

## A atipicidade da cola eletrônica e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Guilherme Arruda de Oliveira

Resumo. A conduta denominada cola eletrônica ganhou destaque nos últimos anos evoluindo juntamente com a tecnologia. Do ponto de vista jurídico a conduta merece destaque pois aborda a inexistência de legislação específica para punir tal conduta ao passo que a jurisprudência em determinados casos confere a prática da cola eletrônica a existência de crime. Aqui refletimos o atual entendimento da Corte Suprema acerca da questão.

Abstract. The conduct electronic cheat called gained prominence in recent years evolved with the technology. From the legal point of view the conduct deserves emphasis because addresses the lack of specific legislation to punish such conduct while in the case law in some cases gives the practice of electronic cheat the existence of crime. Here reflect the current understanding of the Supreme Court on the issue.

### Intróito

Antes de tecer qualquer consideração acerca do mecanismo comumente chamado “cola eletrônica” é imperioso ressaltar que não abordaremos se a conduta é tida como ato moral e socialmente reprovável mas analisaremos o ponto de vista prático processual acerca da inclusão da “cola eletrônica” em algum tipo penal, não é de se espantar que embora tenha decidido a matéria por unanimidade o Supremo Tribunal Federal ao considerar a cola eletrônica como fato atípico todas as vezes que se reacende a discussão da matéria nos

debates da Corte nos inspira uma série de dúvidas e questionamentos. Sendo assim não esgotaremos a parte técnica e doutrinária da questão mas apenas colocaremos a incidência do posicionamento dominante de acordo com a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal onde o precedente fora originado de um caso de repercussão nacional.

## 1 Histórico

Quem não cola não sai da escola! Ora apesar da redundância do dito popular é normal que muitas pessoas tenham se aproveitado do mecanismo chamado cola ou vulgarmente conhecido como “pescoço de girafa” para visualizar na prova alheia algo que naquele momento parecia estar ausente do raciocínio. Milhares de pessoas utilizam desse artifício através de pequenos papéis espalhados por entre o corpo, redução de textos de livros de forma que as letras se transformem em pontos, cutucões na carteira do colega da frente, dentre vários outros meios de sugar parte do conhecimento que infelizmente por inúmeras circunstâncias nos divagam no momento dos exames.

Tal prática é rotineira nas escolas, nas universidades, pois em muitas das vezes alunos displicentes não se esforçam para aprender o conteúdo ou simplesmente se queixam que o tempo lhes é insuficiente para estudar para o exame, razão pela qual lamentavelmente acabam recorrendo à cola, como subsídio no resultado final.

Que a cola é meio comum no meio acadêmico todos nós estamos estupefatos de saber pois vivenciamos tal situação de uma maneira ou de outra em nosso cotidiano. Agora, utilizar-se da cola em processos seletivos, teria a mesma gravidade? Por exemplo, as respostas constantes de um gabarito por meio da cola poderiam inserir o transmissor da cola e o candidato em algum tipo penal?. Por um minuto poder-se-ia pensar que a cola poderia ser considerada CRIME?

Pois bem essa discussão tornou-se ainda mais voraz quando no ano de 2004 a Polícia Federal através da sugestiva operação denominada PENSACOLA desarticulou um grupo que fazia exatamente uso da COLA ELETRÔNICA na cidade de Rio Branco – Acre.

Ainda soa recente a repercussão no cenário nacional acerca da conduta dos agentes daquele determinado grupo onde tal fato resultou na prisão temporária e depois preventiva dos idealizadores diga-se de passagem da cola escolar, só que agora por meios eletrônicos. Surgia aí a famosa COLA ELETRÔNICA.

Na Seção Judiciária do Acre, se originava depois de vasta investigação policial o processo nº 2004.30.00.00.12.04-0 onde a princípio o Ministério Público Federal havia oferecido denúncia contra todos os envolvidos pela prática então do delito de estelionato qualificado, tipificado no art. 171, § 3º do Código Penal. Diga-se de passagem que o delito fora considerado qualificado em razão de ter sido cometido em face da Universidade Federal do Acre.

A diferença fundamental entre a cola comum e a cola eletrônica é que a cola eletrônica era fornecida mediante pagamento por parte do suposto aluno beneficiado, como bem narrou a sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Acre, que na ocasião entendeu de forma fundamentada se tratava a cola eletrônica de fato típico, ou seja, a conduta de fraudar o concurso vestibular mediante uso da cola eletrônica era estelionato qualificado.<sup>1</sup>

Nos idos de 2005 a discussão ainda tornou-se mais calorosa pois havia junto ao Superior Tribunal de Justiça, precedente contrário e que de certo modo também era fundamentado:

RHC. RECURSO ORDINÁRIO OFERECIDO A DESTEMPO. VESTIBULAR. "COLA ELETRÔNICA". NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CRIME.

1. Não obstante oferecido a destempo o recurso ordinário, a teor da letra do art. 30, da Lei 8.038/90, não há impedimento, sendo, inclusive, recomendado pela jurisprudência, que dele se conheça como ordem de "habeas corpus".
2. O preenchimento, através de "cola eletrônica", de gabaritos em concurso vestibular não tipifica crime de falsidade ideológica. É que nos gabaritos não foi omitida, inserida ou feita declaração falsa diversa daquela que devia ser escrita. As declarações ou inserções feitas nos cartões de resposta por meio de sinais eram verdadeiras e apenas foram obtidas por meio não convencional.
3. A eventual fraude mostra-se insuficiente para caracterizar o estelionato que não existe "in incertam personam".
4. Recurso conhecido como "habeas corpus". Ordem concedida para trancar a ação penal.<sup>2</sup>

No mesmo sentido o Tribunal Regional Federal da 1ª Região ao apreciar pedido dos alunos supostamente envolvidos na cola eletrônica reiteradamente decidia:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. FRAUDE EM VESTIBULAR. COLA ELETRÔNICA.

1. Os precedentes dão conta de que a cola eletrônica no vestibular, praticada pelos estudantes, que recebem os gabaritos, no recinto da provas, enviados do ambiente externo, por meios eletrônicos, não se enquadra no estelionato, que impescinde de vantagem material, por se tratar de crime material, e que exige vítima determinada; nem, da mesma forma, na falsidade ideológica, pois as declarações inseridas pelos candidatos nos cartões

de resposta, mesmo obtidas por meios não convencionais, são, no entanto, verdadeiras e não mentirosas, como exige o tipo (art. 399 - CP).

2. Afirma-se, outrossim, que tais condutas, apesar de reprováveis social e moralmente, não se subsumem em nenhum tipo penal em vigor, ou em eventual fraude, em face do princípio da reserva legal e da vedação da aplicação da analogia para prejudicar o acusado, competindo ao legislador, sob os auspícios da política criminal, incriminar (ou não) a conduta como novo tipo de estelionato, ou fraude outra.

3. Concessão da ordem de habeas corpus. Trancamento da ação penal.<sup>3</sup>

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. FRAUDE EM VESTIBULAR. COLA ELETRÔNICA. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. INTIMADAÇÃO DE TESTEMNHA.

1. Os precedentes dão conta de que a cola eletrônica no vestibular, praticada pelos estudantes, que recebem os gabaritos, no recinto das provas, enviados do ambiente externo, por meios eletrônicos, não se enquadra no estelionato, que imprescinde de vantagem material, por se tratar de crime material, e que exige vítima determinada; nem, da mesma forma, na falsidade ideológica, pois as declarações inseridas pelos candidatos nos cartões de resposta, mesmo obtidas por meios não convencionais, são, no entanto, verdadeiras e não mentirosas, como exige o tipo (art. 399 - CP).

2. Afirma-se, outrossim, que tais condutas, apesar de reprováveis social e moralmente, não se subsumem em nenhum tipo penal em vigor, ou em eventual fraude, em face do princípio da reserva legal e da vedação da aplicação da analogia para prejudicar o acusado,

competindo ao legislador, sob os auspícios da política criminal, incriminar (ou não) a conduta como novo tipo de estelionato, ou fraude outra.

3. A negativa de autoria do crime de coação, que exige incursão na seara fático-probatória, não pode ser reconhecida na angusta via mandamental eleita.

4. Concessão parcial da ordem de habeas corpus. Trancamento da ação penal em relação aos crimes de estelionato e falsidade ideológica.<sup>4</sup>

Diante da divergência jurisprudencial que ganhava força por ambos os lados de análise jurídica, a questão se tornava ainda mais séria, pois de um ponto não havia legislação específica que amparava a pretensão de inserir possíveis usuários da cola eletrônica em nenhum tipo penal, por outro aspecto a utilização de pagamento pelos envolvidos direcionava o fato para se caracterizado como estelionato.

## 2 Do recente entendimento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça

Embora o Superior Tribunal de Justiça já tivesse se posicionado no julgamento do HC 7376/SC acerca da atipicidade da cola eletrônica a questão voltaria a ser debatida na Corte de Justiça por ocasião do HC nº 41.590 do Acre tendo exatamente como autoridade coatora o Juízo Federal do Acre que examinava o caso da cola eletrônica no exame vestibular do ano de 2002 da Universidade Federal do Acre.

O Habeas Corpus então fora distribuído para a SEXTA TURMA tendo como relator o Min. Paulo Galotti, onde por maioria vencido o Ministro Paulo Medina a Turma assim entendeu:

HABEAS CORPUS. FRAUDE A VESTIBULAR POR MEIO DA CHAMADA "COLA ELETRÔNICA". PACIENTE DENUNCIADO POR VIOLAÇÃO DOS ARTS. 158, 171, 288 E 299, TODOS DO CÓDIGO PENAL; ARTS. 1º, I, E 2º, I, AMBOS DA LEI Nº 8.137/90; ART. 1º, V E VII, DA LEI Nº 9.613/98; ART. 70 DA LEI Nº 4.117/62; ARTS. 12 E 16, AMBOS DA LEI Nº 10.826/2003; E ART. 125, XIII, DA LEI Nº 6.815/80. PEDIDOS DE TRANCAMENTO DA AÇÃO E DE REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. WRIT JULGADO PARCIALMENTE PREJUDICADO E DENEGADO.

1 - Em razão do advento de sentença que absolve o paciente das acusações da prática dos delitos descritos nos artigos 299 do Código Penal, 70 da Lei nº 4.117/62, 1º, I, da Lei nº 8.137/90, e 125, XIII, da Lei nº 6.812/80, com trânsito em julgado para o Ministério Público, resta prejudicado, relativamente a esses crimes, o pleito de trancamento da ação.

2 - Paciente condenado por estelionato e formação de quadrilha por ter liderado gigantesco esquema de fraude ao vestibular de medicina da Universidade Federal do Acre - UFAC, realizado em junho de 2002, em que fornecera a diversos candidatos, mediante pagamento de elevadas quantias em dinheiro, gabaritos das provas por meio de micro-transmissores, fraude conhecida como "cola eletrônica".

3 - Inviável o trancamento da ação em relação a esses delitos, ao argumento de que o fornecimento de "cola eletrônica" é conduta atípica, tendo em conta a complexidade fática do caso, que não versa pura e simplesmente sobre a conduta de quem se utiliza desse tipo de fraude para lograr aprovação em vestibular, tratando-se, na verdade, de organização criminosa, encabeçada pelo paciente, que já atua no ramo da venda de gabaritos, inclusive em âmbito nacional, há mais de 18 anos, tendo já fraudado cerca de 32 instituições de ensino superior nesse período.

4 - Nesse sentido, o argumento de que não teria existido vítima certa ou prejuízo determinado não pode subsistir, tendo em conta que ao menos a Universidade Federal do

Acre teve um prejuízo, como se vê da sentença condenatória, de aproximadamente R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais), resultante dos dois anos em que os 28 alunos aprovados ilícitamente ali cursaram, até o advento de decisão, proferida em ação civil pública, que os afastou das cadeiras universitárias, integrando, em seu lugar, os candidatos classificados idoneamente.

5 - Correta a competência da Seção Judiciária do Acre para o julgamento dos crimes de extorsão, porte irregular de arma de fogo de uso permitido e posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, lavagem de dinheiro e sonegação fiscal em razão da conexão probatória com o estelionato e a formação de quadrilha.

6 - Encontra-se o presente habeas corpus prejudicado no tocante ao pleito de revogação da custódia cautelar do paciente, já que o Tribunal de origem, no HC nº 2005.01.00.013876-3/AC, julgado em 3/5/2005, concedeu-lhe o direito de apelar em liberdade.

7 - Habeas corpus julgado parcialmente prejudicado e denegado.<sup>5</sup>

Veja-se por oportuno que agora a divergência ganhava corpo no sentido de se configurar a cola eletrônica como delito de estelionato razão pela qual restava o posterior posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do caso e eis que agora nos dirigiremos para a Corte Suprema.

### 3 Da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Provavelmente um tema de tamanha relevância demoraria anos para chegar ao Supremo Tribunal Federal tamanha é a gama de recursos inerentes ao processo brasileiro. Porém em



se tratando de matéria criminal a Constituição Federal ampara as liberdades individuais conferindo o direito das partes recorrerem mediante interposição de Habeas Corpus.

Tramitava de longa data junto ao Supremo Tribunal Federal o Inquérito nº 1.145 da Paraíba que visava apurar exatamente se a conduta da cola eletrônica poderia ser tipificada como CRIME.

A denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal a princípio fora pela tipificação da cola eletrônica como delito de estelionato, alternando posteriormente para o delito de falsidade ideológica.

Salienta-se que o Inquérito somente foi distribuído para o Supremo Tribunal Federal porque tratava de suposta conduta praticada por Deputado Federal.

O Inquérito fora distribuído para o Min. Maurício Corrêa que rejeitou a denúncia por entender o fato como sendo atípico.

Após um pedido de vista, o Ministro Gilmar Mendes também acompanhou o voto do Ministro Relator e REJEITOU a denúncia pelo que em 03/08/2005 também foi acompanhado pelo Ministro Joaquim Barbosa.

Antes de proferir decisão sobre o julgamento, o Ministro Carlos Britto em Agosto de 2005 requereu vista do processo devolvendo-o em Novembro de 2006.

Nesse interregno fora distribuído também para o Ministro Carlos Britto o HC nº 88.967 do Acre que atacava exatamente a decisão da Sexta Turma do STJ no julgamento do HC nº 41.590 discutido acima, o que aumentaria ainda mais (se fosse possível) o entrave jurídico envolvendo a cola eletrônica.

Apenas para constar tempos depois ainda no ano de 2006 o HC nº 88.967 depois de devidamente instruído fora sobrestado até julgamento final do Inquérito nº 1.145, pois as matérias tratadas eram co-relatas.

Em Novembro de 2006, exatamente no dia 16 o Ministro Carlos Britto abre então um precedente no Plenário do STF RECEBENDO a denúncia e causando uma reviravolta no julgamento que até então possuía 03 (três) votos favoráveis à REJEIÇÃO da denúncia. Naquela ocasião o Ministro Carlos Britto fora acompanhado pelos Ministros RICARDO LEWANDOWSKI, JOAQUIM BARBOSA (que retificou sua posição original), sendo que a ministra CARMÉN LÚCIA acompanhou o relator e REJEITOU a denúncia, razão pela qual após a mudança do voto do Min. JOAQUIM BARBOSA o julgamento estava empatado em 03 (três) a 03 (três) e a cola eletrônica estava longe de ter um fim doutrinário ou jurisprudencial.

Pois bem após o empate o Ministro CEZAR PELUSO pediu vista do processo pelo que o devolveria no dia 19/12/2006, última sessão plenária do ano de 2006.

Ao proferir seu voto o Min. CEZAR PELUSO acompanhou o voto do relator e REJEITOU a denúncia, logo após o Min. MARCO AURÉLIO votou pelo RECEBIMENTO da denúncia pelo que novamente o julgamento restou empatado, até aí eram 04 (quatro) votos para cada tese. Restavam tecnicamente mais 02 (dois) ministros, quais sejam, Min. Eros Grau, impedido de participar da votação porque substituíra o relator e o Ministro Sepúlveda Pertence.

Anunciado pela Presidente do STF para proferir voto de desempate o Min. Sepúlveda de forma resumida proferiu voto acompanhando o relator e REJEITANDO a DENÚNCIA.

Encerrado o julgamento por 05 (cinco) votos à 04 (quatro) não haveria outro entendimento senão considerar que a conduta denominada cola eletrônica é ATÍPICA.

Mas de modo curioso ainda restava o julgamento do HC nº 88.967 do Acre a ser apreciado pela 1ª Turma do STF, que em Fevereiro de 2007 firmou o seguinte precedente, uma vez que até a presente data a ementa do julgamento do Inquérito nº 1145 não fora publicada:

HABEAS CORPUS. "COLA ELETRÔNICA". ATIPICIDADE. TRANCAMENTO PARCIAL DA AÇÃO PENAL CONTRA O PACIENTE.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Inquérito 1145 (no qual fiquei vencido), reconheceu que a conduta designada "cola eletrônica" é penalmente atípica. O que impõe o trancamento, no ponto, da ação penal contra o paciente. Prosseguimento da ação penal, quanto a acusações de outra natureza. Ordem parcialmente concedida<sup>6</sup>.

Tão somente após o julgamento e apreciação exaustiva do STF sobre a cola eletrônica é que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região voltou a aplicar prontamente o entendimento da Corte Suprema, como se depreende do seguintes aresto:

HABEAS CORPUS". "COLA ELETRÔNICA". VESTIBULAR. UFAC. ATIPICIDADE. PRECEDENTES DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. A "cola eletrônica" em vestibulares não configura o tipo penal da falsidade ideológica ou de estelionato qualificado, consistindo em conduta atípica, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus 88.967-1/AC, 1ª Turma, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, j. 06/02/2007).

2. Concessão da ordem. Extensão aos demais acusados.<sup>7</sup>

Mesmo após a decisão do Supremo Tribunal Federal é verdade que o próprio Supremo Tribunal Federal ainda encontra lá divergências doutrinárias envolvendo a matéria. Vale lembrar aqui brevemente no julgamento do HC nº 90.828-4 do Rio de Janeiro onde ao proferir seu voto o Min. Menezes Direito constou ao fazer referência ao entendimento sobre a cola eletrônica firmado pelo Pretório:

“(...) Senhor Presidente, também entendo que não se pode equiparar cola eletrônica com a venda de gabarito. São duas coisas completamente diferentes. Uma, é a cola eletrônica durante o processamento do exame; outra a venda de gabarito antes de iniciado o exame; embora eu queira manifestar, neste momento, a minha discordância com a orientação acolhida pelo Plenário (...) Isso é um sinal de absoluta impunidade com o primeiro princípio de quem faz uma prova, que é a igualdade de tratamento, ainda mais considerando tratar-se de uma escola pública. Mas aí, a decisão foi tomada e não se pode discutir mais”.

O que resta saber é se por exemplo no caso de consumada a cola eletrônica e sendo ela fato atípico podemos cogitar a hipótese de responsabilidade civil aos causadores da cola. Isto é, podemos falar em dano se não existe a figura do estelionato?. Podemos falar em prejuízo da entidade de direito público ainda que os alunos que ingressaram de forma indevida participam dos mesmos gastos?. Bom, pelo visto a matéria ainda se encontra longe de ser pacificada agora no campo da responsabilidade civil.

Outrossim tramita junto ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região Agravo de Instrumento<sup>8</sup> que combate Ação Civil Pública justamente com o intuito exatamente de barrar a incidência da responsabilidade civil por ausência de dano, ainda em fase de apreciação pelo Tribunal porém com efeito suspensivo ativo já deferido, por em análise precípua entender o Tribunal exatamente a inexistência de dano decorrente da conduta denominada cola eletrônica.

De qualquer forma é mais uma discussão que temos para enaltecer as grandes mentes do Direito Brasileiro.

## Conclusão

Como visto a cola também evoluiu com a tecnologia inclusive sendo objeto de ferrenha discussão jurisprudencial, que encontra em todos os lugares defensores das mais intrigantes e respeitadas teses. Porém até nova discussão legislativa acerca do caso temos que a conduta denominada cola eletrônica foi tida pelo Supremo Tribunal Federal como conduta atípica, razão pela qual não pode ser considerada como crime. Já em relação à reprovação social e moral da conduta ao invés de tecermos considerações à respeito deixamos à cada um a reflexão ao cargo de suas próprias consciências.

[1] Íntegra da r. sentença disponível em: <http://www.ac.trf1.gov.br/noticias/2005/anexos/fraude%20vestibular%20sentença%20versã%20final.htm>.

[2] RHC 7.376/SC, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 01.07.1998, DJ 14.09.1998 p. 136

[3] HC 2004.01.00.042528-4/AC, Rel. Desembargador Federal Olindo Menezes, Terceira Turma, DJ de 25/02/2005, p.14.

[4] HC 2005.01.00.047311-0/AC, Rel. Juiz Federal Saulo José Casali Bahia (conv), Terceira Turma, DJ de 29/07/2005, p.32

[5] HC 41.590/AC, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 04.05.2006, DJ 12.06.2006 p. 544.

[6] HC nº 88.967, Rel. Ministro Carlos Britto, 1ª Turma, julgado em 06.02.2007, DJ 13.04.2007, p. 00102.

[7] HC 2007.01.00.028859-0/AC, Rel. Juiz Federal Leão Aparecido Alves (conv), Terceira Turma, DJ de 21/09/2007, p.36

[8] AG 2007.01.00.035604-0/AC, Rel. Des. Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma.

Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/42/01/4201/>> Acesso em: 10 mar. 2008.