindo a entrada do aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal.

Todos esses comportamentos proibidos pelo tipo penal em estudo têm por finalidade impedir a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel (celulares), de rádio (*walkie-talkies* etc.) ou similar (*paggers*, aparelhos que permitem o acesso à *internet* etc.) sem autorização legal, em estabelecimento prisional.

Por estabelecimento prisional podemos entender as penitenciárias, cadeias públicas, casas do albergado, enfim, qualquer estabelecimento que seja destinado ao recolhimento dos presos, sejam eles provisória ou definitivamente condenados.

A criatividade daqueles que desejam fazer com que esses aparelhos de comunicação cheguem até os presos não tem limite. Todos os recursos são utilizados com essa finalidade. Muitas mulheres, nos dias de visita, introduzem partes de aparelhos telefônicos móveis em suas partes íntimas (vagina e ânus); parentes e amigos levam bolos, tortas, pães “recheados” com telefones celulares; até mesmo pombos-correios são utilizados para fazer chegar esses aparelhos até os presos.

É importante ressaltar que, embora à primeira vista, o tipo penal tenha por destino aqueles que não fazem parte do sistema penitenciário, vale dizer, que não exercem qualquer função dentro do sistema prisional, não será impossível a sua aplicação a algum funcionário público que, sem receber qualquer vantagem com isso, de alguma forma facilite, por exemplo, a entrada desses aparelhos, ou mesmo que faça a intermediação entre o preso e alguém que se encontra fora do sistema.

No entanto, caso o funcionário público receba alguma vantagem indevida para, por exemplo, fazer chegar às mãos do preso – provisório ou definitivo – algum aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, o fato se subsumirá ao tipo do art. 317 do Código Penal, que prevê o delito de corrupção passiva, cuja pena é significativamente maior do que aquela prevista para o delito em análise.

Para que ocorra o delito em análise as condutas deverão ser levadas a efeito sem que, para tanto, haja *autorização legal*. Em havendo a mencionada autorização, o fato será considerado atípico.

Pela situação topográfica do artigo, podemos entendê-lo como uma modalidade especial de favorecimento real.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tendo em vista que o tipo penal não exige qualquer qualidade ou condição especial para o sujeito ativo; doloso; comissivo (no que diz respeito às condutas de ingressar, promover, intermediar, auxiliar e facilitar) e omissivo próprio (pois o núcleo facilitar permite os dois raciocínios); de forma livre; instantâneo; monossujeito; monossubsistente; não transeunte (haja vista a necessidade de ser apreendido o aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo do delito tipificado no art. 349-A do Código Penal, tendo em vista que o tipo penal não exige qualquer qualidade ou condição especial.

Merece ser frisado o fato de que o próprio preso, que se encontra dentro do estabelecimento prisional, pode levar a efeito um dos comportamentos previstos pelo tipo penal em estudo. Renato Marcão, com a precisão que lhe é peculiar, adverte:

“Não se pode excluir a possibilidade de algum preso, por exemplo, quando do gozo de permissão de saída (art. 120 da LEP) ou de saída temporária (art. 122 da LEP), ao retornar praticar uma das condutas reguladas.

Mesmo estando preso, dentro dos limites de estabelecimento prisional fechado, é possível que o agente venha a *promover, intermediar ou auxiliar* a entrada de aparelho telefônico de

comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, naquele estabelecimento prisional em que se encontrar ou em outro”.⁴¹

Sujeito passivo é o Estado.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo constante do art. 349-A do Código Penal e, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é o aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando, após a prática de qualquer das condutas previstas no tipo do art. 349-A do Código Penal (*ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar*), o aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar chega, sem autorização legal, às mãos de alguém que se encontra preso no estabelecimento prisional.

Em se tratando de um delito plurissubsistente, torna-se admissível a tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade culposa.

Embora não haja essa orientação expressa no tipo, as condutas previstas devem ser praticadas no sentido de fazer com que o aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar chegue às mãos daquele que se encontra preso no interior do estabelecimento prisional.

⁴¹ MARCÃO, Renato. *Lei nº 12.012, de 6 de agosto de 2009: ingresso de aparelho de telefonia celular em estabelecimento penal*. <http://jusvi.com/artigos/41374> (acesso realizado em 18 de agosto de 2009).

Assim, por exemplo, se alguém, mesmo que contrariando as normas expressas do sistema prisional, vier a fazer uma visita a alguém portando seu aparelho de telefone celular, sem a finalidade de entregá-lo a algum detento que ali se encontra encarcerado, o fato deverá ser considerado atípico, mesmo que, aparentemente, se amolde à figura constante do art. 349-A do Código Penal.

Da mesma forma, aquele que, por descuido, devido ao fato de portar mais de um aparelho celular, embora, durante uma visita ao sistema penitenciário, tivesse deixado um deles aos cuidados da administração prisional, mas conseguisse, por uma falha na revista, nele ingressar com um segundo aparelho, não poderia responder pelo delito em análise.

Como se percebe, para que alguém possa ser responsabilizado pelo delito em estudo, faz-se mister a demonstração de seu dolo, mesmo que não se consiga apontar, no caso concreto, quem seria o beneficiado com a entrada do aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar no estabelecimento prisional.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *ingressar, promover, intermediar e auxiliar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, enquanto que a conduta de *facilitar* pode ser entendida tanto comissiva quanto omissivamente.

Assim, por exemplo, imagine a hipótese em que um agente penitenciário, encarregado de fazer a revista nos dias de visita aos presos de um determinado estabelecimento penitenciário, percebendo que alguém trazia consigo, escondido, costurado na bainha de sua calça jeans, um aparelho de telefone celular, nada faz para impedir a entrada do mencionado aparelho, sabendo que seria entregue a um dos detentos, que comandava o crime organizado de dentro daquele local.

Nesse caso, podemos, inclusive, visualizar o concurso de pessoas entre o agente, o preso, bem como aquele que ingressou no estabelecimento prisional com o telefone celular, mesmo que, por hipótese, os demais não soubessem que a entrada do aludido aparelho havia sido dolosamente facilitada pelo servidor público.

Como o núcleo facilitar pode ser entendido em um sentido amplo, entendemos que, *in casu*, esse comportamento, quando praticado omissivamente por aquele que tinha o dever de impedir o resultado, importará em uma omissão própria, já que o comportamento está expressamente previsto no tipo penal, não se cuidando, assim, de um delito comissivo por omissão (ou omissivo impróprio).

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito tipificado no art. 349-A do Código Penal é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Tendo em vista a pena máxima cominada em abstrato, competirá, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal, o processo e julgamento do delito em exame.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

9. DESTAQUES

9.1. Falta grave

O inciso VII, acrescentado ao art. 50 da Lei de Execução Penal, assevera que comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

9.2. Concurso de pessoas

Embora, à primeira vista, o art. 349-A do Código Penal seja dirigido a pessoas que não estejam nos estabelecimento prisionais, entendemos que se o preso – provisório ou definitivo – houver solicitado o aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, deverá ser responsabilizado pelo mencionado delito, aplicando-se, outrossim, a regra relativa ao art. 29 do Código Penal.

9.3. Omissão do dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar

Caso o diretor de penitenciária e/ou agente público deixe de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo, deverão ser responsabilizados pelo delito tipificado no art. 319-A do Código Penal.

Devemos ressaltar que o diretor e o agente público não podem ter contribuído para o ingresso dos referidos aparelhos no sistema penitenciário, pois, caso contrário, responderão pelo delito previsto pelo art. 349-A do Código Penal.



Rua Alexandre Moura, 51
24210-200 – Gragoatá – Niterói – RJ
Telefax: (21) 2621-7007
www.editoraimpetus.com.br