

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Mário Seto Takeguma*

"FALSIDADE IDEOLÓGICA - Descaracterização - Preenchimento através de "cola eletrônica" de gabaritos em concurso vestibular - Inexistência de omissão, inserção ou declaração falsa diversa da que deveria ser escrita - fraude insuficiente para caracterizar, também, o estelionato que não existe in incertam personam - Voto vencido."

ACÓRDÃO

"Vistos etc.

RELATÓRIO - O Exmo. Sr. Min. Fernando Gonçalves (relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por Aristeval Frederico dos Santos e outros, contra decisão proferida por TRF da 4ª Região, assim ementada:

"*Habeas corpus*. Concurso. Vestibular. Fraude. Código de Telecomunicações.

1. Se os denunciados não eram permissionários do Serviço de Telecomunicações, cometeram, pelo menos em tese, o crime de uso sem permissão de equipamento de rádio-transmissão, previsto no art. 70 do Código de Telecomunicações.

2. Ordem denegada" (...)

É o relatório.

VOTO - O Exmo. Sr. Min. Fernando Gonçalves (relator):

"Não obstante oferecido a destempo o recurso, a teor da letra do art. 30, da Lei 8.038/90, não há impedimento, sendo inclusive, recomendado pela jurisprudência, que dele conheça como ordem de *habeas corpus*.

Os acusados, segundo denúncia, estariam incursos nas penas dos arts. 171, *caput*, e 288, *c/c* os arts. 14, II, e 69, todos do CP, por fraude, mediante utilização de cola eletrônica, na prova de concurso vestibular realizado pela Universidade Federal de Santa Catarina. (...)

Ora, a eventual aprovação de candidato que tenha operado fraude no vestibular em nada onerará o patrimônio da Universidade, quer por critérios mensuráveis, ou não, pois é indiferente para a entidade de ensino, mormente em se

* Mestrando em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá e Juiz de Direito.

tratando de ensino público, qual a pessoa que irá preencher uma das vagas nos cursos por ela oferecidos. E se não há prejuízo de ordem patrimonial, não há como enquadrar-se a hipótese *sub judice* na figura descrita no art. 171 do CP.

A lesão sofrida, no caso, é eminentemente moral, porque diz com a lisura do procedimento do concurso, envolvendo apenas o bom nome e seriedade da Universidade.

Também não há sequer ameaça de dano ao patrimônio dos demais concursandos, pois estes, ainda que eventualmente preteridos na ordem de classificação final do concurso, terão sofrido, quando muito, assim como a Universidade, lesão de ordem moral, que se resolve na seara civil.

Por outro lado, se a manobra fraudulenta não se dirigiu ao patrimônio de pessoa determinada, seja pessoa física ou jurídica, também por esse fundamento não se tipificam os fatos denunciados como estelionato, por inexistência de vítima definida. (...)

De igual modo, em função do aspecto rudimentar da parafernália utilizada na transmissão dos gabaritos, foi colocada em destaque a impossibilidade da "subsunção da conduta denunciada ao tipo incriminador prevista no art. 70 da Lei 4.117/67 (sic). Isso porque o delito previsto nesse dispositivo visa proteger os serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, previstos nos arts. 21, XI e XII, "a" da CF, que nem ao menos, remotamente, restaram lesados, no caso, tendo em vista a pouca potência do rádio-transmissor utilizado na fraude. (...)

Acerca do crime de estelionato são despicienda outras considerações além daqueles já transcritas, ancoradas que se encontram, não apenas na doutrina autorizada, mas também, em precedentes desta corte (RHC 4.593-0/PR.). (...)

Efetivamente, não se pode vislumbrar na hipótese infração ao delito do art. 299 do CP, pois houve apenas e tão somente preenchimento pelos acusados, mediante "cola eletrônica", de gabarito, nos quais não foi omitida, inserida ou feita declaração falsa ou diversa daquela que deveria ser escrita. As declarações ou inserções feitas nos cartões de resposta, por meio de sinais (preenchimento de quadros...) eram verdadeiras e apenas foram obtidas por meio não convencional, contrários à ética e ilegítimo por desequilibrar a *par condicio* que deve existir em todos os conclave. (...)

Por fim não há que se falar em crime de quadrilha, pois na realidade, houve apenas uma ação grupal para a prática de atos que censurados pela moral, não alcançaram, por ausência de previsão legislativa, a esfera penal. Não houve cometimento de crimes.

Diante do exposto, conhecendo do recurso como *habeas corpus*, concedo a ordem para trancar a ação penal. (...)"

VOTO VISTA - o Exmo. Sr. Min. Luiz Cernicchiaro:

“O tema posto a julgamento merece especial atenção. O Direito Penal precisa estar atento ao progresso da ciência e da tecnologia. A malícia se vale das respectivas conquistas para acarretar indevida vantagem econômica ao fraudador. (...)

Notório, formam-se organizações especializadas no engodo. Evidentemente, há *animus* de lucro, organizações, permanência, como requer o disposto no art. 288 do CP. Quando alguém, mediante engodo (na espécie, falsidade relevante porque ocasiona prejuízo a alguém, seja quanto a aprovação, como eventualmente repercute na classificação). Falso é mentira. Alguém fazer prova por outro é mentira. Fato, em tese, crime.

A propósito, escrevi “Cola Eletrônica” in Questões Penais, Del Rey, Belo Horizonte, 1998, p. 103-107:

“(...) O Brasil adota o exame vestibular para o ingresso na Universidade...

Ao exame vestibular concorrem vários candidatos. Em algumas áreas, a dificuldade é crescente; a relação vaga candidato preocupa cada vez mais o estudante, particularmente aos que pretendem ingressar Faculdades mais concorridas...

O candidato pessoalmente deve lançar as respostas. Ninguém por ele....

A prova, juridicamente, é documento, no sentido de texto de autor conhecido e de conteúdo juridicamente relevante. Conhecido porque o candidato, mesmo resguardado o sigilo, após a correção, será identificado. Relevante, dado a nota traduzir critério de classificação.

É curial, no caso de transmissão das respostas, que o candidato, na verdade, limitou-se a fazer a anotação ditada por outrem. Este sim, foi o autor da prova. Aqui, a fraude. Relevante por influir na nota. Logicamente na classificação. Este decorre do conhecimento pessoal do candidato. Não se admite que outrem compareça em seu lugar. A procuração é inadmitida. O recurso da eletrônica conduz à mesma situação. Logo, os efeitos são os mesmos. (...)

Falsidade ideológica se, em documento verdadeiro, introduzo declaração que não devia constar, ou omito declaração que deveria ser registrada.

A cola eletrônica é falsidade ideológica; No documento (o texto recebido pelo candidato é autêntico) só é admitida (declaração) do próprio candidato, o que é certo, não se confunde com a mensagem transmitida por outrem, à distância. O candidato, dessa forma apresenta prova de terceiro como sua. A prova é classificatória, o número de vagas é menor do que de postulantes. Logo, se influi na classificação, um dos candidatos será preterido. Aqui está a relevância jurídica. (...)

Data venia do eminente relator, nego provimento ao recurso ordinário.”

DECISÃO: Prosseguindo no julgamento, após o voto vista do Sr. Min. Vicente Cernicchiaro, a Turma, por maioria, conheceu para conceder o *habeas*

corpus a fim de trancar a ação penal, vencido o Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.

Votou com o Sr. Ministro-relator, o Sr. Ministro Anselmo Santiago. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Min. William Patterson.”

(RHC 7.376 -SC- 6ª T. j. 01.07.1998 - Rel. Min. Fernando Gonçalves - DJU 14.09.1998, publicado *in* Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, 1998, v. 758, p. 502-509).

COMENTÁRIO

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares; 2. Conflito aparente de leis penais; 3. Tipicidade; 4. Do crime de uso sem permissão de aparelho de telecomunicações; 5. Do estelionato; 6. Da falsidade ideológica; 7. Conclusões; 8. Referências bibliográficas.

1. Considerações preliminares

O acórdão em comento trata de questão bastante polêmica, que embora tenha recebido tratamento uniforme no Superior Tribunal de Justiça, tem merecido tratamento díspares nas instâncias inferiores.

Retrata a tentativa de alguns vestibulandos de obterem aprovação, através de “cola eletrônica”, em vestibular realizado pela Universidade Federal de Santa Catarina, no ano de 1993, e descoberto o engodo, acabaram sendo denunciados pelo Ministério Público, junto à Vara da Justiça Federal por tentativa de estelionato e quadrilha (CP, arts. 171 e 288, c/c os arts. 14, II e 69), e impetraram *habeas corpus* junto ao TRF da 4ª Região, onde o recurso foi rejeitado, sob argumento de que, ainda que inexistente o crime de estelionato, subsistiria o crime de uso sem permissão de equipamento de telecomunicações (CT, art. 70), então recorreram ao STJ, onde prevaleceu entendimento de inexistência de crime, com trancamento da ação penal.

Essa discrepância tratamental, é resultado de vários fatores, destacando que na etapa de adequação típica, houve abordagem equivocada em relação ao bem jurídico, que seria colocado em risco pela conduta dos denunciados.

“Os componentes - conduta, tipicidade, ilicitude e culpabilidade - comuns a todo ilícito penal, possibilitam uma jurisprudência racional, objetiva e igualitária”¹.

¹ Fiore, Carlo. *Diritto penale*, I, Torino: UTET, 1996, v. I, p.110, *apud* Prado, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, parte geral, p. 131.

Isso mostra que, não obstante, os avanços da dogmática penal no sentido de “facilitar a aplicação do Direito, com o conseqüente enquadramento lógico dos fatos concretos nas respectivas fases de valoração, da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade”², as controvérsias subsistem, em face a essa conformação dada, diferentemente, por cada intérprete aos fatos e normas penais trabalhadas.

A matéria vincula-se à interpretação e aplicação da lei penal, havendo a aparente aplicabilidade de várias leis penais ou nenhuma, ao caso vertente, solucionando-se no primeiro caso, pelos critérios de resolução do conflito aparente de normas, e em ambos pela análise da tipicidade.

2. Conflito aparente de leis penais

“O sistema jurídico - composto de várias normas - deve ter, em princípio, unidade e coerência, para a garantia de vigência do princípio da segurança jurídica. A unidade do ordenamento jurídico exclui a existência de contradições em seu interior, propiciando-lhe uma harmonia interna.... O concurso aparente de normas penais (segundo alguns, concurso ideal, impróprio, concurso de tipos)... verifica-se na situação em que várias leis são aparentemente aplicáveis a um mesmo fato, mas na realidade, apenas uma tem incidência. Sendo assim, não há verdadeiramente concurso ou conflito, mas tão-somente aparência de concurso, visto que existe a transgressão real de apenas uma lei penal, o que dá lugar também a um único delito. (...)

Fundamenta-se no princípio de coerência sistemática e na máxima *ne bis in idem*, que veda punir duplamente o mesmo fato, como decorrência lógica do princípio da unidade do ordenamento jurídico.

Demais disso, cumpre dizer que o concurso aparente de leis penais ou de normas penais não se confunde com o concurso de delitos (ideal ou real). Este último implica na pluralidade de delitos, como resultado de várias lesões jurídicas. Dá-se uma concorrência efetiva (e não aparente) de leis penais. A questão no concurso delitivo é saber se a conduta realiza um ou mais tipos penais, ou se há várias condutas e lesões jurídicas.”³

Tal distinção se mostra relevante ao caso, onde ambos os concursos se apresentam, tanto é que o improvimento do *Habeas Corpus* pelo TRF -4ª Região, deu-se pela subsistência, de qualquer forma, do crime subsidiário de uso indevido de meio de telecomunicação, caso não caracterizado o estelionato.

Induvidoso ainda que, se caracterizado o estelionato ou o uso sem permissão de meio de telecomunicação ou a falsidade ideológica, haveria concurso de delitos com o crime de formação de quadrilha (CP, art. 299), que atinge bem jurídico diverso. O que para Stevenson seria a “pluriviolação ou pluralidade de

² Tavares, Juarez. *Teorias do delito*, p.2.

³ Prado, Luiz Regis, Op. cit., p. 116-117.

crime”, explicando que na “concorrência real de delitos se afigura como círculos tangentes entre si. O concurso formal, como círculos secantes, como uma parte comum e partes distintas, que correspondem aos crimes cometidos mediante um só comportamento.”⁴

No concurso aparente de leis penais a doutrina tem aceitado como critérios de resolução a especialidade, a subsidiariedade e a consunção⁵.

De certa forma, em primeira instância ao se entender o fato como estelionato (denúncia), a fraude foi considerada como etapa de sua realização, pelo critério da consunção, onde a primeira modalidade de “conteúdo do tipo penal mais amplo absorve o de menor abrangência, que constitui etapa daquele, vigorando o princípio *major absorbet minorem*”⁶. De outro lado, prevalecendo a falsidade ideológica ou o uso sem permissão de aparelho de telecomunicação, articulável o critério da subsidiariedade que “emerge como efeito de uma múltipla tutela realizada por tipos diversos a um determinado bem jurídico. Opera de forma auxiliar, subsidiária ou residual para as hipóteses que são objeto de proteção de outro dispositivo, chamado principal.”⁷

Sistematicamente, o conflito aparente de normas, pelos vários aspectos que suscita, ora é colocado na teoria do delito, ora na interpretação das normas penais, ora na teoria da lei penal, ora na aplicação ou mesmo na adequação típica⁸. Damásio diz tratar-se, a questão, de aplicação da lei penal, ainda que a maioria dos autores situem o tema no campo do concurso de crimes, mais por praticidade do que por sistematicidade⁹. Acertada a posição de Regis Prado que coloca o tema como objeto de estudo da Teoria Geral do Direito, pois diz respeito a unidade e coerência do sistema jurídico, que não admite contradições (antinomia) em seu interior, e para solução dessa incompatibilidade se recorrem a determinados critérios interpretativos¹⁰. Isso mostra a controvérsia que o tema suscita, e sua complexidade, quando o intérprete se defronta com fato, aparentemente se subsume a mais de um tipo penal.

⁴ Stevenson, Oscar. *Concurso aparente de normas penais*. Estudos de direito penal e processo penal em homenagem a Nelson Hungria, Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 36 apud Prado, L. R., Op. cit., p. 118.

⁵ Parte da doutrina acrescenta o princípio da alternatividade, onde a o fato é disciplinado por mais de uma norma e a aplicação de uma exclui as demais. No magistério de Regis Prado, seria hipótese excepcional de erro legislativo, solucionável pela *ab-rogação* tácita, não sendo o caso de concurso (Prado, L.R., Op. cit., p. 110 nota 118).

⁶ Prado, L.R., *Revista de ciências jurídicas*, 1998, p.244.

⁷ *Idem, Ibidem*, p. 243.

⁸ Daí Costa Júnior, José da, em nota a trad. da obra de Bettiol, Giuseppe. *Direito Penal*, p. 323, afirmar que “por ainda não estarem sistematizados, não podem ser unificados numa determinada posição, não obstante Bettiol diga que o tema refere-se a teoria do delito.

⁹ Jesus, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*, vol. 1, p.94.

¹⁰ Prado, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, p.116.

Entretanto, antes de ingressar no plano de eventual conflito aparente de leis penais, necessário o exame da tipicidade como etapa pretérita, e que daria ao caso, solução definitiva em vista do bem jurídico afetado, como veremos adiante.

3. Tipicidade

“O Direito Penal é, por excelência, um Direito tipológico. O tipo é a descrição abstrata de um fato real que a lei proíbe (tipo incriminador)”¹¹

Opera-se a tipicidade quando um fato subsume-se ao tipo penal.

O tipo penal tem basicamente duas funções: uma de garantia e outra de fundamentação do fato punível, limitando o poder punitivo do Estado, dando segurança na justiça punitiva com exclusão do arbítrio, pois só pode ser ilicitude penal a ilicitude típica.¹²

O tipo penal “é o conjunto de elementos do fato punível descrito na lei penal”, exercendo “uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes. É uma construção que surge da imaginação do legislador que descreve legalmente as ações que considera, em tese, delitivas. Cada tipo possui características e elementos próprios que os distinguem uns dos outros, tornando-os todos especiais, no sentido de serem inconfundíveis, inadmitindo-se a adequação de uma conduta que não lhe corresponda perfeitamente. Cada tipo desempenha uma função particular, e a ausência de um tipo não pode ser suprida por analogia ou interpretação extensiva.”¹³

No caso vertente, prevaleceu a atipicidade penal do fato, e sob essa ótica as demais subsunções reconhecidas (estelionato, falsidade ideológica e uso indevido de aparelho de rádio-transmissão) seriam inadmissíveis analogias.

É importante atentar que na aplicação da lei, ao trabalhar com o fato e a norma, deve o aplicador buscar o alcance e o conteúdo da norma, bem como fazer uma abordagem sobre o bem jurídico tutelado, para daí partir para ajustá-la ao fato concreto.

Na compreensão do bem jurídico tutelado pelos tipos penais do uso sem permissão de aparelho de rádio-transmissão, do estelionato e da falsidade ideológica, radica a solução da questão jurídica, ora em comento.

Propõem-se portanto nesse comentário, verificar como foi trabalhada a questão da tipicidade nas diversas instâncias jurisdicionais, e opinar pela mais acertada.

¹¹ Prado, L.R.. *OP. cit.*, p. 181.

¹² Fragoso, Heleno Cláudio. *Conduta punível*, p. 131.

¹³ Bitencourt, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*, p.84.

4. Do crime de uso sem permissão de aparelho de rádio-transmissão

É a tese que prevaleceu no TRF da 4ª Região, no sentido de que: se os acusados não eram permissionários dos serviços de telecomunicações, cometeram o delito previsto no art. 70 da Lei 4.177/67¹⁴.

O subterfúgio para dar improvidamento ao recurso contra decisão da 1ª instância, foi infeliz, pois ao aplicar subsidiariamente o entendimento de que haveria, ao menos, o crime em epígrafe, desconsiderou-se o *bem jurídico* passível de efetiva lesão, em conduta da espécie.

O resultado como efeito material ou jurídico do crime deve ser analisado sob o prisma do objeto tutelado pela lei penal, da forma que só haverá ofensa relevante ao Direito quando se vislumbrar duas conseqüências: a lesão (total ou parcial) de um bem ou interesse, ou a ameaça de lesão.¹⁵

Embora no tipo analisado, o delito seja formal, e o referido “dano a terceiro” represente uma majorante, mas em realidade não ocorreu sequer o dano potencial, já que a “instalação ou utilização” dos equipamentos tinham fim específico de fazer transmissão restrita aos vestibulandos do gabarito da prova, não havendo porque utilizarem de equipamento com potência capaz de intervir nos serviços de rádio-difusão, porquanto irrelevante a conduta, perante ao tipo penal objetivo apontado; e com mais rigor no tocante ao tipo subjetivo, pois não há vontade nesse sentido, restando inaplicável o critério da subsidiaridade. A aproximação segura deve ser feita em relação ao bem jurídico tutelado pela norma.

5. Do Estelionato

É a tese que prevaleceu provisoriamente na Primeira Instância (Justiça federal Catarinense), onde a denúncia foi recebida com imputação aos réus da prática de tentativa de estelionato¹⁶ e quadrilha.

O crime de estelionato oferece risco histórico que remonta Ulpiano (Dig. XI, VII, 20,3), consistente em fazer os juristas abranger situações que absolutamente não lhe são adequadas, como uma espécie de “arma de reserva” do ordenamento jurídico, empregável quando as demais não o sejam. Risco esse agravado pela própria natureza da fórmula incriminatória legal que se vale do que

¹⁴ Art. 70 da Lei 4.177/67: “Constitui crime punível com pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade, se houver dano à terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações sem observância do disposto nesta lei e nos regulamento”

¹⁵ Cf. Pimentel, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta*, p. 34 e 37.

¹⁶ Código Penal, Art. 171: “Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento”.

Quintano Ripolles¹⁷ chama de um “sistema definitório conceptual” (adotado e difundido, no século XIX, pelos códigos austríaco e alemão), de indiscutível superioridade em relação ao “sistema causalístico” (adotado pelo código napoleônico, mas criticado pela própria doutrina francesa, v.g., Garraud). A impossibilidade de criar-se um catálogo determinado de condutas pré-estipuladas com certo nível de precisão (dada à própria impossibilidade de abarcar-se *la protesica diversidad del ingenio humano*), limita-se a fórmula incriminatória legal, a fornecer os elementos básicos da fraude, do proveito e do prejuízo¹⁸. Dentre os argumentos de combate à equivocada adequação do caso ao estelionato, vislumbrando-se indubitavelmente a “relativa abertura do tipo”, como um impulso inicial, para que a adoção do tipo de estelionato.

Entretanto, o argumento constante do voto vencedor do Min. Fernando Gonçalves foi de que “se a manobra fraudulenta não se dirigiu ao patrimônio de pessoa determinada, seja física ou jurídica... não se tipificam as fatos denunciados como estelionato, por inexistência de vítima definida”, restando prejudicado o crime de quadrilha; o que, *data venia*, não suporta a menor argumentação em sentido contrário.

Um exemplo em contrário, foi a decisão do Tribunal de Alçada do Paraná¹⁹ que negou provimento a recurso de *habeas corpus* à candidatos aos vestibulares da Universidade Estadual de Maringá e a Universidade Estadual de Londrina, que utilizaram do mesmo expediente e foram também denunciados, em primeira instância, por estelionato. Adotando-se entendimento justamente diverso do acórdão em comento, vejamos:

“ESTELIONATO - concurso vestibular - fraude através de uso de meios eletrônicos - Meio idôneo - Vantagem econômica em prejuízo de terceiros - Sujeitos passivos a Universidade e os outros vestibulandos - *Habeas corpus* denegado.

Consta no corpo do acórdão o parecer da Procuradoria de Justiça no sentido de que: “ a alegação de que as condutas em concurso de agentes, visava pessoa indeterminada (*in incertam personam*) e, assim, por via de consequência não haverá tentativa de estelionato, queremos crer, não está correta. O meio enganoso foi dirigido sobre pessoas diversas daquelas que, ao final, poderiam ser prejudicadas. E isto, é muitas vezes, própria do estelionato (RT 603/411 e JUTACRIM 96/159). Tem mais; Embora as vítimas não tenham sido de pronto identificadas, elas pertenciam ou pertenceriam ao elenco de candidatos (devidamente inscritos) em número equivalente aos que pretendiam locupletar-se fraudulentamente. Pelo engodo tentado, haveriam as vítimas de sofrer perdas no patrimônio correspondentes as despesas globais necessárias ao vestibular. A

¹⁷ Ripolles, Quintano. *Tratado de la parte especial del derecho penal*, Madrid: 1964, T. II, p. 586, *apud* Batista, Nilo. *Decisões criminais comentadas.*, p. 132.

¹⁸ Cf. Batista, Nilo. *Idem*, p. 132-133.

¹⁹ Vide *Revista dos Tribunais*, v. 720, p. 526.

frustração, em realidade, no caso de exitosa manobra, superaria o dano material. Mas, este existiria neste sentido, aliás, tem-se como precedente, em sede de fraude praticada no vestibular o v. aresto na Ap. 17.324, p. 6.12.87/ TAMG (in “CP Comentado de Celso Delmanto, p. 306) e TRF, DJU de 4.6.90, p.11.754.”

Essa argumentação derrota a frágil tese de indeterminação das vítimas, já que numa prognose hipotética, se tais agentes conseguissem aprovação, os candidatos imediatamente seguintes ao último classificado (em igual número dos fraudadores/aprovados), seriam preteridos, o que refletiria, indiretamente, no campo patrimonial e moral. Também, a indeterminação cessaria, na hipótese de um concurso com apenas dois candidatos, onde um deles se utilizasse dessa fraude.

Entretanto, há diversos tipos penais levam a reflexos indiretos no patrimônio dos sujeitos passivos, e nem por isso, se constituem em crimes contra o patrimônio. Portanto, a exclusão da aplicabilidade do tipo do estelionato ao caso, deve se fazer pela abordagem do *bem jurídico* colocado em perigo ou lesionado pela conduta dos agentes, o equívoco está no método, ou na técnica de abordagem realizada.

Não se pode partir do tipo de estelionato como fôrma e forçarmos que o fato à ela se amolde. Mas sim, partir do fato e vislumbrar qual o dano (ou perigo) de maior relevância jurídico-penal, que no caso é a *fé pública* e não o patrimônio, com locupletação ilícita dos agentes. A relevância da locupletação ilícita (e não da fraude) no estelionato, foi ressaltada na lição de Hungria, ao expor que “ o Código Criminal de 1830 seguindo a tradição romana dava o nome de estelionato ao crime patrimonial por meio de artifício fraudulento, desatento a tradição reinol nos termos burla e enliço (inlício, das Ordenações). O título Burla foi conservado pelo Código Penal Português e é a tradução dada por José Higinio ao *betrug* alemão... A impropriedade de tal vocábulo para designar o *crimen stellionatus* está em que, nesta, a matéria punível não é a fraude em si mesmo (o engano, o induzimento em erro), mas a locupletação ilícita ou a injusta lesão patrimonial. O engano é apenas um momento precursor do crime. Este critério conceitual está definitivamente integrado no Direito Penal hodierno, sendo resultado de uma lenta e gradativa elaboração científica, no sentido de atribuir ao estelionato seu verdadeiro posto entre os crimes contra o patrimônio, para corrigir-se a imprecisão das fontes romanas e a obscura doutrina dos juristas medievais, que haviam confundido com o *falsun* (ofensa à fides pública, sem necessidade de um efetivo dano material)”²⁰. Nesse pensar, e parafrasando Hungria, diríamos que quem enxerga a subsunção do fato, aqui tratado, ao tipo de estelionato, estaria como os juristas medievais, confundindo-o com o *falsun*.

Quando o acórdão em comento fala em indeterminação da vítima (ou mesmo em Primeira Instância, reconheça-se um crime patrimonial), os operadores do Direito fazem uma abordagem partindo do objeto material do crime, que é

²⁰ Hungria, Nelson. *Comentários ao código penal*, vol. VII, p. 171.

representado por pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta do agente, enxergando uma indeterminação (ou uma lesão indireta ao patrimônio dos possíveis vestibulandos que seriam preteridos pela conduta), trabalhando com a realidade fenomênica do objeto material, que não se confunde com o objeto jurídico, que é trabalhado no campo normativo e que está na realidade jurídica.

A realidade jurídica, com o necessário apoio se constrói normativamente, tomando forma e significação jurídica, ganhando sentido na ordem do direito. O objeto jurídico é o bem jurídico, o interesse protegido pelo Direito, que não se limita a uma “apreciação individual”, sob aspectos econômicos ou psicológicos, mas que revela o indivíduo, como parte, em relação à sociedade juridicamente organizada, como o todo²¹.

Ora, a conduta dos denunciados coloca evidentemente em risco, um bem jurídico, mas amplo que o patrimônio de outrem, afeta a própria sociedade que exige lisura nos certames onde se definem vagas em cursos superiores, com mais rigor em universidade pública.

Nesse enfoque científico e sob o prisma do bem jurídico protegido pelas normas, sem se limitar a apreciação individual, mas enxergando o indivíduo como parte de uma sociedade juridicamente organizada, é que se vislumbra que o objeto a ser afetado com condutas, como as apreciadas, seria a *fé pública*, e não o *patrimônio*.

6. Da falsidade ideológica

É a posição constante do voto vencido do Ministro Vicente Cernicchiaro, no sentido de se tratar de crime de falsidade ideológica²², contrariando a posição pacificada no STJ de que as condutas da espécie não constituem crime.

Sustentou-se no voto vencedor do Ministro Fernando Gonçalves que não haveria falsidade ideológica uma vez que o preenchimento pelos candidatos dos gabaritos mediante *cola eletrônica*, não consistiu em declaração falsa ou diversa daquela que deveria ser escrita, pois as respostas eram verdadeiras, apenas foram obtidas por meio não convencional e contrário a ética.

Entendemos que a melhor qualificação jurídico-penal a ser dado a fatos como tais, é a do tipo da falsidade ideológica. E para tanto, primeiro vamos trabalhar no terreno do bem jurídico, para depois rebater a alegada inexistência da falsidade.

²¹ Cf. Luna, Everardo da Cunha. *Estrutura jurídica do crime*, p.37.

²² Código Penal, Art. 299: “Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar terceiro, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”.

Pois bem, “a idéia de bem jurídico lesado, ou em perigo de o ser, é que nos fornece a determinação do artigo de lei a ser aplicado. Mostra-nos o tipo de crime praticado e a punibilidade correspondente”²³.

No caso, os tipos penais do estelionato e da falsidade ideológica aos quais o fato parece adequar-se tipicamente, mostram-se como tipos abrangentes, onde o conteúdo de bem jurídico tornam-se por demais fluído, dificultando a abordagem a ser realizada pelos juristas.

Regis Prado, em aprofundado estudo sobre a evolução do conteúdo do bem jurídico penal, explica que é indubitoso o postulado da ameaça ou lesividade do delito aos bens jurídicos; mas em relação do conceito, os doutrinadores divergem, destacando-se que dentre as funções do bem jurídico, uma delas é teleológica, como um critério de interpretação dos tipos penais, condicionando o seu sentido e o alcance à finalidade de produção de certo bem jurídico, que é centralizador do tipo, em torno do qual giram os elementos objetivos e subjetivos²⁴.

O bem jurídico-penal da fé pública, pela sua fluidez, desde que tornou-se independente do bem jurídico patrimônio, suscitou críticas das mais diversas.

Teolindo Castiglione explica que quem notou a existência dos crimes contra a *fé pública* foi Filangieri, sendo criticado por: Carmignani que tachou àquele de “não ter meditado com suficiente maturidade a respeito da matéria”²⁵, Finzi: “o conceito é vago e abstrato”, Lauterburg: “conceito aéreo”, Gerland: “conceito confuso”, Liszt: “expressão poética, que se opõe a qualquer definição precisa”, Binding: “uma das expressões mais infelizes, porque é menos clara, das mais equívocas, de todo vaga e imprestável”, Gabba: “artificiais e indeterminados”, Maggiore: “fora da realidade, onde o crime vive e deve viver”, De Marciso: “incerto e controvertido”, etc. Outros, entretanto, o aplaudiram, como Carrara: “Aqui a palavra fé não é empregada no sentido de fidelidade ou cumprimento de uma obrigação contratual, mas no sentido de confiança”²⁶, Pessina: “não é simples confiança de um indivíduo em outro indivíduo, mas a fé sancionada pelo Estado”²⁷, Negri: “produto natural e espontâneo da convivência social. Tal conceito se formou como surgir da sociedade civil”²⁸, Sanduli: “tratando-se de crimes contra a fé pública, o interesse não é próprio do indivíduo comum a todos os cidadãos: é da própria sociedade”; Nesse sentido ainda se posicionaram: Artur Rocco, Manfredini, Sabatini, Ebner, Manzini, Puig Penã, Munoz, Rueda, Garraud, Ihering (confiança

²³ Figueiredo, Ariovaldo Alves de. *Comentários ao código penal*, p. 4.

²⁴ Prado, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 35 e 41.

²⁵ Carmignani. *Elementi del diritto criminali*, trad. Dingli, Napoles: 1854, nota ao § 1192, p. 338, apud Castiglione, Teolindo. *Código penal brasileiro comentado*, vol. X,1, p.5.

²⁶ Carrara, Francesco. *Programa del corso di diritto criminale*, vol. VII, Florença: 1.094, p.10, apud *idem, ibidem*, p.7.

²⁷ Pessina. *Elemento di diritto penale*, Napoles, 1885, vol.III, p. 126-127, apud *ibidem, ibidem*, p.7.

²⁸ Negri. *Dei reati contro la fede*. In *Completo trattato*, Cogliolo, Milão: 1890, vol.II, p. 319, apud *ibidem, ibidem*, p.8.

pública), Eduardo Couture(boa-fé) e mesmo Finzi, depois admitiu uma categoria de crimes contra a fé pública merecedora de proteção legal²⁹.

O homem, quando falsifica, não tem em mente causar lesão à *fé pública*; mas, geralmente, dirige e seus atos à obtenção de vantagem pessoal de natureza econômica, v.g., no tipo de circulação de moeda falsa, baseia-se na existência de uma sociedade com indivíduos cheios de fé, que acreditam na circulação e procedência legal da moeda. Se abstrair-se o ambiente social, conclui-se que o falsário não pode operar. Quando ele introduz a moeda falsa, não procura pessoa certa para convencê-lo da veracidade da moeda falsificada, mas sim, a primeira que encontra em determinado grupo social. Ora, se as leis concorrem para a formação da *fé pública*, deve concorrer para perpetrá-la, punindo os falsários³⁰.

A instituição do bem jurídico-penal da fé pública, constitui um avanço científico, não sendo admitida a análise de conduta da espécie, como ofensiva especificamente aos demais vestibulandos ou a universidade, mas sim, o que se ofende é a própria sociedade (no sentido do interesse violado, ser comum a todos os cidadãos), embora sejam àqueles (vestibulandos e universidade), os que suportam os efeitos materiais da conduta.

O concurso do vestibular exige que os candidatos atuem com lisura e lealdade, utilizando-se de seus conhecimentos para ingresso em curso de nível superior, partindo os candidatos da fé que todos responderão as questões, utilizando-se dos conhecimento próprios adquiridos com árduo estudo, e não de terceiros através de meio eletrônico. Fato que lesiona ou coloca em risco a fé pública.

Admitida pois, que a lesão jurídica seria à fé pública, veremos que há falsidade na declaração, através análise da forma com que foi executado o ilícito.

Ora, na falsidade material o que se falsifica é a materialidade gráfica do documento, enquanto que na ideológica “afeta-se tão somente na sua ideação, no pensamento que as letras encerram”, ou seja “o documento é genuíno ou materialmente verdadeiro (isto é, emana realmente da pessoa que nele figura como seu autor ou signatário), mas o seu conteúdo intelectual não exprime a verdade”³¹.

O candidato quando preenche o gabarito através dos sinais emitidos por outra pessoa, que detém maior conhecimento, serve de instrumento para exprimir o conhecimento daquela, que não é o próprio e que deveria constar do documento. É uma forma mais sofisticada do terceiro fazer a prova em seu lugar e nome. O vestibular é meio de prova do conhecimento de candidato, onde ele tem o dever jurídico de dizer a verdade, sendo indiferente se a maculação, desse dever, se deu pela presença de um terceiro em seu lugar, ou pela transmissão do conhecimento, desse terceiro, por meio eletrônico. A declaração é falsa, por valer-se de outra

²⁹ Cf. Castiglione, Teolindo. *Código penal brasileiro comentado*, p.5-7.

³⁰ Cf. *Idem*, *Ibidem*, p.5.

³¹ Hungria, Nelson. *Comentário ao código penal*, vol. XI, p. 272.

pessoa, é a chamada falsidade ideológica mediata³², ainda que *sui generis*, pois quem deveria fazer a declaração - o faz, mas funciona como um instrumento à declaração de um terceiro.

Dizer que “as declarações eram verdadeiras e apenas foram obtidas por meio não convencional” como sustentou o voto vencedor, refoge a lógica, ficando evidente que o julgador, equivocadamente, utilizou-se de critério de aferição do *falsun* material na aferição do ideológico. Alerta Fragoso³³ que no primeiro, o crime é apurado pelo exame do escrito para aferir a alteração, e no *falsun* ideológico, a constatação se dá pela verificação dos fatos a que se refere o documento. Logo, quando o Ministro Relator diz que a declaração é verdadeira, faz exame só do escrito(ou seja, que efetivamente o gabarito foi preenchido conforme as regras de preenchimento), ficando evidente que o preenchimento não foi diverso daquele que “deveria ser escrito”, usando de método de aferição do crime de falsidade material. Na falsidade ideológica deve-se indagar os fatos a que se refere o documento, no caso o gabarito (respostas), que deveria ser preenchido com o conhecimento do próprio vestibulando, e se há transmissão eletrônica de conhecimento de terceiro, que é levado ao gabarito, opera-se falsidade ideológica.

Como verberou com tradicional mestria, o Ministro Vicente Cernicchiaro em seu voto “o candidato se limitou a fazer a anotação ditada por outrem. Este, sim, foi o autor da prova. Aqui a fraude. Relevante porque influi na nota. Logicamente na classificação. Este decorre do conhecimento pessoal do candidato. Não se admite que outrem compareça em seu lugar. A procuração é inadmitida. O recurso a eletrônica conduz à mesma situação. Logo, os efeitos são os mesmos”.

Quando o gabarito é entregue ao candidato para posterior preenchimento, pressupõe sua legitimidade para preenchê-lo, após as resoluções das questões; assim ao colocar seu nome e número no gabarito a declaração é verdadeira, a falsidade só começa a fluir quando ele passa a responder as questões, sob orientação externa, iniciando-se aí o *falsun*.

No magistério de Hungria a “velha controvérsia trava-se em torno à questão de saber se a simulação maliciosa ou fraudulenta (em prejuízo de terceiros), sobre ser ilícito civil, configura, ou não o crime de falsidade ideológica. Dumoulin, repetindo Baldo, dizia que *Laiud falsun, aliud simulatio*. A reconhecida distinção, porém a esse tempo, tinha em vista tão somente a *simulação* e o *falsun* material, pois o conceito de *falsun* ideológico foi estranho aos juristas medievais... Ora, o que ocorre na simulação, é precisamente o que ocorre na falsidade ideológica: as palavras (verba) são genuínas (provindas de quem devia ou podia escrever o documento e correspondentes à sua vontade), mas o pensamento (mens) que traduzem, não é verdadeiro(tendo sido intencionalmente e conscientemente

³² Cf. Noronha, E. Magalhães. *Direito penal*, v.4, p.237: Na falsidade mediata é co-autor aquele que escreve o documento, não sendo imprescindível sua presença na execução do crime.

³³ Fragoso, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, v.3, p.352.

expresso *aliud pro alio*. (...) Genufno ou autêntico na sua aparência sensível (forma exterior), mas inverfídico na sua substância (conteúdo intrínseco). Confundem-se, megavelmente, a simulação fraudulenta e a falsidade ideológica.”³⁴

É o que ocorre na espécie, onde o documento e as palavras (ou preenchimento) são genufnos (da universidade e do candidato), mas o pensamento (*mens*) não é genufno, não pelo sentido das respostas serem ou não as pretendidas pelo agente, mas sim, no tocante a origem - a fonte do saber, ou seja de onde advieram as respostas inseridas no gabarito.

Outro aspecto a ressaltar, é que o fato de se tratar do uso de “meio eletrônico”, pode levar o aplicador ou o intérprete mais afoito a pensar em termos de neocriminalização, não se atentando que não há um novo bem jurídico atingido, com tal conduta, mas sim, a velha *fé pública* vislumbrada por Filangieri, sendo que o tipo penal da falsidade ideológica, deve receber configuração adequada a realidade social em que vige; Ora, se outrora tal crime se operava de forma mais rústica(v.g., com a mera sobreposição de fotografias), não é o uso de avanços científicos como a informática, a eletrônica, a robótica e quiçá a clonagem humana, que irão impedir a adequação típica, atualmente, desde que o bem lesionado ou em risco seja a fé pública.

Não se concebe a aplicação da lei (ou assim a sua rejeição), sem a devida interpretação, deve-se na concretude do fato, perceber que o bem jurídico-penal colocado em risco foi a fé pública, donde se vislumbra em seleção dos tipos penais, que a falsidade ideológica (na forma tentada) seria a única adequada, não havendo um conflito aparente de normas decorrente das diversas qualificações emprestadas ao fato. Configurado entretanto o concurso material de crimes, em face ao tipo penal de quadrilha, que atinge bem distinto(paz pública), ocorrendo os círculos tangentes de Stevenson(vide nota 4).

Portanto, escoreito o voto, ainda que vencido, do Ministro Vicente Cernicchiaro.

7. Conclusões

1. A relativa abertura nos tipos penais de estelionato e falsidade ideológica, levam ao excesso de assimilações e percepções, com conseqüente erros na captação e interpretação daqueles, devendo o operador do Direito dar o tratamento correto, para se alcançar a solução mais racional e objetiva.
2. Necessário trabalhar primeiro no plano jurídico-normativo, avaliando a extensão do bem jurídico (objeto jurídico) dos tipos penais trabalhados, para depois passar a abordagem do objeto material; falar-se em indeterminação da vítima (estelionato), seria uma passagem precipitada

³⁴ Idem, *Ibidem*, p. 281-282.

ao plano fenomênico, sem o necessário trabalho no plano jurídico, para a eleição do tipo penal.

3. Há desacerto no acórdão, pois a conduta subsume-se ao crime de tentativa de falsidade ideológica, pois a declaração ainda que realizada pelo próprio candidato, é falsa porque ele estava sob a orientação de outra pessoa. A falsidade é da declaração, e o instrumento não a legitima.
4. O STJ vem considerando tais condutas como lícitas em face ao Direito Penal, mas os agentes continuam a serem indiciados, denunciados e até condenados em primeira instância, por estelionato ou falsidade ideológica, sendo necessário uniformizar o entendimento ou criar um novo tipo penal, oportunamente, principalmente quando se avizinha uma reforma na Parte Especial do Código Penal.

7. Referências bibliográficas

- Batista, Nilo. *Decisões criminais comentadas*, Rio de Janeiro: Liber-juris, 1976.
- Bitencourt, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- Castiglione, Teolindo. *Código penal brasileiro comentado*, v.X, São Paulo: Saraiva, 1956, v.X.
- Cernicchiaro, Vicente. *Questões penais*, Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- Figueiredo, Ariovaldo Alves de. *Comentários a o código penal*, São Paulo: Saraiva, 1986, v. II.
- Fragoso, Heleno Cláudio. *Conduta punível*, São Paulo: José Bushatsky, 1961.
- Fragoso, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1981, v.3.
- Hungria, Nelson. *Comentários ao código penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1967, v. VII.
- Hungria, Nelson. *Comentários ao código penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1967, v. XI.
- Jesus, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, 1990., v.1.
- Luna, Everardo da Cunha. *Estrutura jurídica do crime*, Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1970.
- Noronha, Edgar Magalhães. *Direito penal*, São Paulo: Saraiva, 1978, v.4.
- Pimentel, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- Prado, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- Prado, Luiz Regis. *Revista de ciência jurídica*, nº 2, Maringá: Universidade Estadual de Maringá, 1998.
- Prado, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, parte geral, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Stevenson, Oscar. *Concurso aparente de normas*. Estudos de direito e processo penal em Homenagem a Nelson Hungria, Rio de Janeiro: Forense, 1962.

Tavarez, Juarez. *Teorias do delito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.980.