



## **Receptação de *res* produto de crime de favorecimento real impróprio**

**RODOLPHO TEIXEIRA CARVALHO**

Pós-Graduando em Direito Constitucional da Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Advogado.

*Resumo:* Este trabalho teve por escopo a análise do problema jurídico consistente na posse, pelo preso, de aparelhos destinados à comunicação indevida com o ambiente externo ao estabelecimento penal. Explorado o problema, evidenciaram-se soluções aplicáveis ao caso em comento, quais sejam: a imputação pelo crime de receptação, porquanto o custodiado recebeu coisa que foi produto do crime de fa-

vorecimento real impróprio; sua incursão como coautor no crime precedente de favorecimento real impróprio; ou a atipicidade da conduta. Para aferição de qual solução eleger-se, estudou-se a evolução *ab origine* dos delitos atualmente capitulados nos artigos 180, 348, 349 e 349-A, todos do Código Penal, partindo de suas mais rudimentares previsões no Código Criminal de 1830. Debateu-se o conceito de produto de crime, e quais as condições exigidas do crime pressuposto. Avaliou-se a aplicação prática das teses de coautoria e de receptação de favorecimento real impróprio. Analisou-se a constitucionalidade do artigo 349-A do Código Penal, e os aspectos constitucionais da tese de receptação de favorecimento real impróprio. Estudou-se a jurisprudência e as flagrantes divergências quanto ao assunto. Criticou-se a ineficiência do preceito secundário do artigo 349-A do Código Penal. Ao final,

concluiu-se pela possibilidade jurídica de adoção da tese de receptação de favorecimento real impróprio.

*Palavras-chaves:* receptação de favorecimento - favorecimento real impróprio - constitucionalidade - produto de crime.

*Abstract:* This paper had as scope the analysis of the juridical problem consisting in the possession, by the prisoner, of devices destined to the undue communication with the environment outside the criminal establishment. Once the problem was explored, solutions were found applicable to the case in question, namely: imputation for the crime of receiving, because the custodian received something that was the product of the crime of improper real favor; His incursion as co-author in the previous offense of improper royal favoring; Or the atypicality of the conduct. In order to assess

which solution to choose, the evolution ab origine of the crimes currently capitulated in articles 180, 348, 349 and 349-A, all of the Criminal Code, starting from its most rudimentary predictions in the Criminal Code of 1830. Debate The concept of proceeds of crime, and what the required conditions of the alleged crime are. It was evaluated the practical application of the thesis of co-authoring and receiving inappropriate real favor. The constitutionality of article 349-A of the Penal Code was examined, as well as the constitutional aspects of the thesis of receipt of inappropriate real favor. Jurisprudence and flagrant disagreements on the subject were studied. The ineffectiveness of the secondary provision of article 349-A of the Penal Code was criticized. In the end, it was concluded by the legal possibility of adopting the thesis of receipt of inappropriate real favor.

*Keywords:* favoring receiving - improper real favor - Constitutionality - Product crime.

### *Introdução*

Atualmente, é muito comum pessoas receberem mensagens em seus aparelhos celulares pessoais, provenientes de números estranhos, geralmente registrados em outros estados federados. Muitas dessas mensagens versam acerca de prêmios e bonificações imotivadas, para as quais o recebedor teria concorrido. Estranhamente, a maioria delas é mal escrita, com vícios de linguagem, e solicita um contato telefônico para informações sobre o prêmio, com posterior depósito ou transferência bancária.

Como já é de sabença geral, cuidam-se, tais mensagens, de uma forma de este-

lionato, muito comum, e com pouco empenho do Estado a seu combate.

Embora sejam muitas, em sua maioria as vítimas são idosas e pessoas ingênuas. Em síntese, os meliantes aproveitaram-se da vulnerabilidade das vítimas que se veem iludidas com o falso prêmio, exigindo delas dinheiro ou outras contraprestações para que o obtenham – o que nunca ocorre após a subtração ou obtenção da vantagem ilícita.

Também são comuns ligações telefônicas provenientes desses mesmos números desconhecidos, com ameaças e constrangimentos com fins patrimoniais.

Basta perguntar a qualquer pessoa dotada do mais singelo senso comum, e ela certamente dirá que o desconhecido interlocutor trata-se de um preso. Por mais inusitado que aparente, tal especulação mostra-se quase sempre acertada.

Isso porque muitos dos custodiados não se recuperam. Aliás, não se adaptam ao ócio a que são submetidos nos presídios - e nem aos lícitos trabalhos que lhes são oferecidos -, de modo que, engenhosamente, continuam suas empreitadas criminosas mesmo depois de finalmente terem sido presos.

Somem-se, aos já mencionados delitos de estelionato e extorsão, o comando de associações criminosas, exercido por internos sobre delinquentes ainda livres, o que propicia toda sorte de crimes, como o tráfico de drogas, homicídios, roubos, furtos, rixas, etc.

De nada adianta o Estado, após uma trabalhosa investigação, exaustivo processo com intermináveis recursos, com todas as dificuldades que enfrenta contra esses contumazes infratores, prendê-los finalmente, mas não garantir o seu real isolamento do meio externo, como prevenção

da prática de novos crimes, ainda que em concurso.

Isso porque, obviamente, a pena privativa de liberdade, além de ser um castigo, e ter objetivos preventivos e corretivos, também funciona como método de isolamento, para aqueles que não estão aptos a viver pacificamente em sociedade, até que se ressocializem.

Em virtude do reconhecimento da potencialidade ofensiva que tem o acesso indevido dos presos à comunicação, o Estado, por meio da Lei n. 11.466/07, iniciou o combate a tal comunicação, tipificando como falta grave, na Lei de Execução Penal, a posse, pelos internos, de aparelhos destinados a comunicação móvel. Ademais, tipificou como crime de prevaricação a conduta do servidor público que deixa de impedir esse acesso, ao acrescentar o artigo 316-A ao Código Penal.

Com o tempo, percebeu-se que os presos continuavam - e continuam - a ter acesso a celulares e a aparelhos congêneres porquanto, não raro, visitantes promovem seu ingresso, ou mesmo ingressam portando-os, clandestinamente, em suas cavidades corporais (ânus e vagina), sem prejuízo de outros métodos mais engenhosos.

Assim, dois anos mais tarde, em 2009, tipificou-se a conduta de quem ingressa, promove, intermedeia, auxilia ou facilita a entrada desses aparelhos no estabelecimento prisional, criando-se a norma incriminadora do artigo 349-A do Código Penal - o crime de favorecimento real impróprio.

Entretanto, é importante anotar que as penas cominadas nos preceitos secundários das duas sobreditas normas são irrisórias, incapazes de cumprir a missão penal de prevenção, ou mesmo de adequa-

da retribuição (castigo). Não bastasse a ineficiência da proteção penal, a conduta do preso que recebe esses aparelhos permanece sem tipificação própria, a princípio.

Por outro giro, ao se analisar os casos concretos, a doutrina, a exegese normativa e o motivo das normas penais componentes de nosso vasto acervo penal, percebem-se possíveis soluções: o favorecimento real impróprio em concurso de agentes, e a receptação de *res* produto do crime de favorecimento real impróprio.

Em qualquer caso, é importante atentar-se para os hodiernos debates acerca da tipicidade dessas condutas. Apesar de se tratar de crime de menor potencial ofensivo, processado e julgado pelos juizados especiais criminais, a conduta do preso tem sido tratada como receptação em diversos estados do país. Inclusive, um recurso especial interposto pelo Ministério

Público do Rio de Janeiro encontra-se pendente de julgamento pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, como abordado no corpo do presente trabalho.

Ao mesmo tempo, têm-se julgamentos contrários. A despeito de todo o ordenamento e em flagrante negativa de vigência a lei federal, destaca-se a sentença prolatada pelo juizado especial cível e criminal da comarca de Santa Izabel do Pará/PA, que, desprezando as inúmeras vítimas de crimes cometidos por meio de aparelhos telefônicos, considerou inconstitucional o artigo 349-A do Código Penal, uma vez que, segundo a signatária da decisão, cuida-se, em síntese, de discriminação contra os presos, presumindo-os bandidos.

Dessa forma, tendo em vista o acirrado debate acerca da tipicidade, e da validade constitucional do artigo 349-A do CP, foram realizadas pesquisas doutrina-

rias e jurisprudenciais, sem prejuízo das análises históricas das normas penais relacionadas, e dos princípios norteadores do sistema penal, para que ao final se visualize, com clareza, e com abundância de argumentos, os pontos de vista daí extraídos, com o especial escopo de se coibir o acesso indevido à comunicação, e outros crimes decorrentes, com vistas à erradicação da criminalidade.

### *1. Penalidades da lei de execução penal*

Antes do ano de 2007, a conduta perpetrada pelo custodiado que tivesse acesso indevido a aparelhos de comunicação móvel era atípica, inclusive dentre aquelas consideradas faltosas pela Lei n. 7.210/84 – Lei de Execução Penal (LEP).

Nessa época, contudo, era comum a subsunção da conduta às figuras inculpidas em resoluções e portarias de cada es-

tabelecimento prisional, com supedâneo no artigo 50, inciso VI, da LEP. Nesse caso, punia-se a desobediência do preso quanto ao cumprimento das ordens recebidas.

Em que pese a clara necessidade de repressão, tratava-se, certamente, de violação ao princípio da legalidade. Inclusive, esse é o entendimento de Nucci:

Em nosso ponto de vista, o rol previsto no art. 50 da Lei de Execução Penal é taxativo. Logo, não é viável a criação, por meio de Resolução, Portaria ou Decreto, de outras espécies de faltas graves, sob pena de ofensa à legalidade, até porque o registro desse tipo de falta no prontuário do condenado pode inviabilizar a progressão de regime, o reconheci-

mento da remição, o indulto e outros benefícios.<sup>1</sup>

Assim, no sobredito ano, inéditamente, com o fito de se reparar a aludida brecha legal e punir legitimamente o custodiado, emendou-se a Lei de Execução Penal, acrescentando-lhe, em seu artigo 50, o inciso VII, de modo que se elevou, com isso, o número de condutas definidas como faltosas, em grau grave. Imprimiu-se, *in litteris*, a seguinte redação:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: (...) VII - 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.

---

<sup>1</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 956-957.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.

A infração em comento implica as sanções disciplinares cominadas no artigo 53, incisos III, IV e/ou V, da Lei de Execução Penal, nos termos do parágrafo único do artigo 57 da mesma lei, quais sejam:

Art. 53. Constituem sanções disciplinares: (...) III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único); IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei. V - inclusão no regime disciplinar diferenciado. (...)

Art. 57. Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.

Parágrafo único. Nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos III a V do art. 53 desta Lei.

Assim, *a priori*, a posse proscrita, de aparelho de comunicação móvel, pelo custodiado, trata-se de falta disciplinar, punida administrativamente com penas restritivas de direitos, na forma dos artigos acima assentados. Nessa superficial análise, resta-lhe, pois, a indiferença quanto ao ato ilícito em tese cometido, em âmbito criminal.

Por outro lado, sabe-se que um dos mais aclamados princípios constitucionais, embora implícito, que figuram no ordenamento jurídico pátrio é o de *non bis in idem*, segundo o qual, sucintamente, não se pode processar e punir alguém mais de uma vez pelo mesmo fato.

Contudo, observada a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, é juridicamente possível que o le-

gislador, ao formular normas jurídicas, estabelece mais de uma sanção para o mesmo fato, de naturezas diferentes.

Assim, a antijuridicidade, combatida pelas normas, pode ser genérica ou específica. Entre as formas de antijuridicidade genérica destacam-se os ilícitos civis e administrativos - que é o caso das infrações previstas na Lei de Execução Penal.

Contudo, somente os ilícitos graves são cumulativamente tutelados pelo Direito Penal. Inclusive, rege-se tal relação pelo princípio da fragmentariedade do Direito Penal, assim explicado por Cezar Roberto Bitencourt:

A fragmentariedade do Direito Penal é corolário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal, como destaca Eduardo Medeiros Cavalcanti: “o significado do princípio constitucional da intervenção mínima ressalta o caráter fragmentário do

Direito Penal. Ora, este ramo da ciência jurídica protege tão somente valores imprescindíveis para a sociedade. Não se pode utilizar o Direito Penal como instrumento de tutela de todos os bens jurídicos. E neste âmbito, surge a necessidade de se encontrar limites ao legislador penal”. Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu *caráter fragmentário*, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica. Isso, segundo Régis Prado, “é o que se denomina *caráter fragmentário* do Direito Penal. Faz-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevân-

cia quanto à gravidade e intensidade da ofensa”. (grifo nosso).<sup>2</sup>

Importa ainda citar as considerações do mesmo autor acerca da antijuridicidade genérica e antijuridicidade específica:

A antijuridicidade não é um instituto exclusivo do Direito Penal, mas ao contrário, é um conceito universal, válido para todas as esferas do mundo jurídico. Como destaca Muñoz Conde, “o Direito Penal não cria natijuridicidade, senão seleciona, por meio da tipicidade, uma parte dos comportamentos antijurídicos, geralmente os mais graves, cominando-os com uma pena. (...)”

Convém destacar, novamente, que a *antijuridicidade penal* (ilicitude penal) não se limita à seara penal, projetando-se para todo o campo do di-

---

<sup>2</sup> *Tratado de direito penal: parte geral*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 1, p. 55.

reito. Foi nesse sentido que Welzel afirmou que “a antijuridicidade é a contradição da realização do tipo de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico em seu conjunto”. Por isso, um *ilícito penal* não pode deixar de ser igualmente *ilícito* em outras áreas do direito, como a civil, a administrativa etc. (...)

Com efeito, todo o *ilícito penal* será, necessariamente, um *ilícito civil ou administrativo*, mas como afirmamos, a recíproca não é verdadeira, isto é, me, sempre o *ilícito civil ou administrativo* será obrigatoriamente um *ilícito penal*, pois este terá de ser sempre necessariamente *típico*, surgindo como traço distintivo a *tipicidade*, que é aquele *plus* exigido pelo princípio da legalidade. Pois em razão do princípio de *ultima ratio* do Direito Penal, somente interessa ao Estado punir com pena aquelas condutas importantes para a sociedade. *O recorte do âmbito do punível feito pela tipicidade delimita o que é*

*relevante para o Direito Penal. (...)*  
(grifo nosso).<sup>3</sup>

Dessa forma, percebe-se que não se trata de *bis in idem*, como pode aparentar *a prima facie*. Cuida-se, na verdade, da tutela do mesmo bem jurídico em instâncias diversas, desde que haja tipicidade da conduta.

Inclusive, a esse respeito, registre-se o teor do artigo 52 da Lei de Execução Penal, o qual prevê como falta grave a prática de qualquer crime doloso. *In litteris*:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com

---

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 394-395.

as seguintes características: (grifo nosso).

Nesse sentido, é certo que não haveria que se falar em *bis in idem* em caso de condenação do preso homicida, com cumulativa sanção administrativa de falta grave.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Aliás, o mesmo ocorre com as condutas tipificadas no Código de Trânsito Brasileiro, do qual se extrai o corriqueiro exemplo de embriaguez, que, ao mesmo tempo, caracteriza-se crime e infração de trânsito:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência

Infração - gravíssima;

Destarte, percebe-se que, se identificado preceito incriminador que tipifique a conduta do preso que adquire, recebe ou oculta o aparelho telefônico de comunicação móvel que lhe chegou pela prática delituosa do artigo 349-A do Código Penal, cabe-lhe as duas penas: administrativa e criminal.

---

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses.

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4o do art. 270 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses.

Ainda, como exemplo, o mesmo ocorre na Lei 8.112/90, que, embora desnecessário pelo óbvio, traz a fragmentariedade expressa: “Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.”.

## *2. Do problema fático*

O principal problema fático que ensejou a testilha jurídica aqui analisada cuida-se da apreensão de objetos destinados a comunicação móvel, no poder de custodiados, no interior de estabelecimentos prisionais, sem notícias acerca do método de introdução e da autoria do favorecedor. Tratam acerca de casos como esses a maioria dos cadernos investigativos instaurados para apurar o crime previsto no artigo 349-A do Código Penal.

Na prática, é comum verem-se arquivados os termos circunstanciados de ocorrência e inquéritos, por ausência de autoria; ausência de linha investigativa; e/ou atipicidade da conduta do preso.

São minoria os casos em que o favorecedor é surpreendido na posse do aparelho durante o ingresso no estabelecimento

prisional. Geralmente, o favorecedor adentra nos limites do presídio portando tal aparelho no interior de suas cavidades corporais (ânus ou vagina). Em casos mais raros, o favorecedor leva esses aparelhos clandestinamente no interior de outros objetos.

Quando surpreendido durante a revista, é certo que o favorecedor já teve seu crime consumado, eis que adentrou no estabelecimento - e é no interior do estabelecimento que se procede à revista. Contudo, nesse caso, tendo em vista a frustração do exaurimento do crime, o preso não terá acesso aos aparelhos, e assim não cometerá falta grave ou crime, salvo se caracterizada, no caso concreto, pelo menos a tentativa.

Contudo, outra forma de favorecimento bastante comum é o arremesso de aparelhos por sobre as muralhas externas dos presídios. Nesse caso, é muito difícil a

captura do favorecedor e a completa vedação dos aparelhos arremessados aos presos, embora seja possível a detecção e a apreensão dos aparelhos após procedimento de revista em cada cela, ainda que somente muito tempo depois, sem autoria do favorecimento, nesse caso.

Em qualquer hipótese, é importante notar que nem sempre o favorecedor é apanhado ou sequer identificado para que seja penalmente responsabilizado pelo crime que perpetrou. Antes, contudo, na maioria dos casos é o custodiado a pessoa apanhada na posse dos aparelhos, e única pessoa remanescente disponível para a responsabilização. Entretanto, *a prima facie*, alguns entendem pela atipicidade de sua conduta.

Perceba-se que a atipicidade cuida-se, no caso em comento, de uma decisão irresponsável. Isso porque normalmente fundamenta-se em análises superficiais,

sem a devida atenção às normas incriminadoras que compõem nossa vasta legislação penal. Inclusive, a decisão pela atipicidade pode negar vigência a normas penais em vigor - o que inclusive já é objeto de recurso especial, atualmente pendente de julgamento.

Em que pese a aparente preocupação em se punir o custodiado a qualquer custo - a despeito da legalidade -, é importante atentar-se para a proibição da proteção deficiente. Isso porque, caso o preso não seja responsabilizado, tem-se a impunidade e a inexistência de desdobramentos jurídico-penais acerca do fato - recebimento da *res* - que atenta contra a administração da justiça, e posteriormente contra o patrimônio, a vida, a integridade física, a incolumidade pública, a paz pública, a saúde pública, etc.

Isso porque são conhecidos os inúmeros delitos praticados por presos contra

pessoas livres, por meio de mensagens de texto (SMS) - em sua maioria estelionatos. Também são inúmeros os casos de comando criminoso exercido por presos sobre delinquentes ainda livres, o que viabiliza as associações criminosas e imprevisíveis crimes por elas cometidos, como tráfico de drogas, roubos, extorsões, etc.

Portanto, antes de se decidir pela atipicidade da conduta do preso, analisemos algumas das mais evidentes teses aplicáveis a esses casos e congêneres.

### *3. Do problema jurídico e das soluções*

3.1. Da insuficiência do preceito primário do artigo 349-A: da interpretação extensiva e da interpretação analógica

Atualmente, como é cediço, os aparelhos telefônicos de comunicação móvel e equiparados (rádios e similares) são os instrumentos mais eficazes de comunica-

ção entre pessoas. Essa qualidade deve-se, sobretudo, à velocidade de processamento de informações e à interação proporcionada a seus usuários, que passaram a se comunicar de maneira instantânea.

Como já abordado, tendo em vista a grave preocupação quanto à comunicação indevida de presos, o legislador promoveu a criminalização do ingresso dos sobreditos aparelhos em estabelecimentos prisionais, omitindo-se, entretanto, quanto à conduta do preso que os recebe.

É notória a incapacidade da lei, quicá até mesmo quando completa e exaustiva, para atender a todas as demandas que surgem em decorrência de casos concretos complexos, o que justifica a existência de tão vasta doutrina e jurisprudência em qualquer ramo do Direito. Antagonicamente, não se olvide que o direito penal é demasiado restrito, *ex vi* dos princípios da legalidade e da anterioridade da lei penal,

além do incisivo princípio de *in dubio pro reo*.

Assim, torna-se necessário o emprego de interpretação extensiva e analógica. Não para criação de normas penais incriminadoras - o que seria vedado pelo princípio constitucional da legalidade, mas sim para melhor aplicação da norma já existente.<sup>5</sup>

Com o emprego de interpretação extensiva ou analógica, em síntese, somente se descobre o alcance da norma já existente. Nesse passo, torna-se possível o descobrimento de tipicidade de fatos antes equivocadamente tidos por atípicos. Inclusive, o reverso também é possível.

Pontuada a insuficiência do preceito incriminador, importa analisar as possí-

---

<sup>5</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 22-24.

veis teses decorrentes de interpretação extensiva e analógica dos tipos penais a que melhor se amolda a conduta do custodiado.

4.2. Do favorecimento real impróprio em concurso de agentes entre o favorecedor e o favorecido

Cuida-se, *a prima facie*, da mais intuitiva e singela solução jurídica aplicável ao caso em testilha, com o fito de se enquadrar e punir a conduta do custodiado que recebe qualquer dos objetos de ingresso proscrito no estabelecimento prisional.

O artigo 29 do Código Penal determina: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.” - regra unitária ou monista.

Em que pese a diversidade de teorias que surgiram acerca da autoria e participação no direito penal brasileiro, enfati-

ze-se aqui a teoria objetivo-formal, amplamente aceita pela doutrina, segundo a qual, em síntese, é autor aquele que pratica a figura típica, e partícipe aquele que comete ações *a priori* atípicas, ligadas à perpetrada pelo autor; e a teoria do domínio do fato, que arrasta à coautoria a pessoa que comanda a ação, embora não a pratique.<sup>6</sup>

No mesmo sentido, de modo mais sucinto, são os comentários de Damásio de Jesus:

Autor, em princípio, é o sujeito que executa a conduta expressa pelo verbo típico da figura delitiva. É o que mata, provoca aborto, induz alguém a suicidar-se, constringe, subtrai, seqüestra, destrói, seduz, ou corrompe, praticando o núcleo do tipo. É também autor quem realiza o fato por

---

<sup>6</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 314-315.

intermédio de outrem (autor mediato) ou comanda intelectualmente o fato (autor intelectual).<sup>7</sup>

É importante definir, desde logo, no que consistiria a participação do custodiado no ingresso do objeto de comunicação. Poder-se-ia dizer que consiste na instigação ou mesmo no pedido que provocou a ação do favorecedor. Ainda, *a prima facie*, poder-se-ia dizer que consiste no recebimento da coisa, embora *a posteriori* não seja adequado.

Conquanto a teoria objetivo-formal pareça solucionar a testilha, percebe-se que o mero recebimento da *res* ocorre após a consumação do crime de favoreci-

---

<sup>7</sup> *Direito penal: parte geral*. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 449.

mento real impróprio, uma vez que se trata de crime formal, como já pontuado.<sup>8</sup>

Logo de plano, descarta-se, portanto, o recebimento da *res* como participação no crime, uma vez que antes disso o crime de favorecimento real impróprio já se consumou com o simples ingresso (crime formal).

Resta, portanto, a participação ou coautoria concernentes à solicitação da *res* pelo custodiado ao favorecedor, que lha provê. Nota-se aqui a teoria do domínio do fato. Trata-se, na verdade, de tese convincente, já esposada por Damásio de Jesus, em seus comentários acerca do artigo 349-A do Código Penal:

Cuida-se o favorecimento real impróprio de crime comum, que pode ter qualquer pessoa como sujeito ati-

---

<sup>8</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 323-324.

vo, inclusive o próprio preso (desde que este auxilie, moral ou materialmente, a entrada do aparelho no estabelecimento penal). (grifo nosso).<sup>9</sup>

Contudo, como bem observado, o custodiado pode perpetrar o crime, desde que auxilie, moral ou materialmente, o favorecedor em sua empreitada delituosa. Assim, para que se caracterize a coautoria ou participação - que deve ser analisada no contexto do caso concreto, à luz da teoria do domínio do fato –, deve haver prova de intervenção do preso.

Importa ainda anotar que, se aceita a tese de concurso de agentes, cuidar-se-ia de aplicação da teoria monista do crime, porquanto houve mais de um agente, com diversidade de condutas, provocando apenas um resultado: o ingresso do aparelho.

---

<sup>9</sup> *Código penal anotado*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1319.

Assim, ambos (favorecedor e favorecido) sujeitar-se-iam às penas do art. 349-A do CP.

Como é cediço, a teoria unitária ou monista é a adotada em nosso sistema penal, com poucas exceções, concernentes aos casos em que a lei tipifica individualmente cada uma das condutas perpetradas pelos participantes (autor, coautor e partícipe). Surge, então, outro imbróglio: há tipificação para a conduta do preso, que justifique a adoção da teoria pluralista?

A resposta à questão acima formulada será apurada após a apresentação da tese alternativa de receptação.

Conclui-se aqui, então, pela possibilidade de persecução penal em face do custodiado, em concurso de agentes (participação ou coautoria) com o executor do crime, que é o autor principal, desde que haja prova de sua influência no crime, antes da consumação, e inexistente tipificação

específica da conduta do preso (tipo penal autônomo).

Entretanto, compulsando fatos concretos, nota-se que, na maioria dos casos, o que ocorre é o descobrimento de objetos de comunicação móvel, durante revistas procedidas por agentes penitenciários, no interior das celas, cuja propriedade é costumeiramente assumida por um dos internos, o qual geralmente se recusa a revelar a procedência da *res*.

Outro fato recorrente é o arremesso de aparelhos telefônicos de comunicação móvel por sobre as muralhas externas dos estabelecimentos prisionais, traspassando-as até que cheguem a seu destinatário. Anote-se, inclusive, que, em primeira análise, não há como o favorecedor certificar-se de que o aparelho será coletado pelo destinatário. Assim, atira-o a esmo, sem colaboração do preso sequer para o recebimento da *res*, embora algum custodiado o

faça posteriormente, por sua exclusiva iniciativa e interesse.

Destaquem-se, também, os casos em que inexistam qualquer influência por parte do custodiado até o seu efetivo acesso, após a consumação do crime. Muito comum quando o interesse na comunicação é de pessoa que está em plena liberdade, e não do interno destinatário da coisa.

Além disso, se se considerar a participação do favorecido no crime de favorecimento real impróprio, perpetrado pelo favorecedor (autor principal), propiciar-se-ia, outrossim, o enquadramento do favorecido nos crimes dos artigos 348 e 349 do CP, porquanto, em qualquer deles, em tese, solicitou o auxílio que lhe foi prestado, ressalvadas as peculiaridades de cada caso.

Destarte, ainda que se admita a participação do preso no próprio favorecimento, percebe-se, portanto, que a tese

não é suficiente para solucionar todos os inusitados casos com os quais se deve lidar cotidianamente no exercício da prática forense. Analise-se, pois, a outra possível tese, alternativa à participação.

4.3. Da receptação de *res* produto do crime de favorecimento real impróprio

Como já pontuado, o crime de receptação nem sempre foi previsto como delito autônomo. Aliás, cuidava-se, originalmente, de uma das modalidades de participação, na vigência do Código Criminal de 1830.

Assim, percebe-se logo a sua proximidade, na essência, com a coautoria e participação do artigo 29 do CP. Entretanto, possivelmente é a receptação a modalidade de concurso, agora tipificada como crime autônomo, capaz de suprir as brechas e dúvidas surgidas na aplicação da tese de concurso de pessoas ao preso que

toma parte no crime de favorecimento real impróprio, ao receber a *res*.

Pede-se vênia para citar o preceito primário do artigo 180, *caput*, do Código Penal, o que se faz abaixo:

Art. 180 Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte.

Antes de se analisar a possibilidade de solução das questões até aqui surgidas, é necessário aferir a compatibilidade entre os delitos dos artigos 180 e 349-A, ambos do Código Penal.

4.3.1. Da caracterização de produto de crime atribuída ao objeto material do crime de favorecimento real impróprio

Consigne-se, inicialmente, que, na redação do Código Criminal de 1830, considerava-se cúmplice (ou participante - termo abrangente de autor, coautor e partícipe), aquele que recebesse, ocultasse ou comprasse coisa obtida por meio criminoso. É, portanto, a forma mais antiga do delito hoje denominado receptação.

Exigia-se somente que a coisa fosse obtida por algum meio criminoso, não interessando fosse subtração (delito contra o patrimônio), ou qualquer outra forma delictiva. No caso em apreço, o meio criminoso seria o favorecimento real impróprio, crime sem o qual o preso jamais teria acesso à *res*, sendo este mesmo crime o que contamina a coisa, tornando-a ilícita.

A expressão “obtida por meio criminoso” foi mantida no Código Penal de 1890, mesmo com a consolidação de Piragibe.

Posteriormente, o atual Código Penal de 1940 tipificou a receptação como delito autônomo. No ímpeto da mudança, também se alterou a expressão “obtida por meio criminoso” para “produto de crime”.

Em que pese a alteração, pode-se dizer que ela ocorreu por mero capricho redacional. Isso porque, compulsando a doutrina, nota-se que permanece a mesma exigência. Os doutrinadores pátrios são contundentes ao asseverarem que não é necessário provir a coisa de crime contra o patrimônio, bastando-lhe a origem criminosa ou a obtenção, na origem, por meio criminoso.

Segundo Damásio de Jesus:

Só há receptação quando o sujeito adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, coisa produto de crime. Diante disso, pressuposto da receptação é a prática de um delito. Não é preciso que seja

contra o patrimônio. Assim, o sujeito pode adquirir objeto material de peculato, que não constitui delito contra o patrimônio. (grifo nosso).<sup>10</sup>

Já, Mirabete ensina:

Pressuposto indispensável do crime de receptação é a prática de um crime anterior. Trata-se de crime acessório ou parasitário, somente caracterizado quando a coisa é produto de crime. Não há necessidade da existência de inquérito policial, processo e muito menos de sentença em que se ateste a ocorrência do crime antecedente, mas torna-se indispensável a prova da sua ocorrência.

Não exige a lei que o crime antecedente esteja relacionado entre os crimes patrimoniais. Pode-se praticar receptação de coisa produto de pecu-

---

<sup>10</sup> *Direito Penal: parte especial crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio.* 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2, p. 833-834.

lato, lenocínio, falsidade, contrabando e descaminho, e mesmo de recepção. [...] (grifos nossos).<sup>11</sup>

Por sua vez, Nucci aduz:

5. Produto de crime: é preciso ter havido, anteriormente, um delito, não se admitindo a *contravenção penal*. Independe, no entanto, de prévia condenação pelo crime anteriormente praticado, bastando comprovar a sua existência, o que pode ser feito no processo que apura a recepção. Aliás, se por alguma razão o primeiro delito não for punido, permanece a possibilidade de se condenar o receptor. É o disposto expressamente no art. 108 do Código Penal (ex.: prescrito o furto, continua punível a recepção da coisa subtraída). No mesmo caminho, tratando o tipo pe-

---

<sup>11</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte especial*. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 2, p. 38.

nal somente de crime, não se exige seja delito antecedente contra o patrimônio. (grifos nossos).<sup>12</sup>

Por fim, Cezar Roberto Bitencourt preleciona:

O objeto material do crime de receptação há de ser produto de crime, isto é, há de ser o resultado, mediato ou imediato, de um fato definido como crime. É irrelevante que tal produto haja sido substituído por outro. Embora se reconheça certa controvérsia na doutrina, a verdade é que, perante nosso Código Penal, que se refere apenas a “produto de crime”, inegavelmente a coisa subrogada, representando produto de crime, também pode ser objeto de receptação. A ilicitude do produto do crime precedente não desaparece, evidentemente, com a substituição por qualquer outra coisa diretamente

---

<sup>12</sup> *Op. cit.*, p. 1003.

obtida com aquele. (grifos nossos).<sup>13</sup>

Logo, poder-se-ia afirmar, seguramente, que o aparelho telefônico de comunicação móvel (ou equiparado), objeto material do crime de favorecimento real impróprio, é apto a figurar também como objeto material do crime de receptação, uma vez que se trata de produto de crime. No caso, cuida-se de produto do crime de favorecimento real impróprio.

Ressalve-se, entretanto, uma peculiaridade: o produto de crime, ou a obtenção por meio criminoso costuma consistir na forma de obtenção da coisa pelo criminoso anterior, e não pelo receptor, embora também a constitua o próprio crime

---

<sup>13</sup> *Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2, p. 357.

de receptação. No delito de furto, por exemplo, a subtração consiste na obtenção da *res* por meio criminoso (subtração), imprimindo-lhe *status* de *res furtiva*, apta a figurar como produto de crime em eventual delito posterior de receptação.

Aqui, diferentemente do exemplo, ocorre um encurtamento da cadeia criminosa. Isso porque, não havendo prova de crime anterior ao favorecimento, era a *res* lícita, a princípio. Presumidamente obtida por meio lícito, portanto.

Todavia, ao passar para o interior do estabelecimento prisional, figurou a *res* como objeto material do crime de favorecimento real impróprio. Nesse ínterim, a coisa torna-se ilícita; e, se recebida pelo custodiado, dá ensejo à afirmação de que foi por ele obtida por meio criminoso, embora não seja esse o mesmo momento de percepção da coisa a que o ordenamento jurídico encontra-se mais familiarizado,

conquanto aparentemente não haja motivos para refutá-lo.

A sobredita divergência ocorre porque os crimes de favorecimento são mui peculiares, diferentes de todos os demais. No favorecimento real impróprio, especialmente, inexistente vítima além do Estado (crime contra a administração da justiça), em regra. Some-se a isso o fato de que os favorecimentos também eram tidos como participação, de acordo com o texto dos Códigos anteriores, assim como a receptação.

Assemelha-se, outrossim, à receptação caracterizada pela conduta da pessoa que, sabendo, recebe do traficante de drogas o dinheiro proveniente de sua atividade ilícita. Embora o traficante não tenha cometido crime ao receber dinheiro propriamente, mas sim ao vender (permutar a substância proscrita por dinheiro, com ênfase no fornecimento que é o motivo da ti-

pificação), o dinheiro percebido torna-se contaminado, embora lhe tenha sido voluntariamente entregue pelo comprador, de modo que se lhe imprime *status* de produto de crime.

Ainda, no compasso do exemplo, seria possível, também, o cometimento de receptação imprópria pelo traficante, se o recebedor do dinheiro fizesse-o de boa-fé, sem *animus delinquendi*, após influência daquele.

Note-se que no tráfico de drogas o dinheiro (coisa móvel) não é arrancado da vítima, mas sim percebido pelo traficante, tornando-se produto de crime pela simples obtenção por meio criminoso (mercancia ilícita). Por outro giro, é certo que o traficante não comete receptação desse dinheiro, porquanto a conduta está absorvida pelo delito de tráfico (núcleo “vender”).

No mesmo sentido, o objeto material do crime de contrabando pode figurar

como objeto material da receptação perpetrada pelo recebedor da coisa, mesmo inexistindo vítima certa além do Estado. Aliás, trata-se da analogia mais próxima do presente caso.

No crime de contrabando, diferentemente do descaminho, os bens jurídicos tutelados são vários, mas a maior preocupação não é quanto ao patrimônio, mas sim quanto à saúde e à incolumidade públicas. Logo, nos termos das lições já citadas, não se exige crime anterior contra o patrimônio. Agora, perceba: no crime de contrabando, o contrabandista adquire a coisa em solo estrangeiro e, com ela, ingressa em terras nacionais, fato que torna a *res* ilícita e, assim, produto do crime de contrabando (objeto material).

Admita-se, assim, “produto de crime” como objeto material do crime anterior.

#### 4.3.2. Do contraste entre a tese de receptação e a tese de participação

Em primeiro, não há que se falar em absorção do crime de receptação em caso de favorecimento real impróprio, diante da ausência de tipicidade específica da conduta do favorecido, bem como por força da diversidade de agentes, sem conluio ou unidade de esforços.

Mas é importante perceber que, com a aplicação da interpretação extensiva e analógica, torna-se possível a receptação do objeto material do crime de favorecimento real impróprio, embora seja tese inusitada, diferente daquelas corriqueiras, padrões.

Outro problema é a eleição da teoria de concurso de agentes aplicável ao presente caso. Por um lado, se desconsiderada a receptação, tratar-se-ia de concurso de pessoas, com aplicação da teoria monista. Por outro lado, se admitida a receptação, tratar-se-ia de tipificação própria da

conduta perpetrada pelo preso; e, portanto, aplicação excepcional da teoria pluralista àqueles que são participantes do crime anterior (art. 349-A do CP), punindo cada um dos participantes, ou mesmo quem não participou no fato, pelo crime que perpetrrou (art. 180 do CP).

A doutrina é fortemente contrária à exceção pluralista no crime de receptação. Isso porque os doutrinadores consideram que qualquer pessoa pode cometer o crime de receptação (crime comum), exceto o autor, coautor ou partícipe do crime anterior, que no caso é o favorecimento real impróprio. Nesse sentido, Damásio de Jesus:

Qualquer pessoa, salvo o autor, coautor ou partícipe do delito antecedente. Nesse sentido: RT, 585: 375. Tratando-se de comerciante ou

industrial, aplica-se o § 1º do dispositivo.<sup>14</sup>

Inegavelmente, pois, se o preso for autor, coautor ou partícipe, é certo que deva responder somente pelo delito do artigo 349-A do Código Penal. Ocorre que, por outro lado, se não houver prova de sua participação no crime anterior, resta a aplicação da tese de receptação ou o forçado reconhecimento da atipicidade da conduta.

Tente-se, agora, valendo-se do entendimento em comento, solucionar as questões surgidas no tópico anterior.

Nos casos em que, durante procedimento de revista, agentes penitenciários descobrem aparelhos de comunicação móvel no interior das celas, havendo ou não a autoria do crime de favorecimento real impróprio de que proveio a coisa, é possí-

---

<sup>14</sup> *Op. cit.*, v. 2, p. 833.

vel afirmar que tal coisa fora recebida e estava oculta até ser descoberta (figura típica do art. 180 do CP).

Quanto aos aparelhos arremessados pelo favorecedor e recolhidos pelos custodiados, pode-se afirmar, também, que foram recebidos e que, certamente, ocultá-los-ão se tiverem chance. Tratar-se-ia, também, da figura típica do art. 180 do CP.

O mesmo ocorre quando chega às mãos do custodiado algum dos aparelhos proscritos, ainda que não o tenha solicitado ou influído de qualquer forma para seu ingresso, recebendo-o, todavia. Nesse caso, igualmente, flagrar-se-ia a conduta típica do artigo 180 do CP, porquanto o preso recebeu coisa que sabia ser produto de crime de favorecimento real impróprio.

Acrescente-se, ainda, o comércio de aparelhos de comunicação móvel dentro dos estabelecimentos prisionais, entre pre-

sos. Se fosse considerada lícita a *res*, atípica seria a conduta. Entretanto, considerando a *res* produto do crime do art. 349-A do CP, e considerando tratar-se de receptor o primeiro custodiado que a recebeu, torna-se possível a incursão de todos os demais sucessores da posse nas penas do art. 180 do CP.

Solucionar-se-iam, assim, as lacunas que subsistiram à tese de participação. Ademais, a receptação é bem mais abrangente e independente. Contudo, é certo que o entendimento em comento apresenta inconsistências, como pontuado acerca do momento da obtenção da *res*, e da necessidade, ou não, de extensa cadeia delitiva (momento da contaminação da coisa), ou, ainda, de ter sido a coisa retirada da posse ou da propriedade de alguém por subtração, obtenção, apropriação, etc.

##### 5. *Dos aspectos constitucionais*

Apresentado o problema jurídico, em seus aspectos práticos, extraíram-se as possíveis soluções penais aplicáveis ao caso concreto – aparente lacuna penal –, consistentes na tese de participação do favorecido no crime perpetrado por seu favorecedor; e, alternativamente, na tese de receptação de favorecimento real impróprio.

Analise-se, agora, a viabilidade constitucional das sobreditas teses. No ensejo, verifique-se, também, a constitucionalidade do artigo 349-A do Código Penal.

### 5.1. Da constitucionalidade do art. 349-A do CP

Em que pese já ter sido assentado anteriormente, pede-se *venia* para citar, outra vez, os preceitos do artigo 349-A do CP, o que se faz abaixo:

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

Como se afere facilmente, pela simples leitura do preceito primário, tal norma incriminadora foi criada com o intuito de se reprimir o acesso indevido de custodiados à comunicação, isolando-os, de certa forma.

*A prima facie*, poder-se-ia dizer que essa vedação trata-se de violação aos princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana – um dos fundamentos da República listados logo no artigo 1º da Constituição - e à isonomia, constante do *caput* do tão aclamado artigo 5º da mesma carta.

Outros ainda diriam que vedar a comunicação é tratamento desumano, além de violar a livre expressão da atividade de comunicação independente de censura ou licença, e a própria intimidade e vida privada; além de prejudicar a garantia de assistência familiar (art. 5º, incisos III, IX, X e LXIII, da CR).

Por fim, os mais radicais poderiam acusar o Estado de assédio moral contra o preso, uma vez que até mesmo na vigência de estado de defesa é vedada a incomunicabilidade do preso (art. 5º, inciso XLIX, e art. 136, §3º, inciso IV, ambos da CR).

Certamente, a inconstitucionalidade pautar-se-ia na alegação de que a sanção aplicada ao preso limita-se à privação de sua liberdade, mas não de sua comunicação. Ainda, poderiam alegar que o completo isolamento prejudica sua ressocialização, além de tornar o cumprimento da pena ainda mais amargo para o condena-

do, ou mesmo no caso de prisões provisórias.

Entretanto, convém anotar que essas limitações aos direitos e garantias do preso foram extraídas do conflito existente entre os interesses do custodiado e os interesses da sociedade. Perceba-se que não se fala, nesse momento, em relação processual penal, a qual sofre forte influência do princípio de *in dubio pro reo* e derivados, mas sim de relações sociais, em sentido amplo.

Passa-se, então, ao tão evitado cenário maniqueísta: de um lado, a sociedade composta por cidadãos livres; de outro, o preso condenado ou cautelarmente custodiado, seja em virtude da condenação transitada em julgado ou pelo atendimento dos requisitos autorizadores da prisão cautelar, além dos que lá se encontrem em virtude de prisões civis.

De modo geral, é certa a potencialidade lesiva da comunicação indevida de presos (perigo abstrato). Isso porque são conhecidos os notáveis casos de comando criminoso exercido por internos sobre o meio externo, além de se viabilizar a solicitação de substâncias proscritas, conluio para motins e rebeliões, e outros como estelionatos por meio de mensagens de texto, etc.

Esmiúcem-se, pois, as razões jurídicas para o embaraço à comunicação do preso, antes de se eleger qual dos interesses desse dualista cenário deve prevalecer.

Como é de sabença geral, a Constituição da República estabelece em seu artigo 5º, *caput*, o direito fundamental à liberdade. O inciso II desse artigo, apesar de ratificar a força e o alcance da liberdade outorgada, limita-a, todavia, a even-

tuais restrições ou obrigações legais, autorizando-as.<sup>15</sup>

Conquanto óbvio, conclui-se, então, que o direito à liberdade não é absoluto, podendo ser limitado e sobrepujado por leis regularmente formuladas. Inclusive, daí origina-se a constitucionalidade das penas privativas de liberdade – pena constante do rol exemplificativo do inciso XLVI do art. 5º da CR.

Além disso, é certo que a liberdade, de que o preso é privado, cuida-se, *a priori*, da liberdade de ir, vir e ficar. Segundo Maria Helena Diniz:

LIBERDADE DE IR, VIR E FICAR. *Direito constitucional*. Direito garantido pela Constituição a todo cidadão de locomover-se livre-

---

<sup>15</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord.), *et al. Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almeida, 2013. p. 222.

mente pelo território nacional em tempo de paz, podendo nele entrar e dele sair. Se for injustificadamente cerceado em sua liberdade de locomoção, caberá o recurso de *habeas corpus*. É também designada “liberdade de locomoção” e “liberdade pessoal”.<sup>16</sup>

Pode-se afirmar, seguramente, portanto, que os direitos à comunicação e à livre expressão são intimamente dependentes do direito de liberdade. Apesar de Nucci ter se referido de modo mais acurado às correspondências postais, aplicam-se as mesmas considerações à comunicação indevida por meio de aparelhos telefônicos de comunicação móvel.

Ademais, nessa esteira, a Lei 7.210/84 - Lei de Execução Penal - criou certas obrigações, além de outorgar - ou

---

<sup>16</sup> *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 120.

reforçar - certos direitos aos custodiados. Os principais deveres são estabelecidos pelo artigo 39, destacando-se:

Art. 39. Constituem deveres do condenado: I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; (...) IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina; (...)

Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.

Embora o artigo 50 da LEP não proibam literalmente o uso e a posse de aparelhos destinados à comunicação móvel, uma vez que da norma não constam expressões de proibição, o que ocorre, na verdade, é a proibição lógica, decorrente

da coercitividade gerada pela sanção cominada à conduta.<sup>17</sup>

Dessa forma, se o acesso a aparelhos de comunicação móvel, pelo preso, é vedado, e o infrator punido administrativamente, não há que se falar em inconstitucionalidade do artigo 349-A do Código Penal. Isso porque a conduta lá descrita não deixa de ser um delituoso favor que propicia o cometimento de, pelo menos, falta grave, pelo custodiado.

Ademais, a proibição de acesso fundamenta-se, primordialmente, no perigo abstrato ensejado pela comunicação indevida de presos. Logo, encontra-se a reprovabilidade social e a potencialidade lesiva.

Ressalte-se, por fim, a impossibilidade até mesmo prática de se permitir o a-

---

<sup>17</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v. 1, p. 212.

cesso a uns e negá-lo a outros - caso em que se correria o risco de violar o direito à igualdade, tendo em vista a natureza coletiva do cárcere, as associações entre presos e o comércio interno, ainda que rudimentar (escambo), ou mesmo coações morais e físicas para obtê-lo.

Aferida a validade jurídica do artigo 349-A do Código Penal, demonstra-se a possibilidade, em âmbito constitucional, de participação do favorecido no crime perpetrado por seu favorecedor, eis que às mesmas penas sujeitar-se-ão ambos, *ex vi* do artigo 29 do Código Penal.

Contudo, também é necessário tecer alguns comentários acerca do preceito secundário da norma penal em comento.

5.1.1. Da pena cominada e da proibição de proteção deficiente

É sabido que todas as normas penais tutelam os bens jurídicos considerados de maior importância no ordenamento pátrio.

Nesse passo, o artigo 349-A do Código Penal tem por principal escopo a proteção da administração da justiça, com ênfase à segurança pública, como já analisado.

É certo que, ao proteger a administração da justiça, a norma penal tutela diversos outros bens jurídicos que poderiam ser afetados por práticas delitivas decorrentes de sua infração, como o patrimônio, a vida, a incolumidade pública, e outros. Isso porque são conhecidos os inúmeros e imprevisíveis crimes perpetrados por internos, por meio de aparelhos telefônicos, ou mesmo com seu comando sobre delinquentes livres.

Entretanto, analisando-se o preceito secundário do artigo 349-A do Código Penal, nota-se que, em que pese a gravidade, a reprovabilidade e a ofensividade abstrata, ensejadas pela conduta descrita no preceito primário, a pena cominada é de três meses a um ano de detenção. Cuida-se,

pois, de crime de menor potencial ofensivo, nos termos do artigo 61 da Lei 9.099/95.

Trata-se, portanto, de clara violação ao princípio de proibição de proteção deficiente, derivado do princípio constitucional penal da proporcionalidade. Acerca desse princípio, Guilherme de Souza Nucci discorre:

*(...) e) princípio da proporcionalidade: quer dizer que as penas devem ser harmônicas com a gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das sanções nos tipos penais incriminadores. Não teria sentido punir um furto simples com elevada pena privativa de liberdade, como também não seria admissível punir um homicídio com pena de multa. A Constituição, ao estabelecer as modalidades de penas que a lei ordinária deve adotar, consagra a proporcionalidade*

de maneira implícita, corolário natural da aplicação da justiça, que é dar a cada um o que é seu, por merecimento. (...) <sup>18</sup>

Destarte, considerando a constitucionalidade da restrição implícita no artigo 349-A do CP, a única irregularidade constitucional remanescente trata-se da pena. No compasso, em vez de se descriminalizar a conduta, deve-se, pois, elevar a pena que lhe é cominada, de modo que se cumpra a missão penal.

## 5.2. Da receptação de favorecimento real impróprio e a legalidade penal

Analisando-se a tese de receptação de favorecimento real impróprio, pode-se, em primeira análise, suspeitar de violação ao princípio constitucional da legalidade ou da reserva legal, especialmente em vir-

---

<sup>18</sup> *Op. cit.*, p. 16.

tude da inovação e da adequação da interpretação de “produto de crime”, afinal *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta*.

A *prima facie*, alguns poderiam dizer que se cuida de criação de norma penal ilegítima e *post factum*. Acerca desse princípio, destaquem-se as lições de Luiz Regis Prado:

A sua dicção legal tem sentido amplo: não há crime (infração penal) nem pena ou medida de segurança (sanção penal) sem prévia lei (*stricto sensu*). Isso vale dizer: a criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas conseqüências jurídicas está submetida à lei formal anterior (garantia formal). Compreende, ainda, a garantia substancial ou material que implica uma verdadeira predeterminação normativa (*lex scripta lex praevia et lex certa*). (...)

Atualmente, seu fundamento radica na proteção dos valores segurança

jurídica, liberdade e igualdade, por meio da vinculação dos Poderes Públicos à lei precisa e concreta, “o que garante que seja o legislador quem adote as decisões básicas na matéria, exclui a arbitrariedade no exercício do poder punitivo do Estado e assegura o tratamento igualitário na lei e na aplicação da lei”.<sup>19</sup>

Entretanto, como já abordado antes, a adoção da tese de receptação de favorecimento real impróprio não se trata de criação de norma penal, tampouco de crime novo. Isso porque, na verdade, cuida-se do emprego de interpretação extensiva e analógica sobre o preceito primário do artigo 180 do Código Penal, com o fito de se desenvolver o significado da expressão “produto de crime” e quais são os objetos materiais nela compreendidos.

---

<sup>19</sup> *Op. cit.*, p. 158.

Como já é nítido, a única inovação consiste na tradução da expressão “produto de crime” como objeto material do crime anteriormente perpetrado. Isso já é feito em relação ao crime de contrabando, por exemplo. Ademais, assim, aproxima-se o atual preceito primário do artigo 180 do Código Penal a suas definições originais, punindo-se aquele que figura como destinatário final da coisa.

Em apertada síntese, a adoção da tese não se trata de incriminar novas condutas, mas sim do descobrimento tardio da tipificação de uma conduta que já era incriminada pelo artigo 180 do CP.

Em qualquer caso, note-se que o crime anterior só existiu com o fito de se satisfazer o destinatário final, dando-lhe a coisa. Era justamente essa a preocupação e o intuito de elaboração do artigo 6º do Código Criminal de 1830.

Não há, portanto, que se falar em ilegalidade, diante da simples e necessária aplicação da lei penal já existente.

Conclui-se, então, se admitida a inclusão do objeto material do crime do art. 349-A entre aqueles que podem figurar como objeto material do crime de receptação, que a conduta do preso sempre foi penalmente típica, porquanto recebe, adquire e/ou oculta coisa que sabe ter sido objeto material do crime de favorecimento real impróprio. Deve-se, pois, ser explorado o entendimento pela persecução penal.

#### *6. Da jurisprudência*

Em que pese a plausibilidade da tese de receptação de favorecimento real impróprio, a jurisprudência ainda é demasiado escassa acerca do tema, não só por falta de adeptos, mas também por se tratar o artigo 349-A do Código Penal de crime de

menor potencial ofensivo, ao qual se dá pouca atenção – e processado pelo rito dos juizados especiais, cuja atenção dispensada é ainda menor.

Contudo, compulsando detidamente a jurisprudência, encontram-se alguns precedentes.

Como já pontuado anteriormente, é possível a receptação de coisa que fora produto de contrabando, ainda que nunca tenha sido arrancada do patrimônio de outrem, mesmo em solo estrangeiro. Assim, vislumbra-se “produto de crime” como objeto material do crime anterior, corroborando as considerações já abordadas. Nesse sentido, inclusive, já decidiu o Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> PENAL. CRIME DE RECEPÇÃO. MATERIALIDADE. AUTORIA. PROVAS. TESTEMUNHAS. CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O

---

**CRIME CULPOSO. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. APELAÇÃO IMPROVIDA.**

O apelante foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 180, caput, do Código Penal. Materialidade e autoria comprovadas. Testemunhas de acusação declararam de forma uníssona e coerente que apelante ao ser preso em flagrante delito confessou que trabalhava fazendo carretos e que foi pago para transportar as 50 (cinquenta) caixas de cigarros provenientes de crime de contrabando. Conjunto probatório mostra de forma segura que o apelante tinha conhecimento que fazia o transporte de produtos de crime. Impossibilidade de desclassificação do crime para a receptação culposa, prevista no § 3º do artigo 180 do Código Penal. Há nos autos provas de que o apelante agiu de forma livre e consciente ao fazer o transporte de mercadorias provenientes de crime. Mantida a sentença condenatória. Dosimetria da pena mantida nos termos da r. sentença de primeiro grau. Mantida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Recurso a que se nega provimento.

Como é facilmente visto, a primeira turma, em que pese não ter usado as mesmas expressões, uniu o significado de “produto de crime” e objeto material do crime anterior, ao manter a condenação daquele apelante pelo crime de receptação. *In casu*, a *res* (objeto material) tratava-se de cigarros estrangeiros ilegalmente introduzidos em solo nacional. Apesar de nunca terem sido subtraídos do patrimônio de alguém, tal introdução contaminou-os de modo que passaram a figurar como produto de crime no delito de receptação.

Esse é justamente o entendimento adotado na tese de receptação de favorecimento real impróprio. Isso porque, originalmente, o produto (aparelho de comunicação) é lícito, somente passando a ser ilícito

cito com o seu ingresso indevido (ou transpassação) - ocasião em que adquire *status* de produto de crime -. Logo após, aquele que o recebe e/ou oculta, comete receptação, eis que o objeto material, agora contaminado, tornou-se produto de crime.

No compasso: a receptação cometida por terceira pessoa que recebe de criminoso dinheiro proveniente de tráfico de drogas; a receptação perpetrada por terceira pessoa que recebe presentes comprados com dinheiro ilícito proveniente de corrupção passiva, tráfico de drogas, peculato, etc; e, até mesmo, a receptação cometida pelo advogado que recebe honorários pagos com dinheiro proveniente de crime anteriormente perpetrado por seu cliente.

Como caso concreto específico, do qual será extraído forte precedente, pode-se ressaltar aquele que é processado no feito de n. 0008435-90.2012.8.19.0210 (numeração única), com origem na 40ª

Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro.

No caso em comento, em síntese, o Ministério Público do estado do Rio de Janeiro ofereceu denúncia em face de uma custodiada, como incurso nas sanções do artigo 180, *caput*, do Código Penal, porquanto recebeu e ocultou um aparelho telefônico de comunicação móvel (celular), com bateria e chip, no interior do estabelecimento prisional.

Após instrução processual e alegações finais das partes, o juízo julgou procedentes os pedidos para condenar a ré nos termos do pedido ministerial.

Inconformada, a Defensoria Pública interpôs o recurso de apelação e o arrazouou, sustentando a atipicidade da conduta -

tese que prosperou perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.<sup>21</sup>

Inconformado, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro interpôs recurso especial, por considerar que, decidindo dessa forma, a Câmara Julgadora contrariou e negou vigência ao artigo 180, *caput*, do Código Penal, bem como ao artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, e ao artigo 349-A do Código Penal.

Assim, o feito encontra-se concluso ao Ministro Felix Fischer, do Superior Tribunal de Justiça, desde o dia 27 de maio de 2015, para julgamento.

Tal decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não parece se sustentar, uma vez que sua restritiva interpretação

---

<sup>21</sup> TJ-RJ - APL: 00084359020128190210 RJ 0008435-90.2012.8.19.0210, Relator: Desembargador Siro Darlan de Oliveira. Sétima Câmara Criminal. j. 16/09/2014, DJ. 19/09/2014.

contraria a doutrina já exaustivamente citada, ao exigir seja o produto de crime objeto material de crime contra o patrimônio. Ademais, como bem pontuado pelo MP-RJ, cuida-se até mesmo de um incentivo à criminalidade, que se vê livre de qualquer sanção.

Apesar da fragilidade e da escassez de argumentos fáticos ou jurídicos de qualidade, no mesmo passo decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> HABEAS CORPUS. DEMAIS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. RECEPÇÃO. TRANCAMENTO DO PROCESSO. ATIPICIDADE DA CONDUTA E AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. 1. Infrações penais não são classificadas como contravenção penal ou crime em função do quantum e qualidade da pena prevista no preceito penal secundário. Desacolhida, pois, a tese de que o crime antecedente, descrito na denúncia que imputa ao paciente a prática do crime de recepção, constituiria contravenção penal. 2. Trancamento da ação penal por ausência de justa causa. O crime

---

previsto no art. 180 do CP, como cediço, conserva acessoriedade material com um crime antecedente, não necessariamente classificado como "crime patrimonial". Indispensável, no entanto, que este crime antecedente produza resultado naturalístico, que ostente valor monetário ou utilidade mensurável economicamente, correspondendo a um prejuízo sofrido pelo seu legítimo proprietário ou possuidor. Hipótese em que o crime antecedente, descrito na denúncia, qual seja, o de ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico em estabelecimento prisional, consiste em crime formal que não produz resultado naturalístico passível de corresponder a objeto material do crime de receptação. 3. O resultado naturalístico, porventura existente, do crime previsto no art. 349-A do CP, formal e de perigo abstrato, não causa interferência na órbita patrimonial do sujeito passivo, que vem a ser o Estado e, em um segundo plano, a sociedade. 4. Embora não se possa ignorar que o paciente sabia, em tese, da origem ilícita do celular com o qual foi apreendido, pois a res entrou no estabelecimento prisional, pela prática do delito previsto no art. 319-A ou no art. 349-A do CP, não há como imputar-lhe a prática do crime de recepta-

Segundo os desembargadores do TJ-RS, a incompatibilidade entre os delitos do artigo 349-A e do artigo 180, ambos do Código Penal, consistiria no fato de se tratar o favorecimento real impróprio de crime formal, eis que não se exige a produção do resultado naturalístico para consumação do crime.

Essa tese mostra-se ainda menos convincente do que a duvidosa atipicidade. Isso porque, primeiramente, tal exigência inexistente no texto legal ou mesmo

---

ção, a menos que haja suspeita fundada de que o aparelho telefônico seja oriundo de um prejuízo ilícito sofrido pelo seu legítimo proprietário ou possuidor. ORDEM CONCEDIDA. UNÂNIME. (Hábeas Corpus 70058892902, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Bernadete Coutinho Friedrich, Julgado em 10/04/2014)  
(TJ-RS - HC 70058892902 RS, Relatora Desembargadora Bernadete Coutinho Friedrich. Sexta Câmara Criminal. J. 10/04/2014, DJ 16/04/2014)

na doutrina. Além disso, os delitos de contrabando (art. 334-A do CP), descaminho (art. 334 do CP) e concussão (art. 316 do CP) também são formais e aptos a figurarem como pressuposto do crime de receptação.

Nesse viés, pode-se dizer que a decisão do TJ-RS foi até mesmo inconsequente e precipitada, uma vez que seus prolatores não procederam a uma análise acurada do quadro fático e jurídico ali compreendido e desconstruído com o equivocado acórdão. Ao não se admitir crimes formais como pressuposto da receptação, o Rio Grande do Sul - estado federado que se localiza em uma das mais movimentadas e delituosas fronteiras nacionais – desarmase contra o contrabando e o descaminho que o assola, já que na maioria das vezes a *res* somente é encontrada na posse do receptor.

Como se não bastasse a irresponsabilidade quanto aos crimes de contrabando e descaminho também ali compreendidos, o acórdão é irresponsável ao considerar atípica a conduta do preso que recebe o aparelho telefônico de comunicação móvel, já que, da mesma forma, a *res*, na maioria das vezes, somente é encontrada nas mãos dele, sem qualquer notícia de quem seja o seu favorecedor.

Nesse sentido, evidencia-se a razão do MP-RJ quando assevera que o TJ-RJ negou vigência ao artigo 180, *caput*, e 349-A, ambos do Código Penal. Quando o órgão julgante desconsidera a imputação por considerar atípico o fato delituoso, automaticamente viola as normas incriminadoras que o estabelecem.

Contudo, há também a equivocada inovação em sentido reverso. Para a juíza titular do juizado especial cível e criminal da comarca de Santa Izabel/PA, que rejei-

tou no feito 0003023-49.2014.8.14.0049, o artigo 349-A do Código Penal seria inconstitucional.

Isso porque, em síntese, a criminalização da conduta de quem promove o ingresso de aparelhos destinados à comunicação móvel, em estabelecimentos prisionais, parte da premissa de que “há uma classe de pessoas, chamada ‘bandidos’, que não tem laços familiares, de amizade e tampouco afetividade, portanto deles somente o que se espera é que cometam delitos.”

Obviamente, o Ministério Público do Estado do Pará interpôs a pertinente e necessária apelação.

Entretanto, é importante dizer que, em que pese o belo discurso desse órgão judicante, tais considerações não condizem com a realidade e com a necessidade de adoção de medidas preventivas da criminalidade pelo Estado. Inclusive, a cons-

titucionalidade do artigo 349-A do Código Penal já foi objeto de estudo anteriormente, pelo que aqui se ressalte, somente, a impossibilidade de se reconhecer qualquer direito fundamental como absoluto, sob pena de se inviabilizar outros direitos e garantias fundamentais titularizados por outras pessoas.

### *Conclusão*

Diante de todos os fatos, argumentos, doutrinas, normas e julgados analisados, é possível concluir pela possibilidade jurídica de adoção da tese de receptação de favorecimento real impróprio, aferindo-se, assim, a tipicidade da conduta do preso que recebe o aparelho destinado à comunicação móvel, havido por meio do crime de favorecimento real impróprio.

Ressalvem-se, entretanto, os casos de coautoria entre o favorecedor e o favo-

recido - caso de aplicação da tese de participação.

Como analisado, utilizando-se de interpretação extensiva e analógica sobre a expressão “produto de crime” constante do preceito primário do artigo 180, *caput*, do Código Penal, percebe-se que, em verdade, a conduta do custodiado sempre foi típica, porém agora descoberta com a devida atenção e pela acurada interpretação do tipo penal.

Foi visto que o crime de receptação não exige, como pressuposto, seja o delito anterior crime contra o patrimônio. Desta forma, assim como é possível a receptação de *res* produto de contrabando, peculato, concussão, tráfico de drogas (dinheiro obtido pela venda ilícita), também é possível a receptação de *res* produto do crime de favorecimento real impróprio.

Assim, não há que se falar em violação dos princípios constitucionais penais

da anterioridade da lei penal, ou mesmo da reserva legal - ou legalidade, uma vez que a norma e a tipificação da conduta sempre existiram, embora estivessem ocultas pelo excesso de prudência quanto à inovação jurídico-penal, pela banalização do princípio de *in dubio pro reo*, e pelos discursos humanistas que enaltecem o autor fato delituoso, sacrificando-se, para isso, suas próximas vítimas, como visto na sentença prolatada pelo juizado especial cível e criminal da comarca de Santa Isabel do Pará/PA.

Como foi visto, os presos são titulares de direitos. Contudo, também lhes são impostas diversas obrigações e deveres, dentre os quais, *in casu*, evidencia-se a abstenção de se comunicarem indevidamente com o ambiente externo - o que também é constitucionalmente adequado, com supedâneo no art. 5º, inciso II, da Constituição da República.

Ademais, também foi analisado o princípio da fragmentariedade, e da independência das instâncias cível, criminal e administrativa, bem como a possibilidade de tutela cumulativa do mesmo bem jurídico, desde que relevante o suficiente para tal proteção múltipla.

Assim, verificou-se a possibilidade de cumulação das penalidades de falta grave - pena administrativa - e pena privativa de liberdade - pena criminal, o que se aplica em virtude de eventual receptação da *res* produto do crime de favorecimento real impróprio, pelo preso.

Destarte, a existência de uma pena administrativa não obsta à aplicação de uma pena criminal, como já ocorre, por exemplo, com diversos crimes de trânsito, como abordado.

Abordaram-se também os problemas jurídicos, com as duas soluções deles depreendidas: a receptação de favorecimento

real impróprio e o favorecimento real impróprio em concurso de agentes.

Verificou-se a violação quanto à proibição da proteção deficiente do bem jurídico, penalmente tutelado pelo artigo 349-A do Código Penal. Viu-se que a norma, além de ser constitucional, reclama majoração da pena cominada em seu preceito secundário.

Por fim, da análise da jurisprudência, nota-se que permanece ainda demasiado resistente à inovação. Aliás, tal resistência implicou as equivocadas decisões do TJ-RS, do TJ-RJ e do juizado especial cível e criminal da comarca de Santa Izabel do Pará/PA. Contudo, felizmente, o MP-PA interpôs a pertinente apelação contra aquela sentença. Ademais, também está pendente de julgamento o bem formulado recurso especial do MPRJ, contra o acórdão anteriormente prolatado.

Assim, percebe-se que a jurisprudência ainda é sensível e carece de julgamentos críveis, até que os casos cheguem aos tribunais superiores, como ocorreu com o sobredito recurso especial. Pelo menos até que ele seja decidido, não há certeza acerca da aceitação ou da procedência das teses. Contudo, pela análise realizada, mostra-se academicamente válida.

### *Bibliografia*

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2;

CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord.) *et al.* *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almeida, 2013;

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998;

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código penal anotado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013;

\_\_\_\_\_. *Direito penal: parte geral*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1;

\_\_\_\_\_. *Direito Penal: parte especial crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2;

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte*

*especial*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 2;

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015;

\_\_\_\_\_. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014;

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v. 1.

Data de recebimento: 11/05/2017

Data de aprovação: 18/09/2017