

Análise dos Delitos Referentes ao Acesso do Preso a Aparelho de Comunicação: Artigos 319-A e 349-A do Código Penal

Fernando Vernice dos ANJOS*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Direito Penal simbólico. 2 Análise dogmática do artigo 319-A do Código Penal. 3 Análise dogmática do artigo 349-A do Código Penal. 4 Inconstitucionalidade por proteção insuficiente. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** Este artigo tem por objetivo analisar, sob os aspectos penais e de política criminal, os crimes referentes ao acesso a aparelhos de comunicação em estabelecimentos criminais, consoante disposto nos arts. 319-A e 349-A do Código Penal Brasileiro. Para tanto, aborda o contexto social e político criminal em que esses crimes foram inseridos no ordenamento jurídico, examina as críticas referentes ao suposto caráter simbólico desses crimes, a eventual desproporcionalidade das penas por proteção insuficiente e as questões dogmáticas inerentes aos delitos em foco. Por fim, o texto apresenta a tomada de posição atinente à legitimidade da existência desses delitos no ordenamento jurídico brasileiro.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Aparelho de comunicação em presídio. Prevaricação imprópria. Favorecimento real especial.

Introdução¹

Em 28 de março de 2007 foi introduzido, no Código Penal, o art. 319-A, que prevê o delito de *omissão do dever de vedar ao preso o acesso a aparelho de comunicação*. Por conta, principalmente, de sua localização no Código,

* Promotor de Justiça de Mauá/SP. Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo.

¹ O presente artigo é um desenvolvimento do seguinte trabalho: ANJOS, Fernando Vernice dos. Análise do delito de omissão do dever de vedar ao preso o acesso a aparelho de comunicação (prevaricação imprópria). In: CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas (Org.). *Crimes contra a administração pública: aspectos polêmicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

logo em seguida ao crime de prevaricação (art. 319), o delito em pauta ficou conhecido como prevaricação imprópria (cf. CUNHA; GOMES, 2008).

Trata-se de figura típica, criada diante da calamitosa situação de entrada desenfreada de telefones celulares nos presídios. De fato, já há alguns anos, diversos presidiários têm tido acesso indevido a modernos meios de comunicação e, de posse desses meios, usualmente têm mantido os seus contatos criminosos². Como ápice desse problema, destacamos a onda de rebeliões em presídios e de crimes ocorridos em maio de 2006 na cidade de São Paulo e em outras cidades de grande porte do interior paulista, que teve como resultado, além de diversas mortes, a criação de uma atmosfera de terror há muito não vista. Conforme foi apurado, os crimes e rebeliões mencionados teriam sido ordenados de dentro dos presídios por lideranças de uma organização criminosa, por meio de aparelhos de comunicação indevidamente introduzidos no cárcere³.

Pois bem, para coibir a entrada de telefones celulares e outros meios de comunicação nos presídios, a Lei nº 11.466 instituiu o delito sob análise, e também criou nova hipótese de falta grave no âmbito da Lei de Execução Penal, consistente na posse, utilização ou fornecimento de aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo (art. 50, VII).

Apesar da inovação legislativa, tendo em vista a falta de medidas mais efetivas – sobretudo de cunho administrativo –, o uso de aparelhos de comunicação em presídios continuou elevado. Por meio desses aparelhos, os presidiários passaram a atuar criminosamente, de dentro de presídios, de maneira cada vez mais ousada, sendo dignas de nota as extorsões feitas por meio de simulações de sequestros, nas quais os criminosos, apesar de encarcerados, ligam para as vítimas e, fingindo que sequestraram um familiar delas, exigem que seja depositada determinada quantia ou mesmo que sejam comprados créditos para celular⁴.

Com a incriminação da conduta do funcionário público facilitador do acesso de aparelho de comunicação ao preso, restava ainda tipificar a

² A respeito dessa questão, ver Passos (2002, p. 247-256).

³ Sobre o ocorrido em maio de 2006, ver Nogueira (2006, *passim*).

⁴ Cf. Greco (2010, p. 622). O autor ainda destaca, na mesma toada de outros estudiosos, o uso de meios de comunicação, em presídios, pelo crime organizado, no gerenciamento de suas atividades criminosas.

conduta de pessoas alheias aos quadros do Estado que viessem a favorecer a entrada desses aparelhos no ambiente prisional.

Dessa feita, em 6 de agosto de 2009, a Lei nº 12.012 inseriu no Código Penal o art. 349-A, prevendo o delito de *ingresso, promoção, intermediação, auxílio ou facilitação de entrada de aparelho de comunicação em estabelecimento prisional*. O referido delito não possui nome *in juris* e pode ser chamado de “modalidade especial de favorecimento real”, por conta de sua “situação topográfica” no estatuto repressivo, seguindo a posição de Greco (2010, p. 623).

1 Direito Penal simbólico

Para alguns críticos, a incriminação de condutas referentes à facilitação do acesso de presos a aparelhos de comunicação é resultado do chamado Direito Penal simbólico. De acordo com a visão simbólica, o objetivo do Direito Penal é apenas a produção, na opinião pública, de uma impressão de tranquilidade gerada por um legislador diligente e supostamente consciente dos problemas gerados pela criminalidade (QUEIROZ, 2005). Em outras palavras, o Direito Penal simbólico não leva em consideração se as medidas encetadas no âmbito penal têm efetividade em diminuir a criminalidade ou em proteger bens jurídicos.

Nesse sentido, de forma incisiva, Queiroz (2007) chama o delito previsto no art. 319-A de “norma placebo”, pois não busca a solução de conflitos reais, mas apenas objetiva dar a impressão de que algo está sendo feito, sem qualquer efetividade em solucionar o sério problema da entrada de celulares em presídios.

Da mesma maneira, Prado (2010, p. 667) critica a incorporação ao ordenamento jurídico do art. 349-A do Código Penal e afirma:

[...] a inoperância do Estado na fiscalização e prevenção de tais comportamentos (referentes à entrada de aparelhos de comunicação em presídios) leva o legislador, uma vez mais a utilizar o Direito Penal de forma simbólica negativa, o que tem sido lamentavelmente uma constante na atualidade.

Assim sendo, a previsão dos delitos em apreço (arts. 319-A e 349-A do CP) seria claramente uma manifestação do Direito Penal simbólico. Nessa linha de raciocínio, a existência desses delitos não se justificaria, pois não seriam tipificações com o objetivo de cumprir as metas do Direito Penal

(redução da criminalidade e tutela de bens jurídicos relevantes), tendo apenas por objetivo aplacar a opinião pública.

Não obstante as críticas feitas ao Direito Penal simbólico, sobretudo no que tange aos seus comuns excessos, é necessário destacar que o efeito simbólico desse ramo do Direito não pode ser ignorado, simplesmente por ser inerente à sua própria natureza⁵. Com efeito, o Direito Penal sempre se valeu desse tipo de efeito, em menor ou maior grau, para se fixar no âmbito social. A sociedade, por sua vez, diante de crimes chocantes ou do aumento da criminalidade, sempre incentivou esses efeitos, exigindo de forma emocional o endurecimento da lei penal.

Ademais, é certo que o Direito Penal não se baseia apenas em uma suposta efetividade em proteger bens jurídicos ou em diminuir a criminalidade. Não é razoável sustentar, por exemplo, que a simples existência do delito de homicídio possui real efetividade na proteção da vida, ou que a incriminação do homicídio tem como fundamento único a sua eventual efetividade. Dito de outro modo, independentemente da eficácia da incriminação do homicídio, essa conduta deve ser sancionada por conta de sua extrema gravidade, fornecendo-se à sociedade uma mensagem de que referida conduta é intolerável, o que não deixa de ser uma manifestação simbólica (positiva) do Direito Penal.

Nesse contexto, é extremamente relevante a finalidade simbólica, na medida em que transmite a mensagem à população que determinadas condutas, especialmente graves, são inadmissíveis. Trata-se de reafirmar comunicativamente os valores sociais mais caros para a sociedade, diante de lesões relevantes a esses valores (prevenção geral positiva).

Diante dessa realidade, conforme já tivemos oportunidade de sustentar (cf. ANJOS, 2007), os estudiosos do Direito Penal não devem, de forma simplista, “combater” os efeitos simbólicos como se fossem “efeitos colaterais” daninhos do instrumental punitivo estatal. Devem, isso sim, procurar encaminhar a finalidade simbólica para vias socialmente construtivas, democraticamente orientadas e dogmaticamente sustentáveis – sempre sob a ótica da Constituição Federal e da atuação subsidiária do Direito Penal.

⁵ Com crítica à postura que considera os fins simbólicos do direito penal como meros desvios de sua real utilidade e procurando equacionar, de forma legitimadora, os seus iminentes efeitos simbólicos, sem se olvidar da preocupante generalização destes, ver Díez Ripollés (2001, p. 1-22).

As normas dos arts. 319-A e 349-A do Código Penal configuram bons exemplos de normas simbólicas razoáveis e socialmente construtivas. De fato, o crime de prevaricação imprópria incrimina uma conduta grave e preocupante, qual seja, a omissão funcional do dever de vedar ao preso o acesso a aparelho de comunicação. Na mesma toada, a modalidade de favorecimento real do art. 349-A incrimina conduta bastante lesiva aos interesses da sociedade, consistente na facilitação de entrada de aparelho de comunicação em estabelecimento prisional.

As normas em referência transmitem, ao cominar sanção penal, a mensagem que são intoleráveis as condutas expostas nos tipos penais. Essa mensagem, por seu turno, certamente é simbólica, porém positiva; da mesma forma que é positivo incriminar o homicídio com o fim de comunicar a todos o caráter intolerável da conduta de “matar alguém”.

Por sua vez, as incriminações sob análise não afetam nenhum princípio constitucional, estando em conformidade com a Constituição Federal. Não há, de igual modo, um excesso simbólico, justamente por penalizarem de maneira razoável (sem exagero punitivo) condutas particularmente graves. Dessa forma, não há por que se criticar os crimes previstos nos arts. 319-A e 349-A por seu caráter simbólico.

No entanto, evitando polêmicas referentes ao uso da terminologia de finalidade simbólica, usada nos meios jurídicos geralmente para designar efeitos negativos do uso do Direito Penal, é possível concluirmos que os crimes dos arts. 319-A e 349-A do Código Penal cumprem finalidade comunicativa relevante no ordenamento jurídico, de modo que as incriminações neles previstas são justificáveis e legítimas.

2 Análise dogmática do artigo 319-A do Código Penal

O art. 319-A do Código Penal possui a seguinte redação:

Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, 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.

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

Trata-se de delito localizado no Título XI (Dos Crimes contra a Administração Pública), Capítulo I (Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral), do estatuto repressivo. Em face de

sua localização topográfica, assim como a sua estrutura típica, podemos perceber que o bem jurídico tutelado pelo delito em questão é a Administração Pública, lesionada pela omissão do agente público em vedar ao preso o acesso a meio de comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

Com efeito, afirma Stoco (apud FRANCO; STOCO, 2007, p. 1484):

[...] a norma penal busca tutelar a Administração e resguardar a probidade administrativa e, portanto, coibir a improbidade, impedindo que seus agentes se corrompam ou, por sentimento pessoal e subalterno, descumpram o seu múnus público, deixando de praticar, indevidamente, atos de ofício a que estão obrigados ou praticando-os, contrariando disposição legal expressa.

Há quem diga que, mediatamente, o tipo em apreço tutela a segurança pública, pois os aparelhos de comunicação introduzidos no cárcere são usualmente utilizados para a prática de crimes. Todavia, apesar do uso comum para fins criminosos, é necessário salientar que pouco importa a razão do ingresso do aparelho de comunicação no presídio: em qualquer hipótese, ocorrendo a omissão mencionada no art. 319-A, estará configurada a prevaricação imprópria. Em rigor, a motivação só terá relevância para o cálculo da pena.

O art. 319-A prevê hipótese de crime próprio, pois o sujeito ativo só pode ser o agente público que possui incumbência funcional de vedar o acesso aos aparelhos de comunicação proscritos (cf. CUNHA; GOMES, 2008, p. 385). A doutrina critica a inadequada técnica legislativa que previu o trecho “diretor de Penitenciária e/ou agente público”, como se fosse possível existir um diretor de presídio que não seja agente público. Ademais, a locução inédita em nossa legislação penal “e/ou”, além de não ter nenhuma utilidade, ainda atenta contra a clareza do tipo penal⁶. A propósito, Greco (2010, p. 429) diz:

[...] a expressão agente público compreende qualquer pessoa que, no exercício de sua função pública, tenha o dever de

⁶ Com relação à crítica sobre a falta de clareza da redação do art. 319-A, ver Correia (2007, p. 06).

impedir que o preso tenha acesso aos mencionados aparelhos de comunicação, como ocorre não somente com os agentes penitenciários aos quais, de acordo com o art. 2º da Lei no 10.693, de 25 de junho de 2003, compete o exercício das atividades de atendimento, vigilância, custódia, guarda, assistência e orientação de pessoas recolhidas aos estabelecimentos penais, bem como aos policiais (delegados, detetives etc.) que de alguma forma tomarem conhecimento do fato.

O elemento subjetivo da prevaricação imprópria é o dolo, vontade livre e consciente de deixar de cumprir o 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. Ao contrário do delito de prevaricação tradicional, previsto no art. 319 do Código Penal, e que exige finalidade específica da conduta – “para satisfazer interesse ou sentimento pessoal” –, não é previsto nenhum elemento anímico especial no delito em apreço⁷.

Caso o funcionário público se omita com o fim de obter alguma vantagem de outrem (v.g., dinheiro, bens, favor sexual), a norma aplicável é o art. 317 do Código Penal, que prevê o delito de corrupção passiva (“solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”)⁸. Afasta-se, no caso, a norma genérica do art. 319-A, que prevê hipótese de crime sem especial fim de agir, aplicando-se a norma do art. 317, que possui elemento subjetivo especial (finalidade de obter vantagem indevida) (GRECO, 2010).

Antes da Lei nº 12.012/2009, que introduziu o art. 349-A no Código Penal, poderíamos dizer que, na hipótese do agente público, em vez de praticar a omissão prevista no art. 319-A, efetivamente entregasse o aparelho de comunicação ao preso, teríamos uma conduta atípica. Contudo, conforme elucida Nucci (2007, p. 1018), o fato era típico, pois, “embora o tipo penal seja omissivo (deixar de cumprir seu dever de vedar o acesso), a partir do

⁷ Sobre o tema, ver Pagliaro e Costa Júnior (2009, p. 140-141).

⁸ Destaca-se que há quem entenda que a vantagem na corrupção só pode ter caráter patrimonial. Nessa direção, ver Hungria (1958, p. 368). Discordamos desse entendimento, pois a corrupção não é crime patrimonial, mas sim crime contra a Administração Pública, que é ofendida seja qual for a natureza da vantagem almejada ou obtida. Nesse sentido, ver Prado (2010, p. 441-442); e Nucci (2007, p. 1011).

momento em que se fornece o aparelho (atitude comissiva), está-se, logicamente, deixando de vedar o acesso ao mesmo”, o que configurava o crime em questão.

Com o advento do art. 349-A, essa discussão encontra-se superada, pois o delito em questão incrimina indistintamente quem quer que ingresse, promova, intermedeie, auxilie ou facilite a entrada de aparelho de comunicação em estabelecimento prisional, independentemente de ser ou não funcionário público. No mais, ressaltamos que, no caso de a entrega do aparelho de comunicação ocorrer com o fim de obter vantagem indevida, o delito praticado será o de corrupção passiva.

Não é possível a tentativa do crime em pauta por se tratar de delito omissivo. No caso de o agente público tentar entregar ao preso um aparelho de comunicação, não haverá tentativa do delito previsto no art. 349-A, mas crime de prevaricação imprópria consumado, pois já terá havido a omissão de cumprir seu dever de vedar o acesso a esse tipo de aparelho⁹.

Se eventualmente o aparelho telefônico, de rádio ou similar introduzido no presídio estiver absolutamente inapto para o fim de comunicação – *v.g.*, telefone celular quebrado –, o fato será atípico, pois o tipo penal exige que o aparelho “permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo”¹⁰. Da mesma forma, se o estabelecimento prisional possuir equipamento que impossibilite por completo o funcionamento de determinado aparelho de comunicação – *v.g.*, bloqueador de celular –, a introdução desse aparelho no cárcere será atípica, por não ser possível por meio dele, nas circunstâncias fáticas, a comunicação apontada no art. 319-A¹¹. Destacamos que a impossibilidade de uso do aparelho de comunicação deverá ser completa, caso contrário o delito permanecerá configurado.

De forma análoga a qualquer outro crime contra a Administração Pública, bem jurídico indisponível por natureza, a ação penal do delito sob análise é pública incondicionada.

A competência para apurar a prevaricação imprópria é do Juizado Especial Criminal, por conta da pena inferior a dois anos de prisão. Se for

⁹ Nesse sentido, Prado (2010, p. 459) e Nucci (2007, p. 1080). Em sentido contrário, Jesus (2009, p. 989).

¹⁰ Em sentido similar, Greco (2010, p. 429).

¹¹ Sobre a temática dos bloqueadores de celulares em presídios, ver Silva (2008, p. 45-61).

cometido em presídio estadual, a apuração do crime será da competência da Justiça Estadual; se for praticado em presídio federal, a competência será da Justiça Federal.

3 Análise dogmática do artigo 349-A do Código Penal

O art. 349-A do Código Penal possui a seguinte redação:

Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional.
Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

O delito em pauta encontra-se localizado no Título XI (Dos Crimes contra a Administração Pública), Capítulo III (Dos Crimes contra a Administração da Justiça), do estatuto repressivo. Em razão de sua localização no Código Penal e de sua estrutura típica, percebemos que o bem jurídico tutelado pelo delito em questão é a administração da Justiça, afrontada pelas condutas de ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho de comunicação em estabelecimento prisional.

Apesar de não estar previsto expressamente na norma, é necessário que os aparelhos proibidos sejam aptos à comunicação com outros presos ou com o ambiente externo, sob pena de se contrariar a razão de existir da norma. Com efeito, aparelhos inaptos à comunicação não possuem o condão de lesionar o bem jurídico “administração da Justiça”, o que torna as condutas referentes a eles materialmente atípicas¹².

O mesmo raciocínio pode ser aplicado no caso de a prisão possuir equipamento que obste o funcionamento de determinado aparelho de comunicação. Se o equipamento realmente impedir por completo o funcionamento do aparelho, a conduta tornar-se-á atípica, por ser impossível, no caso concreto, a lesão ao bem jurídico tutelado¹³.

¹² A propósito, considerando que o “aparelho completamente inutilizado” caracteriza crime impossível – impropriedade absoluta do objeto, ver Nucci (2009, p. 1074).

¹³ Em sentido contrário, sustentando que “não se leva nem mesmo em conta a eficácia do bloqueio, pois o tipo penal não faz referência à comunicação exterior-interior”, ver Nucci (2009, p. 1074-1075).

Conforme já adiantado, o art. 349-A prevê hipótese de crime comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa. Nesse caso, tanto o funcionário da administração penitenciária quanto a pessoa que visita o preso podem ser agentes ativos do delito, apesar de ser criticável que ambos os casos possam ser punidos com a mesma sanção.

O preso também pode ser sujeito ativo desse crime, caso pratique qualquer uma das condutas previstas no tipo penal. Conforme bem esclarece Marcão (2009)¹⁴,

[...] a despeito da Lei n. 12.012, de 6 de agosto de 2009, não ter tipificado as condutas consistentes em possuir, portar ou utilizar aparelho de telefonia celular no interior de estabelecimento penal, impende anotar que as modalidades típicas que estão previstas também podem alcançar a pessoa do preso que se encontrar em estabelecimento penal, seja ele o destinatário ou não do aparelho de telefonia celular, ao contrário do que pode sugerir uma primeira e apressada leitura do novo tipo penal. 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.

Todavia, caso o presidiário apenas seja surpreendido na posse de um aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo, estará tão somente cometendo falta disciplinar de natureza grave, nos termos do art. 50, inc. VII, da Lei de Execução Penal. Frisemos que a mera posse de aparelho de comunicação é atípica, pois não se pode presumir que o preso que estiver portando o aparelho seja o responsável por seu ingresso no ambiente prisional.

O delito sob análise exige para a sua configuração um especial fim de agir consistente na intenção de entregar aparelho de comunicação indevidamente introduzido no cárcere para quem ali estiver preso. Conforme expõe Greco (2010, p. 625), “embora não haja essa orientação expressa no tipo, as condutas previstas devem ser praticadas no sentido de fazer com

¹⁴ Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13327/lei-n-12-012-2009-ingresso-de-aparelho-de-telefonia-celular-em-estabelecimento-penal>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

que o aparelho telefônico de comunicação móvel de rádio ou similar chegue às mãos daquele que se encontra preso no interior do estabelecimento prisional”. Completa o autor, afirmando não ser necessário determinar qual seria o detento que receberia o aparelho de comunicação. De todo modo, é de convir que se presume a finalidade de entrega para terceiro quando alguém oculta um aparelho de comunicação visando ludibriar a revista do presídio.

O delito do art. 349-A admite tentativa, pois sua execução pode ser fracionada. O crime, nessa toada, “consuma-se com a efetiva entrada do aparelho no estabelecimento prisional. Precisando o momento, este ocorre após a revista na entrada (se esta existir). Se o agente criminoso é flagrado na revista, trata-se de tentativa” (ISHIDA, 2009, p. 668)¹⁵.

Da mesma forma que o delito do art. 319-A, o favorecimento real especial é delito de ação pública incondicionada. De modo análogo com a prevaricação imprópria, a competência para apurar o delito sob análise é do Juizado Especial Criminal, por conta da pena inferior a dois anos de prisão. No caso de ser cometido em estabelecimento penitenciário estadual, a apuração do crime será da competência da Justiça Estadual; se for praticado em estabelecimento federal, a competência será da Justiça Federal.

4 Inconstitucionalidade por proteção insuficiente

A respeito da pena cominada no delito de prevaricação imprópria, critica-se a sua brandura. Conforme assinalamos, é previsto no preceito sancionador secundário do tipo penal a pena de três meses a um ano de detenção. Dessa feita, o crime é considerado infração de menor potencial ofensivo, sendo cabível toda uma plêiade de benefícios, como transação penal, *sursis*, suspensão condicional do processo, dentre outros.

De fato, parece ser equivocada uma pena tão branda para um crime consideravelmente grave. Nesse contexto, há quem sustente que o preceito secundário do art. 319-A é inconstitucional por proteção insuficiente do bem jurídico “Administração Pública”¹⁶.

¹⁵ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-30/analise-crime-ingresso-celular-estabelecimento-prisional>>. Acesso em: 27 fev. 2010. Não admitindo a existência de forma tentada, ver Prado (2010, p. 668).

¹⁶ Nesse sentido, ver Albeche (2007) e Cunha (apud CUNHA; GOMES, 2008, p. 385).

A desproporcionalidade por proteção insuficiente é aquela na qual a resposta penal fica “muito aquém do seu merecimento, dado o seu grau de ofensividade e significação político criminal” (QUEIROZ, 2006, p. 45). Nessa direção, Barroso (2009, p. 381) afirma:

[...] o Estado pode violar a Constituição por não resguardar adequadamente determinados bens, valores ou direitos, conferindo a eles proteção deficiente, seja pela não-tipificação de determinada conduta, seja pela pouca severidade da pena prevista. Nesse caso, a violação do princípio da razoabilidade-proporcionalidade ocorrerá na modalidade da vedação da insuficiência¹⁷.

Assim sendo, ao que tudo indica, a pena da prevaricação imprópria é desproporcional por proteção insuficiente, dada a sua quantidade diminuta¹⁸. Todavia, esse raciocínio acaba não tendo nenhuma relevância prática para os operadores do Direito.

Se fôssemos afastar a norma do art. 319-A do ordenamento jurídico por conta da sua desproporcional sanção, apenas iríamos agravar a situação da falta de proteção, ao tornar atípica a conduta prevista no tipo sob análise. Dessa forma, não é razoável a declaração de inconstitucionalidade da norma que introduziu o crime de prevaricação imprópria, apesar da pena prevista (ALBECHE, 2007, *passim*). Enquanto a lei não for reformada, aplica-se o art. 319-A nos seus exatos limites, em respeito ao princípio da legalidade.

De lege ferenda, seria interessante que a pena de três meses a um ano fosse prevista para uma modalidade culposa do delito em questão a ser ainda criada¹⁹. Nesse caso, uma pena razoável para a prevaricação imprópria na modalidade dolosa deveria ser um meio-termo entre a hipótese culposa e a corrupção passiva, atualmente apenada com a sanção de dois a 12 anos de

¹⁷ Sobre o tema, ver Sarlet (2004, *passim*).

¹⁸ No mesmo sentido, com relação aos dois delitos sob estudo, ver Masson (2013, p. 1121-1122/1255-1256).

¹⁹ A propósito da razoabilidade de existir uma modalidade culposa da prevaricação imprópria, Nucci (2007, p. 1018) sustenta, com razão, que “eis um crime que mereceria a tipicidade no formato culposo. Muitos funcionários públicos, em postura claramente negligente, permitem o acesso de presos aos aparelhos telefônicos ou de comunicação em geral”.

reclusão e multa. Desse modo, a proporcionalidade entre as diferentes penas e modalidades criminosas encontraria um equilíbrio bastante razoável.

A respeito do delito de favorecimento real impróprio, igualmente seria possível criticarmos a sua pena bastante branda, valendo-nos dos mesmos argumentos supra. Contudo, o que mais causa espécie é o fato de esse delito ter a mesma pena do delito de prevaricação imprópria. Da mesma forma, não faz nenhum sentido punir com igual pena o agente público e o particular que praticarem as condutas do art. 349-A do Código Penal.

De fato, o desvalor da conduta do funcionário que desrespeita o seu *munus* público exigiria uma resposta estatal muito mais severa, estipulada por meio de causa de aumento de pena ou mesmo valendo-se de uma forma qualificada. Na ausência de previsão legal específica, a condição de agente público deve ser levada em conta por ocasião do cálculo de pena.

Conclusão

Da análise dos delitos previstos nos arts. 319-A e 349-A, concluímos que ambos os crimes foram adequadamente inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, considerado o contexto político-criminal no qual surgiram as Leis nºs 11.466/2006 e 12.012/2009. Dessa forma, desconsiderando eventuais equívocos de redação e incoerências na penalização, destacamos que as leis em pauta significaram um avanço em nosso ordenamento jurídico, ao transmitir à sociedade serem inadmissíveis as condutas referentes ao acesso do preso a aparelho de comunicação.

Por óbvio, o sério problema da entrada de aparelhos de comunicação em presídios não se resolverá com medidas penais, simbólicas que são por sua própria natureza. Dessa maneira, são indispensáveis medidas de outro tipo, sobretudo de fiscalização daqueles que têm acesso às pessoas privadas de liberdade, com destaque para os agentes públicos que diuturnamente interagem com os presos. A implementação mais generalizada de bloqueadores de celular em presídios, por seu turno, seria bastante relevante na tarefa de reduzir o uso indiscriminado de aparelhos telefônicos espúrios. Somente assim poderemos pensar em uma redução real da entrada e do uso de meios de comunicação indevidos no ambiente carcerário.

ANJOS, F. V. dos. Offenses analysis relating to the prisoner communication device access: articles 319-A and 349-A of the Criminal Code. *Justitia*, São Paulo, v. 204/205/206, p. 61-75, Jan./Dec. 2013-2014-2015.

- **ABSTRACT:** This paper's objective is to analyze, under criminal law and under the aspects of criminal politics, the crimes about communication devices in prison (articles 319-A and 349-A of the Brazilian Criminal Code). The context of this paper discusses the political and social context where such acts were inserted in the legal system as crimes, the analysis about the presumption of the symbolic character of those crimes, the eventual disproportion of the penalties for insufficient protection, and the study of the dogmatic questions surrounding such crimes. Finally, this paper exposes the legitimacy of the existence of such crimes in our legal system.
- **KEY WORDS:** Communication device in prison. Improper prevarication. Especial facilitation.

Referências

ALBECHE, Thiago Solon Gonçalves. A denominada prevaricação imprópria: ofensiva aos fins da pena e um caso de inconstitucionalidade necessária. *Jus Navigandi*, Teresina, n. 1589, 7 nov. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10624/a-denominada-prevaricacao-impropria>>. Acesso em: 15 maio 2016.

ANJOS, Fernando Vernice dos. Análise do delito de omissão do dever de vedar ao preso o acesso a aparelho de comunicação (prevaricação imprópria). In: CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas (Org.). *Crimes contra a administração pública: aspectos polêmicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. Direito penal simbólico e finalidade da pena. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 171, fev. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CORREIA, Belize Câmara. A lei n. 11.466/07 e o novo art. 319A do código penal brasileiro: uma análise à luz do princípio da proporcionalidade. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 178, set. 2007.

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio (Coords.). *Direito penal: parte especial*. São Paulo: RT, 2008. v. 3.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Actualidad Penal*, nº 1, 1-7 jan. 2001.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.). *Código penal e sua interpretação*. 8. ed. São Paulo: RT, 2007.

GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010. v. 4.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 9.
- ISHIDA, Válter Kenji. *O crime de ingresso de aparelho celular na prisão*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-30/analise-crime-ingresso-celular-estabelecimento-prisional>>. Acesso em: 27 fev. 2010.
- JESUS, Damásio de. *Código penal anotado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MASSON, Cleber. *Código penal comentado*. São Paulo: Método, 2013.
- MARCÃO, Renato. *Lei nº 12.012, de 6 de agosto de 2009: ingresso de aparelho de telefonia celular em estabelecimento penal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13327/lei-n-12-012-2009-ingresso-de-aparelho-de-telefonia-celular-em-estabelecimento-penal>>. Acesso em: 19 abr. 2016.
- NOGUEIRA, Rose (Org.). *Crimes de maio*. São Paulo: Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana de São Paulo (Condepe), 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.
- _____. *Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2009.
- PAGLIARO, Antonio; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- PASSOS, Edilenice. Uso de telefone celular em presídios. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 38, p. 247-256, abr.-jun. 2002.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 3.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. *Funções do direito penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.
- QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. A (perene) crise penitenciária e as normas penais placebo: breves notas à lei nº 11.466/07. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 173, abr. 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n. 47, mar.-abr. 2004.
- SILVA, Alexandre Alberto Gonçalves da; SANCHEZ, Pedro Luís Próspero. Bloqueio de celulares em penitenciárias: um paralelo entre Brasil e EUA. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo* (autarquia municipal), São Bernardo do Campo, n. 14, 2008.

