

A TENTATIVA DE INGRESSO EM CASA PRISIONAL COM DROGAS

ARAUJO NETO, Brandão¹; RODRIGUES, Luiz Henrique Arruda²

RESUMO: Este trabalho tem como finalidade a pesquisa focada na tentativa de agentes em ingressar com drogas em estabelecimentos prisionais, seus desdobramentos jurídicos criminais, bem como verificar divergências, ainda que tímidas, na aplicação da lei penal.

ABSTRACT: This work aims to research focused on trying to agents in joining with drugs in prisons, their criminal legal developments and verify differences, even shy, in the application of criminal law.

Palavras-chave: drogas, direito, prisões, crime.

Keywords: drugs, law, prisons, crime.

INTRODUÇÃO

O tema deste artigo é a tentativa de ingresso em casa prisional com drogas, sendo que o problema a ser trabalhado é “tentar o agente entrar em casa prisional com substância entorpecente, a fim de entregá-las a terceiro, configura-se tráfico de drogas ou conduta atípica? Caso haja conduta típica, seria esta passível de aumento de pena, em razão do local do cometimento?”

Para isso, há três hipóteses iniciais, sendo a primeira a conduta típica: Tentar o agente entrar em casa prisional, carregando consigo substancia entorpecente, a fim de entregá-las a terceiro é crime, tendo em vista que tal conduta se enquadra perfeitamente no tipo penal do artigo 33 da Lei 11.343/2006, majorado pelo artigo 40, inciso III da mesma lei, que assim diz: “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar,

¹ Acadêmico do curso de direito da Universidade de Cruz Alta. E-mail: brandaoaraujoneto@gmail.com

² Acadêmico do curso de direito da Universidade de Cruz Alta. E-mail: luizhrodrigues.1990@gmail.com

entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: [...]” e “Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:[...] III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais [...]”. A segunda hipótese é a conduta atípica: Tentar o agente entrar em casa prisional, carregando consigo substância entorpecente, a fim de entrega-las a terceiro é conduta atípica, tendo em vista que ingressar com substância entorpecente em casa prisional é, à princípio, impossível. Logo, há absoluta ineficácia do meio utilizado para a consumação do delito

Por fim, há uma terceira hipótese, a qual abarca a incidência da majorante prevista no artigo III da Lei 11.343/2006, em razão do agente ser preso ou pessoa alheia ao estabelecimento prisional

METODOLOGIA

Pesquisa exploratória, busca a compreensão do tema e solucionar divergência através da pesquisa bibliográfica a partir de obras doutrinárias, artigos e manuais de direito, partindo de conceitos e pressupostos gerais do Direito Penal, a fim de, pelo método dedutivo, obter a resposta para o problema.

DISCUSSÕES

Inicialmente, é necessário definir, analiticamente, o que é crime, tendo em vista que a excludente de tipicidade se encontra intrínseca no referido conceito, e é a partir dele que é possível o desenvolvimento do estudo. Assim, segundo Capez e Prado (2012, p. 55), “crime é todo fato típico, ilícito e culpável (concepção tripartida) ou é todo fato típico e ilícito (concepção bipartida, em que a culpabilidade não integra o conceito de crime).”.

Outrossim, a definição de fato típico é essencial, a fim de complementar a definição anterior, Capez e Prado (2012, p.55):

Fato típico: É o fato material que se amolda perfeitamente aos elementos constantes do modelo previsto na lei penal. São quatro os seus elementos: (a) conduta dolosa ou culposa; (b) resultado (só nos crimes materiais); (c) nexu causal (só nos crimes materiais); (d) tipicidade.

Caracterizado o que é fato típico, há de ressaltar que o crime pode ser consumado, tentado ou impossível, além de outras modalidades, porém, neste estudo, apenas é oportuno a abordagem destas três modalidades.

O Código Penal traz em seu artigo 14, incisos I e II as definições de crime consumado e tentado.

Art. 14 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Crime consumado (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Tentativa (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). (**Grifo do Autor**).

O crime consumado, segundo Mirabete e Fabbrini (2006, p. 163), dá-se quando o tipo abstrato, que está descrito em lei, é inteiramente praticado pelo agente. Ademais, é prescindível o resultado naturalístico pretendido ou previsível, no crime doloso ou culposo, respectivamente.

Há uma diferença no momento da consumação dos crimes, sendo que nos crimes materiais, a consumação dá-se no momento do resultado, e nos crimes formais, no momento da prática do ato, e não do resultado pretendido. (MIRABETE; FABBRINI, 2006, p. 163).

Neste sentido, também ensina Capez e Prado (2012, p. 62):

(2) Consumação nos crimes materiais: Ocorre com a produção do resultado naturalístico; por exemplo, com a morte da vítima no crime de homicídio doloso ou culposo.

(3) Consumação nos crimes de mera conduta: Com a ação ou omissão delituosa; por exemplo, no crime de violação de domicílio, quando o agente adentra na residência do morador sem o seu consentimento.

(4) Consumação nos crimes formais: Com a simples atividade, independente do resultado; por exemplo, no crime de extorsão, com a simples exigência da indevida vantagem, independentemente de seu recebimento. Dessa forma, a devolução posterior da vantagem à vítima configura o chamado arrependimento posterior (CP, art. 16), uma vez que o crime já se consumou com o simples ato de exigir.

Vale lembrar que a consumação do crime difere de seu exaurimento, tendo em vista que para a consumação, basta a prática dos atos descritos no tipo, não necessariamente que o fim pretendido seja alcançado. No entanto, o exaurimento dar-se-á quando, além da prática dos atos descritos no tipo, haja ocorrido a obtenção do resultado pretendido. (MIRABETE; FABBRINI, 2006, p. 163).

Outrossim, há situações em que o ato praticado pelo agente, apesar de se enquadrar na conduta descrita em lei, não será crime, em razão da absoluta ineficácia do meio empregado ou pela absoluta impropriedade do objeto utilizado.

Para tanto, o Código Penal traz a seguinte redação:

Crime impossível (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). **(Grifo do autor).**

Da exegese da redação acima, Capez e Prado (2012, p. 69) obteve a seguinte interpretação acerca da natureza jurídica da modalidade de crime impossível: “Trata-se de causa de exclusão da tipicidade, e não de isenção de pena, embora a redação do artigo sugira a última interpretação.”.

No mesmo sentido diz Mirabete e Fabbrini (2006, p. 188): “Embora na lei se diga que há tentativa impunível, no crime possível, por inexistir na verdade ato de execução, caso é de falta de tipicidade para o *conatus*.”.

Quanto a caracterização do crime impossível, deve-se observar o caso em concreto, uma vez que o meio utilizado, em algumas situações pode ser ineficaz, entretanto, em outras, pode ser idôneo. (MIRABETE; FABBRINI, 2006, p. 188).

Há varias possibilidades da ocorrência do crime impossível, ou, inocorrência de crime, seja pela ineficácia do meio ou impropriedade do objeto. No entanto, para o estudo em tela, deve-se atentar aos casos de ineficácia do meio, uma vez que não está sendo discutido a propriedade do objeto, no caso, a droga.

Para tanto, há a possibilidade de ocorrência de crime impossível caso haja o induzimento do agente a prática delituosa, a fim de que seja flagrado.

Sobre o tema o Superior Tribunal Federal editou a súmula n.º 145, a qual dispõe o seguinte: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

No entanto, deve-se observar algumas distinções acerca do flagrante preparado, provocado e esperando.

O flagrante preparado é semelhante ao flagrante provocado, ambos a autoridade policial ou a suposta vítima provoca e induz o agente à pratica do fato delituoso, o qual a pratica, porém, impossível a sua consumação, em razão de estar sob vigilância dos agentes que o induziram à pratica delituosa. No entanto, no flagrante esperado, o agente pratica a

conduta livremente, porém, a autoridade policial toma conhecimento dos fatos e comparece a fim de prendê-lo em flagrante. (MIRABETE; FABBRINI, 2006, p. 196 - 197).

A incidência da Súmula n.º 145 ocorre apenas nos casos de flagrante preparado e provocado.

No mesmo sentido ensina Lima (2014, p. 727):

O flagrante preparado ocorre quando alguém (particular ou autoridade policial), de forma insidiosa, instiga o agente à prática do delito com o objetivo de prendê-lo em flagrante, ao mesmo tempo em que adota todas as providências para que o delito não se consuma [...]. Por sua vez, no chamado flagrante esperado, não há qualquer atividade de induzimento, instigação ou provocação. Valendo-se de investigação anterior, *sem a utilização de um agente provocador*, a autoridade policial ou terceiro limita-se a aguardar o momento do cometimento do delito para efetuar a prisão em flagrante, respondendo o agente pelo crime praticado na modalidade consumada, ou, a depender do caso, tentada [...].

Superadas as definições propedêuticas sobre crime, pode se adentrar no crime específico de tráfico de drogas, o qual está descrito no artigo 33 da Lei 11.343/2006 da seguinte forma:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, **trazer consigo**, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI nº 4.274)

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012). **(Grifo nosso)**.

Combinado com a majorante prevista no artigo 40, inciso III da Lei 11.343/2006, que refere:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:
I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;
II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;
III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos; [...]. **(Grifo nosso)**.

Igualmente, a fim de instruir o estudo, faz-se necessário a ementa do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Crime 70053559068/RS

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TENTATIVA DE INGRESSO NA CASA PRISIONAL COM "DROGAS". Nulidade. Interrogatório. Durante a instrução, a ré foi ouvida em momento anterior ao da oitiva das testemunhas arroladas. Houve irrisignação da defesa quanto ao procedimento, conforme consignado em ata, e em nenhum momento foi oportunizada a renovação do interrogatório. Nulidade absoluta. Precedente do Supremo Tribunal Federal. Violação ao art. 212 do Código de Processo Penal. Descabimento. A mera inversão da ordem dos questionamentos, quando o membro do Ministério Público está presente, configura nulidade relativa. Ausência de degravação de audiências. Não configura nulidade, conforme art. 405, § 2º, do Código de Processo Penal e Resolução nº 105 do Conselho Nacional de Justiça. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. Ausência de prova da materialidade. O laudo pericial apenas identificou a presença de canabinoides, característicos da espécie vegetal Cannabis Sativum. Este vegetal é previsto na lista E como possível de originar substâncias psicotrópicas ou entorpecentes. Entretanto, na Lista F2 da Portaria 344/98 da ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária - que delimita as substâncias de uso proscrito no Brasil não há menção à canabinoides, somente a THC (Tetraidrocanabinol) - sobre o que não houve menção no exame realizado. **Crime impossível. Verificada a ineficácia absoluta do meio utilizado para consumação do fato. A existência de anterior informação anônima dando conta de que a ré tentaria entrar com drogas no estabelecimento prisional indica o dispêndio de maior atenção das autoridades policiais e dos agentes penitenciários à apelante. Do mesmo modo, para entrar no presídio, a recorrente seria, invariavelmente, submetida à minuciosa revista.** Aplicação crítica da lei, não acrítica. Conforme o constitucionalismo contemporâneo, há uma reaproximação da ética ao Direito na aplicação. O princípio da razoabilidade serve de exemplo. Doutrina. Deficiência do

Estado. A deficiência do Estado na sua infra-estrutura prisional não pode ser solucionada pela imposição de pena a fatos que, em sentido lógico e rigoroso, jamais seriam concretizados em ilícitos penais. A permissão de facções no interior de casas prisionais não pode ser esquecida. No caso dos autos, a ré esclareceu que levava a droga para o seu irmão, já que ele estava "devendo" dentro da casa prisional, inclusive sendo ameaçado de morte. APELAÇÃO PROVIDA. ABSOLVIÇÃO. (Apelação Crime Nº 70053559068, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 13/06/2013). TJ-RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Data de Julgamento: 13/06/2013, Terceira Câmara Criminal). **(Grifo nosso)**.

Em contrapartida a decisão retro, há decisão monocrática em Recurso Especial Nº 1.458.025 - RS (2014/0132060-4), proferida pela Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Maria Thereza de Assis Moura, em 07 de novembro de 2014, que parte da fundamentação é relevante para o estudo:

[...] É sabido que o crime de tráfico de drogas é de ação múltipla, bastando para a sua configuração apenas a realização de alguma das condutas previstas no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/06, in verbis: Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Nesse sentido, o simples fato de a recorrida trazer consigo drogas, ainda que não efetuada a venda de entorpecente, possibilita sua condenação pelo crime de tráfico, que se trata de crime de ação múltipla, sendo suficiente a prática de um dos verbos contidos no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 para a consumação do ilícito. **Não prospera, assim, a tese de crime impossível, pois já consumado o delito antes mesmo da realização da revista íntima para entrada no estabelecimento prisional [...]. (Grifo nosso)**.

No mesmo sentido é o entendimento de Delmanto, R.; Junior; Delmanto F. (2014, p. 951):

Com a efetiva prática das condutas incriminadas, independente do resultado naturalístico (crime formal). Nas modalidades de expor à venda, ter em depósito e guardar é crime permanente, cuja consumação se protraí no tempo. Nas demais é crime instantâneo.

Outrossim, Jesus (2009, p. 110):

Ocorre com a realização das condutas descritas nos tipos, independentemente de qualquer resultado. Nesse sentido: *Ariosvaldo de Campos Pires*, Comércio ou facilitação..., RT, 704:287, cit.; RT, 505:337. Tratando-se de crime de formulação típica alternativa ou de conteúdo variado, quando o sujeito realiza mais de um comportamento, a consumação ocorre no momento em que o fato apresenta todos os elementos da definição legal relacionados com o primeiro verbo. Assim, se o sujeito importa a droga e a expõe a venda, o delito atinge a consumação com a importação. A exposição à venda configura um *post factum* impunível. Da mesma forma, se expõe o entorpecente à venda e o cede a terceiro (art. 33, *caput*), consuma-se o

delito com a exposição. A cessão constitui um *post factum* impunível. Se traz consigo e a vende, responde pelo porte [...]

Ainda no mesmo sentido, “Quem traz consigo a droga já consumou a infração [...]”.
NUCCI (2010, p. 358).

Quanto ao aumento de pena previsto no artigo 40, inciso III da Lei 11.343/2006,
Nucci (2010, p. 387 – 388):

Estabelecimentos prisionais: são os lugares onde se cumprem penas privativas de liberdade (regime fechado, semiaberto ou aberto). Comungamos do entendimento que sustenta ser possível a incidência da causa de aumento de pena em qualquer caso previsto na Lei 11.343/2006, quando cometido no interior do estabelecimento penitenciário, pouco importando se o agente é preso ou pessoa estranha ao presídio, não sendo também relevante tratar-se de cadeia pública (este local não deixa de ser um estabelecimento penal). O tipo penal não faz tal diferença, pois é particularmente grave que se realize tanto o tráfico de entorpecentes, quanto o uso de drogas, em locais de cumprimento de penas privativas de liberdade, onde se almeja a ressocialização e reeducação dos condenados.

No entanto, não é pacífico o entendimento retro, tendo em vista que, segundo Jesus (2009, p. 2006), a causa de aumento de pena prevista no dispositivo do artigo 40, inciso III da lei não deve ser aplicada a pessoa que cumpre pena no estabelecimento, sendo este o entendimento tanto para o tráfico, quanto para a posse de entorpecentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, a partir da análise dos conceitos básicos de crime, nas suas variadas modalidades, principalmente no que tange a impossibilidade de ocorrência do fato delituoso, em razão da absoluta ineficácia do meio utilizado, infere-se que há uma linha extremamente tênue entre absoluta ineficácia do meio e relativa ineficácia do mesmo, bem como que, além disso, deve-se observar, a fim de propiciar uma correta interpretação, a situação em que se ocorreu o fato, tendo em vista que, semelhante ao nuance entre absoluta e relativa ineficácia do meio há a situação do flagrante provocado e preparado, os quais diferem do flagrante esperando, eis que naqueles a situação fática amoldar-se-á em crime impossível, e nesta em fato típico.

Outrossim, a lei penal traz uma majorante que pode aumentar de um sexto a um terço da pena, de acordo com o local do cometimento do delito, porém, não faz qualquer distinção para sua aplicabilidade, segundo uma interpretação meramente gramatical. No entanto, há quem defenda que não há possibilidade de aplicação de pena, tanto no porte quanto no tráfico de entorpecentes, caso o agente seja preso no estabelecimento prisional, restringindo a aplicação do aumento de pena para aqueles que são alheios ao cárcere.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 20 de out. de 2015.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Maria. **Código Penal Comentado**: 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Almeida. **Leis Penais Especiais Comentadas**: 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JESUS, Damásio de. **Lei Antidrogas Anotada**: comentários à Lei n. 11.343/2006. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

MIRABETE; FABBRINI, Julio Fabbrini, Renato N. **Código Penal Interpretado**: 6. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**: 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n.º 70053559068/RS**. Apelante: Salete Suzana Ajardo da Silva. Apelado: Ministério Público. Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113052792/apelacao-crime-acr-70053559068-rs/inteiro-teor-113052803>>. Acesso em: 20 de outubro de 2015.

_____, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial n.º 1458025 RS 2014/0132060-4**: Recorrente : Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul Recorrido : Leidi Valéria Ferreira Advogados; Gisela Antia de Almeida; Cesar Augusto Laureano Von Helden. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153485333/recurso-especial-resp-1458025-rs-2014-0132060-4/decisao-monocratica-153485342>>. Acesso em: 20 de out. de 2015