

Veja a bibliografia
utilizada para a produção
deste capítulo acessando o
Conteúdo Extra Proview.



Raquel Lima Scalcon

TÍTULO X

DOS CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA

Capítulo I

Da moeda falsa

INTRODUÇÃO – DOS CRIMES CONTRA A “FÉ PÚBLICA”

O bem jurídico fé pública é um dos mais misteriosos do Código Penal, não sendo sua definição problema recente, mas debate antigo. Para orientar os comentários abaixo, adotamos o seguinte conceito geral de “fé pública”: “confiança que a sociedade deposita nos objetos, sinais e formas exteriores (moedas, emblemas, documentos) aos quais o Estado atribui um valor probatório qualquer”¹. O binômio alemão *Treue und Glaube* (fidelidade e confiança) é útil à explicação: o desvalor das condutas tipificadas neste Título está na falsificação de algo em regra digno da maior confiança, pois o que não merece confiança não costuma ser objeto de falsificação². Não por acaso, a pena atribuída à falsificação de um documento público é maior do que a atribuída

à falsificação de um documento particular. A diferença reside justamente no fato de que ao primeiro se concede maior fidúcia. Ademais, os crimes contra a fé pública são instrumentais, no sentido de que pouca razão há para que se pratique a falsificação pela falsificação. Quer-se, com ela, obter algum resultado posterior (por exemplo, usando-a para fins de estelionato). Essa ideia inclusive irá impactar o concurso aparente de normas penais, muito frequente nos delitos ora examinados (sobretudo nos critérios da *subsidiariedade* e da *consunção*).

Neste grande título – dos crimes contra a fé pública –, o legislador optou por agrupar as condutas em três grandes capítulos: (i) da moeda falsa; (ii) da falsidade de títulos e outros papéis públicos; (iii) da falsidade documental e (iv) de outras falsidades.

1. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. Parte Especial. Vol. 3. Saraiva: São Paulo, 1994, p. 123.

2. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 123.

Moeda Falsa

Art. 289. Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, por conta própria ou alheia, importa ou exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda ou introduz na circulação moeda falsa.

§ 2º Quem, tendo recebido de boa-fé, como verdadeira, moeda falsa ou alterada, a restitui à circulação, depois de conhecer a falsidade, é punido com detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois), e multa.

§ 3º É punido com reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e multa, o funcionário público ou diretor, gerente, ou fiscal de banco de emissão que fabrica, emite ou autoriza a fabricação ou emissão:

I – de moeda com título ou peso inferior ao determinado em lei;

II – de papel-moeda em quantidade superior à autorizada.

§ 4º Nas mesmas penas incorre quem desvia e faz circular moeda, cuja circulação não estava ainda autorizada.

COMENTÁRIOS

1. Das condutas tipificadas

Da leitura do artigo 289 e de seus parágrafos, depreende-se a criminalização das seguintes condutas: (a) falsificar, por fabricação ou alteração, moeda de curso legal (*caput*); (b) importar, exportar, adquirir, vender, trocar, ceder, emprestar, guardar ou introduzir na circulação moeda falsa (*caput* e § 1º); (c) restituir à circulação moeda que sabe ser falsa ou alterada, a qual foi previamente recebida de boa-fé, como verdadeira (§ 2º); (d) fabricar, emitir ou autorizar

a fabricação ou a emissão, o funcionário público, diretor, gerente ou fiscal de banco de emissão, de (I) moeda com título ou peso inferior ao determinado por lei ou (II) papel-moeda em quantidade superior à autorizada (§ 3º); (e) desviar e fazer circular moeda cuja circulação não estava ainda autorizada (§ 4º).

2. Generalidades e classificação

Tais figuras delitivas compartilham as seguintes características: são crimes de perigo abstrato, cuja consumação exige aptidão a gerar perigo (*periculosidade*)³ ao bem jurídico fé pública.

3. A legitimidade dessa forma de incriminação e o próprio conceito de crimes de perigo abstrato são objeto de longo debate. Nestes comentários, adotamos uma noção de crime de perigo abstrato como delitos de aptidão (*Eignungsdelikte*), caracterizados pela aptidão real *ex ante* (quando do início da conduta) de produzir uma futura consequência danosa a bens jurídicos (ver o clássico FRISCH, Wolfgang. *An den Grenzen des Strafrechts*. In: KÜPER, Wilfried; WELP, Jürgen (Hrsg.). *Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C.F. Müller, 1993, p. 69 ss). Essa aptidão costumeira no direito brasileiro e na jurisprudência, ser chamada de “periculosidade”. Muito embora o tipo penal de crimes de perigo abstrato descreva condutas presumidamente perigosas, essa presunção não é absoluta. Ou que a absoluta inaptidão de uma conduta formalmente típica a gerar dano futuro deve torná-la, em se tratando de delito de perigo abstrato, *materialmente atípica*, com redução teleológica do tipo penal à luz do bem jurídico tutelado, com base no art. 17 do Código Penal (HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito Penal, Parte Geral*. Traduzido por Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 52). Ver ainda BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, *passim*.

4. Minoritariamente, Busato considera as figuras do *caput* crimes de perigo concreto (BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal: parte especial*. Vol. 3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 312). Assim também para GOMES

não exige, para sua consumação, um resultado naturalístico diverso, no tempo e no espaço, da conduta em si realizada (crimes de mera atividade ou “formais”⁵), e, por fim, são crimes comuns (com exceção das modalidades tipificadas no § 3º, que são de violação de dever ou “especiais”⁶). No âmbito do tipo subjetivo, tem-se delitos dolosos destituídos de elementos especiais.

Há, todavia, diferenças importantes entre as figuras típicas, a saber: apenas algumas são tipos penais mistos alternativos⁷ (*caput*, § 1º e § 3º); não há coincidência quanto ao preceito secundário, pela existência de duas figuras qualificadas (§ 3º e § 4º) e uma privilegiada (§ 2º) e, por fim, alguns apresentam acessoriedade administrativa na formação da norma penal (§ 3º e § 4º)⁸.

3. Especificidades

(a) Art. 289, *caput*, CP

A conduta criminalizada é a de falsificar, via fabricação ou via alteração, e o objeto material é moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro. Na falsificação por fabricação (contrafação), cria-se algo novo, completamente falso, que pretende imitar a moeda verdadeira; já na falsificação por alteração, nada de novo se cria, sendo a própria moeda verdadeira objeto de adulteração (por exemplo, na expressão de seu valor). Logo, moeda “falsa” é tanto a fabricada quanto a alterada.

Quanto à definição do objeto material das condutas criminalizadas, as expressões mais relevantes do tipo penal são estas: “moeda” e “curso

Mariângela Gama de Magalhães. Dos crimes contra a fé pública. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Org.). *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 857.

5. Entre os tipos penais, tem-se os de resultado e os de atividade (HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito Penal. Parte Geral*, op. cit., p. 52). Naqueles, a consumação do crime pressupõe a ocorrência de um resultado concreto distinto, no tempo e no espaço, da conduta delituosa. Em regra, os crimes de dano e de perigo concreto ao bem jurídico são tipos penais de resultado (a título de exemplo, respectivamente, ver art. 121 e art. 250, ambos do CP). Já nos de atividade, o injusto se realiza pela simples prática do comportamento descrito no tipo, sem que se exija um resultado material diverso dessa conduta. No Brasil, a doutrina costuma dividir tal espécie de tipo penal em crimes formais e crimes de mera conduta. Naqueles, um resultado material poderia vir a ocorrer, mas não é exigido pelo legislador (daí alguns falarem em crimes de “resultado cortado”). Já neste, sequer um resultado material seria cogitável (por exemplo, o art. 342 do CP). Essa distinção nem sempre é produtiva, pois o essencial é separar os crimes que exigem resultado para sua consumação de todos os demais que não exigem.
6. Adota-se, pois, a distinção entre crimes de domínio (*Herrschaftsdelikte*) e crimes de dever (*Pflichtdelikte*) proposta por Claus Roxin (ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 9. ed. Berlin: De Gruyter, 2015, p. 352 ss). Tal diferenciação opera no plano dos fundamentos da atribuição da autoria de um crime a alguém. Nos crimes de domínio, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo; nos de dever (ou “especiais”), há um círculo restrito de possíveis autores determinado pela própria estrutura do tipo penal (HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito Penal, Parte Geral*, op. cit., p. 50).
7. Os tipos mistos alternativos são aqueles em que várias e distintas condutas estão reunidas no preceito primário (tipos compostos, conjuntos ou mistos). São alternativos quando o crime se consuma com a realização de apenas uma das condutas, mas o cometimento de várias delas significa, ainda assim, unidade de crime (o sujeito responderá por apenas um crime) (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Bases para uma Teoria Geral da Parte Especial do Direito Penal*. Livre-docência. Universidade de São Paulo. São Paulo: 2012, p. 153 ss).
8. Por acessoriedade administrativa, consideramos a dependência do direito penal em relação ao direito administrativo na construção da norma penal (Cf. GRECO, Luis. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In: *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 14, 2006, n. 58, 2006, p. 159; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, *passim* e FALAVIGNO, Chiavelli. *Facenda. A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de acessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: EMAIS, 2020, *passim*).

legal no país ou no estrangeiro". Por moeda, entende-se "unidade monetária juridicamente válida em um dado ordenamento jurídico"⁹. Já "curso legal" é a condição que torna uma moeda não recusável enquanto meio de pagamento, assegurando a sua circulação e impondo a sua aceitação nas transações comerciais¹⁰. Logo, caso a falsificação ou alteração incida sobre papel-moeda ou moeda metálica sem curso legal, mas de grande valor no mercado de colecionadores, por exemplo, tem-se uma conduta atípica para os fins do art. 289, caput, do CP, que, no entanto, poderia, a depender do seu desenrolar, configurar estelionato (art. 171, CP)¹¹.

Finalmente, sobre a exigência de "potencialidade lesiva" da falsificação, afirma-se que, embora não seja necessária uma cópia idêntica, exige-se algum grau de periculosidade, isto é, a possibilidade de enganar a população em geral. A falsificação grosseira torna, pois, atípico o fato para os fins do art. 289 do CP¹². Essa ressalva vale para todos os crimes contra a fé pública, ou seja, toda e qualquer falsificação grosseira deve ser reputada atípica¹³, seja de uma moeda, de um papel público ou de um documento particular etc.

No que tange a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, cabe destacar que o tipo penal do caput, ao cominar pena mínima de 3 (três) anos, não admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95), porém admite que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não

persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

(b) Art. 289, § 1º, CP

Neste tipo penal, são criminalizadas condutas posteriores à falsificação (fabricação ou alteração) da moeda. Logo, o objeto material de todas as condutas do caput, caso seja praticadas pelo mesmo sujeito que produziu a falsificação, ele deverá ser punido apenas pelo caput do art. 289, já que as condutas narradas no § 1º seriam, nesta hipótese, pós-fatos ou penados (exaurimento da conduta anterior). Similarmente, como o tipo é cumulativo/misto alternativo, aquele que comete mais de uma das condutas do § 1º deverá responder por um crime¹⁵.

Os verbos enumerados são taxativos e podem ser assim conceituados: (a) importar é introduzir no território nacional; (b) exportar é promover a saída; (c) adquirir é obter a título oneroso ou gratuito; (d) vender é sempre a título oneroso; (e) trocar é permutar, transacionar a moeda; (f) ceder é transferir a moeda a terceiros a título diverso do vender ou do trocar; (g) emprestar é ceder provisoriamente, o que pressupõe a devolução da coisa; (h) guardar é ter a moeda em depósito, é preservá-la, tratando-se de crime permanente; (i) finalmente, introduzir na circulação significa passá-la a terceiro de boa-fé. Há no tipo penal ainda a expressão "por conta própria, ou alheia", criminalizando também

aquele que, por exemplo, guarda a moeda falsa por conta de terceiro.

No que tange a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, valem os mesmos comentários feitos para a figura do caput, pois a previsão do marco penal mínimo é igual.

(c) Art. 289, § 2º, CP

Neste tipo privilegiado, pune-se aquele que: (a) recebeu a moeda de boa-fé, reputando-a verdadeira; (b) tomou ciência da falsidade e (c) logo, restituiu a moeda à circulação. A conduta recai sobre o mesmo objeto material do caput e do § 1º, ou seja, sobre moeda falsa. Estranha-se que aqui o legislador tenha, na redação desta específica regra, distinguido entre moeda falsa e moeda alterada. Decorre claramente das regras anteriores que moeda falsa é tanto a fabricação de moeda que imita a verdadeira (*imitativo veri*), quanto a mutação da verdadeira (*immutatio veritatis*), de tal modo que se mostra desnecessária a expressão "moeda alterada" presente no art. 289, § 2º, do Código Penal¹⁶.

Essencial à consumação da modalidade privilegiada é que o agente tenha recebido a moeda de boa-fé, bem como que somente a tenha restituído à circulação após estar ciente de que se tratava de moeda falsa. Como, nesta situação, visa o agente a evitar um prejuízo injusto¹⁷, não a obter lucro,

necessária e correta a redução do preceito secundário relativamente ao tipo geral¹⁸.

No que tange a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, cabe destacar que a figura em questão, ao cominar pena mínima de 6 (seis) meses, admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) e também admite que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

(d) Art. 289, § 3º, CP

Neste tipo qualificado, pune-se aquele que (a) autoriza a emissão ou fabricação ou (b) emite ou fabrica: (i) moeda com título ou peso inferior ao determinado por lei ou (ii) papel-moeda em quantidade superior à autorizada. Trata-se de crime próprio ou crime de violação de dever (ou ainda crime "especial"¹⁹), com restrito círculo de possíveis autores (apenas o "funcionário público ou diretor, gerente, ou fiscal de banco de emissão"). Muito embora o tipo penal liste tais sujeitos, eles somente poderão consumir o delito se efetivamente o poder de autorizar a emissão ou a fabricação, ou de concretamente emitir ou fabricar a moeda, estiver no seu feixe de atribuições²⁰. Isso, porque em se tratando de crime próprio, como já referido, a autoria é definida pela titularidade do dever subjacente ao tipo penal e

9. Ver conceito de moeda, curso legal e curso forçado em: STF, RE 478.410/SP, Relator Min. Eros Grau, Plenário, DJe 14/05/2010, p. 836 ss.

10. STF, RE 478.410/SP, Relator Min. Eros Grau, Plenário, DJe 14/05/2010, p. 837.

11. BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte especial*, op. cit., p. 313.

12. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral e parte especial. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1013.

13. A ressalva de Luciano Anderson é, no entanto, de valia: "a utilização de moeda grosseiramente falsa pode caracterizar crime de estelionato, caso tenha ludibriado a vítima, que teve prejuízo patrimonial. Nesse sentido é a Súmula 73 do Superior Tribunal de Justiça ("a utilização de papel moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, da competência da Justiça Estadual") (SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal*. Parte Especial. Vol. 4. São Paulo: RT, 2020, p. 445).

14. Sobre o critério da consunção e dos fatos típicos de acompanhamento, ver HORTA, Frederico. *Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no direito penal contemporâneo*. In: PACHELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião (Coords.). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019, p. 66.

15. Sobre o conceito de tipo alternativo misto, ver nota de rodapé 7.

16. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. Vol. 3. Parte Especial, op. cit., p. 129.

17. Também justifica a forma privilegiada o não início da circulação de moeda falsa pelo agente em questão, tendo em vista que isso já aconteceu em momento anterior (Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte geral e parte especial, op. cit., p. 250).

18. Ver os clássicos COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. Vol. 3. Parte Especial, op. cit., p. 129 e DRUMMOND, José de Magalhães. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense, 1944, p. 204.

19. Crimes de dever, próprios ou especiais são aqueles nos quais a lei exige requisitos especiais ao autor, "pressupondo, por exemplo, algumas qualidades determinadas" como a de funcionário público nos crimes de corrupção passiva e de peculato (ver HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito Penal*. Parte Geral, op. cit., pp. 50-51).

20. Há anedótico caso na história do direito português que, justamente pela exigência de especial qualidade do autor, não poderia hipoteticamente ser enquadrado neste artigo. Apesar disso, o caso merece ser contado brevemente: em 1925, o Banco de Portugal decidiu imprimir 600 mil novas notas de 500 "escudos" com o rosto de Vasco da Gama. A impressão seria feita em Londres, na Waterlow & Sons Limited, que era a mais segura casa de impressão da época. Após a impressão devida, fraudadores visitaram novamente a empresa e convenceram a imprimir mais 500 escudos. Para tanto, até um banco de Portugal eles fundaram. Naturalmente, era impossível distinguir entre as notas cuja fabricação foi autorizada e aquelas que não. A fraude somente foi constatada porque se percebeu que o tal banco possuía muito dinheiro para emprestar, sem, contudo, ter depósitos que sustentassem todos esses empréstimos. Os bastidores do caso Banco de Portugal

a sua subsequente violação a partir da realização da conduta narrada²¹.

Tais condutas recaem sobre objeto material diferente em comparação aos tipos anteriores, a saber: não mais moeda falsa, mas sim verdadeira, de curso legal, seja na forma metálica (no caso do inciso I) seja em formato papel/nota (no caso do inciso II). Há, ademais, clara acessoriedade administrativa normativa "de direito" (a compreensão do limite do risco permitido depende da interpretação da legislação do direito administrativo de hierarquia legal ou infralegal)²². No caso do inciso I, é preciso conhecer qual é o título ou o peso da moeda determinado pela lei e, no do inciso II, qual é a quantidade de papel-moeda autorizada a ser emitida e, logo, fabricada (legislação infralegal). Considera-se que aquele inciso é de menor relevo e utilidade prática, razão pela qual esta análise se concentrará no inciso II.

Pois bem, a Lei 4.595/64 criou o Conselho Monetário Nacional (CMN) e fixou, dentre as suas competências, a de "estabelecer condições para que o Banco Central emita papel-moeda" (art. 4º, inc. II). A mesma lei determinou competir privativamente ao BACEN a emissão de papel-moeda e de moeda metálica "nas condições e limites autorizados pelo Conselho Monetário Nacional" (art. 10, inc. I). Tais regras foram recepcionadas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabelece que compete à União "emitir moeda" (art. 21, inc. VII), bem como que essa competência "será exercida exclusivamente pelo Banco Central" (art. 164, caput).

Ademais, quando da instituição do Plano Real (Lei 9.069/95), foi reforçada a competência de supervisão do CMN sobre a emissão da moeda pelo BACEN. Isso, porque em seu artigo 1º determinou-se que o BACEN iria submeter trimestralmente ao CMN uma "programação monetária", a fim de estipular a base monetária (emissão primária de moeda, se o caso)²³ daquele período, com impacto direto em metas de inflação e de crescimento econômico. Após a aprovação da "programação monetária" pelo CMN, nos termos do § 2º do art. 6º, ela deveria ser submetida ao Senado Federal (Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal), que poderia rejeitar ou aprovar integralmente a programação (sem possibilidade de modificação)²⁴.

Todavia, a Lei 13.820/2019 revogou tais artigos da Lei do Plano Real, dentre outros, aparentemente com o intuito de conferir ao BACEN maior autonomia no estabelecimento de sua programação monetária e na sua relação com o Tesouro Nacional. Logo, as regras que determinavam a apresentação de uma programação monetária trimestral pelo BACEN, com sua aprovação pelo CMN e sua posterior homologação pelo Senado Federal (SF) foram revogadas. Ainda assim, tem-se que a emissão da moeda, em si, que é atribuição constitucional do BACEN, segue dependente de autorização do CMN e de homologação pelo SF via Decreto Legislativo (art. 4º, inc. II, Lei 4.595/64). Finalmente, há ainda a fabricação propriamente dita da moeda metálica ou do papel moeda, que é realizada com exclusividade pela empresa estatal Casa da Moeda, nos termos do art. 5º, caput, do seu Estatuto Social (Decreto nº 2.122/97)²⁵.

Em síntese, relendo-se o tipo penal em questão, constata-se, ao que tudo indica, que o agente apto a consumá-lo ou atuará no âmbito do BACEN ou na Casa da Moeda, pois quem tem o poder de emitir a moeda está, a princípio, atuando junto ao BACEN e quem tem o poder de, na prática, fabricá-la, isto é, imprimir a moeda, está, a princípio, atuando na Casa da Moeda. Em qualquer dos casos, o que precisa ocorrer é a autorização de emissão ou a própria violação dos limites de emissão (e de correlata fabricação) de moeda de curso legal definidos pela política monetária do BACEN, autorizados pela CVM e homologados pelo SF.

Finalmente, é questionável se os crimes do inciso I e do inciso II do § 3º do Art. 289 do CP realmente objetivam proibir condutas contra a fé pública, tendo em conta que o objeto material de ambas não é uma moeda falsa (imitação fabricada ou verdadeira alterada), mas a própria moeda verdadeira, com curso legal. Admite-se que o bem jurídico violado pela conduta descrita no inciso I até pode se aproximar da ideia de fé pública, pois em tese a moeda metálica teria peso *aquem* do determinado em lei. Mais difícil é essa aproximação quanto ao inciso II, pois aqui o que parece colocado em perigo é a própria política monetária (metas de inflação e oferta de moeda), não a fé pública. Tanto é assim que a proibição visa a evitar que uma emissão ou uma fabricação superior à autorizada venha a gerar efeitos inflacionários, pelo aumento da base monetária (na prática, aumento da oferta de moeda em circulação)²⁶.

A discussão não é supérflua, pois a verificação da consumação do delito na modalidade do inciso II dependerá da periculosidade da conduta (crime de perigo abstrato) relativamente ao bem jurídico cuja ofensa se pretende evitar. Sem dúvida, a fé pública é mais facilmente posta em

perigo do que a política monetária, ainda que a mera conduta de autorizar a emissão para além do limite autorizado parece ser de baixíssima periculosidade em relação a qualquer um dos bens jurídicos referidos. Trata-se, logo, da criminalização de um ato imediatamente anterior à emissão ou à fabricação em si da moeda, estas sim condutas de maior periculosidade²⁷. Por essa razão, em posição minoritária, há autores que sustentam que a consumação do delito do inc. II do § 3º do Art. 289 do CP somente ocorre quando "à autorização se sucede o fabrico ou a emissão"²⁸. O próprio intervalo de pena, bastante largo, é indicativo de que o modelo abstrato da conduta proibida (o tipo penal) engloba situações concretas muito díspares, que vão da mera autorização da emitir moeda além da quantidade autorizada até a emissão efetiva de moeda, cuja quantidade acima da autorizada poderia ser desde muito baixa (quase irrelevante) até altíssima. Tudo isso deve ser avaliado tanto para verificar a efetiva consumação do delito (se houve periculosidade mínima inerente aos delitos de perigo abstrato), quanto para fins de dosimetria da pena.

No que tange a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, valem os mesmos comentários feitos para a figura do caput, pois a previsão do marco penal mínimo é igual.

(e) Art. 289, § 4º, CP

Trata-se da segunda modalidade qualificada, diretamente vinculada à anterior prevista no § 3º ("nas mesmas penas incorre"), com a diferença essencial de que aqui se trata de crime comum, muito embora seja improvável o seu cometimento por um *extraneus*. O tipo penal é misto (desviar e fazer circular) e cumulativo, ou seja, a sua consumação exige que o agente primeiro desvie e, depois, efetivamente venha a fazer circular antecipadamente moeda metálica ou papel-moeda de

v. *Waterlow & Sons Ltd* [1932] AC 452 pode ser conhecido na obra BLOOM, Murray. *O homem que roubou Portugal*. São Paulo: Zahar, 2008.

21. Ver, no ponto, ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 9. ed. Berlim: De Gruyter, 2015, p. 354 ss.

22. Também chamada de "acessoriedade ao direito administrativo". Se tais elementos configuram elementos normativos (se a remissão é de cunho permissivo) ou elementos em branco da norma penal (se a remissão é de cunho proibitivo), trata-se de discussão mais relevante para fins de tipo subjetivo, para se caracterizar erro de tipo ou de proibição (culpabilidade). Ver GRECO, Luis. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In: *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 14, 2006, n. 58, 2006, p. 160 ss.

23. Conferir <<https://www.bcb.gov.br/ftp/progmon/pm-022019p.pdf>> Acesso em mar. 2020.

24. BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte especial*, op. cit., p. 318 ss.

25. Decreto nº 2.122/97, art. 5º, caput: A CMB tem por objeto, em caráter de exclusividade, a fabricação do papel-moeda e da moeda metálica nacionais, a impressão dos selos postais e fiscais federais e dos títulos da dívida pública federal.

26. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. Vol. 3. Parte Especial, op. cit. p. 130.

27. Sobre o ponto, ver BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte especial*, op. cit., p. 318 ss.

28. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. Vol. 3. Parte Especial, op. cit. p. 130. Ainda no ponto em debate, Rogério Greco assim refere: "se o agente, deixando de observar o seu necessário e exigível dever de cuidado, fizer com que seja fabricada moeda com título ou peso inferior ao determinado por lei, ou emita papel-moeda em quantidade superior à autorizada, o fato será atípico, podendo, no entanto, o agente responder nas esferas civil e administrativa, dependendo da hipótese concreta." (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, op. cit. p. 251).

curso legal emitida e já fabricada (objeto material da conduta). Na prática, comete o delito quem, por exemplo, tendo ou não emitido e fabricado a moeda, retira-a de eventual depósito no qual aguarda o prazo para entrar em circulação e já o faz antecipadamente.

A hipótese aqui analisada é remota. Seu efeito acaba por ser, no fim das contas, a circulação de uma quantidade de moeda superior à autorizada. Caso o mesmo agente realize a conduta do § 3º e do § 4º, deverá responder apenas por aquela, uma vez que a do § 4º não passaria de um pós-fato coapenado (exaurimento)²⁹. Ainda no plano do concurso aparente de normas penais, a conduta do § 4º é especial em relação ao peculato, à apropriação indébita e até mesmo ao furto (a depender de se o agente era ou não funcionário público e se tinha ou não a posse ou detenção da moeda), desde que haja a efetiva circulação da moeda após o "desvio"³⁰. Se o agente dela se apropriar sem posteriormente a colocar em circulação, situação de baixa probabilidade, porque carecedora de sentido, regressariamos aos tipos penais gerais, como furto, apropriação ou mesmo peculato. Por fim, pontua-se que as mesmas considerações antes feitas nos comentários ao inc. II do § 3º do art. 289 do CP no tocante ao bem jurídico tutelado e à amplitude do preceito secundário são aplicáveis a esta figura qualificada.

No que tange a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, valem os mesmos comentários feitos para a figura do caput, pois a previsão do marco penal mínimo é igual.

4. Jurisprudência

No âmbito dos tribunais, apontamos duas discussões relevantes: (a) a possibilidade de se

reconhecer insignificância da ofensa ao bem jurídico e, assim, a atipicidade objetiva do fato e a possibilidade de o agente desconhecer a falsidade quando não se tratar do falsário, com consequente atipicidade subjetiva do fato no âmbito do § 1º, 2º do art. 289 do CP.

Quanto à discussão de insignificância, observa-se uma compreensão bastante uniforme no sentido de que, em se tratando do bem jurídico fé pública, tal princípio não se aplica³¹. Esse entendimento não nos parece o mais correto, pois toda e qualquer conduta pode representar uma ofensa não relevante do ponto de vista penal, independentemente do bem jurídico em questão. É inegável que, em se tratando de bem jurídico supra individual, cujos contornos são difusos, mais complexo é esse exame. Ainda assim, ele não apenas é viável, como é devido. Por exemplo, sustentamos ser distinta a ofensa ao bem jurídico fé pública se o sujeito usou apenas 01 (uma) nota falsa de R\$ 50,00 reais ou se o sujeito usou 10 (dez) ou 20 (vinte) notas falsas de R\$ 50,00. Naquele caso, parece-nos viável o reconhecimento da insignificância, apesar do entendimento atual das Cortes.

Quanto à discussão da ciência ou não da falsidade (na hipótese de o agente não ser o falsário), sabe-se que a ignorância conduzirá erro de tipo vencível ou invencível. Ademais, diante da ausência de modalidade culposa no art. 289 do CP, a consequência será sempre a atipicidade subjetiva. O problema, no âmbito dos tribunais, reside na comprovação da ignorância da falsidade relativamente ao acusado. Na prática, por vezes se desloca ao réu esse ônus. Contudo, cabe à acusação o ônus de

comprovar o preenchimento dos elementos do tipo objetivo e subjetivo, o que inclui, portanto,

também a comprovação do conhecimento da falsidade pelo agente.

Crimes assimilados ao de moeda falsa

Art. 290. Formar cédula, nota ou bilhete representativo de moeda com fragmentos de cédulas, notas ou bilhetes verdadeiros; suprimir, em nota, cédula ou bilhete recolhidos, para o fim de restituí-los à circulação, sinal indicativo de sua inutilização; restituir à circulação cédula, nota ou bilhete em tais condições, ou já recolhidos para o fim de inutilização:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. O máximo da reclusão é elevado a 12 (doze) anos e o da multa, se o crime é cometido por funcionário que trabalha na repartição onde o dinheiro se achava recolhido, ou nela tem fácil ingresso, em razão do cargo.

COMENTÁRIOS

1. Das condutas tipificadas

Da leitura do art. 290 do Código Penal, depreende-se a criminalização de três condutas distintas: (a) formar cédula, nota ou bilhete representativo de moeda com fragmentos verdadeiros; (b) suprimir, em nota, cédula ou bilhete recolhidos, sinal indicativo de sua inutilização, para o fim de restituí-los à circulação; (c) restituir à circulação cédula, nota ou bilhete em tais condições, ou já recolhidos para o fim de inutilização.

2. Generalidades e classificação

Todas as modalidades do art. 290 do CP são crimes de perigo abstrato, cuja consumação exige aptidão a gerar perigo (*periculosidade*) ao bem jurídico fé pública; não exigem, para sua consumação, um resultado naturalístico diverso, no tempo e no espaço, da conduta em si realizada (são crimes de mera conduta ou "formais"³³); são crimes comuns (com exceção da forma qualificada prevista no parágrafo único, que é crime

especial)³⁴. Na modalidade *suprimir*, tem-se claramente a criminalização de conduta imediatamente anterior à de *restituir à circulação*. No âmbito do tipo subjetivo, trata-se de delitos dolosos, sendo que, na modalidade "suprimir", há ainda um elemento subjetivo especial ("para o fim de restituir à circulação")³⁵.

3. Especificidades

(a) Art. 290, caput, CP

Iniciando-se pela primeira modalidade, o verbo é *formar* e o objeto material da conduta é cédula, nota ou bilhete representativo de moeda com curso legal. Não se trata de qualquer elaboração, mas de *formar* tais objetos com a utilização de *prévios fragmentos verdadeiros*. Ademais, a redação usada pelo legislador deixa claro que não se trata de juntar fragmentos da mesma cédula. A conduta proibida não é a de simplesmente *reconstituir* uma cédula que, no seu uso, acabou rasgada ou fracionada (o que ocorre cotidianamente), mas de *criar* uma nova com fragmentos de outras de

29. Sobre tal critério de consunção (atos típicos de acompanhamento), ver HORTA, Frederico. *Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no direito penal contemporâneo*. In: PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião (Coords.). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019, p. 66.

30. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. Vol. 3. Parte Especial, op. cit. p. 131. Em sentido similar, BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte especial*, op. cit., p. 320.

31. Exemplificativamente, STJ, Ag REsp, 1.012.476/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, jul. 18/04/2017 e TRF3, AC 0007707-45.2016.4.03.6141, 5ª Turma, Rel. Des. Fed. Mauricio Kato, DJe 07/12/2018.

32. Exemplificativamente, TRF3, AC 0007707-45.2016.4.03.6141, 5ª Turma, Rel. Des. Fed. Mauricio Kato, DJe 07/12/2018 e TRF3, AC 0003086-13.2012.4.03.6119, 11ª Turma, Rel. para Acórdão Nino Toló, DJe 22/08/2018.

33. Sobre os conceitos de crimes de perigo abstrato e de crimes formais, que não se confundem, conferir as notas de rodapé 3 e 5.

34. Nesse sentido, ver GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Dos crimes contra a fé pública*. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Org.). *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 859.

35. Conforme Busato, "quem dá circulação às notas compostas ou suprimidas, supondo serem estas válidas, naturalmente não comete crime, por ausência de pretensão subjetiva de ilicitude, ou seja, não há compromisso para com a produção do resultado delitivo" (BUSATO, Paulo César. *Direito penal*, op. cit., p. 326).

igual valor (criar uma nota de R\$ 50,00 com vários fragmentos de distintas notas de R\$ 50,00). No ponto, duas ressalvas: (a) a mera reconstituição não apresenta, pensamos, suficiente periculosidade ao bem jurídico, daí sua atipicidade e (b) caso o agente busque, com a união dos fragmentos, não apenas criar cédula, mas também aumentar falsamente o seu valor, a conduta melhor se enquadraria na modalidade falsidade por alteração prevista no caput do art. 289 do CP³⁶.

Passando-se para a segunda modalidade, o verbo é suprimir e o objeto material da conduta é *cédula, nota ou bilhete recolhido*, isto é, que anteriormente foi retirado de circulação. Não é a cédula, nota ou bilhete recolhido que é em si suprimido, mas sim o sinal indicativo da sua inutilização (carimbo, sinal, risco a tinta etc.). O que se quer evitar é que tais notas voltem a circular após serem reputadas recolhidas, excluídas ou imprestáveis³⁷. A competência, no Brasil, para decidir sobre a retirada de notas de circulação, com sua substituição por novas, é do BACEN, o que muitas vezes é feito via campanhas de arrecadação e troca com auxílio de outros Bancos. É o próprio BACEN, ademais, que destrói as notas inutilizadas. Logo, difícil imaginar que a conduta seja realizada por sujeitos sem qualquer vínculo com tal instituição, o que aumenta a probabilidade de aplicar-se o parágrafo único do art. 290 do CP nessa modalidade.

Finalmente, analisando-se a última modalidade, o verbo é *restituir à circulação* e o objeto material da conduta é (i) *"cédula, nota ou bilhete em tais condições"* ou (ii) *cédula, nota ou bilhete "já recolhidos para o fim de inutilização"*. A redação não é da melhor técnica, pois não auxilia a esclarecer a conduta que se pretende ver criminalizada. A melhor interpretação da expressão "em tais condições" seria no sentido de englobar tanto a cédula, nota ou bilhete formado a partir da junção de vários fragmentos de notas (primeira modalidade do art. 290 do CP) ou a cédula, nota ou bilhete inutilizada e cujo sinal indicativo da sua inutilização foi suprimido (segunda modalidade do art. 290 do CP). Partindo dessa premissa, a expressão "já recolhidos para o fim de inutilização" deve englobar apenas as cédulas, notas ou bilhetes restituídos à circulação que, conseqüentemente, ainda não haviam sido marcadas com sinal representativo algum³⁸.

Quanto ao possível concurso aparente de normas penais, as modalidades formar ou suprimir são claramente criminalizações de condutas imediatamente anteriores à modalidade *restituir à circulação*, que é a sua continuação mais "provável". Assim, caso praticados pelo mesmo agente, haverá crime único, já que a restituição – como dito – é a progressão esperada das condutas anteriores (consumação por fato típico de acompanhamento, na subespécie *pós-fato coapenado*)³⁹.

36. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. Vol. 3. Parte Especial, op. cit. p. 132, BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte especial*, op. cit., p. 325 e PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte geral e parte especial, op. cit., p. 1024.

37. Nessa modalidade, basta que o agente apague os sinais que representam a marca da inutilização ou a intenção de posterior devolução ao meio circulante. Desnecessário, pois, que a cédula seja efetivamente colocada em circulação (Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte geral e parte especial, op. cit., p. 1025).

38. Essa interpretação do tipo é reforçada pelo fato de que a conduta de restituir à circulação cédula, nota ou bilhete já marcados com sinal representativo de inutilização não é dotada da potencialidade lesiva necessária para configurar os crimes de perigo abstrato. Vale dizer, exatamente por existir um sinal de inutilização que a conduta de restituir a cédula, nota ou bilhete à circulação é ex ante inidônea para ofender a fé pública. Portanto, ela não poderia estar englobada no termo "já recolhidos para o fim de inutilização".

39. Sobre o critério da consunção e dos fatos típicos de acompanhamento (antefatos coapenados ou pós-fatos coapenados), ver HORTA, Frederico. Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no direito penal contemporâneo. In: PACHELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião (Coords.). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019, p. 66 e GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Dos crimes contra a fé pública. In: REALE JÚNIOR, Miguel. *Direito penal: jurisprudência em debate*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 650.

No que tange a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, cabe destacar que o tipo penal do caput, ao cominar pena mínima de 2 (dois) anos, não admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95), porém admite que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

(b) Art. 290, parágrafo único, CP

O Parágrafo Único do art. 290 do CP configura um tipo *qualificado*⁴⁰. Sua consumação ocorre quando a formação da cédula, nota ou bilhete representativo de moeda com fragmentos de cédula, nota ou bilhete verdadeiros, a supressão do sinal indicativo de inutilidade de cédula, nota ou bilhete ou a sua restituição à circulação são cometidos por funcionário público que trabalhe na repartição onde o dinheiro se achava recolhido ou, nela não trabalhando, ainda assim tenha *fácil ingresso* em razão do cargo. Tratando-se da única modalidade em que se tem um crime próprio (crime de violação de dever daquele que o possui), a maior censura decorre justamente do fato de o agente abusar de uma especial condição de acesso de que dispõe em razão do cargo. Difícil será, na prática, concretizar a expressão

"fácil ingresso", que certamente não poderá ser preenchida pelo simples fato do agente ser funcionário público. Considerando que, no Brasil, é o BACEN o competente para o recolhimento, inutilização e destruição da moeda, a maior probabilidade de incidência deste parágrafo único estaria, pela lógica, em seus quadros de servidores, ainda que não só.

Com relação à suspensão condicional do processo e o oferecimento de acordo de não persecução penal, o cenário não se modifica em comparação com o tipo penal do caput, pois a pena mínima se mantém.

4. Jurisprudência

Interessante caso discutiu a inaplicabilidade do art. 290 a caso concreto no qual a moeda falsa foi processada por "off-set" (método específico de impressão), afastando-se a ideia de que a moeda teria sido formada por fragmentos de cédula, nota ou bilhetes verdadeiros. Por essa razão, a conduta foi enquadrada no art. 289, § 1º, do CP⁴¹. Ademais, conforme pesquisa de jurisprudência por nós realizada, para fins de produção deste Comentário, poucos são os casos nos quais se discute a consumação do art. 290 do CP, sobretudo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Petrechos para falsificação de moeda

Art. 291. Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

COMENTÁRIOS

1. Das condutas tipificadas

Da leitura do art. 291 do Código Penal, desprende-se a criminalização de cinco condutas distintas (trata-se de tipo penal misto alternativo): (a) fabricar a título oneroso ou gratuito; (b) adquirir a título oneroso ou gratuito; (c) fornecer a título

oneroso ou gratuito; (d) possuir ou (e) guardar. O objeto material sobre o qual incidem as condutas é "maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda".

40. Ver GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, op. cit. p. 258.

41. TRF3, AC 2001.03.99.051297-8 11862, 2ª Turma, jul. em 26/08/2003.

2. Generalidades e classificação

Todas as modalidades do art. 291 do CP são crimes de perigo abstrato⁴² (modalidade *crimes de preparação*), cuja consumação deve exigir aptidão a servir de apoio a subsequentes condutas perigosas ou danosas ao bem jurídico fé pública⁴³; não exigem, para sua consumação, um resultado naturalístico diverso, no tempo e no espaço, da conduta em si realizada (são crimes de mera conduta ou “formais”⁴⁴) e são crimes comuns. Todas as cinco modalidades representam criminalização de atos preparatórios ao crime do art. 289, *caput*, do Código Penal.

3. Especificidades

Neste tipo penal misto alternativo, as condutas são *fabricar, adquirir, fornecer* – todas a título gratuito ou oneroso – e ainda *possuir ou guardar*. O objeto material da conduta é maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda⁴⁵.

Há várias discussões teóricas relevantes no âmbito deste tipo penal, com repercussão prática inequívoca. A primeira é o grau de antecipação do legislador penal, que claramente criminaliza

atos preparatórios ao delito do art. 289 do CP tratando-se, justamente por isso, de crime de perigo abstrato na modalidade *crime de preparação*⁴⁶. Há quem defenda que se trata de criminalização inválida, dado o grau de antecipação penal gerado pelo legislador, abrangendo condutas destituídas de periculosidade mínima ao bem jurídico tutelado⁴⁷.

Contudo, a forma com que se interpreta a expressão “especialmente destinado à falsificação de moeda” ampliará ou reduzirá, com notória intensidade, as condutas objetivamente típicas. De um lado, poder-se-ia afirmar que objetos não destinados exclusivamente à falsificação da moeda estariam de fora do alcance da proibição penal. De outro lado, poder-se-ia afirmar que também objetos dotados de funcionalidades outras que não a falsificação de moeda estariam abrangidos pelo tipo penal. A primeira interpretação é criticável, porque praticamente não há objetos destinados exclusivamente à falsificação, o que restringiria excessivamente o tipo penal. A segunda é, da mesma forma, problemática, pois pode impedir a distinção, no plano objetivo, entre “ato inocente e ato criminoso”⁴⁸, na medida em

que criminalizaria a fabricação, a aquisição, o fornecimento, a posse ou a guarda de objetos em si lícitos, mas que acabam empregados também na falsificação da moeda.

Parece-nos necessária uma redução teleológica do alcance do tipo à luz do bem jurídico tutelado e da técnica de tutela usada na sua própria redação. Em primeiro lugar, tem-se que a coisa deve ter, dentre as suas qualidades, uma aptidão objetiva à falsificação de moeda (ex: certos tipos de tinta, formas etc.). Isso, contudo, não basta, pois o tipo fala em objeto especialmente destinado à falsificação. Poderia ter dito apenas “objeto destinado à falsificação”, ou “objeto exclusivamente destinado à falsificação”, mas optou por expressão intermediária – especialmente destinado. Portanto, a consumação do delito precisa exigir mais do que essa aptidão objetiva da coisa a servir para a falsificação. Defendemos que o objeto deve servir preponderantemente a isso⁴⁹.

E mais: também a conduta realizada deve ter essa destinação ou finalidade, isto é, a fabricação, a aquisição, o fornecimento, a guarda ou a posse do objeto útil à falsificação devem estar destinadas à falsificação. Esse é a única leitura constitucionalmente possível de crimes de perigo abstrato na modalidade crimes de preparação. Isso, porque a sua legitimidade reside no fato de que representam comportamentos cujo fim – exclusivo ou preponderante – é o de apoiar condutas posteriores já concretamente perigosas ou lesivas ao bem jurídico. São exatamente a destinação preponderante para a falsificação e a intencionalidade em apoiar a falsificação posterior que fundamentariam a

legitimidade desta forma de incriminação⁵⁰. Dai que quem fabrica, fornece, guarda (etc.) objetos úteis à falsificação da moeda sem pretender, com isso, apoiar uma subsequente falsificação, não realiza o delito do art. 291 do Código Penal.

Em síntese, a título de tese interpretativa: (a) se o objeto em exame é destinado exclusivamente à falsificação, haveria uma presunção relativa no sentido de que a conduta foi realizada com a pretensão de servir a uma posterior falsificação, ocorra ela ou não; (b) se o objeto serve a atividades lícitas, mas acaba por ser também útil à falsificação, o ônus probatório da acusação será maior, tendo de demonstrar que essa conduta preparatória – não só o objeto – se destina a falsificação da moeda.

Finalmente, caso o sujeito que pratique esta conduta venha, posteriormente, a efetivamente falsificar a moeda, tem-se conflito aparente de normas, prevalecendo a do art. 289 do CP, diante da relação de subsidiariedade aqui existente entre o art. 291 e o art. 289, inclusive sob pena de *bis in idem*⁵¹. Tal relação de subsidiariedade pode ser constatada em razão da progressão no ataque ao bem jurídico, mais distante no art. 291 e mais próxima no art. 289 – há, pois, uma fase preliminar e uma fase posterior de ofensa⁵².

No que diz respeito a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, cabe destacar que o tipo penal, ao cominar pena mínima de 2 (dois) anos, não admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95), porém admite que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução

42. Ver GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Dos crimes contra a fé pública. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Org.). *Código Penal Comentado*, op. cit., p. 861.

43. Sobre a discussão acerca das classes dos crimes de perigo abstrato, ver GRECO, Luis. A criminalização no estágio prévio: um balanço do debate alemão. In: *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, vol. 5, 2020, p. 25 ss.

44. Sobre os conceitos de crimes de perigo abstrato e de crimes formais, que não se confundem, ver notas de rodapé 3 e 5.

45. Para uma proposta de conceituação de cada um desses elementos, ver PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte geral e parte especial*, op. cit., p. 1028 ss.

46. Segundo Kindhäuser, o crime de preparação, subespécie de crime de perigo abstrato, é aquele no qual já no estágio de planejamento, apresenta algum tipo de perigo de lesão ao bem jurídico tutelado (KINDHÄUSER, Urs. *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal*. In: AMBOS, Kai (ed.). *Ciencias criminales en Alemania desde una perspectiva comparada e internacional*. Göttingen: Göttingen University Press, 2018, p. 58). Já para Hirsch e Wohlers, delitos preparatórios são condutas cujo potencial de risco consiste em que a própria pessoa que agiu ou outra possam se valer do resultado da conduta prévia em vista para uma nova progressão de ataque ao bem jurídico (VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Org.). *La teoría del bien jurídico*. Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 288).

47. BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte especial*, op. cit., p. 329.

48. Tem-se aqui um claro exemplo da função de garantia do tipo penal. Como ressalta Faria Costa, “algumas específicas necessidades da PE desafiam um princípio tão incontestado e seguramente estabelecido como o da legalidade (no caso, na sua veste de tipicidade), testando os seus próprios limites” (FARIA COSTA, José de. *Direito Penal Especial*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2007).

49. DRUMMOND, José de Magalhães. *Comentários ao Código Penal*, op. cit., p. 209.

50. Posição semelhante adota Busato: “naturalmente, é impossível delimitar que um maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto seja especialmente destinado à fabricação de moeda e mais ainda, que sua fabricação, aquisição, fornecimento a título oneroso ou gratuito, posse ou guarda possa presumir-se uma atitude destinada à falsificação. Esta dupla presunção, em matéria penal, é algo absolutamente inaceitável” (BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte especial*, op. cit., p. 329).

51. Sobre o ponto, ver BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 223. Também, ALCÁCER GUIRAO, Rafael. El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Ministério de Justicia: Tomo 49, mês 2, p. 473-509, 1996, p. 506-507.

52. Ver SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal. Parte Especial*. Vol. 4, op. cit., p. 459.

53. HORTA, Frederico. Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no direito penal contemporâneo. In: PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião (Coords.). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019, p. 56.

penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

4. Jurisprudência

No âmbito das Cortes, discute-se bastante qual seria a mais adequada interpretação do elemento normativo “especialmente destinado à falsificação de moeda”. Costuma-se afirmar que essa expressão não diz respeito a uma “característica intrínseca ou inerente do objeto”, mas “ao uso que o agente pretende dar a esse objeto”⁵⁴.

Emissão de título ao portador sem permissão legal

Art. 292. Emitir, sem permissão legal, nota, bilhete, ficha, vale ou título que contenha promessa de pagamento em dinheiro ao portador ou a que falte indicação do nome da pessoa a quem deva ser pago:

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Parágrafo único. Quem recebe ou utiliza como dinheiro qualquer dos documentos referidos neste artigo incorre na pena de detenção, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa.

COMENTÁRIOS

1. Das condutas tipificadas

Recorrente na literatura é a afirmação de que o art. 292 é próprio da realidade brasileira⁵⁵ desde o Império. Analisando-o, depreende-se a criminalização de três condutas distintas, uma no *caput* e duas no parágrafo único: (a) emitir (*sem permissão legal*); (b) receber (*como dinheiro*) ou (c) utilizar (*como dinheiro*). O objeto material de todas as condutas é o mesmo: “nota, bilhete, ficha, vale ou título que contenha promessa de pagamento em dinheiro ao portador ou a que falte indicação do nome da pessoa a quem deva ser pago”.

Portanto, na prática, definidor será, como anteriormente defendemos, a *destinação*, ou seja, a *finalidade* que o agente dará ao objeto (que, regra, será tanto apto a finalidades lícitas quanto a finalidades ilícitas). Nesse caso, a consumação do crime dependerá com grande intensidade do exame do tipo subjetivo, que inclusive teria, sob essa perspectiva, um elemento subjetivo especial (a saber: fabricar, adquirir, fornecer, possuir ou guardar o objeto *com intenção de que seja utilizado para a fabricação da moeda falsa*).

2. Generalidades e classificação

Todas as modalidades do art. 292 do CP são crimes de perigo abstrato, cuja consumação, de um lado, deve exigir aptidão a gerar perigo (*periculosidade*) ao bem jurídico fé pública, mas, de outro, dispensa que esse bem jurídico seja lesionado ou colocado em perigo concretamente. As figuras típicas também dispensam um resultado naturalístico diverso, no tempo e no espaço, da conduta em si realizada (são crimes de mera conduta ou “formais”⁵⁶) e são crimes comuns. Na modalidade *emitir*, tem-se um elemento em branco que exige complementação (“sem permissão legal”)⁵⁷.

âmbito do tipo subjetivo, trata-se de delitos dolosos, sem especiais elementos subjetivos.

3. Especificidades

Iniciando-se pela conduta do *caput*, o verbo é emitir e o objeto material é *nota, bilhete, ficha, vale ou título*. Tais objetos deverão conter *promessa de pagamento em dinheiro ao portador* ou deverão estar sem indicação de pessoa a quem devam ser pagos. Embora de redação prolixa, o que a proibição penal em questão visa a coibir é a “concorrência”, com a moeda de circulação legal, de outras formas de “meios de pagamento” não permitidas pela lei⁵⁸. Conforme esclarece Costa Jr., o tipo penal se ocupa justamente de documentos transmitidos “por simples tradição material, sem autorização do aceitante, sem endosso, obrigando-se o subscritor em relação ao portador, seja ele quem for”⁵⁹.

Para muitos autores, trata-se de conduta cuja periculosidade ao bem jurídico vem “desbotando” ao longo do tempo, pois ela é tanto maior quanto mais frágil, menos globalizada era uma economia e menos informatizadas as transações comerciais⁶⁰. Ademais, considerando a acessoriedade administrativa normativa verificada no *caput* (“não permitidas pela lei”)⁶¹, naturalmente não estão abarcadas pelo tipo penal as condutas de emissão de títulos de crédito em geral – cheques, letras de câmbio, notas promissórias etc. –, pois autorizados e disciplinados por lei. Tal expressão serve a definir o âmbito do *risco permitido* e, na verdade, é até supérflua. Ainda na modalidade do *caput*, a nota, bilhete, ficha, vale ou título tanto

podem ser ao portador, quanto podem simplesmente não ter indicação da pessoa a quem deva ser pago – o que, na prática, são situações similares.

Quanto às modalidades do parágrafo único, estão criminalizadas as condutas de *utilizar* ou de *receber*, como se dinheiro fosse (ou seja, como se meio legal de pagamento fosse), tais documentos (os objetos materiais da conduta anteriormente já indicados). Magalhães Drummond, há muitas décadas, já dizia que o recebimento do título *como dinheiro* é algo muito pautado na confiança e, logo, de difícil prevenção, de tal maneira que a criminalização já havia caído em desuso⁶². Já quanto à modalidade *utilizar*, o autor apontava que haveria, sim, possíveis problemas, pois tal prática acabava por substituir dinheiro legal por dinheiro fictício (“incontrolável nas suas variantes de valor, às vezes inteiramente desvalorizados”⁶³).

De qualquer sorte, vale a advertência clássica do aludido penalista: ou o Brasil é uma economia local e fechada, sendo inevitável a circulação desses “vales”, ou está em outro momento econômico e, portanto, será praticamente impossível “obter curso – com poder liberatório” dos papéis mencionados no art. 292 do CP. Diante da atual realidade brasileira, o já afirmado há décadas parece valer na sua *segunda hipótese* (o Brasil não é uma economia frágil e localizada), de tal maneira que seria bastante razoável a própria revogação do artigo ora analisado⁶⁴.

No que diz respeito a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, cabe destacar que tanto o tipo penal do *caput*, que comina pena mínima

54. STJ, REsp 1.758.958/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julg. 11/09/2018. Ver ainda TRF1 AC 00032342220184036181, 5ª Turma, Rel. Des. Fed. Mauricio Kato, DJe de 19/09/2019.

55. DRUMMOND, José de Magalhães. *Comentários ao Código Penal*, op. cit., p. 210; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. Vol. 3. Parte Especial, op. cit., p. 135; BUSATO, Paulo César. *Direito Penal parte especial*, op. cit., p. 333.

56. Sobre os conceitos de crimes de perigo abstrato e de crimes formais, que não se confundem, conferir as notas de rodapé 3 e 5.

57. O ponto impacta o tipo subjetivo: necessário que o agente saiba que se trata de título não permitido por lei. Caso contrário, o dolo é excluído por erro de tipo (Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte geral e parte especial*, op. cit., p. 1033).

58. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. Vol. 3. Parte Especial, op. cit., p. 135.

59. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. Vol. 3. Parte Especial, op. cit., p. 135.

60. BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte especial*, op. cit., p. 334.

61. Também chamada de “acessoriedade ao direito administrativo”. Se tais elementos configuram elementos normativos (se a remissão é de cunho permissivo) ou elementos em branco da norma penal (se a remissão é de cunho proibitivo), trata-se de discussão mais relevante para fins de tipo subjetivo, para se caracterizar erro de tipo ou de proibição. Ver GRECO, Luis: A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In: *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 14, 2006, n. 58, 2006, p. 160 ss.

62. Deve-se considerar que tal afirmação data da primeira metade do século passado. Se a conduta já não tinha repercussão na época, mais ainda hoje (cf. DRUMMOND, José de Magalhães. *Comentários ao Código Penal*, op. cit., p. 211).

63. DRUMMOND, José de Magalhães. *Comentários ao Código Penal*, op. cit., p. 211.

64. Sobre o ponto, ver BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte especial*, op. cit., p. 334.

de 1 (um) mês, quanto o tipo penal do parágrafo único, que comina pena mínima de 15 (quinze) dias, admitem a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) e

admitem que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

Capítulo II

Da falsidade de títulos e outros papéis públicos

Falsificação de papéis públicos

Art. 293. Falsificar, fabricando-os ou alterando-os:

I – selo destinado a controle tributário, papel selado ou qualquer papel de emissão legal destinado à arrecadação de tributo;

II – papel de crédito público que não seja moeda de curso legal;

III – vale postal;

IV – cautela de penhor, caderneta de depósito de caixa econômica ou de outro estabelecimento mantido por entidade de direito público;

V – talão, recibo, guia, alvará ou qualquer outro documento relativo a arrecadação de rendas públicas ou a depósito ou caução por que o poder público seja responsável;

VI – bilhete, passe ou conhecimento de empresa de transporte administrada pela União, por Estado ou por Município;

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

I – usa, guarda, possui ou detém qualquer dos papéis falsificados a que se refere este artigo;

II – importa, exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda, fornece ou restitui à circulação selo falsificado destinado a controle tributário;

III – importa, exporta, adquire, vende, expõe à venda, mantém em depósito, guarda, troca, cede, empresta, fornece, porta ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, produto ou mercadoria;

a) em que tenha sido aplicado selo que se destine a controle tributário, falsificado; b) sem selo oficial, nos casos em que a legislação tributária determina a obrigatoriedade de sua aplicação.

§ 2º Suprimir, em qualquer desses papéis, quando legítimos, com o fim de torná-los novamente utilizáveis, carimbo ou sinal indicativo de sua inutilização:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 3º Incorre na mesma pena quem usa, depois de alterado, qualquer dos papéis a que se refere o parágrafo anterior.

§ 4º Quem usa ou restitui à circulação, embora recebido de boa-fé, qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem este artigo e o seu § 2º, depois de conhecer a falsidade ou alteração, incorre na pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

§ 5º Equipara-se a atividade comercial, para os fins do inciso III do § 1º, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em vias, praças ou outros logradouros públicos e em residências.

COMENTÁRIOS

1. Das condutas tipificadas

De início, pontua-se que o legislador, considerando que esta falsidade não encontrava equivalência nem à falsificação de moeda, nem à falsificação documental, optou por lhe destinar um capítulo próprio dentro do título X (*crimes contra a fé pública*)⁶⁵. Neste *locus* específico, estão descritas condutas relacionadas à falsificação dos ditos “papéis públicos”, isto é, que dizem respeito a valores de responsabilidade do Estado ou mesmo à arrecadação de rendas públicas.

Analisando o artigo e seus vários parágrafos, depreende-se a criminalização de muitas condutas distintas (tipo misto alternativo): (a) falsificar, usar, guardar, possuir ou deter as espécies de papéis públicos listadas no *caput* (art. 293, *caput*, e § 1º, inc. I); (b) importar, exportar, adquirir, vender, trocar, ceder, emprestar, guardar, fornecer ou restituir à circulação selo falsificado destinado a controle tributário (art. 293, § 1º, inc. II); (c) importar, exportar, adquirir, vender, expor à venda, manter em depósito, guardar, trocar, ceder, emprestar, fornecer, portar ou, de qualquer forma, utilizar produto ou mercadoria com selo de controle tributário falsificado ou sem selo, ainda que a lei tributária assim exigisse (art. 293, § 1º, inc. III); (d) suprimir carimbo ou sinal indicativo de sua inutilização inserido em qualquer dos papéis listados no *caput* (art. 293, § 2º); (e) usar (após receber de má-fé ou mesmo de boa-fé) ou restituir à circulação papéis cujas marcas de inutilização tenham sido suprimidas (art. 293, §§ 3º e 4º).

65. PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial* (arts. 250 a 361), vol. 3 [recurso online]. São Paulo: Forense, 2019, p. 293.

66. Sobre os conceitos de crimes de perigo abstrato e de crimes formais, que não se confundem, conferir as notas de rodapé 3 e 5.

67. Ver PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial* (arts. 250 a 361), vol. 3 [recurso online]. São Paulo: Forense, 2019, p. 297. Ainda, conforme Busato, “Não se pode olvidar, novamente, que este crime tem por objeto material o selo falsificado destinado a controle tributário, cujo emprego para demonstrar recolhimento de tributo perante a Fazenda Pública pode consistir no tipo do art. 2º, I e II, da Lei nº 8.137/1990, remanescendo este tipo apenas como delito subsidiário” (BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte especial*, op. cit., p. 334).

2. Generalidades e classificação

Todas as modalidades do art. 293 do CP são crimes de perigo abstrato, cuja consumação, de um lado, deve exigir aptidão a gerar perigo (*periculosidade*) ao bem jurídico *fe pública*, mas, de outro, dispensa que esse bem jurídico seja efetivamente lesionado ou colocado em perigo. As figuras também dispensam a ocorrência de um resultado naturalístico diverso, no tempo e no espaço, da conduta em si realizada (são crimes de mera conduta ou “formais”⁶⁶) e são crimes comuns. No âmbito do tipo subjetivo, trata-se de delitos dolosos, sem especiais elementos subjetivos, com exceção do art. 293, § 2º (“com o fim de torná-los novamente utilizáveis”).

3. Especificidades

(a) Art. 293, *caput*, CP

Iniciando-se pela conduta do *caput*, o verbo é falsificar, seja mediante fabricação, seja mediante alteração. Desde já, ressalta-se que o legislador recorreu às mesmas expressões do *caput* do art. 289 do CP. Logo, serão reputados falsos tanto os papéis públicos efetivamente fabricados (cópia/imitação) quanto os que, embora verdadeiros, tenham sido alterados. O objeto material sobre o qual recaem tais condutas são aqueles listados nos incisos (I a VI), que demandam análise individualizada.

O inciso I faz referência a “selo destinado a controle tributário, papel selado ou qualquer papel de emissão legal destinado à arrecadação de tributo”. O selo destinado a controle tributário é marca ou sinal utilizado pelos órgãos competentes para fins de fiscalização (ex.: selo em bebidas alcoólicas ou de cigarros)⁶⁷. Já papel selado é espécie de selo adquirido junto ao Fisco, que serve à comprovação de quitação do tributo. Trata-se de

meio de pagamento de tributos previsto expressamente no Código Tributário Nacional (art. 162, inc. II)⁶⁸. Finalmente, o inciso ainda possui expressão residual “qualquer papel de emissão legal destinado à arrecadação de tributo”, na qual se enquadram guias, estampas, documentos oficiais que sirvam ao recolhimento de tributos (“destinado à arrecadação”), desde que de emissão legal (por exemplo, GPS, guia DARF ou do Simples Nacional etc.).

Por sua vez, o inciso II do art. 293 do CP faz referência a “papel de crédito público que não seja moeda de curso legal”. Da sua leitura, depreende-se que o referido papel parece ter função próxima à da moeda de curso legal, mas não idêntica. Se houvesse identidade, bastaria recorrer ao art. 289 do CP. O legislador, no entanto, optou por separar tais figuras. Ademais, os preceitos secundários de tais delitos são disjuntivos (menor censura no art. 293 do CP). Logo, papel de crédito público seriam aqueles comprobatórios da existência de um crédito perante o Estado (por exemplo, títulos da dívida pública, letras do Tesouro). Sabe-se que o Estado recorre a tais operações para obter crédito alheio, isto é, de fundos, mediante promessa de reembolso.

Já o inciso III faz referência a “vale-postal”. Embora ainda ali constante, tem-se que a Lei 6.538/78, que veio a regular os Serviços Postais, revogou tacitamente tal inciso (*lei posterior e especial*) ao introduzir tipo penal autônomo que prevê a punição da falsificação de selo ou vale-postal (art. 36, *caput*, e parágrafo único)⁶⁹.

No inciso IV, recorre-se aos seguintes termos: “cautela de penhor, caderneta de depósito de caixa econômica ou de outro estabelecimento mantido

por entidade de direito público”. Iniciando-se pela cautela de penhor, esclarece-se que penhor é espécie do gênero direito real (art. 1.225, inc. VIII, CC/2002). Consubstancia-se na “transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o represente, faz o devedor ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação” (art. 1.431, *caput*, CC/2002). Ademais, é essencial que o respectivo instrumento do penhor seja “levado a registro, por qualquer dos contratantes; o do penhor comum será registrado no Cartório de Títulos e Documentos” (art. 1.432, CC/2002). Já a cautela de penhor, justamente o documento representativo desse contrato, além de ostentar a qualidade de título de crédito endossável. Hoje a empresa pública Caixa Econômica Federal, vinculada ao Ministério da Fazenda, possui o monopólio de operações de penhor civil, conforme se verifica no art. 9º IV, do Decreto nº 7.973/2013 (Estatuto da CEF). Caso a atividade passe a ser exercida em regime de concorrência, poder-se-ia cogitar que a falsificação de cautela de penhor relativa a operações de instituições privadas já estaria criminalizada no art. 297, § 2º, CP (*o título ao portador é transmissível por endosso*)⁷⁰. O inciso IV ainda faz referência a “caderneta de depósito de caixa econômica ou de outro estabelecimento mantido por entidade de direito público”. Contudo, tal papel já caiu em completo desuso, pois utilizado antigamente para controle de fluxo de ingressos, saída e saldo do depósito, o que hoje é totalmente informatizado. Na prática, uma “falsificação” de tal documento não teria mínima periculosidade ao bem jurídico tutelado, sendo, pois, atípica.

Já o inciso V se refere a “talão, recibo, guia, alvará ou qualquer outro documento relativo

à arrecadação de rendas públicas ou a depósito ou caução por que o poder público seja responsável”. Há, como se observa, recurso a cláusula que permite interpretação extensiva com base tanto nas qualidades referidas quanto nos papéis previamente listados a título exemplificativo. Desse modo, reduz-se a possibilidade de arbitrio do intérprete quando da sua concreta aplicação. Naturalmente o talão, o recibo, a guia e o alvará a que se refere o inciso também estão determinados pelas qualidades referidas na segunda parte do inciso.

Importante ainda questionar como distinguir tais documentos daqueles enquadráveis na cláusula geral do inciso I (“qualquer papel de emissão legal destinado à arrecadação de tributo”). A primeira diferença, pensamos, reside no fato de que, no inciso I, trata-se de papel de emissão legal, enquanto no inciso V isso não é expressamente exigido. A segunda diferença reside no fato de que o inciso I fala em papel “destinado à arrecadação de tributo” e o inciso V de documento “relativo à arrecadação de rendas públicas”. A pergunta sobre se renda pública e tributo se equivalem parece merecer resposta positiva para os fins deste artigo do CP. Mas há uma diferença importante entre algo destinado à arrecadação e algo relativo à arrecadação.

Na primeira hipótese, temos a guia DARF e a GPS; na segunda, um talão de produtor rural, que se relaciona à arrecadação de FUNRURAL (contribuição previdenciária), mas não é em si uma guia de arrecadação dessa contribuição do trabalhador rural (será GPS ou GFIP), por exemplo. Também o talão de nota fiscal se enquadraria no inciso V, embora de utilização cada vez menos frequente desde a nota fiscal eletrônica. Novamente, o documento não serve diretamente à arrecadação dos tributos incidentes, mas é relativo a essa arrecadação, impactando-a⁷². Ademais, exemplo relevante de alvará listado no inciso V é

o alvará judicial ou administrativo, com o qual se pode, por exemplo, retirar valores depositados em juízo numa ação de repetição de indébito (alvará relativo a “depósito ou caução por que o poder público seja responsável”).

Em síntese, diante de um inciso que demanda interpretação judicial (inciso V), consideramos que o limite do que será ou não abarcado por ele está nas adjetivações, a saber: (i) o documento tem de ser relativo à arrecadação de rendas públicas, ou seja, tem de provar/documentar informações que sejam relevantes ao cálculo de tributos ou (ii) o documento tem de ser relativo a “depósito ou caução por que o poder público seja responsável”. Logo, uma guia cuja função não é relacionada à arrecadação, mas, por exemplo, a fiscalização do transporte de produtos perigosos ou controlados, não estaria abrangida neste inciso.

Finalmente, no inciso VI, faz-se menção a “bilhete, passe ou conhecimento de empresa de transporte administrada pela União, por Estado ou por Município”. Claramente, trata-se, no caso do bilhete ou passe, de objetos que conferem ao seu portador o direito ao transporte. Já conhecimento é o nome técnico do documento que atesta a consignação de coisas para o seu transporte – a título gratuito ou oneroso – e que possibilita a posterior restituição àquele que o apresentar (ao portador)⁷³.

Questão ainda relevante está no fato de que houve mudança radical no tocante a tais “bilhetes” ou “passes”, pois hoje são utilizados majoritariamente cartões recarregáveis (o cartão “Bilhete Único” do metrô de São Paulo/SP, por exemplo) ou, quando muito, bilhetes físicos, mas com leitura magnética. O suporte atual do bilhete (papel ou cartão) não parece impedir o enquadramento da sua falsificação neste inciso. Outra situação de interessante exame são os bilhetes de viagem com “QR CODE”, seja ainda na forma física (papel), seja na digital (em smartphones). Trata-se de tecnologia

68. CTN, Art. 162. “O pagamento é efetuado: [...] II – nos casos previstos em lei, em estampilha, em papel selado, ou por processo mecânico”.

69. Lei 6.538/78, Art. 36 – Falsificar, fabricando ou adulterando, selo, outra fórmula de franqueamento ou vale-postal. Pena: reclusão, até oito anos, e pagamento de cinco a quinze dias-multa. Parágrafo único – Incorre nas mesmas penas quem importa ou exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda, fornece, utiliza ou restitui à circulação, selo, outra fórmula de franqueamento ou vale-postal falsificados. Ver o comentário de PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial* (arts. 250 a 361), vol. 3 [recurso online]. São Paulo: Forense, 2019, p. 298.

70. PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial* (arts. 250 a 361), vol. 3 [recurso online]. São Paulo: Forense, 2019, p. 299.

71. Idem, p. 299.

72. Sobre esse ponto, Rogerio Greco assim afirma: “O inciso V se vale, ainda, do recurso a interpretação analógica, uma vez que, após apontar os documentos que, se falsificados, importam no delito em exame, utiliza uma fórmula genérica, asseverando que também estará incluída no mencionado inciso qualquer falsificação de outro documento relativo à arrecadação de rendas públicas ou a depósito ou caução por que o poder público seja responsável.” (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 270).

73. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. Vol. 3. Parte Especial, op. cit., p. 139.

já testada pela CTPM em algumas de suas linhas (Companhia de Transporte em 2019⁷⁴). Caso houvesse alguma adulteração em tais bilhetes, estar-se-ia diante do crime do art. 293, *caput*, inc. VI, do CP? A interpretação evolutiva do termo “bilhete” – já usado pelo legislador de 1940 – parece aceitar a compreensão atual do seu escopo, sem que haja uma expansão punitiva inesperada. Em outras palavras, o termo bilhete, contemporaneamente, remete às suas muitas formas – bilhete em papel com autenticação magnética, bilhete em papel com QR CODE ou mesmo bilhete virtual.

Por fim, não se criminaliza a falsificação de qualquer bilhete, passe ou conhecimento, mas apenas daqueles emitidos por pessoa jurídica de direito privado (*empresa*) integrante da Administração Pública Indireta (empresa pública, sociedade de economia mista etc.) cujo objeto social é transporte coletivo (“empresa de transporte administrada pela União, por Estado ou por Município”) ⁷⁵. Em razão dos limites impostos pela legalidade, o bilhete emitido por uma empresa privada que é concessionária de serviço de transporte público, por exemplo, não estaria abrangido neste tipo penal, já que ela não é controlada por entes federados.

No que diz respeito a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, cabe destacar que o tipo penal, ao cominar pena mínima de 2 (dois) anos, não admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95). Por outro lado, é possível que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

(b) Art. 293, § 1º c/c § 5º, CP

Neste parágrafo, são listadas formas equiparadas ao *caput*. No inciso I, as condutas são as de *usar, guardar, possuir ou deter* quaisquer dos papéis listados nos incisos I a VI do *caput* (objetos materiais das condutas). Ao que tudo indica, as condutas de *guardar, possuir e deter* constituem

crimes permanentes, ao passo que a conduta de *usar* seria crime instantâneo. Tais classificações, como se sabe, impactam tanto a possibilidade de flagrante, quanto no início da prescrição penal. Em termos de concurso aparente de normas penais, tais condutas, se praticadas pelo mesmo agente que falsificou os papéis, não serão mais do que um pós-fato coapenado (isso, porque a conduta apenas concretiza o propósito ou utilidade da falsificação). Ou seja, considera-se que haverá punibilidade autônoma do inciso I do § 1º do art. 293 do Código Penal somente se o agente que a praticar seja diverso daquele que anteriormente, falsificou os papéis.

Já no inciso II, temos as condutas de *importar, exportar, adquirir, vender, trocar, ceder, emprestar, guardar, fornecer ou restituir à circulação*, as quais incidem sobre restrito objeto material, a saber: *selo falsificado destinado a controle tributário* (já listado na primeira parte do inc. I do art. 293, *caput*, CP). Também aqui se afirma o dito *link* anteriores: caso o agente que falsificou o *selo destinado a controle tributário* venha, posteriormente, a realizar algumas das condutas listadas neste tipo penal misto alternativo, deverá ser punido apenas pelo *caput* do art. 293 do CP, por se tratar de condutas posteriores coapenadas. Ou seja, considera-se que somente há punibilidade autônoma do inciso II do § 1º do art. 293 do CP se o agente que a praticar for diverso daquele que anteriormente, falsificou o referido selo.

Finalmente, o inciso III do § 1º do art. 293 do CP traz as condutas de, “no exercício de atividade comercial ou industrial”, *importar, exportar, adquirir, vender, expor à venda, manter em depósito, guardar, trocar, ceder, emprestar, fornecer, portar ou – de qualquer forma – utilizar*. Dentre elas, alguns configuram crimes permanentes, a saber: *expor à venda, manter em depósito, guardar e portar*, sendo que os demais configuram crimes instantâneos. O objeto material da conduta é “produto ou mercadoria”: (a) sobre o qual se aplica selo destinado a controle tributário

falsificado, ou (b) destituído de selo oficial cuja aplicação é obrigatória segundo a legislação tributária. Importante ressaltar que o § 5º do art. 293 do CP equipara à atividade comercial referida nesta modalidade “qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em vias, praças ou outros logradouros públicos e em residências”, aumentando bastante a abrangência do tipo.

É preciso ressaltar, novamente, que, se o autor da falsificação especificamente do selo em questão vier, posteriormente, a realizar as condutas descritas neste inciso III, responderá por crime único (fato posterior coapenado – conflito aparente de normas resolvido por *consumção*) ⁷⁶. Sendo diverso o autor, este inciso será aplicado ao agente que realizar essas condutas com selo previamente falsificado por terceiro.

No que diz respeito a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, cabe destacar que o tipo penal disposto no § 1º, ao cominar pena mínima de 2 (dois) anos, não admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95). Por outro lado, é possível que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

(c) Art. 293, § 2º, CP

Nesta modalidade privilegiada – com intervalo de pena consideravelmente menor do que o do *caput* e o do § 1º –, pune-se a conduta de *suprimir* e o objeto material é “qualquer desses papéis”, desde que legítimos, verdadeiros. Embora o legislador pudesse ter sido mais preciso, a interpretação mais plausível para a expressão “qualquer desses papéis” é no sentido de que ela abarca a totalidade dos papéis listados nos incisos I a VI do *caput* (exceto III, tacitamente

revogado pelas regras penais especiais da Lei 6.538/78). Ou seja, o termo *papéis* foi utilizado em seu sentido amplo, como gênero, não como espécie (por exemplo, papel selado, papel de crédito público etc.). No âmbito do tipo subjetivo, tem-se um dolo específico ou especial elemento subjetivo, consubstanciado no “fim de torná-los novamente utilizáveis” ⁷⁷.

Assim, se outra for a finalidade da supressão, não estaria preenchido o tipo subjetivo e, logo, a conduta não poderia ser enquadrada neste tipo penal. Esclarece-se, ainda, que a consumação, nesta modalidade, não exige qualquer resultado material para além da conduta de efetiva supressão de *carimbo* ou de *sinal indicativo* de inutilização que fora previamente inserido em tais papéis. Finalmente, ressalta-se que esta conduta, em princípio, não tem relação necessária com as anteriormente tipificadas (art. 293, *caput* e § 1º, CP); logo, ao menos em abstrato, não há que se falar em conflito de normas penais entre esta norma e as anteriores. Assim, caso um mesmo agente pratique alguma das condutas do *caput* e também esta, não haveria crime único, mas concurso material (difícil imaginar conduta única a gerar concurso meramente formal).

No que diz respeito a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, cabe destacar que o tipo penal, ao cominar pena mínima de 1 (um) ano, admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) e permite que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

(d) Art. 293, § 3º, CP

Tem-se aqui uma modalidade equiparada ao tipo privilegiado do § 2º do art. 293 do CP. Trata-se claramente de uma progressão da ação punida

76. Sobre o critério da *consumção* e dos fatos típicos de acompanhamento, ver HORTA, Frederico. Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no direito penal contemporâneo. In: PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião (Coords.). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019, p. 66.

77. Para Mariângela Gomes, “não há referência à forma como se dá a inutilização, de modo que esta pode ser obtida por qualquer meio, desde que leve as pessoas a acreditarem se tratar de sinal legítimo que confere aptidão para que o documento seja utilizável.” (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Dos crimes contra a fé pública. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Org.). *Código Penal Comentado*, op. cit., p. 866).

74. Ver reportagem sobre o tema em <<https://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/cptm-e-metro-ampliam-venda-de-bilhetes-com-qr-code-para-todo-horario-de-operacao/>>.

75. PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial* (arts. 250 a 361), vol. 3 [recursos online]. São Paulo: Forense, 2019, p. 301.

no § 2º, incidindo a conduta, logicamente, sobre idêntico objeto material. Caso o mesmo agente suprima e depois use o papel alterado, tem-se crime único, por se tratar de um pós-fato coapenado (também chamado fato típico de “acompanhamento” – critério essencial para consunção). Isso, porque a conduta do § 3º representa o normal desenvolvimento da conduta do § 2º, concretizando o propósito ou utilidade desta⁷⁸. Ora, não por acaso a conduta punida no § 2º já indica, como elemento subjetivo, a intenção de utilização do papel cujo sinal indicativo de inutilização foi suprimido. É de se esperar que, posteriormente à supressão, o sujeito use o papel, sendo suficiente, todavia, pelos motivos anteriormente narrados, a sua punição exclusivamente à luz do § 2º do art. 293, sob pena de *bis in idem*.

No que diz respeito a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, cabe destacar que o tipo penal, ao cominar pena mínima de 1 (um) ano, admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) e permite que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

(e) Art. 293, § 4º, CP

A conduta proibida é a de *usar* ou de *restituir* a circulação. O objeto material da conduta são todos os papéis, quando falsificados, listados do art. 293, *caput*, inc. I a VI (exceção do inciso III, tacitamente revogado pelas regras penais especiais da Lei 6.538/78), bem como tais papéis, verdadeiros, cujo sinal de sua inutilização tenha sido anteriormente suprimido (§ 2º, art. 293, CP). Esta modalidade típica privilegiada é especial em relação tanto à modalidade do art. 293, § 1º, quanto da do art. 293, § 3º, pois aqui a conduta somente se configura quando o agente recebeu

tais papéis de *boa-fé*, sendo que os §§ 1º e 3º presumem que o sujeito os recebeu com ciência das especiais “qualidades” do papel⁷⁹. A consumação nesta modalidade exige, ademais, que o agente, depois de receber os papéis de *boa-fé*, mas antes de usá-los ou de restituí-los à circulação, venha a conhecer da falsidade ou da alteração.

No que diz respeito a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, cabe destacar que o tipo penal, ao cominar pena mínima de 6 (seis) meses, admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) e permite que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

4. Jurisprudência

No âmbito dos tribunais, há muitas discussões sobre conflito aparente de normas penais. Em um dos casos analisados, os réus “mantinham em depósito dezenas de pacotes de cigarros de origem estrangeira, desacompanhados de documentos de regular importação, assim como cigarros falsos contendo selos falsificados de IPI”⁸⁰. Relativamente a tais fatos, de início, foram os réus denunciados pelo art. 293, § 1º, inc. III, a, CP e pelo art. 334, § 1º, c, do CP (redação anterior à vigência da Lei 13.008/2014). O Tribunal mudou a qualificação jurídica do art. 334 do CP para o art. 7º, inc. IX, da Lei 8.137/90 e reconheceu a consunção do crime do art. 293, § 1º, inc. III, a, CP pelo crime do art. 7º, inc. IX, da Lei 8.137/90. Segundo constou do acórdão, seria aplicável a consunção, porque o crime de uso de selo de controle tributário falsificado “teve por mira exclusivamente ludibriar o consumidor e, por conseguinte, garantir o sucesso na prática do crime do art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90 em relação à comercialização dos maços de cigarros da marca

Derby”⁸¹. Assim, os réus foram condenados exclusivamente pelo art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90.

Já em outro caso, discutiu-se a consunção do crime do art. 293, § 1º, inc. III, a, do CP pelo crime do art. 334-A, § 1º, inciso IV, do Código Penal. Segundo a narrativa do caso, “os réus se dedicavam ao comércio ilegal de cigarros, mantendo em depósito e expondo à venda cigarros de origem estrangeira, bem como de cigarros falsificados (com selos de IPI igualmente falsos)”⁸². No acórdão, não se reconheceu o conflito aparente, mas sim o concurso formal, nos seguintes termos:

Petrechos de falsificação

Art. 294. Fabricar, adquirir, fornecer, possuir ou guardar objeto especialmente destinado à falsificação de qualquer dos papéis referidos no artigo anterior:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

COMENTÁRIOS

1. Das condutas tipificadas

No artigo, depreende-se a criminalização de muitas condutas distintas (tipo misto alternativo), a saber: *fabricar, adquirir, fornecer, possuir ou guardar*, sendo que as duas últimas representam crimes permanentes. Tais condutas recaem sobre qualquer objeto “especialmente destinado à falsificação de qualquer dos papéis referidos no artigo anterior”. Ressalta-se que a redação deste tipo penal é muito similar à do art. 291 do CP (*petrechos para falsificação de moeda*). Estranha-se, assim, ter o código silenciado sobre poderem ser as ações realizadas a título apenas oneroso ou também gratuito. Da ausência de especificação, somada à carência de verbos que exijam uma conduta a título oneroso, a interpretação mais

“não se vislumbra a ocorrência de ações autônomas e independentes, mas sim a prática de uma única conduta por parte dos réus. Isto porque, o intuito era o comércio ilegal de cigarros, sendo eles contrabandeados ou falsificados, a conduta de manter em depósito e expor a venda era a mesma”⁸³. Assim, diversamente do caso anterior, aqui já estava em vigor o art. 334-A do CP e em momento algum se fez menção ao crime do art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90. Ademais, não se reconheceu a consunção entre o art. 334-A e o art. 293, § 1º, inc. III, a, do CP.

coerente é no sentido de que o agente que praticar tais ações, a qualquer título, preenche o tipo objetivo do art. 294 do CP.

2. Generalidades e classificação

Todas as modalidades do art. 294 do CP são crimes de perigo abstrato (na modalidade delitos de *preparação*), cuja consumação, de um lado, deve exigir aptidão para gerar perigo ao bem jurídico fé pública⁸⁴, mas, de outro, dispensa que esse bem jurídico seja lesionado ou colocado em perigo concretamente. Ademais, não se exige um resultado naturalístico diverso, no tempo e no espaço, da conduta em si realizada (são crimes de mera conduta ou “formais”⁸⁵) e são crimes comuns. No âmbito do tipo subjetivo, trata-se de delitos dolosos, sem especiais elementos subjetivos⁸⁶.

78. Sobre essa espécie de conflito aparente de normas, ver HORTA, Frederico. Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no direito penal contemporâneo. In: PACHECO, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião (Coords.). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019, p. 66 ss.

79. DRUMMOND, José de Magalhães. *Comentários ao Código Penal*, op. cit., p. 218. Ainda, sobre a modalidade privilegiada, ver GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 251.

80. TRF3, AC 00022718220134036118, 11ª Turma, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, julg. 12/12/2019.

81. Idem.

82. TRF3, AC 00046853820174036110, 11ª Turma, Rel. Des. Fed. Fausto De Sanctis, Dje 06/05/2019.

83. Idem.

84. O crime de preparação, subespécie de crime de perigo abstrato, é aquele no qual, já no estágio de planejamento, apresenta algum tipo de perigo de lesão ao bem jurídico tutelado (KINDHAUSER, Urs. *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal*. In: AMBOS, Kai (ed.). *Ciencias criminales en Alemania desde una perspectiva comparada e internacional*, op. cit., p. 58).

85. Sobre os conceitos de crimes de perigo abstrato e de crimes formais, que não se confundem, conferir as notas de rodapé 3 e 5.

86. Para exemplos de erro de tipo no delito do art. 294 do CP (desconhecimento da qualidade do instrumento), ver GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 277.

3. Especificidades

Há várias discussões teóricas relevantes no âmbito deste tipo penal, com repercussão prática inequívoca. A primeira é o grau de antecipação do legislador penal, que claramente criminaliza atos preparatórios ao delito do art. 293 do CP⁸⁷, tratando-se, justamente por isso, de crime de perigo abstrato na modalidade *crime de preparação*⁸⁸. Há quem defenda que se trata de criminalização inválida, dado o grau de antecipação penal gerado pelo legislador, abarcando condutas destituídas de periculosidade mínima ao bem jurídico tutelado⁸⁹.

Contudo, como já referido quando da análise do art. 291 do CP, a forma com que se interpreta a expressão objeto “especialmente destinado à falsificação de qualquer dos papéis referidos no artigo anterior” ampliará ou reduzirá, com notória intensidade, as condutas objetivamente típicas do art. 294 do CP. De um lado, poder-se-ia afirmar que objetos não destinados exclusivamente a tal falsificação estariam de fora do alcance da proibição penal. De outro lado, poder-se-ia afirmar que também objetos dotados de funcionalidades outras, que não a falsificação desses papéis, estariam abarcados pelo tipo penal. A primeira interpretação é criticável, porque praticamente não há objetos destinados exclusivamente à falsificação, o que restringiria excessivamente o tipo penal. A segunda é, da mesma forma, problemática, pois pode impedir a distinção, no plano objeto, entre “ato inocente e ato criminoso”⁹⁰, na medida em que poderia criminalizar a fabricação, a aquisição, o fornecimento, a posse ou a guarda de objetos em

si lícitos, mas que acabam empregados também na falsificação dos papéis.

Como já adiantamos na análise do art. 291 do CP, é necessária uma redução teleológica do alcance do tipo à luz do bem jurídico tutelado e da técnica de tutela usada na sua própria redação. Em primeiro lugar, a “coisa” deve ter, dentre as suas qualidades, uma aptidão objetiva à falsificação de tais papéis. Isso, contudo, não basta, pois o tipo fala em objeto especialmente destinado à falsificação. Poderia ter dito apenas “objeto destinado à falsificação”, ou “objeto exclusivamente destinado à falsificação”, mas optou por expressão intermediária – especialmente destinado. Portanto, defendemos que a consumação do delito exige mais do que a mera aptidão objetiva da coisa a servir para a falsificação. Em outras palavras, o objeto deve servir *preponderantemente* a isso.

E mais: também a conduta realizada deve ter essa destinação ou finalidade, isto é, a fabricação, a aquisição, o fornecimento, a guarda ou a posse do referido objeto devem ser realizadas justamente visando a uma posterior falsificação, ainda que esta não venha a ocorrer. Essa é a única leitura constitucionalmente possível de crimes de perigo abstrato na modalidade crimes de preparação. Isso, porque a sua legitimidade reside no fato de que esses crimes representam comportamentos cujo fim – exclusivo ou preponderante – é o de apoiar condutas posteriores já concretamente perigosas ou lesivas ao bem jurídico. É exatamente essa aptidão e essa intencionalidade a base de apoio que fundamentariam a legitimidade dessa forma de incriminação⁹¹. Daí que quem fabrica, fornece, guarda (etc.) objetos lícitos (mas

concomitantemente úteis à falsificação) sem pretender, com isso, apoiar/auxiliar uma posterior falsificação, não realiza o delito do art. 294 do Código Penal.

Em síntese, a título de tese interpretativa: (a) se o objeto em exame é destinado exclusivamente à falsificação, haveria uma presunção relativa no sentido de que a conduta foi realizada com a pretensão de servir a uma posterior falsificação, ocorra ela ou não; (b) se o objeto serve a atividades lícitas, mas acaba por ser também útil à falsificação, o ônus probatório da acusação será maior, tendo de demonstrar que essa conduta preparatória – não só o objeto – estava destinada à falsificação dos papéis.

Finalmente, caso o sujeito que pratique esta conduta venha, posteriormente, a efetivamente falsificar os papéis em questão, tem-se conflito aparente de normas, prevalecendo a criminalização do art. 293 do CP, diante da relação de subsidiariedade aqui existente entre o art. 294 e o art. 293, inclusive sob pena de *bis in idem*. Tal relação de subsidiariedade pode ser constatada em razão da progressão no ataque ao bem jurídico, mais distante no art. 294 e mais próxima no

art. 293 – há, pois, uma fase preliminar e uma fase posterior de ofensa⁹².

No que diz respeito a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, cabe destacar que o tipo penal, ao cominar pena mínima de 1 (um) ano, admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) e permite que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

4. Jurisprudência

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, destacamos algumas discussões de relevo: (a) conflito aparente de normas entre artigo 293 e 294, ambos do CP⁹³; (b) discussão sobre qualificação de conduta de fornecimento de petrechos a terceiro como autoria do crime do art. 294 ou como de participação no crime tributário cometido pelo terceiro, com recurso ao petrecho⁹⁴. No âmbito dos tribunais de segunda instância, é possível verificar um amplo leque de condutas enquadradas no art. 294 do CP, não sendo, ademais, incomum a discussão sobre concorrência de normas entre o art. 294 e delitos contra a ordem tributária⁹⁵.

Art. 295. Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.

COMENTÁRIOS

Trata-se de causa de aumento aplicável tanto ao tipo penal do art. 293 quanto ao do art. 294,

ambos do CP⁹⁶. Claramente a sua incidência demanda mais do que a condição – em si – de funcionário público, mas que essa qualidade tenha

87. Ver GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Dos crimes contra a fé pública. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Org.). *Código Penal Comentado*, op. cit., p. 868.

88. O crime de preparação, subespécie de crime de perigo abstrato, é aquele no qual, já no estágio de planejamento, apresenta algum tipo de perigo de lesão ao bem jurídico tutelado (KINDHÄUSER, Urs. *Estrutura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal*, op. cit., p. 58).

89. Ver BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte especial*, op. cit., p. 329. Apesar desse grau de antecipação, Prado entende viável a tentativa, ideia com a qual não concordamos (ver PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte geral e parte especial*, op. cit., p. 1049).

90. DRUMMOND, José de Magalhães. *Comentários ao Código Penal*, op. cit., p. 209.

91. Sobre o ponto, ver BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 223. Também, ALCÁCER GUIRAO, Rafael. El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sub tentativa. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Ministério de Justicia: Tomo 49, mês 2, p. 473-501, 1996, p. 506-507.

92. Nesse sentido, ver HORTA, Frederico. Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no direito penal contemporâneo. In: PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nêfi; REIS JÚNIOR, Sebastião (Coords.). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019, p. 56.

93. STJ, HC 11.799, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, jul. 16.05.2000.

94. STJ, HC 23.510, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, jul. 08.06.2004.

95. Sugerimos a verificação dos seguintes casos, exemplificativamente: TRF3, HC 67.630, 11ª Turma, Rel. Des. Federal José Lunardelli, DJe de 04/10/2016; TRF3, AC 1500487-33.1998.4.03.6114/SP, 2ª Turma, Rel. Des. Federal Cecília Mello, DJe de 03/12/2010; TRF3, AC 2006.03.99.015301-0 24329, 5ª Turma, Rel. Des. Federal Peixoto Junior, DJe de 26.01.2009.

96. BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte especial*, op. cit., p. 352 e GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, op. cit., p. 277 e GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Dos crimes contra a fé pública. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Org.). *Código Penal Comentado*, op. cit., p. 869.

sido essencialmente utilizada pelo agente para facilitar a consumação do crime. Há similaridade

deste artigo com o tipo qualificado do parágrafo único do art. 290 do CP.

Capítulo III

Da falsidade documental

Falsificação de selo ou sinal público

Art. 296. Falsificar, fabricando-os ou alterando-os:

I – selo público destinado a autenticar atos oficiais da União, de Estado ou de Município;

II – selo ou sinal atribuído por lei a entidade de direito público, ou a autoridade, ou sinal público de tabelião;

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas:

I – quem faz uso do selo ou sinal falsificado;

II – quem utiliza indevidamente o selo ou sinal verdadeiro em prejuízo de outrem ou em proveito próprio ou alheio;

III – quem altera, falsifica ou faz uso indevido de marcas, logotipos, siglas ou quaisquer outros símbolos utilizados ou identificadores de órgãos ou entidades da Administração Pública.

§ 2º Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.

COMENTÁRIOS

1. Sobre o conceito e as funções dos documentos

Um documento caracteriza-se por ser a *materialização*, isto é, o suporte material de um dado da realidade ou de uma declaração de vontade atribuível a uma pessoa que se destine a ingressar no *tráfego jurídico*. Esse suporte costuma ser papel, mas também pode ser informatizado⁹⁷. Essa destinação é essencial para a especificação do conceito, pois dela derivam as principais funções

de um “documento” em sentido jurídico: *perpetuação (estabilidade)*, *garantia (autenticidade)* e *prova (veracidade)*⁹⁸. A primeira função coincide com o próprio conceito: o documento *perpetua e estabiliza* a declaração nele materializada. Da mesma forma, o documento *garante a autoria* (e autenticidade/proveniência) da declaração nele materializada, em regra mediante assinatura ou rubrica (eletrônica ou não). Daí ser a possibilidade de identificação de seu autor elemento essencial à noção de documento – excluindo-se

do conceito, pois, o documento que for anônimo. Por fim, o documento desempenha uma *função de prova* de relações com relevância jurídica, isto é, de conferir *veracidade* àquele *conteúdo*. Logo, se o documento não for capaz de gerar qualquer efeito probatório no tráfego jurídico, a sua falsidade não deve ter relevo jurídico-penal⁹⁹.

2. Sobre as funções dos documentos atingidas pela falsidade material e pela falsidade ideológica

Documentos podem sofrer falsificações materiais ou ideológicas. As falsificações materiais afetam sobretudo a função de *garantia* e *prova* do documento, enquanto as falsidades ideológicas afetam a função de *prova* do documento. Isso, porque aquelas lesionam a autenticidade do documento, pois não há correspondência entre *autor* e *declaração*¹⁰⁰. É o próprio *suporte* onde é inserida a declaração que é falso no todo ou em parte. Já nas falsidades ideológicas, não é afetada a autenticidade, em si, do documento e do *suporte* onde é inserida a declaração, mas não há correspondência entre o que o *autor declara* e o que consta no documento como conteúdo de sua declaração¹⁰¹. A função de garantia não é atingida, pois o emissor da declaração é conhecido; tampouco a função de suporte, pois não há intervenção no “suporte” material da declaração, o que somente ocorre na falsidade material ou falsificação de documento.

3. Das condutas tipificadas

No artigo em comento, depreende-se a criminalização de muitas condutas distintas (tipo misto alternativo), a saber: (a) no *caput*, as condutas de *falsificar* (fabricando ou alterando) selo público, selo ou sinal atribuído por lei a entidade de direito público ou a autoridade ou, ainda, sinal público de tabelião¹⁰²; (b) no parágrafo, as condutas de *usar* selo ou sinal falsificado, ou selo/sinal verdadeiro em prejuízo de outrem ou em proveito alheio ou próprio; *alterar*, *falsificar* ou *usar indevidamente* marcas, logotipos, siglas ou outros símbolos que identifiquem entidades da Administração Pública (figuras equiparadas).

4. Generalidades e classificação

Quase todas as modalidades do art. 296 do CP são crimes de perigo abstrato, cuja consumação, de um lado, deve exigir aptidão a gerar perigo (*periculosidade*) ao bem jurídico fé pública, mas, de outro, dispensa que o bem jurídico seja lesionado ou colocado concretamente em perigo. Ademais, não se exige um resultado naturalístico diverso, no tempo e no espaço, da conduta em si realizada (são crimes de mera conduta ou “formais”¹⁰³). Exceção a essa ideia está no art. 296, § 1º, inc. II, que exige um resultado material para sua configuração (*prejuízo de outrem* ou em *proveito próprio* ou *alheio*)¹⁰⁴. No âmbito do tipo subjetivo, trata-se de delito sem especiais elementos subjetivos.

99. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (dir.); RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. 4. ed. Barcelona: Atelier, 2015, p. 344 ss.

100. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Org.). *Manual Práctico de Derecho Penal. Parte Especial*, p. 446; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria; RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *Lecciones de Derecho Penal*, op. cit., p. 348 ss; KINHÄUSER, Urs. *Strafrecht. Besonderer Teil I*, p. 270 ss.

101. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Org.). *Manual Práctico de Derecho Penal. Parte Especial*, p. 446.

102. Como pontua SOUZA, “Binding cunhou que os delitos em foco seriam crimes contra os meios de prova, não se podendo falar de um direito à verdade de caráter geral. Ele equiparava, e.g., falsidade documental e falso testemunho” (SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 484).

103. Sobre os conceitos de crimes de perigo abstrato e de crimes formais, que não se confundem, conferir as notas de rodapé 3 e 5.

104. Sobre o tema, Busato refere que “a situação é de uso abusivo do selo verdadeiro, por exemplo, o emprego do selo do tabelião, por ele efetivamente assinado, dando conta da autenticação de uma assinatura que, na realidade, não foi checada. Trata-se, pois, do uso abusivo ou fora das normas do selo que, em si, é materialmente válido. A figura do tipo de ação, porém, cria um delito de resultado, pois exige que se produza um prejuízo privado de um terceiro, ou uma vantagem para quem faz o uso indevido, ou para terceiro. Note-se que não há qualquer menção a que classe de vantagem ou prejuízo é exigida para a configuração do tipo, mas apenas se menciona a sua existência, pelo que, esta pode ser econômica, funcional ou de qualquer outra natureza” (BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte especial*, op. cit., p. 362).

97. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (dir.); RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. 4. ed. Barcelona: Atelier, 2015, p. 344 ss.

98. KINHÄUSER, Urs. *Strafrecht. Besonderer Teil I*. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 272 ss. No mesmo sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 15. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2004, p. 725 ss; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Org.). *Manual Práctico de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I. Valência: Tirant lo Blanch, 2002, p. 444; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (dir.); RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. 4. ed. Barcelona: Atelier, 2015, p. 344 ss.; LEÓN, Miguel. *Los Delitos de Falsedad Documental. Comentarios y jurisprudencia*. Granada, 2011, p. 41 ss.

5. Especificidades

(a) art. 296, *caput*, incisos I e II do CP

Este tipo penal proíbe a falsificação de selo ou sinal público, seja via fabricação de selo integralmente falso, seja via alteração parcial de selo ou sinal verdadeiro. Este crime é *geral* em relação à conduta do art. 293 do CP, que é *especial*. Isso, porque no art. 296 o objeto da conduta é *selo ou sinal público* em sentido amplo. Já no artigo 293, o objeto é mais restrito, vinculado à tributação, a saber: *selo* destinado a controle tributário, papel selado ou qualquer papel de emissão legal destinado à arrecadação de tributo.

Contudo, também aqui não se trata de qualquer *selo* ou *sinal*, mas de apenas três hipóteses: (i) selo para autenticação de ato oficial da União, Estados ou Município; (ii) selo ou sinal atribuído por lei a entidade de direito público (por exemplo, selo do INMETRO, que é uma autarquia federal e, logo, uma pessoa jurídica de direito público) e (iii) sinal público de tabelião (tecnicamente, sua assinatura, conjugada aos carimbos e etiquetas que são colocados no documento).

Importante salientar que o inciso I do art. 296 do CP é de raríssima ocorrência na atualidade, pela modernização dos atos da administração pública. Ademais, o tipo penal faz referência exclusivamente a *ato oficial*. Logo, em se tratando de selo não destinado a autenticar *ato oficial*, não se consumaria o delito. Ademais, a falsificação seria do *selo* e não do *ato oficial* em si (em regra, o ato é materializado em um documento). Difícil é, todavia, definir tal elemento normativo (“ato oficial”). Seu significado deve ser encontrado no ramo do direito do qual é originário, a saber, no Direito Administrativo, não cabendo ao julgador avaliar o que ele compreende por *ato oficial*, mas sim recorrer ao sentido técnico e estrito do termo. Sendo assim, a expressão “atos oficiais” parece ser sinônimo de “atos administrativos”, cujas classes são muitas: atos deliberativos, como decretos; atos de correspondência, como ofícios ou cartas; atos enunciativos, como pareceres etc. Outra questão duvidosa é a interpretação da expressão

ato oficial “da União, Estados e Municípios” logo porque em primeiro lugar, não há referência a DF, sendo inviável analogia *in malam partem*. Em segundo lugar, a expressão parece aludir claramente apenas ao Poder Executivo, não aos demais poderes.

Já quanto ao inciso II do art. 296 do CP, *primeira parte*, observa-se a limitação do tipo penal imposta pela expressão “selo ou sinal atribuído por lei a entidade de direito público, ou a autarquia ou sinal deve decorrer de uma lei. Em segundo lugar, está-se criminalizando apenas a falsificação no âmbito de entidade de direito público (a saber, administração direta ou, no âmbito da administração indireta, autarquias e fundações públicas de direito público). Estão excluídas, portanto, falsificações dessa natureza no âmbito de empresas públicas (CEF, por exemplo) ou sociedades de economia mista (Petrobras, por exemplo), uma vez que se trata de pessoa jurídica de direito privado. A distinção faz sentido, *hap vista* que apenas em pessoas jurídicas submetidas a regime de direito público tais selos teriam maior caráter de oficialidade (a exemplo do INSS e do INMETRO, autarquias federais de direito público). Ainda no inciso II do art. 296 do CP *segunda parte*, a falsidade deve recair sobre *sinal público de tabelião*. Nesse sentido, como anteriormente explicado, trata-se propriamente da sua assinatura, conjugada aos carimbos e etiquetas que são colocados no documento. Não cremos viável enquadrar em tal tipo penal a falsificação de assinaturas ou rubricas de outros serventuários, uma vez que apenas o tabelião exerce função pública delegada e, logo, apenas ele titulariza os poderes-deveres dela decorrentes¹⁰⁵.

Finalmente, essencial a todas as figuras a *potencialidade lesiva*, isto é, a capacidade de a falsidade efetivamente enganar um “homem prudente”. Isso porque, reitera-se, falsidades são crimes instrumentais, ou seja, crimes que servem como regra ao apoio de condutas

posteriores que produzem algum tipo de prejuízo a terceiros. Logo, embora o prejuízo a terceiros não seja elemento constitutivo da maioria dos delitos de falsidade, a incapacidade de fazê-lo – pela incapacidade de levar a erro – torna a conduta atípica.

No que diz respeito a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, cabe destacar que o tipo penal, ao cominar pena mínima de 2 (dois) anos, não admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95). Por outro lado, permite que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

(b) Art. 296, § 1º, incisos I, II e III, CP

Nestas figuras equiparadas, tem-se a proibição de três condutas bastante dispare, sendo apenas a primeira fundamentalmente ligada às condutas do *caput*. Nesse sentido, o inciso I do § 1º do art. 296 criminaliza o uso dos selos ou sinais falsificados e referidos no *caput*. Embora não seja assim referido expressamente, é evidente que o agente, se distinto daquele que realizou a conduta de falsificação, somente cometerá o crime de uso de sinal ou selo público falso se ciente estiver da falsidade, sob pena de erro de tipo e, logo, de ausência de dolo (a modalidade culposa não é punível). Tal ciência não se presume, devendo ser provada pela acusação. De outro lado, sendo o mesmo agente que falsifica e usa, o problema do conhecimento da falsidade é superado, mas a punição deve limitar-se ao *caput*, por se tratar de um pós-fato coapenado (*consunção*)¹⁰⁷. Ou seja, esta modalidade equiparada deve entrar em cena apenas quando o agente que a realiza não coincidir com aquele que falsificou o selo ou sinal público.

Já o inciso II do § 1º do art. 296 do CP criminaliza conduta bastante distinta, pois seu objeto

não é selo ou sinal falsificado, mas verdadeiro, residindo o injusto penal na sua indevida utilização, com consequente *prejuízo* a outrem ou *proveito* próprio ou mesmo *proveito* alheio. Observe-se que o artigo não exige, em princípio, a concomitância dos eventos – *prejuízo* e *benefício* –, mas apenas a ocorrência de um deles. Embora o tipo penal assim não explicita, pensamos ser necessário que o prejuízo ou o proveito tenha repercussão econômica. Isso, porque não se trata propriamente de um crime contra a fé pública, já que falsidade não há (o selo ou sinal é verdadeiro), mas sim de crime preponderantemente contra o patrimônio, o qual está deslocado para esta seção do Código Penal. Importante ainda constatar, que a consumação do delito, nesta modalidade, exige resultado (trata-se de crime material), o qual pode ser insignificante e, por isso, atípico, já que relevante aqui é o patrimônio, não a fé pública.

Finalmente, o inciso III do § 1º do art. 296 do CP criminaliza condutas que recaem sobre objeto também diverso, a saber, sobre “marcas, logotipos, siglas ou quaisquer outros símbolos utilizados ou identificadores de órgãos ou entidades da Administração Pública”. Quem os *altera*, *falsifica* (no sentido de fabricar imitação)¹⁰⁸ ou *faz uso indevido* cometeria este delito, desde que, no último caso, esteja o agente ciente do fato de que o uso era indevido (sob pena de erro de tipo, por desconhecer elemento normativo, sendo inviável a punição a título culposos, por ausência de precisão no tipo). Ademais, não está claro se o símbolo seria referente apenas à Administração Pública direta ou se também à indireta (aparentemente, sim), mas a expressão claramente exclui o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. Sustentamos que a interpretação deva ser a mais estrita possível, englobando apenas a administração direta e eventuais pessoas jurídicas de direito público que integram a administração indireta (por exemplo, autarquias como INMETRO, INSS,

105. No mesmo sentido, ver PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte geral e parte especial*, op. cit., p. 1051 e GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, op. cit., p. 280.

106. Ver STF, ADI 2.415/SP, Plenário, Rel. Ministro Ayres Britto, por maioria, public. no DJe em 22/09/2011.

107. Sobre o critério da *consunção* e dos fatos típicos de acompanhamento, ver HORTA, Frederico. *Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no direito penal contemporâneo*. In: PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião (Coords.). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019, p. 66.

108. Ver GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Dos crimes contra a fé pública. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Org.). *Código Penal Comentado*, op. cit., p. 871-72.

Universidades Federais), excluídas as pessoas jurídicas de direito privado (*empresas estatais*)¹⁰⁹.

No que diz respeito a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, cabe destacar que o tipo penal, ao cominar pena mínima de 2 (dois) anos, não admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95). Por outro lado, permite que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

(c) Art. 296, § 2º, CP

Trata-se de causa de aumento relacionada à condição de funcionário público para fins penais. No ponto, sustentamos que esta majorante somente abrange os funcionários públicos propriamente ditos (art. 327, *caput*, CP), não os equiparados (art. 327, § 1º, CP). Isso, porque sequer faria sentido, à luz dos tipos penais referidos, pensar o contrário, já que fundamentalmente referidos à administração direta e às pessoas jurídicas de direito público da administração indireta (autarquias, por exemplo).

Falsificação de documento público

Art. 297. Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.

§ 2º Para os efeitos penais, equiparam-se a documento público o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular.

§ 3º Nas mesmas penas incorre quem insere ou faz inserir:

I – na folha de pagamento ou em documento de informações que seja destinado a fazer prova perante a previdência social, pessoa que não possua a qualidade de segurado obrigatório;

II – na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado ou em documento que deva produzir efeito perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter sido escrita;

6. Jurisprudência

No âmbito dos tribunais, discussão recorrente diz respeito a possível erro de proibição do uso do símbolo ou da marca pública em questão. Em caso peculiar, uma empresa de SP, utilizando indevidamente o Brasão de Armas da República Federativa do Brasil, com o intuito de conferir maior credibilidade ao seu serviço. No caso, não se reconheceu, no âmbito da culpabilidade, a alegação de erro de proibição, porque o réu teria integrado o Exército brasileiro, logo, teria “plenas condições de saber que o brasão da República não poderia ser utilizado para ilustrar o anúncio de sua agência de detetive particular”¹¹⁰. Outro ponto também foi objeto de debate. Trata-se do fato de que o brasão não segue todas as especificidades e os padrões do símbolo “autêntico”, mas, ainda assim, seria apto a iludir terceiros, não se reconhecendo a atipicidade objetiva, pela presença de potencialidade lesiva.

III – em documento contábil ou em qualquer outro documento relacionado com as obrigações da empresa perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter constado.

§ 4º Nas mesmas penas incorre quem omite, nos documentos mencionados no § 3º, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços.

COMENTÁRIOS

1. Das condutas tipificadas

No artigo, depreende-se a criminalização de múltiplas condutas distintas (tipo misto alternativo), a saber: (a) no *caput*, *falsificar* (no todo ou em parte) documento público ou *alterar* documento público verdadeiro; (b) no § 3º, *inserir* ou *fazer inserir* (b.1) declaração falsa ou diversa da que deveria ter constado em CTPS ou em documento contábil ou outro relacionado às obrigações da empresa perante a previdência social ou (b.2) pessoa que não possua a qualidade de segurado obrigatório em folha de pagamento ou em documento com finalidade probatória perante a previdência social e (c) no § 4º, *omitir*, nos documentos referidos no § 3º, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços.

2. Generalidades e classificação

Todas as modalidades do art. 297 do CP são crimes de perigo abstrato, cuja consumação, de um lado, deve exigir aptidão a gerar perigo (*periculosidade*) ao bem jurídico fé pública, mas, de outro, dispensa que esse bem jurídico seja lesionado ou colocado concretamente em perigo. Ademais, não se exige um resultado naturalístico diverso, no tempo e no espaço, da conduta em si realizada (são crimes de mera conduta ou “formais”¹¹¹). No âmbito do tipo subjetivo, trata-se de delito sem especiais elementos subjetivos¹¹².

3. Especificidades

(a) art. 297, *caput*, CP

Este tipo penal proíbe a conduta de *falsificar* (via fabricação) documento público ou *alterar* documento público verdadeiro. Trata-se aqui de falsidade material que, como tal, deve afetar as funções de garantia (autenticidade) e de prova (veracidade) do documento e das declarações materializadas em seu suporte. Questão central aqui é a definição do conceito do elemento normativo *documento público*, especialmente pela diferença punitiva entre o ato de falsificar um documento público ou um privado¹¹³.

São públicos, pois, os documentos emitidos, no âmbito de sua competência, por funcionários públicos ou por quem exerce função pública delegada, desde que dotados de fé pública, aqui entendida como uma especial *presunção de autenticidade e de veracidade*. É essa reforçada capacidade probatória (a dita *presunção de veracidade*), decorrente da garantia conferida pelo emissor (sujeito com poderes tipicamente públicos), que distingue documento público de documento particular (categoria residual). Como exemplo, temos as escrituras públicas, as procurações públicas, os certificados judiciais, as certidões registrares, títulos de eleitor, CNH etc. Como se observa, o critério fundamental é o documento ser dotado de fé pública. Difícil, contudo, é justamente ter certeza quanto a essa qualidade em alguns casos.

109. Nossa posição é minoritária. Exemplificativamente, veja-se caso em que os réus foram condenados por indevidamente, usarem “o logotipo da Caixa Econômica Federal em cartões de visita e em papéis destinados a clientes interessados em obter empréstimos ou financiamentos” (TRF3, AC 0005692-07.2013.4.03.6100).

110. Turma, Rel. José Lunardelli, DJe 04/02/2020.

111. TRF3, AC 00095387120174036181, 11ª Turma, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, DJe 14/04/2020.

111. Sobre os conceitos de crimes de perigo abstrato e de crimes formais, que não se confundem, conferir as notas de rodapé 3 e 5.

112. A inserção a que se refere o § 3º, com as condutas elencadas, pode ter sido feita “por engano”. Neste caso, não há crime. Também as omissões dispostas no § 4º podem estar relacionadas a um simples esquecimento culposos, o qual, da mesma forma, não estaria incriminado (BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte especial*, op. cit., p. 368).

113. Ver PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte geral e parte especial*, op. cit., p. 1061 e SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal. Parte Especial*. Vol. 4, op. cit., p. 493.

Como regra geral, consideramos que os documentos emitidos por servidores ou membros da Administração Pública direta (seja no âmbito da União, dos Estados, do DF e dos Municípios), do Poder Judiciário e do Poder Legislativo são públicos. Também públicos seriam os documentos emitidos por privados ocupantes de funções públicas delegadas do Estado, sobretudo notários e oficiais registradores, e também alguns no âmbito da educação superior.

Finalmente, não devem ser considerados documentos públicos aqueles privados, mas incorporados a procedimentos administrativos (por exemplo, contrato social registrado na Junta Comercial). Eles não possuem fé pública, nem outra especial capacidade probatória (diverso é o caso de um documento emitido pela Junta Comercial, que com aqueles não se confunde).

No que diz respeito a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, cabe destacar que o tipo penal, ao cominar pena mínima de 2 (dois) anos, não admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95). Por outro lado, permite que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

(b) Art. 297, § 1º, CP

Esta causa de aumento pune mais severamente aquele que, sendo funcionário público, vale-se do cargo para a falsificação. Aqui, sustentamos que as atribuições do funcionário público devem ter relação com o documento falsificado, tendo facilitado a realização da conduta. Por exemplo, um auditor fiscal da Receita Federal que venha a falsificar uma certidão negativa de débitos

federais, ao que tudo indica, teria se valido do cargo a tanto. Mesmo neste caso, em que pareça haver relação evidente, o abuso do poder deve titularizado em razão do exercício de função precisa ser provado pela acusação. Logo, aqui não se pune mais severamente o funcionário público que comete falsidade material, mas o funcionário que usa essa qualidade para mais facilmente perpetrar o delito. A incidência da causa de aumento, repita-se, não pode ser automática. Ademais, de muito baixa consistência é a ideia de que também a categoria do funcionário público por equiparação seja aqui enquadrada, especialmente quando suas atribuições não têm qualquer relação com a de emissão de documentos com fé pública. Finalmente, por razões topográficas, tal causa de aumento deve recair apenas sobre a conduta do caput, não sobre as dos demais parágrafos.

(c) Art. 297, § 2º, CP

Esta regra tem uma função de ampliar o conceito de documento público, equiparando a tal categoria documentos que não seriam dotados *a priori* de fé pública¹¹⁴ (critério identificador de documento público, como propusemos anteriormente). Vejamos: o artigo faz referência a entidade *paraestatal*. O termo é controverso até hoje e já admitiu muitos sentidos. Nessa regra, só há sentido em interpretá-lo de modo mais restrito possível, voltando ao sentido corrente quando da aprovação do CP em 1940. Na época, discutia-se o que seriam tais entes, tendo-se copiado o termo da legislação italiana (*enti parastatali*)¹¹⁵. Um dos poucos consensos residia no enquadramento de autarquias como *paraestatais*. Já hoje o termo *paraestatal* costuma ser usado como sinônimo de *terceiro setor* e do Sistema S¹¹⁶. Importante

é considerar, para fins deste tipo penal, como equiparados os documentos emitidos por pessoas jurídicas de direito público da administração indireta, como INSS, Universidades, INMETRO etc. Pensamos que não devem ser aqui enquadrados documentos emitidos por pessoas jurídicas de direito privado da administração indireta como do Banco do Brasil, da Petrobrás etc.¹¹⁷.

Também títulos ao portador ou transmissíveis por endosso, como notas promissórias, cheques, letras de câmbio – desde que circuláveis (ou seja, não vencidos) – são equiparados a documentos públicos, inclusive por alguns serem títulos executivos extrajudiciais. Já as ditas “ações de sociedade comercial”, expressão não mais utilizada no âmbito do direito comercial, devem ser equiparadas às hoje denominadas ações de sociedade anônima. Isso, porque a sua transferência não deve ser registrada na Junta Comercial, mas tem especial força probatória. É o caso do livro de registro de ações nominativas das sociedades anônimas¹¹⁸. Também os ditos livros mercantis (outro termo pouco usual atualmente) seriam equiparados. Contudo, a escrituração de tais sociedades, hoje, é fundamentalmente digital, via SPED, em razão de exigências de ECD (escrituração contábil digital) desde 2007 (Decreto n.º 6.022, de 22 de janeiro de 2007).

Finalmente, o testamento particular é equiparado a documento público (o testamento público é documento público em si mesmo). Já o testamento cerrado deve ser equiparado a documento público, sendo em si pública a sua aprovação por tabelião. Tais testamentos estão regidos pelos artigos 1.864 a 1.880 do Código Civil/2002.

Janeiro, n. 132, p. 32-40, jan./jun. 1978, p. 35 ss.; MEIRELLES, Hely Lopes. Autarquias e entidades paraestatais. In: SUNDFELD, Carlos Ari; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). Doutrinas essenciais do direito administrativo. Administração Pública indireta e regulação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 159 ss. Texto publicado originalmente em 1962.

117. Em sentido contrário, ou seja, englobando-as para os fins do art. 297 do CP, ver GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, op. cit., p. 289-290. Sobre os problemas da interpretação do termo entidade paraestatal também no âmbito do conceito penal de funcionário público (art. 327 do CP), ver SCALCON, Raquel Lima. O médico que atua no SUS e sua qualificação como funcionário público para fins penais. In: ESTELTA, Heloisa; SIQUEIRA, Flavia (Org.). *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 264 ss. e SCALCON, Raquel Lima. A condição de funcionário público no direito penal: conceito, distinções e casos. Florianópolis: Emais, 2021, p. 66-78.

118. Ver art. 100, inc. I, da Lei das S.A. (Lei 6.404/76).

119. Sobre esse ponto, ver BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal: parte especial*, op. cit., p. 368.

(d) Art. 297, § 3º, CP

Nestas figuras equiparadas, verifica-se a proibição das condutas de *inserir* ou de *fazer inserir* declaração falsa ou diversa da que deveria constar em uma série de documentos relacionados à Previdência Social. Este § 3º foi inserido no art. 297 do CP pela Lei 9.983/2000, que também acrescentou uma série de novas incriminações relacionadas à Previdência Social ao longo do Código Penal, tais como os conhecidos artigos 168-A e 337-A. Particularmente em relação às condutas do § 3º, melhor seria a sua inserção no art. 299 do CP, pois não tratam, propriamente, de falsidades materiais, mas sim ideológicas¹¹⁹. Em outras palavras, o suporte onde é materializada a declaração é plenamente verdadeiro, o que não ocorre nas demais figuras do art. 297 (nas quais o suporte é integralmente ou parcialmente falso). Ademais, nem mesmo os documentos sobre os quais as declarações indevidas ou inexatas são inseridas precisariam ser públicos (a CTPS certamente o é; já os documentos contábeis poderiam, a depender, ser públicos por equiparação, nos termos do art. 297, § 2º, CP). O que importa, no fim do dia, é o documento ter efeitos probatórios relevantes perante a Previdência Social. Ausente tal efeito, a conduta deve ser tida como atípica.

No que diz respeito a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, cabe destacar que esta figura, tal qual o caput, ao cominar pena mínima de 2 (dois) anos, não admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89

114. Conforme bem explica Mariângela Gomes, “significa, portanto, que, embora tais documentos não sejam públicos, são a estes equiparados, de modo que a falsificação que sobre eles recai contém o mesmo juízo de reprovação do crime de falsificação de documento público.” (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Os crimes contra a fé pública. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Org.). *Código Penal Comentado*, op. cit., p. 875).

115. A expressão teria sido utilizada na Itália pela primeira vez na década de 1920, em regramento sobre o contrato de emprego privado (Decreto-lei 1.825/1924). Ver ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Milano: A. Giuffrè 8. Ed. 1958, p. 128. A partir de 1970, o termo caiu em desuso naquele ordenamento jurídico (GIANNINI, Massimo. *Diritto amministrativo*, 2. ed. Milano: A. Giuffrè, 1988, vol. 1, p. 176).

116. Para uma reconstrução histórica do debate, ver COTRIM NETO, Alberto. Conceito jurídico de entidade “paraestatal”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 83, p. 32-43, jul. 1966. Ver ainda MEIRELLES, Hely Lopes. A licitação nas entidades paraestatais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de

da Lei n. 9.099/95). Por outro lado, permite que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

(e) Art. 297, § 4º, CP

Nesta figura equiparada tem-se a criminalização da conduta *oposta* às do § 3º. Isso porque, se lá a norma de conduta proíbe a *inserção* de declaração falsa ou diversa da que deveria constar – uma conduta necessariamente comissiva – aqui a norma de conduta obriga a *inserção* de certos dados nos mesmos documentos, sendo crime justamente a sua *omissão* indevida. O legislador aqui, corretamente, delimitou bem mais o que pretendia punir, listando, exaustivamente, a omissão de *quais* dados consumaria o crime, a saber: nome do segurado, dados pessoais, remuneração, vigência do contrato de trabalho ou do contrato de prestação de serviço. Finalmente, embora o tipo penal seja anterior à Lei Geral de Proteção de Dados, a expressão “dados pessoais” deve agora ser interpretada de modo técnico e estrito, à luz do art. 5º, inc. I, da LGPD.

No que diz respeito a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, a figura também não admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95), mas permite a propositura do ANPP.

Falsificação de documento particular

Art. 298. Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Falsificação de cartão

Parágrafo único. Para fins do disposto no *caput*, equipara-se a documento particular o cartão de crédito ou débito.

COMENTÁRIOS

1. Condutas tipificadas, generalidades e classificação

No artigo, depreende-se a criminalização de múltiplas condutas distintas (tipo misto

4. Jurisprudência

No âmbito dos tribunais, as discussões mais intensas residem em dois pontos: (i) qualidade do documento (se público ou privado) e (ii) concurso de crimes. Interessante caso julgado no TRF3 abrangendo ambos os itens¹²⁰. Na decisão, os documentos falsificados eram *Termos de Parcelamento de Débitos tributários*, os quais foram qualificados como *públicos* para os fins do art. 297 do CP. Os acusados também inseriam assinaturas e selos contratuais em tais documentos, imitando congêneres legítimos da Procuradoria da Fazenda Nacional. Essa documentação, ademais, era apresentada à Justiça Federal, para fins de suspender execuções fiscais de tributos federais. Na primeira instância, o juízo considerou consumados os crimes do art. 297, § 1º, III, do CP (pela inserção dos selos contratuais da PFN), em concurso material com o delito previsto no art. 297 (pela falsificação dos termos de parcelamento) e art. 304 c/c art. 297 (pelo uso dos documentos), em concurso material com o crime do art. 171 c/c art. 14, II, todos do CP (pela tentativa de enganar a justiça). Contudo, em segunda instância, entendeu-se que a conduta configurava exclusivamente o crime de estelionato tentado (especificamente art. 171, § 3º, c/c art. 14, II, todos do CP), restando todos os demais delitos de falso absorvidos pelo estelionato, aplicando-se a Súmula 17 do STJ

alternativo), a saber: *falsificar* (no todo ou em parte) documento particular ou *alterar* documento particular verdadeiro. Todas as modalidades do art. 298 do CP são crimes de perigo abstrato, cuja consumação, de um lado, deve

exigir aptidão a gerar perigo (*periculosidade*) ao bem jurídico fé pública, mas, de outro, dispensa que esse bem jurídico seja lesionado ou colocado concretamente em perigo. Ademais, não se exige um resultado naturalístico diverso, no tempo e no espaço, da conduta em si realizada (são crimes de mera conduta ou “formais”¹²¹). No âmbito do tipo subjetivo, trata-se de delito sem especiais elementos subjetivos.

Sobre o conceito de documento e suas funções, ver considerações anteriores. Já sobre o conceito de documento *particular*, trata-se de categoria residual. Não sendo o documento público ou equiparado a público, nos termos do art. 297, ele deve ser considerado particular¹²². O Código Penal apenas esclarece que *cartões de crédito ou de débito* devem ser qualificados como documentos públicos¹²³. Aqui, sem dúvida, a positivação feita não veio a dirimir controvérsia sobre ser o cartão algo público ou privado, mas sim sobre ser *documento*, o que, pelo conceito esboçado anteriormente, dificilmente o seria.

No que diz respeito a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, cabe destacar que esse tipo penal, ao cominar pena mínima de 1 (um) ano, admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) e permite que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

121. Sobre os conceitos de crimes de perigo abstrato e de crimes formais, que não se confundem, conferir as notas de rodapé 3 e 5.

122. Acerca do possível conflito de normas, Busato explica: “a nota fiscal, a duplicata, a fatura, a nota de venda ou qualquer outro documento relativo à operação tributável constituem documentos particulares. No entanto, sua falsificação não é aqui incriminada, mas sim no art. 1º, III, da Lei nº 8.137/1990. A especialidade se dá pelo objeto material, que guarda um interesse tributário específico” (BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal: parte especial*, op. cit., p. 372). Não concordamos integralmente com o autor. Pensamos que o art. 298 do CP incrimina, sim, a falsificação de tais documentos, mas a regra de conduta do art. 1º, III, da Lei nº 8.137/1990, além de estipular um crime de *resultado material* (a *supressão ou a redução do tributo*), e, por isso, especial, prevalecendo sobre a do art. 298 do CP em hipótese de conflito.

123. Conferir PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte geral e parte especial*, op. cit., p. 1068 e SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 505.

124. STJ, Ag RHC 112.730/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julg. 03/03/2020.

125. TRF3, AC 00147495920154036181, 11ª Turma, Rel. Juíza Federal Convocada Monica Bonavina, DJe 17/04/2020.

126. Idem.

2. Jurisprudência

No âmbito das cortes, discussões interessantes residem na qualificação do documento como público ou como privado, bem como em problemas de conflito aparente de normas *versus* concurso de crimes. Em caso julgado pelo STJ¹²⁴, os réus foram acusados de falsificar termo de confissão de dívida e, após, utilizaram o documento com o intuito de “cobrar” a dívida inexistente. Considerou-se que se tratava de documento *privado* para os fins dos arts. 297 e 298 do CP, bem como que, quando o documento falso é posteriormente usado pelo próprio falsário (ou seja, quando há coincidência entre falsário e usuário), o crime de uso é absorvido pelo de falso, por se tratar de um *pós fato impune* ou *coapenado*.

Em outro caso, qualificou-se a falsificação de assinatura de advogado em petição de processo judicial como falsificação de documento particular. Ademais, salientou-se se tratar de caso excepcional de “falsificação sem imitação”, isto é, quando “o falsário não necessita que sua atuação gere, como resultado, que o objeto falsificado se revista de qualidades próximas as do objeto verdadeiro”¹²⁵. Isso, porque o objeto falsificado seria de pouco conhecimento comunitário, reduzindo o esforço do falsário. Seria este o caso de assinaturas de advogados em petições apresentadas em juízo, as quais raramente são conferidas em sua autenticidade e veracidade¹²⁶.

120. TRF3, AC 00108396320114036181, 5ª Turma, Rel. Juíza Convocada Louise Filgueiras, DJe 02/03/2020.

Falsidade ideológica

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

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.

Parágrafo único. Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

COMENTÁRIOS

1. Das condutas tipificadas

A figura admite três modalidades de conduta: (i) omitir, em documento público ou particular, declaração que nele deveria constar (única modalidade omissiva¹²⁷); (ii) inserir, em documento público ou particular, declaração falsa ou diversa da que deveria ser escrita e (iii) fazer com que seja inserida, em documento público ou particular, declaração falsa ou diversa da que deveria ser escrita.

2. Generalidades e classificação

Todas as modalidades do art. 299 do CP são crimes de perigo abstrato, cuja consumação, de um lado, exige aptidão a gerar perigo (*periculosidade*) ao bem jurídico fé pública, mas, de outro, dispensa que o bem jurídico seja lesionado ou colocado concretamente em perigo. Ademais, não se exige um resultado naturalístico diverso, no tempo e no espaço, da conduta em si realizada

(são crimes de mera conduta ou “formais”¹²⁸), no âmbito do tipo subjetivo, trata-se de delitos com especiais elementos subjetivos.

3. Especificidades

(a) Art. 299, *caput*, CP

Trata-se de espécie de falsidade de documento cujo suporte é documento público ou particular, consubstanciada na discordância intencional entre um dado da realidade e/ou uma manifestação de vontade e a sua expressão documental. O documento, sob o ponto de vista material, é autêntico e verdadeiro, mas o seu conteúdo, em maior ou menor extensão, não¹²⁹. Daí ser também esse crime denominado “falsidade expressional”. Por essa razão, a falsidade ideológica afeta fundamentalmente a função probatória do documento. A função de garantia não é atingida, pois o conteúdo da declaração é conhecido; também a função de suporte (de perpetuação da declaração) se mantém íntegra, pois não há intervenção no “suporte”

material da declaração¹³¹, o que somente ocorre na fabricação de documento falso ou na alteração de documento verdadeiro (art. 297 e art. 298, CP).

Embora se trate de crime de perigo abstrato e “formal” (que não exige um resultado material diverso da ação ou da omissão), a prática das condutas narradas no tipo não basta para a configuração do crime¹³². É preciso que a declaração omitida ou a declaração falsa ou diversa da que deveria ser inserida tenha *potencialidade lesiva*. Esse conceito é definido de modo estrito no art. 299 do CP, que a identifica com a *capacidade do falso de “prejudicar direito”, de “criar obrigação” ou de “alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”* (art. 299 do Código Penal).

Mas, afinal, o que isso significa? Significa que a declaração inserida ou omitida deve dizer respeito a fato da realidade que integre o suporte fático¹³³ de regras jurídicas que regulam direitos ou obrigações ou o suporte fático de regras jurídicas que disciplinam os requisitos de existência, validade e eficácia de atos jurídicos¹³⁴. Em outras palavras, o documento ideologicamente falso deve servir para provar fato que atrairia a incidência de regras jurídicas, gerando os efeitos jurídicos nelas previstos. Do contrário, faltará à falsidade relevância jurídica.

Finalmente, o preceito secundário deste delito muda em se tratando de falsidade incidente sobre documento público ou sobre documento particular. Assim como no caso de falsidade material, a diferença do *quantum* de pena decorre do fato de que o documento público tem maior eficácia probatória no tráfego jurídico do que o particular, daí sua falsidade apresentar maior periculosidade. Sobre o conceito de documento, as funções de um documento e a qualidade de ser público, ver seções

acima (imediatamente anteriores ao comentário ao art. 297, CP).

No entanto, em que pese as mudanças dos parâmetros máximos a depender do tipo de documento, esta figura delitiva, seja sobre documento público, seja sobre documento particular, ao cominar pena mínima de 1 (um) ano, admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) e permite que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

(b) Art. 299, parágrafo único, CP

Esta causa de aumento pune mais severamente aquele que, sendo funcionário público (art. 327, CP), vale-se do cargo para a falsificação. Como referido quando do art. 297, § 1º, CP (ao qual remetemos o leitor), sustentamos que as atribuições do funcionário público devem ter relação com o documento falsificado, tendo facilitado a conduta. Ausente tal vínculo entre *usar* a função para facilitar a falsificação, a majorante não pode incidir. Logo, aqui não se pune com maior severidade o funcionário que simplesmente comete falsidade ideológica, mas o funcionário público que usa essa qualidade para mais facilmente perpetrar o delito. A incidência da regra, repita-se, não pode ser automática. Ademais, de muito baixa consistência é a ideia de que também a categoria do *funcionário público por equiparação* seja aqui enquadrada, especialmente quando suas atribuições não têm qualquer relação com a de emissão de documentos com fé pública.

4. Jurisprudência

No âmbito dos tribunais, as principais discussões residem na interpretação do elemento normativo “alterar a verdade sobre fato juridicamente

127. No mesmo sentido, afirma Busato que “o que se castiga é efetivamente uma omissão. Não se pune o agente por ter composto o documento, mas apenas e tão somente por, ao tê-lo feito, omitir obrigação. De tanto, o crime é omissivo próprio” (BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte especial*, op. cit., p. 376). No similar sentido, afirma Mariângela Gomes que “enquanto o documento não estiver finalizado e, portanto, ainda possa ser inserida a informação faltante, não há que se falar no crime consumado” (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Dos crimes contra a fé pública*. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Org.). *Código Penal Comentado*, op. cit., p. 882).

128. Sobre os conceitos de crimes de perigo abstrato e de crimes formais, que não se confundem, ver as notas de rodapé 3 e 5.

129. Nesse sentido, REALE JR., Miguel (Org.). *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 881. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial 4*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 831.

130. DRUMMOND, José de Magalhães. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1944, p. 232.

131. KINDHAUSER, Urs. *Strafrecht. Besonderer Teil I*, op. cit., p. 270 ss.

132. Ver exemplos de condutas atípicas em PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte geral e parte especial*, op. cit., p. 1070.

133. Por suporte fático, entenda-se a “hipótese fática condicionante da incidência da norma jurídica” e da consequente produção de efeitos jurídicos (criação de obrigações, produção de atos jurídicos etc.). E, portanto, algo que ocorre no mundo (fato, evento, conduta) e que, por ser considerado relevante, tornou-se “objeto da normatividade jurídica” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da Existência*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 38-39).

134. KINDHAUSER, Urs. *Strafrecht. Besonderer Teil I*, op. cit., p. 270 ss.

relevante". Em caso julgado no âmbito do TRF3, reconheceu-se como falsidade ideológica a inserção de declarações falsas em contrato social e subsequentes alterações societárias (documentos particulares)¹³⁵. Isso, porque a conduta tinha por finalidade prejudicar a União em processos de execução fiscal movidos em face da empresa administrada pelo réu e alterava a verdade sobre fato juridicamente relevante (no caso, a constituição

da sociedade e suas posteriores alterações). Já em outro caso, considerou-se falsidade ideológica a inserção, em documento público verdadeiro (passaporte), de informações inverídicas sobre o nome e a qualificação do titular¹³⁶. Neste último caso, reconheceu-se ainda a consunção, qualificando o delito de uso do documento em questão como mero pós-fato impunível, prevalecendo o delito do art. 299 do CP.

Falso reconhecimento de firma ou letra

Art. 300. Reconhecer, como verdadeira, no exercício de função pública, firma ou letra que o não seja:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público; e de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.

COMENTÁRIOS

1. Condutas tipificadas, generalidades e classificação

Este artigo criminaliza o ato de reconhecer como verdadeira, no exercício de função pública¹³⁷, firma ou letra falsificada¹³⁸. Como se observa, firma ou letra são justamente os objetos materiais da conduta de reconhecer. Tem-se aqui um crime de perigo abstrato, cuja consumação¹³⁹, de um lado, deve exigir aptidão a gerar perigo (*periculosidade*) ao bem jurídico fé pública, mas, de outro, dispensa que esse bem jurídico seja lesionado ou colocado em perigo concretamente. Ademais, não exige um resultado naturalístico diverso, no tempo e no espaço, da conduta em si realizada (são crimes de mera conduta ou "formais"¹⁴⁰). No âmbito do tipo subjetivo, trata-se de delito sem especiais elementos subjetivos.

Há três elementos normativos que demandam cuidadosa interpretação, a saber: "no exercício de função pública", "firma" e "letra". Quanto ao primeiro, ele explicita três questões de relevância: (i) trata-se de crime especial ou de violação de dever (que exige especial qualidade do sujeito ativo); (ii) apenas quem tem competência legal (poder-dever com origem pública) para fazer o reconhecimento em questão pode ser autor do delito e (iii) o crime ocorre apenas se houver exercício atual da função¹⁴¹. Quanto ao segundo, o elemento firma remete à assinatura a ser reconhecida. Finalmente, quanto ao terceiro, o elemento letra remeteria a documentos escritos a próprio punho, cuja letra seria reconhecida, para além da firma, prática incomum atualmente (própria do chamado testamento holografo).

135. TRF3, AC 00085319720164036110, 11ª Turma, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, DJe 28/05/2020.

136. TRF3, AC 00036412020184036119, 11ª Turma, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, DJe 28/05/2020.

137. Ver GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 311.

138. Como explica Costa Júnior, é indiferente se o reconhecimento ocorre por autenticação ou por semelhança (COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 155).

139. Ver GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Dos crimes contra a fé pública. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Org.). *Código Penal Comentado*, op. cit., p. 885.

140. Sobre os conceitos de crimes de perigo abstrato e de crimes formais, que não se confundem, conferir as notas de rodapé 3 e 5.

141. DRUMMOND, José de Magalhães. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit., p. 234.

2. Especificidades

O problema do concurso aparente de normas penais merece aqui atenção. Este crime é modalidade especial de falsidade ideológica¹⁴², por se tratar de crime especial (círculo de autoria restrito). Logo, caso um oficial registrador venha intencionalmente a reconhecer firma falsa, não será aplicável o art. 299, *caput*, c/c parágrafo único, ambos do CP, mas apenas o art. 300 do CP. Isso trará impactos diretos no *quantum de pena*. Outro ponto relevante é saber se houve acordo entre o funcionário público e o sujeito que forjou o documento. Em caso positivo, o *extraneus* teria consumado o crime de falsidade documental como autor (art. 297 ou art. 298 do CP, a depender do tipo de documento) e, ao instigar o funcionário ao falso reconhecimento, sido partícipe do crime do art. 300 do CP, em concurso material. Já o oficial registrador seria autor do delito do art. 300 do CP.

Finalmente, uma das principais discussões que permeiam este crime é a comprovação do

dolo do oficial registrador (tabelião) quando do reconhecimento de firma ou letra inautêntica, já que ausente a figura culposa. Caso o funcionário público em questão proceda ao reconhecimento por crer se tratar de firma ou letra verdadeira, estará em erro de tipo, por desconhecer um dos elementos do tipo penal (em sentido similar: STJ, RCH 8.811/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, julg. 14/09/1999). Trata-se, pois, de clara hipótese de atipicidade subjetiva da conduta (ausência de dolo).

Em que pese as mudanças dos patamares máximos a depender do tipo de documento, esta figura delitiva, seja sobre documento público, seja sobre documento particular, ao cominar pena mínima de 1 (um) ano, admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) e permite que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

Certidão ou atestado ideologicamente falso

Art. 301. Atestar ou certificar falsamente, em razão de função pública, fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem:

Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

Falsidade material de atestado ou certidão

§ 1º Falsificar, no todo ou em parte, atestado ou certidão, ou alterar o teor de certidão ou atestado verdadeiro, para prova de fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 2º Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se, além da pena privativa de liberdade, a de multa.

COMENTÁRIOS

1. Das condutas tipificadas, generalidades e classificação

Enquanto o *caput* tipifica uma modalidade especial (privilegiada) de falsidade ideológica,

inclusive com círculo restrito de possíveis autores (crime próprio), o § 1º tipifica uma modalidade especial (privilegiada) de falsidade documental material, mas que, no entanto, é crime comum, podendo qualquer pessoa o consumir¹⁴³.

142. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 291.

143. Ver COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 156 ss; DRUMMOND, José de Magalhães. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit., p. 237 ss; HUNGRIA, Nelson.

Todas as modalidades do art. 301 do CP são crimes de perigo abstrato, cuja consumação, de um lado, exige aptidão a gerar perigo (*periculosidade*) ao bem jurídico fé pública, mas, de outro, dispensa que esse bem jurídico seja lesionado ou concretamente colocado em perigo. Ademais, não exige um resultado naturalístico diverso, no tempo e no espaço, da conduta em si realizada (são crimes de mera conduta ou "formais"¹⁴⁴). No âmbito do tipo subjetivo, o § 1º e o § 2º preveem elementos subjetivos especiais. Por razões de técnica legislativa, o § 2º deve ser conjugado apenas ao *caput*, na medida em que não há parágrafo de parágrafo¹⁴⁵.

2. Especificidades

(a) Art. 301, *caput*, e § 2º, CP

Tratando-se de crime próprio (especial), somente pode ser autor o funcionário público para fins penais que, no exercício atual de competência (poder-dever) atestar ou certificar o fato ou a circunstância em questão. O exame, nesse sentido, deve ser caso a caso. Os verbos núcleos do tipo são *atestar* ou *certificar* e o objeto material é *fato* ou *circunstância* (um *dado da realidade*, como ter aptidão física, ter concluído curso, ser desempregado etc.). A comprovação do fato ou da circunstância atestado ou certificado, ademais, deve ter alguma das seguintes aptidões: habilitar alguém (a) à obtenção de cargo público; (b) à isenção de ônus ou (c) à isenção de serviço de caráter público ou (d) à obtenção de qualquer outra vantagem¹⁴⁶. Muito se discute sobre a interpretação dessa última expressão "qualquer outra vantagem". Por se tratar de tipo especial e privilegiado relativamente ao art. 299 e também

ao art. 300, ambos do CP, costuma-se considerar que essa "outra vantagem" deve ter caráter público, o que restringirá a incidência do tipo penal em casos concretos (ver seção Jurisprudência).

Como já referido, sustenta-se, por razões de técnica legislativa, que a previsão do § 2º do art. 301 do CP, que disciplina um apenamento mais grave caso a conduta seja motivada com finalidade de lucro, aplica-se exclusivamente ao crime do *caput* e não ao crime do § 1º. Tecnicamente, não há "parágrafo de parágrafo", de tal maneira que o § 2º não pode ser aplicado à hipótese do § 1º.

No que diz respeito a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, cabe destacar que este tipo penal, ao cominar pena mínima de 2 (dois) meses, admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) e permite que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

(b) Art. 301, § 1º, CP

Diversamente do *caput*, tem-se aqui um crime comum. Os verbos núcleos do tipo são *falsificar* ou *alterar* e os objetos materiais da conduta são *atestado* ou *certidão*. Quando se tratar de falsificação integral, tem-se a fabricação do documento, que é em si inautêntico. É possível, todavia, também consumir o crime com a mera alteração parcial de atestado ou de certidão verdadeira. Como se observa, trata-se de crime especial privilegiado relativamente aos arts. 297 e 298 do CP (a depender de o atestado ou de a certidão ser documento público ou privado).

O tipo penal exige ainda especial finalidade na conduta de falsificar ou de alterar, que deve visar provar fato ou circunstância ("para prova") que habilite alguém: (a) à obtenção de cargo público; (b) à isenção de ônus ou (c) à isenção de serviço de caráter público ou (d) à obtenção de qualquer outra vantagem. Como anteriormente dito, muito se discute sobre a interpretação dessa última expressão "qualquer outra vantagem". Por se tratar de tipo especial e privilegiado, costuma-se considerar que essa "outra vantagem" deve ter caráter público, o que restringirá a incidência do tipo penal em casos concretos (ver seção Jurisprudência).

No que diz respeito a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, cabe destacar que este tipo penal, ao cominar pena mínima de 3 (três) meses, admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) e permite que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

3. Jurisprudência

No âmbito do STJ, as decisões não destoam do anteriormente explicado. Ilustrativamente, confirma-se o entendimento de que o *caput* seria crime próprio, mas o § 1º seria crime comum¹⁴⁷. Outro debate interessante diz respeito à interpretação da expressão "outra vantagem". Em caso no qual o acusado, particular que não exercia função pública, teria falsificado atestado médico para abonar falta ao trabalho, entendeu-se inviável a desclassificação para o art. 301, § 1º. Isso, porque a vantagem pretendida não teria natureza pública,

mas exclusivamente privada, mantendo-se o enquadramento da conduta como falsificação de documento particular (art. 298, CP)¹⁴⁸. Ainda nesse mesmo ponto, acerca da vantagem pretendida, decidiu-se que, se o agente, ao utilizar uma certidão de tempo de serviço falsificada (no caso, documento público), visava a obter vantagem no serviço público, sua conduta se amoldaria ao art. 304 do CP, com remissão ao art. 301, § 1º, e não ao art. 297, ambos do CP¹⁴⁹.

No âmbito dos tribunais de 2ª instância, as conclusões não são diferentes. Os julgados reconhecem que o *caput* do art. 301 é crime próprio e especial quanto ao art. 299 e que o § 1º do art. 301 do CP é crime comum e especial quanto aos arts. 297 e 298 (a depender da certidão ou atestado em questão ser espécie do gênero documento público ou documento particular)¹⁵⁰. Em discussão sobre a interpretação da elementar "outra vantagem", reconheceu-se a consumação do crime do art. 304 c/c art. 301, § 1º (uso de atestado falso) e não do crime do art. 304 c/c art. 297 do CP (uso de documento público falso), no caso em que o acusado teria anexado falso histórico escolar ao requerimento endereçado ao inspetor da Alfândega. Referiu-se, assim, que, por especialidade, a norma contida no § 1º do art. 301 afasta a do art. 297 do Código Penal quando o documento serve à obtenção de vantagem de caráter público. Segundo o Tribunal, seria esse o caso, pois se usou documento materialmente falso para comprovar o preenchimento dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício de atividade profissional regulamentada pelo legislador¹⁵¹.

Falsidade de atestado médico

Art. 302. Dar o médico, no exercício da sua profissão, atestado falso:

Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano.

Parágrafo único. Se o crime é cometido como fim de lucro, aplica-se também multa.

Comentários ao Código Penal. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit., p. 292 ss.; BUSATO, Paulo César. *Direito Penal. Parte especial*, op. cit., p. 387; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, op. cit. p. 317; GOMES, Marimé Gama de Magalhães. Dos crimes contra a fé pública. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Org.). *Código Penal Comentado*, op. cit., p. 887.

144. Sobre os conceitos de crimes de perigo abstrato e de crimes formais, que não se confundem, ver as notas de rodapé 3 e 5.

145. Embora Drummond reconheça não ser boa técnica a incidência de parágrafo sobre parágrafo, o autor entende viável a aplicação do agravamento de pena do § 2º em ambas as figuras delitivas do art. 301 do CP (DRUMMOND, José de Magalhães. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit., p. 240).

146. Conforme Hungria, "o fato ou circunstância que se atesta ou certifica deve ser inerente ou a uma pessoa a quem se destina o atestado ou certidão e condicionante da obtenção de um benefício de ordem de caráter público" (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit., p. 240). Ver também PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte geral e parte especial, op. cit., p. 100.

147. STJ, RHC 17.522/PR, 5ª Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, julg. em 02/08/2005.

148. STJ, AREsp n. 1.520.560/PR, 6ª Turma, Rel. Ministro Rogério Schietti, julg. em 22/10/2019.

149. STJ, REsp 259.447/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vez, julg. em 02/12/2003.

150. TRF3, ED AC 0007040-36.2012.4.03.6000, 5ª Turma, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, DJe de 11/12/2018 e TRF3, RSE 0007427-80.2018.4.03.6181, 11ª Turma, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, DJe de 14/02/2020.

151. TRF3, AC 0102428-85.1998.4.03.6119, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, DJe de 22/09/2011.

COMENTÁRIOS

1. Das condutas tipificadas, generalidades e classificação

Trata-se de mais uma modalidade especial e privilegiada de falsidade ideológica (art. 299)¹⁵² que, ademais, seria também especial quanto ao art. 301, *caput*, do CP (imagina-se um médico de uma Prefeitura, por exemplo, que, ao menos em tese, poderia consumir tanto o art. 302 quanto o art. 301)¹⁵³. Tem-se, ademais, crime próprio (especial ou com círculo de autoria limitada), pois apenas um médico, sobre assunto de sua competência profissional, pode violar a norma de conduta do art. 302. Trata-se de crimes de perigo abstrato, cuja consumação, de um lado, exige aptidão a gerar perigo (*periculosidade*) ao bem jurídico fé pública, mas, de outro, dispensa que esse bem jurídico seja lesionado ou colocado em perigo concreto. Ademais, não se exige um resultado naturalístico diverso, no tempo e no espaço, da conduta em si realizada (são crimes de mera conduta ou "formais"¹⁵⁴). No âmbito do tipo subjetivo, o parágrafo único do art. 302 prevê um aumento de censura penal (conjugação da pena de multa à privativa de liberdade) se a conduta foi praticada com dolo específico de obtenção de lucro.

Finalmente, exemplo cotidiano deste crime é a feitura de atestado de óbitos com *causa mortis* genérica, sem que o médico tenha examinado o paciente e efetivamente conheça a razão do óbito¹⁵⁵. Também a emissão de atestado em que se afirma doença em pessoa sadia (ou o oposto), ou que se atesta atual ou nova doença já há muito preexistente (informação relevante para fins de carência em planos de saúde) são condutas, ao

menos em tese, com tipicidade objetiva para o art. 302 do CP.

No que diz respeito a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, cabe destacar que, no tipo penal, ao cominar pena mínima de 1 (um) mês, admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) e permite que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

2. Jurisprudência

Nos Tribunais, algumas questões são discutidas e merecem menção. Em primeiro lugar, há problema do enquadramento do agente que, não sendo médico e, logicamente, não tendo emitido o atestado, faz dele uso. O art. 304 do CP, neste caso, deveria, para fins de identificação do preceito secundário, ser conjugado com o art. 298 do CP ou com o art. 302 do CP, considerando-se que este é crime próprio e aquele crime comum. Há precedente no STJ – e nos parece correto – no sentido de que o que importa é a especificidade do documento e, logo, o art. 304 deve ser conjugado ao art. 302, ainda que o uso não seja feito pelo médico (o que, inclusive, será a regra)¹⁵⁶. Diversa seria, pensamos, a hipótese de o próprio agente que faz o uso ter fabricado o atestado médico falso, sem a efetiva atuação, nessa hipótese, de um médico. Neste caso, a punição pelo uso deve-se dar mediante a conjugação do art. 304 com o preceito secundário do art. 298 (falsificação de documento particular).

Em precedente do TRF3, discute-se a tipificação de caso peculiar: no caso, decidiu-se que

a conduta do médico que atesta boa condição de saúde a pessoa por ele não examinada e inclusive já falecida por ocasião da emissão do documento seria exemplo de violação a norma do art. 302 do CP¹⁵⁷. Finalmente, também no âmbito do TRF3, discutiu-se o enquadramento típico de conduta de médico que teria dado atestado falso não em favor de um particular (para fins particulares), mas

para instrução de procedimento administrativo. O *parquet* sustentava que sobre a conduta deveria incidir o art. 299, mas o acórdão – em nossa opinião, corretamente – manteve a qualificação do fato à luz do art. 302 do CP. Ou seja, a configuração do delito previsto no artigo 302 do Código Penal independe da finalidade "pública ou particular" da emissão de atestado falso pelo médico¹⁵⁸.

Reprodução ou adulteração de selo ou peça filatélica

Art. 303. Reproduzir ou alterar selo ou peça filatélica que tenha valor para coleção, salvo quando a reprodução ou a alteração está visivelmente anotada na face ou no verso do selo ou peça:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, para fins de comércio, faz uso do selo ou peça filatélica.

COMENTÁRIOS

Tem-se aqui forma especial de falsidade material. Contudo, o artigo 303, *caput* e parágrafo único, foi revogado tacitamente pela Lei 6.538/1978,

cujo artigo 39, também no *caput* e parágrafo único, reproduz, com ajustes de redação, o que disciplinava o Código Penal¹⁵⁹.

Uso de documento falso

Art. 304. Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302:

Pena – a cominada à falsificação ou à alteração.

COMENTÁRIOS

1. Das condutas tipificadas, generalidades e classificação

O Código Penal pune, com igual pena, tanto aquele que falsifica o documento quanto aquele que o utiliza. Na metáfora de Costa Júnior, tem-se

aqui tipo penal "vassalo", pois subordinado a outras figuras delitivas "na conceituação do preceito primário e no comando sancionatório"¹⁶⁰. O uso do documento falso é crime de lesão, pois, diferentemente das falsidades anteriores, que são crimes de preparação para que se ofenda a fé pública ou outro bem jurídico, ofende a fé

152. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Especial, Vol. 4. 11 ed. Niterói: Impetus, 2015, p. 221; BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte especial*, op. cit., p. 389.

153. Já Nelson Hungria, Rogério Greco, Luiz Prado Regis e Rogério Greco entendem o contrário, ou seja, que o art. 301 seria especial ao art. 302 do CP, de tal maneira que se o médico, ao fornecer o atestado, também abusa de sua função pública, o crime seria o do *caput* do art. 301, não o do art. 302 (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit., p. 295; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 325; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte geral e parte especial, op. cit., p. 1083; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 324).

154. Sobre os conceitos de crimes de perigo abstrato e de crimes formais, que não se confundem, compare as notas de rodapé 3 e 5.

155. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 159.

156. STJ, HC 62.910/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe de 18/12/2006.

157. TRF3, ED AC 0005856-84.2012.4.03.6181, 11ª Turma, Rel. Des. Fed. Cecília Mello, DJe de 17/10/2016.

158. TRF3, ED AC 0000890-15.2011.4.03.6181, 11ª Turma, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, DJe de 23/05/2015.

159. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 160 ss; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 325; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte geral e parte especial, op. cit., p. 1080; BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte especial*, op. cit., p. 392; SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal: Parte Especial*, vol. 4, op. cit., p. 537.

160. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 162.

publica. No entanto, o crime não exige um resultado naturalístico diverso, no tempo e no espaço, da conduta em si realizada (são crimes de mera conduta ou "formais"¹⁶¹). A configuração deste delito exige, todavia, que o documento saia da esfera do sujeito e inicie circulação no tráfego jurídico, servindo assim de meio probatório de fato com relevo jurídico¹⁶². Ou seja, a mera posse¹⁶³ ou o simples depósito de um documento falsificado por terceiro, por exemplo, é conduta atípica para os fins do art. 304, que delimita a norma de conduta a um único verbo: *usar*¹⁶⁴.

No âmbito do tipo subjetivo, por se tratar de crime exclusivamente doloso, discute-se, na prática, as dificuldades de comprovação da ciência da falsidade – que não se presume – quando falsário e usuário são pessoas diferentes. Problemática é a questão de o usuário ter dúvida quanto à veracidade do documento utilizado. Parte da doutrina, com a qual não concordamos, considera que, nesse caso, haveria dolo eventual¹⁶⁵. Essa ideia,

todavia, parece pressupor a aplicação da regra da cegueira deliberada em nosso ordenamento, punindo a mera culpa como se dolo fosse.

Finalmente, quanto ao concurso aparente de normas penais, caso o falsário e o usuário sejam a mesma pessoa, ele deverá ser punido apenas pela falsificação¹⁶⁷, já que o art. 304, neste caso, incidiria sobre conduta que seria mero pós-fato coapenado (isto é, a progressão esperada das condutas anteriores)¹⁶⁸.

No que diz respeito a aspectos relacionais à pena e ao processo penal, a possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo dependerá de qual a pena cominada à falsificação ou à alteração que o agente fez uso. Será admitida a proposta quando a pena mínima for igual ou inferior a 1 (um) ano (art. 89 da Lei n. 9.099/95). Com relação à oferta de ANPP, todos os crimes deste capítulo a admitem, razão pela qual pode-se afirmar que o tipo penal do uso de documento falso também admitirá.

161. Caso esse resultado ocorra, no entanto, é possível que outro crime se configure. A título de exemplo, é possível pensar no estelionato em que se utiliza de um documento falso para induzir ou manter a vítima em erro. Nesse caso, após o uso do documento falso, há um resultado diverso da conduta que é o prejuízo econômico da vítima.

162. HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit., p. 297.

163. Contudo, conforme explica Luciano Anderson: "a jurisprudência majoritária entende que se o documento é a Carteira Nacional de Habilitação (CNH), o simples porte já configuraria o delito, porque o art. 13, § 1º, da Lei n.º 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro) estabelece ser o porte obrigatório. Segundo o pensamento, ao dirigir o veículo, como o agente estaria necessariamente portando o documento, isso configuraria o uso" (SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal. Parte Especial*. Vol. 4, op. cit., p. 540). O entendimento jurisprudencial, todavia, não nos parece o mais correto, porque o documento sequer entra no tráfego jurídico.

164. Ver GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 332.

165. HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit., p. 298 e COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 163 e PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte geral e parte especial*, op. cit., p. 1.092.

166. Sobre o tema, ver LUCCHESI, Guilherme Brenner. Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil, op. cit., passim.

167. Outra conclusão é apresentada por Busato: "É bastante difundida na doutrina a opinião de que o uso de documento falso é um *post factum* impunitivo. Não parece correta a opinião. Em sendo o uso de documento falso um crime de dano, ofensivo do mesmo bem jurídico que outros delitos de perigo, são estes os que devem ser absorvidos, sob forma de progressão criminosa, em virtude do princípio da consunção" (BUSATO, Paulo César. *Direito Penal. Parte especial*, op. cit., p. 394).

168. Sobre tal critério de consunção (atos "típicos de acompanhamento", cujas modalidades são antes e pós-fato coapenado), ver HORTA, Frederico. Elementos fundamentais da doutrina do concurso de crimes penais e suas repercussões no direito penal contemporâneo. In: PACHELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nelson JÚNIOR, Sebastião (Coords.). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019, p. 18.

2. Jurisprudência

Há inúmeras discussões relevantes no âmbito dos tribunais. Iniciaremos por questões relacionadas à tipicidade objetiva. Como regra, nega-se a possibilidade de aplicação do "princípio" da insignificância a delitos contra a fé pública¹⁶⁹. Contudo, quando a falsificação é grosseira e, logo, incapaz de realmente enganar, reconhece-se a ausência de periculosidade da conduta e, assim, a sua atipicidade material¹⁷⁰. Discute-se ainda acerca de o crime de uso de documento falso ser material ou formal e, como regra, entende-se que se trata de crime formal, no exato sentido de não exigir, para a sua consumação, um resultado diverso, no tempo e no espaço, da ação realizada¹⁷¹.

Já no plano do concurso aparente de normas penais, o entendimento majoritário é no sentido de que, quando falsário e usuário são a mesma pessoa, o crime de falsificação absorve o de uso¹⁷².

Há, contudo, entendimento em sentido contrário, ou seja, de que o uso absorveria o falso¹⁷³. Como anteriormente explicamos, concordamos com o primeiro entendimento, embora, na prática, não haveria *a priori* impacto no *quantum* de pena na hipótese de absorção do falso pelo uso.

Finalmente, discussão de ordem processual reside no problema da (in)dispensabilidade de perícia para comprovação do crime do art. 304 do CP (questão que repercute sobretudo nos arts. 297 e 298). Já se observou, nos tribunais, tendência de excepcionalmente dispensar laudo pericial que ateste a falsidade material, desde que ela venha a ser provada por outros meios¹⁷⁴. Pensamos que, em se tratando de falsidade ideológica, a discussão perde sentido, pois aqui não é o *suporte* do documento que é violado, mas meramente o seu conteúdo, que estaria em descompasso com a realidade. No entanto, esse descompasso – como regra – não é aferível por perícia.

Supressão de documento

Art. 305. Destruir, suprimir ou ocultar, em benefício próprio ou de outrem, ou em prejuízo alheio, documento público ou particular verdadeiro, de que não podia dispor. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é particular.

COMENTÁRIOS

1. Das condutas tipificadas, generalidades e classificação

O tipo penal em questão proíbe as condutas de destruir, suprimir ou ocultar documento público ou documento particular (objeto material do crime)¹⁷⁵. Os verbos traduzem uma ideia geral:

impedir o recurso à função probatória do documento. Enquanto a destruição em regra atinge o suporte do documento (seja físico ou digital), já a ocultação geralmente mantém íntegro o suporte e conteúdo, mas impede o uso no tráfego jurídico (escondendo-o em local desconhecido, por exemplo)¹⁷⁶. Finalmente, costuma-se dizer que a

169. TRF3, AC 0009971-17.2013.4.03.6181, 11ª Turma, Rel. Des. Fed. Fausto de Sanctis, DJe de 14/07/2020.

170. TRF3, AC 0008266-35.2016.4.03.6130, 11ª Turma, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, DJe de 08/05/2020.

171. Idem.

172. STJ, Ag RHC 112.730/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julg. em 03/03/2020.

173. STJ, HC 464.045/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, julg. em 26/02/2019.

174. STJ, Ag no AREsp 1.548.291/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julg. em 13/04/2020.

175. Sobre o conceito de documento e a distinção entre documento público e particular, ver comentários ao art. 297 do CP.

176. Ver PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte geral e parte especial*, op. cit., p. 1094.

supressão não atingiria o suporte em si do documento, mas apenas o seu conteúdo (tornando-o ilegível, por exemplo).

Importante é a qualificação desses documentos: devem ser tais que o agente deles não possa dispor, pouco importando se os obteve lícita ou ilicitamente¹⁷⁷. E mais: devem ser documentos (i) verdadeiros e, por isso, aptos a fazer prova de fatos juridicamente relevantes e (ii) insubstituíveis (que servem de meio de prova exclusivo dos fatos juridicamente relevantes ali documentados)¹⁷⁸. Nesse sentido, a ausência de tais qualidades torna a conduta irrelevante para fins penais. Daí porque a classificação do delito não é simples: já se afirmou que se trataria de tipo especial de crime de dano¹⁷⁹. A sua localização no *Codex* indica, contudo, querer o legislador evitar que a documentação de certos fatos com relevo jurídico seja destruída, haja vista justamente a função probatória exercida no tráfego jurídico¹⁸⁰.

No âmbito do tipo subjetivo, costuma-se dizer que se trata de crime exclusivamente doloso com um elemento subjetivo especial ou dolo específico, a saber: a intenção de, com a supressão, obter benefício para si ou para outrem ou gerar prejuízo a terceiro¹⁸¹. Salientamos que, embora parte da doutrina entenda que o crime não exija para sua consumação um efetivo prejuízo alheio ou benefício próprio ou alheio (de ordem econômica ou não)¹⁸², pensamos ser difícil imaginar

que a supressão, destruição ou ocultação de documento com as qualidades antes indicadas não traga consigo algum desses efeitos. A própria redação do tipo nos parece dúbia, sendo plausível a interpretação de que se trata de crime material e não meramente formal, a exigir prejuízo ou benefício para sua consumação. Nesse sentido, estamos alinhados com Magalhães Drummond que, em obra clássica, ao comentar o art. 305 do CP, assim sustentava: "prejuízo alheio pode haver sem benefício (...). O que não pode haver é o benefício (próprio ou alheio) sem prejuízo alheio (...). Mesmo porque, sem o prejuízo, não se conceberia o crime"¹⁸³.

No que diz respeito a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, a análise se modifica dependendo do tipo de documento que foi objeto da destruição, supressão ou ocultação. Caso se trate de documento público, o tipo penal, ao cominar pena mínima de 2 (dois) anos, não admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95). Caso, por outro lado, se trate de documento particular, o tipo penal, ao cominar pena mínima de 1 (um) ano, admite a proposta de suspensão condicional do processo. Por fim, em ambos os casos, a figura admite que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

177. Ver GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 338; HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit., p. 300 e COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 164.

178. Justamente por isso, afirma Costa Júnior que a destruição de documentos apócrifos ou falsos não consuma o crime do art. 305 do CP (COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 164).

179. Ver o debate em HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit., p. 300. Já Busato, mais atualmente, defende inclusive a inviabilidade na aplicação desta incriminação, por absorvida sempre por crimes patrimoniais de dano e de estelionato (BUSATO, Paulo César. *Direito Penal Parte especial*, op. cit., p. 397).

180. Conforme Hungria, "fazer desaparecer uma prova verdadeira de um fato verdadeiro é dar aparência de não provado ou de inexistente aquilo que é verdadeiro e juridicamente certo, o que, sem dúvida, equivale a *falsum*" (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit., p. 300).

181. Ver GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Dos crimes contra a fé pública. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Org.). *Código Penal Comentado*, op. cit., p. 893.

182. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 338; HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit., p. 301 e COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 164.

183. DRUMMOND, José de Magalhães. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit., pp. 245-246.

2. Jurisprudência

Os casos bem ilustram as dificuldades interpretativas do art. 305 do CP. Iniciando-se por questões relativas ao tipo objetivo, discutiu-se, no STJ, se autos de processo judicial poderiam ser o objeto material do crime em questão, especialmente pela possibilidade de haver restauração. O tribunal considerou o crime consumado sob o argumento de que "é irrelevante se a ocultação do processo judicial prejudicou efetivamente o regular andamento do processo, as partes litigantes ou a administração"¹⁸⁴.

Pensamos que a discussão é outra e mais complexa: (a) autos processuais são em si um documento ou apenas contêm um conjunto de documentos?; (b) documentos recuperáveis ou de fácil obtenção de cópia, se destruídos/ocultados/suprimidos, consumariam o crime do art. 305 do CP? Quanto ao ponto a, pensamos que o problema está na supressão dos autos em seu conjunto, pois a própria cronologia do processo seria atingida. Questionável é, todavia, a qualificação dos autos, em si, como "documento". Quanto ao ponto b, documentos facilmente recuperáveis (como uma certidão de nascimento destruída, por exemplo) não consumam o art. 305 do CP. Autos processuais, apesar de restauráveis, não parecem se enquadrar nessa ideia, pois a restauração é sempre complexa e imperfeita. De qualquer sorte, o fato em questão – a supressão dos autos processuais – parece mais corretamente se enquadrar no art. 356 do CP (não no art. 305 do CP), que inclusive apresenta pena menor e maior especificidade relativamente ao 305 do CP.

Outra discussão, também no âmbito do STJ, diz respeito a saber se filme fotográfico poderia ser objeto material do crime do art. 305 do CP, ou seja, se poderia ser qualificado como documento privado (público por certo não o é). Entendeu-se positivamente com recurso a um conceito amplo de documento à luz da linguagem cotidiana:

"segundo o Dicionário Aurélio, documento é 'Qualquer base de conhecimento, fixada materialmente e disposta de maneira que se possa utilizar para consulta, estudo, prova etc.' e, logo, não haveria 'razão plausível para excluir um filme fotográfico da definição de documento particular'¹⁸⁵. Essa compreensão não nos parece correta, pois um filme fotográfico não cumpre as exigências de um conceito jurídico de documento¹⁸⁶. Ademais, há um problema hermenêutico aqui: como interpretar o termo "documento"? À luz da linguagem cotidiana e do dicionário (conceito amplo de documento), como fez a Corte, ou à luz da sua instrumentalidade no tráfego jurídico e, portanto, da linguagem técnico-jurídica (conceito estrito de documento)? Pensamos que elementos normativos do tipo penal devem seguir o sentido técnico e, assim, também mais restritivo, o que impediria a qualificação do filme fotográfico como documento para fins do capítulo "Da Falsidade Documental" do CP.

Também em segunda instância encontramos discussão sobre o objeto material do crime do art. 305. No âmbito do TRF3, avaliou-se que uma CTPS poderia, sim, ser objeto idôneo desse crime, ainda que possível a expedição de uma segunda via. O argumento da Corte, que nos parece correto, foi no sentido de que tal documento público, que é obrigatório para o trabalhador, tem seu valor probatório, sobretudo nas anotações ali contidas, "que possuem inequívoca relevância jurídica ao gerarem presunção *iuris tantum* de veracidade (Súmula 12 do TST)". Tais anotações, ademais, funcionariam "não só como meio de prova do exercício profissional ao longo de período de atividade do trabalhador, como também da opção pelo FGTS e para fins previdenciários"¹⁸⁷. A segunda via, naturalmente, não viria com tais anotações, aí residindo o prejuízo à sua função probatória, justamente o que o art. 305 do CP vem a punir.

184. STJ, Ag AREsp 606.549/MS, 5ª Turma, Rel. Min. Joel Paciornick, jul. em 06/11/2018.

185. STJ, RHC 20.618/MG, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, jul. em 19/08/2010.

186. Tais exigências foram por nós indicadas previamente aos comentários do capítulo "Da falsidade documental".

187. TRF3, HC 2000.03.00.016034-7 (9.849), 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Theotonio Costa, public. no DJ de 05/12/2000.

Finalmente, discussão ainda relevante diz respeito a ser o crime permanente na modalidade

ocultar, com impacto direto no cálculo prescricional¹⁸⁸.

Capítulo IV

De outras falsidades

Falsificação do sinal empregado no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária, ou para outros fins

Art. 306. Falsificar, fabricando-o ou alterando-o, marca ou sinal empregado pelo poder público no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária, ou usar marca ou sinal dessa natureza, falsificado por outrem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a marca ou sinal falsificado é o que usa a autoridade pública para o fim de fiscalização sanitária, ou para autenticar ou encerrar determinados objetos, ou comprovar o cumprimento de formalidade legal:

Pena – reclusão ou detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

COMENTÁRIOS

O art. 306 do CP, em seu *caput* e parágrafo único, tipifica crimes com especialidade relativamente ao art. 296 do CP. No *caput*, tem-se a criminalização da conduta de falsificação (fabricação de inautêntico ou alteração de verdadeiro) de sinal ou marca¹⁸⁹ empregada pelo poder público (a) no contraste de metal precioso ou (b) na fiscalização alfandegária. Criminalizada ali também está a conduta de uso dessa falsificação – desde que cometida por pessoa diversa do falsário¹⁹⁰. Decorre logicamente da redação do *caput* que, quando o falsário e usuário são idêntica pessoa, impunível é o uso. Alguns elementos normativos do tipo do *caput* merecem esclarecimento. Por contraste de metal precioso (em regra ouro e prata)

entende-se o processo mediante o qual o Estado verifica e atesta a sua genuinidade, fixando seu quilate¹⁹¹. Já por fiscalização aduaneira entende-se a própria atividade de vigilância aduaneira (despachos de importação e de exportação)¹⁹². A marca ou sinal falsificado devem, pois, servir às específicas finalidades referidas.

O parágrafo único do art. 306 do CP, por sua vez, prevê modalidade privilegiada relativamente ao *caput* (a pena privativa de liberdade cai pela metade). Trata-se da hipótese de a marca ou sinal falsificado servir originalmente ao poder público para (i) fiscalização sanitária (relativamente a questões de saúde, higiene etc.), (ii) autenticação ou encerramento de determinados objetos ou (iii) cumprimento de formalidades legais. Como

188. STJ, HC 28.837/PB, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, jul. em 16/03/2004.

189. Por sinal ou marca entende-se, na doutrina clássica de Hungria, exemplificativamente, “timbres em chumbo, em lacre ou em papel, etiquetas, carimbos etc.” (HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit., p. 304).

190. Ver GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, op. cit. p. 344.

191. DRUMMOND, José de Magalhães. Comentários ao Código Penal. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit. pp. 249 ss; HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit., p. 304 ss; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Curso de Direito Penal, op. cit., p. 166 ss; GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, op. cit., p. 341 ss.

192. DRUMMOND, José de Magalhães. Comentários ao Código Penal. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit. pp. 249.

se vê, as últimas duas hipóteses são bastante imprecisas, tendo como delimitação as ideias de sinal/marca que sirva a autenticação pública e que constitua formalidade exigida por lei (não por qualquer norma jurídica). Tanta vagueza talvez explique por que o legislador tratou tais condutas com menor sanção criminal: de fato, é difícil antecipar, com razoável previsibilidade, o universo de ações humanas que podem ser subsumidas ao parágrafo único do art. 306 do CP. É possível, portanto, que não apresentem elevada censura.

Falsa identidade

Art. 307. Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

COMENTÁRIOS

1. Das condutas tipificadas, generalidades e classificação

O artigo 307 é crime claramente subsidiário¹⁹³ (“se o fato não constitui elemento de crimes mais grave”). A conduta proibida pelo tipo penal frequentemente integrará ou um crime de estelionato (art. 171, CP – tentado ou consumado) ou – com menor incidência – um crime de falsidade ideológica (art. 299, CP). Diante desse concurso de normas penais, podemos estabelecer como premissa que estelionato não haverá sempre que a vantagem ou o dano pretendido com a falsa atribuição não tiver natureza patrimonial ou sempre que a vantagem patrimonial gerada não for acompanhada de dano patrimonial e vice-versa¹⁹⁴. Também falsidade ideológica não haverá quando a conduta não significar a inserção da falsa identidade em documento verdadeiro. No ponto, ressalta-se que, como regra, a conduta proibida pelo art. 307 do CP sequer tem objeto material/corpóreo propriamente dito (não há aqui moeda,

No que diz respeito a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, cabe destacar que a figura do *caput*, ao cominar pena mínima de 2 (dois) anos, não admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95). Já a figura do parágrafo único, cominando pena mínima de 1 (um) ano, a admite. Por fim, ambos os tipos penais permitem que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

documento ou papéis públicos, como nos outros delitos contra a fé pública).

No âmbito do tipo objetivo, o verbo é atribuir – a si ou a outrem – falsa identidade. Este elemento normativo merece atenção: como interpretar o termo “identidade”? Costa Júnior sugere que identidade seria espécie do gênero sinais pessoais. Ao lado dos sinais pessoais de identidade (espécie 1), estariam os sinais pessoais de qualidade (espécie 2), com o qual não se confundem¹⁹⁵. Os sinais de identidade seriam aqueles que individualizam o sujeito: nome, sobrenome, local e data de nascimento, filiação, nacionalidade. Embora Costa Júnior silencie no ponto, consideramos que também integram esta lista o número do CPF e do RG. Já sinais de qualidade seriam relacionados a profissão, a títulos, condecorações etc.

Feita a distinção, ressalta-se que somente a falsa atribuição de sinais pessoais de identidade – não de qualidade – consumam o delito do art. 307 do CP. Logo, típica seria a conduta de, para favorecer amigo, atribuir-se falsa identidade,

193. Ver BUSATO, Paulo César. Direito Penal: Parte especial, op. cit., p. 407.

194. HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit., p. 307.

195. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Curso de Direito Penal, op. cit., p. 168 e PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte geral e parte especial, op. cit., p. 1101.

realizando prova em seu lugar, assim como a conduta de estrangeiro que, para não ser expulso do país, afirma ser cidadão brasileiro¹⁹⁶. Consideramos assim atípica, por exemplo, a conduta de declarar ser casado, quando se é solteiro (pois isso não muda a identidade)¹⁹⁷ ou a conduta de se declarar médico, advogado, professor etc. sem o ser (novamente, isso não afeta a individualidade do sujeito).

Já no plano do tipo subjetivo, o crime é exclusivamente doloso e ainda possui um elemento subjetivo especial: a intenção de, com a atribuição a si ou a terceiro de falsa identidade, obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou causar dano a outrem. A vantagem e o dano, pensamos, não precisam ser de ordem patrimonial.

No que diz respeito a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, este tipo penal, ao cominar pena mínima de 3 (três) meses, admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) e permite que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

2. Jurisprudência

No âmbito dos tribunais, uma das principais discussões quanto ao art. 307 do CP é sua

potencial colisão com o direito a não se autodefinir (neste caso, o problema somente aparece em se tratando da atribuição a si de falsa identidade, não a terceiro). O STJ inclusive tentou resolver parte da discussão, sumulando o entendimento relativamente à atribuição da falsa identidade perante autoridade policial: "Súmula 522/STJ - A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa".

O entendimento é reproduzido em vários julgados dessa Corte¹⁹⁸. Essa não foi, sempre, a interpretação dos tribunais e da doutrina¹⁹⁹. Contudo, após a confirmação dessa tese no âmbito do STF (RE 640.139/DF)²⁰⁰, os demais tribunais passaram a segui-la, decidindo, o STJ, inclusive sumulá-la. Fato é que a discussão envolve justamente o âmbito de proteção do direito fundamental previsto no art. 5º, inc. LXIII, da CF. Em outras palavras, atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, com a intenção de, por exemplo, evitar a constatação de mais antecedentes ou de evitar prisão em flagrante, constitui (a) conduta proibida pelo art. 307 do CP ou (b) conduta protegida e assegurada pelo art. 5º, inc. LXIII, da CF. Na prática, a atual compreensão dos tribunais significa o achatamento do âmbito de proteção do direito fundamental a não se autoincriminar²⁰².

196. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 168.

197. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 168. Em sentido contrário, HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit., p. 307.

198. Ver STJ, Ag no AREsp 1.550.199/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Joel Paciornik, julg. em 03/12/2019 e STJ HC 469.177/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Nélfi Cordeiro, julg. em 27/11/2018.

199. Ver caso analisado por COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 167.

200. STF, RE 640.139/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 14/10/2011.

201. No ponto, concordamos com Mariângela Gomes "verifica-se, portanto, que há hipóteses em que a autodefesa somente será efetiva se for permitido ao acusado ocultar a própria identidade, seja utilizando documento alheio, seja apenas alegando ser outra pessoa. Nesse sentido, a fim de que o direito ao silêncio seja efetivamente, uma garantia a todos os cidadãos, que decorre de valores como a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade, parece acertada a interpretação no sentido de que abrange não apenas a versão do acusado acerca dos fatos, mas também suas declarações sobre a sua pessoa." (GOMES, Mariângela Gomes de Magalhães. Dos crimes contra a fé pública. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Org.). *Código Penal Comentado*, op. cit., p. 663).

202. Sobre o problema das tensões entre exercício de direitos fundamentais e condutas proibidas por tipo penais, ver SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais*. Da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 66 ss.

Ainda no âmbito do tipo objetivo, discute-se a qualificação da conduta de, em abordagem policial, apresentar documento falso, após ser solicitada a sua identificação. Em caso analisado no TRF3²⁰³, entendeu-se se tratar do crime de uso de documento falso (art. 304 do CP) e não do crime do art. 307

do CP que ocorreria com a mera atribuição de falsa identidade, sem apresentação de documento falso. Importante ainda salientar que o tribunal dá amplo sentido ao elemento normativo "identidade", dizendo nele estar incluído o nome, a idade, o estado civil, a filiação, o gênero etc.

Art. 308. Usar, como próprio, passaporte, título de eleitor, caderneta de reservista ou qualquer documento de identidade alheia ou ceder a outrem, para que dele se utilize, documento dessa natureza, próprio ou de terceiro:

Pena – detenção, de 4 (quatro) meses a 2 (dois) anos, e multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

COMENTÁRIOS

1. Das condutas tipificadas, generalidades e classificação

Neste tipo penal expressamente subsidiário ("soldado de reserva", na metáfora de Hungria²⁰⁴), criminaliza-se aquele que usa como seu documento pessoal alheio, bem como aquele que cede documentos pessoais (seus ou de outrem) para que terceiro os use como se seus fossem. Analisando o tipo objetivo, constata-se ser prescindível, para a consumação do delito, a ocorrência de resultado diverso, no tempo ou no espaço, da simples ação de uso (fazer circular no tráfego jurídico) ou da cessão do documento (tradição da coisa a qualquer título) para uso futuro por terceiro²⁰⁵. O uso ou a cessão, todavia, precisa ser apto a gerar perigo (*periculosidade*) ao bem jurídico fé pública.

Importante pontuar que, diversamente do crime do art. 307 do CP, aqui a atribuição de

falsa identidade ocorre com recurso a documento público de identificação verdadeiro (passaporte, título de eleitor, caderneta de reservista, carteira de identidade etc.), daí seu maior apenamento²⁰⁶. Quanto à interpretação da cláusula geral "qualquer documento de identidade alheia", pensamos que necessariamente deve se tratar de documento público e com foto (como carteira de motorista, carteira da OAB etc.)²⁰⁷. Por fim, no âmbito do tipo subjetivo, não se exige, como no art. 307 do CP, a verificação de que o uso ou a cessão foram motivados pela pretensão de obter vantagem ou de causar prejuízo. Logo, trata-se de crime exclusivamente doloso, sem elementos subjetivos especiais.

No que diz respeito a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, esta figura, ao cominar pena mínima de 4 (quatro) meses, admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) e permite que o

203. TRF3, AC 0000437-19.2018.4.03.6005, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Maurício Kato, DJe de 27/01/2020.

204. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit., p. 308.

205. Na segunda modalidade do crime (cessão), sua consumação prescinde do efetivo uso do documento após sua cessão (DRUMMOND, José de Magalhães. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit., pp. 254).

206. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit., p. 308.

207. Costa Júnior, em sua obra, traz julgado no qual a troca de fotografia em um desses documentos, para que a pessoa possa usá-lo como seu, configura o crime do art. 308 e não o do art. 297, ambos do CP (COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 167). Pensamos, contudo, que a conduta referida melhor se amolda ao tipo penal do art. 297, na modalidade alterar documento público verdadeiro. Isso, porque (i) o crime do art. 308 pressupõe o uso de documento integralmente verdadeiro e (ii) o art. 308 é expressamente delito subsidiário.

Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

2. Jurisprudência

No âmbito dos tribunais, é comum o exame de fatos envolvendo o uso, pelo acusado, de passaporte alheio *verdadeiro* no contexto de tráfico internacional de drogas. O que ocorre comumente é a apresentação, pela pessoa que traz consigo a droga, do documento público em questão no embarque ou no desembarque internacional em algum aeroporto brasileiro. A principal discussão, nesses casos, diz respeito ao eventual concurso aparente de normas penais entre o art. 308 do CP e o art. 33 da Lei 11.343/2006. Nas decisões encontradas, entendeu-se *inexistir* concurso aparente (especificamente *inexistir* consunção), condenando-se os acusados, em concurso material, por ambos os delitos. Isso porque, segundo uma das decisões, os delitos em questão tutelariam bens jurídicos distintos, “não sendo o falso meio necessário para a prática do tráfico de drogas”²⁰⁸. Daí a razão de o uso de passaporte de outrem não dever ser absorvido pelo tráfico.

Essa interpretação, todavia, não nos parece ser a melhor. No âmbito do concurso aparente de normas penais, sem dúvida o critério da *consunção* é o mais problemático, porque pouco preciso. A diferença entre consunção e subsidiariedade ou especialidade reside no fato de que, na consunção, os tipos penais não têm entre si uma estreita relação lógica (relação teórica/verificável

em abstrato), mas apenas uma relação “crimológica” (relação prática/verificável apenas em concreto). Contudo, mesmo essa relação concreta que justifica a consunção, já teria sido levada em consideração pelo legislador ao determinar a moldura penal do delito prevalente.

Salientamos, nesse sentido, que quase todas as situações de consunção que envolvem os crimes contra a fé pública são da modalidade *por-fim* coapenado. Aqui, contudo, o fundamento da consunção seria outro, a saber: a relação de instrumentalidade entre crime-fim e crime-meio. A ideia que ampara a consunção nessa modalidade é esta: o fato de que, *comumente*, normalmente, *no mais das vezes*, seria de se esperar que o crime principal venha a ser praticado “acompanhado” do crime meio²⁰⁹. Ou seja, a consunção não se fundamentaria no fato de o “crime meio” ser “necessário” em abstrato à prática do crime-fim, nem no fato de tutelarem idênticos bens jurídicos (nem mesmo na especialidade isso é essencial), mas no fato de ele ser *comumente conjugado instrumentalizado*, no cotidiano, em concreto, a prática do crime fim. Em outras palavras, o que se deve avaliar é se seria esperado (ou não) que, por fins de consumir o crime de tráfico internacional de drogas via transporte aéreo, o agente utilizasse passaporte verdadeiro de terceiro, para omitir sua identidade. Retornando aos casos, pensamos ser positiva a resposta, daí sustentarmos ser *decidida* nesses casos, a consunção (*crime-meio-crime-fim*), com a absorção do art. 308 do CP pelo art. 33 da Lei 11.343/2006.

208. TRF3, AC 0006095-96.2015.4.03.6112, 11ª Turma, Rel. Des. Fed. Fausto de Sanctis, DJe de 05/12/2016; TRF3, AC 0003627-41.2015.4.03.6119, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, DJe de 31/08/2017.

209. Sobre o critério da consunção, ver JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. AT. 5a ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 731 ss; HORTA, Frederico. Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no direito penal contemporâneo. In: PACHELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião (Coords.). *Direito penal e processual penal contemporâneos*, op. cit., p. 56 ss.

210. Tecnicamente, os crimes do art. 1º (inc. I a IV) da Lei 8.137/90 são especiais relativamente aos de *tipo material* ou ideológico, não se tratando de mera hipótese de consunção (HORTA, Frederico. Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no direito penal contemporâneo. In: PACHELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião (Coords.). *Direito penal e processual penal contemporâneos*, op. cit., p. 64 ss). De qualquer modo, não há coincidência de bens jurídicos (*ordem tributária versus fé pública*).

Fraude de lei sobre estrangeiro

Art. 309. Usar o estrangeiro, para entrar ou permanecer no território nacional, nome que não é o seu:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Atribuir a estrangeiro falsa qualidade para promover-lhe a entrada em território nacional.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

COMENTÁRIOS

1. Das condutas tipificadas, generalidades e classificação

O art. 309, *caput*, do CP criminaliza a conduta do estrangeiro que, para ingressar ou para permanecer no território nacional, usa nome que não é o seu. Daí se constatar que se trata de: (a) crime especial, isto é, com círculo de autoria restrito (apenas o estrangeiro pode consumá-lo); (b) crime de perigo abstrato contra o bem jurídico fé pública²¹¹ e também crime de mera conduta ou “formal”, sendo desnecessário para sua consumação um resultado concreto e material distinto, no tempo e no espaço, da conduta em si²¹²; (c) crime exclusivamente doloso, com especiais elementos subjetivos (intenção de ingressar ou de permanecer no território nacional). Adverte-se que, se efetivamente o estrangeiro logrou aqui ingressar ou permanecer, trata-se de elemento extratípico²¹³, não exigido para fins de consumação, mas que eventualmente pode ser considerado no contexto da dosimetria da pena.

No âmbito do tipo objetivo, relevante é precisar o sentido dos elementos normativos “estrangeiro” e “nome que não é o seu”. Estrangeiro seria o sujeito sem nacionalidade brasileira ou mesmo sem qualquer nacionalidade (apátrida). Já “nome que não é o seu” é um dos mais importantes sinais pessoais de identidade e, pensamos, deve interpretado como *nome completo* ou *nome de família* (sobrenome) e não apenas como *nome próprio*.

Isso, porque o mero uso de um nome próprio (ex: Roberto), destituído do sobrenome ou nome de família, não é capaz de identificar seguramente alguém e, logo, também não é capaz de enganar e, assim, causar perigo potencial ao bem jurídico fé pública ou mesmo a política migratória.

No âmbito do tipo subjetivo, já se referiu haver elementos subjetivos especiais. Tais elementos indicam que o estrangeiro poderá cometer o delito em questão (a) já tendo ingressado no território brasileiro e, portanto, realizando a conduta *para aqui permanecer* ou (b) realizando a conduta justamente *para ingressar* no território brasileiro. É preciso, ademais, interpretar as expressões “para ingressar” e “para permanecer” de modo restritivo e técnico, à luz da Lei das Migrações (Lei 13.445/2017), e não com base na linguagem comum ou cotidiana, que conferiria um sentido bem mais amplo a tais termos.

Finalmente, no âmbito do concurso aparente de normas penais, muitas são as potenciais sobreposições. Defendemos que a norma do art. 309, *caput*, é especial relativamente às normas do art. 307 e do art. 308, todos do Código Penal. Isso porque, a um, a conduta proibida pelo *caput* do art. 309 – “usar nome que não é seu” – é mais restrita do que a de atribuir, a si, “falsa identidade” (art. 307, CP); a dois, a realização da conduta proibida pelo art. 309 *independe* do uso de qualquer documento verdadeiro (o que é pressuposto no delito do art. 308 do CP). Ademais, os tipos penais

211. Costuma-se dizer que o crime ofenderia também o bem jurídico “política migratória”, embora o consideremos bastante impreciso. Ver COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 170; HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit., p. 309.

212. Sobre os conceitos de crimes abstratos e de crimes formais, que não se confundem, conferir as notas de rodapé 3 e 5.

213. DRUMMOND, José de Magalhães. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit., pp. 255.

do art. 307 e do art. 308 do CP são expressamente subsidiários ("se o fato não constitui elemento de crime mais grave"). Já se o estrangeiro, para ingressar ou permanecer no território nacional, vale-se de passaporte falso ou de outro documento público falso, os fatos devem ser qualificados à luz do art. 304 c/c art. 297, ambos do CP. Isso, porque o uso de documento falso não está abrangido pela incriminação do art. 309, *caput*, do CP.

Analisando-se agora o parágrafo único do art. 309 do CP, observa-se que, em contraste ao *caput*, tem-se aqui crime comum, cuja consumação se dá quando alguém atribui a estrangeiro "falsa qualidade" (elemento normativo bem mais amplo do que o "nome que não é o seu") com a específica intenção de lhe promover a entrada no território nacional. A consumação do crime, contudo, *independe* de tal resultado material.

No âmbito do tipo objetivo, a interpretação do elemento "falsa identidade" demanda rigor analítico: é preciso distinguir "sinais pessoais de identidade" de "sinais pessoais de qualidade". Aqueles seriam sinais que individualizam o sujeito: nome, sobrenome, nacionalidade etc. Estes, por sua vez, seriam relacionados à profissão, a títulos etc. Nas palavras de Costa Júnior, com a qual concordamos, "a falsa qualidade se refere sobretudo à subjetividade jurídica atual do agente, como comprador, vendedor, proprietário, representante, presidente de uma sociedade, funcionário público (...)".²¹⁴ Já para Drummond, com quem também concordamos, a qualidade falseada deve impactar diretamente os requisitos para entrada no país²¹⁵, sob pena de não apresentar potencialidade lesiva para os fins do art. 309, parágrafo único, do CP.

No âmbito do tipo subjetivo, novamente em contraste com o *caput*, a criminalização

promovida pelo parágrafo único, do art. 309 do CP é mais restrita. Isso, porque o especial elemento subjetivo é apenas a pretensão de promover a entrada do estrangeiro no território nacional, não a pretensão de lhe garantir a permanência.

Finalmente, em se tratando de conflito aparente de normas penais, prevalece o crime do parágrafo único do art. 309 sobre o do art. 307, ambos do CP²¹⁶. Isso, porque a norma de conduta do art. 307 do CP é expressamente subsidiária ("se o fato não constitui elemento de crime mais grave") e, ademais, o art. 309 é de qualquer modo especial quanto ao art. 307 do CP, pois criminaliza a atribuição de falsa qualidade (não de falsa identidade) a estrangeiro (não a terceiro).

No que diz respeito a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, ambas as figuras penais, ao cominarem pena mínima de 1 (um) ano, admitem a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) e permitem que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

2. Jurisprudência

No âmbito dos tribunais, discute-se frequentemente questões de conflito aparente de normas penais. Em um dos casos examinados, considerou-se que o crime do art. 307 do CP seria subsidiário e, por isso, normalmente "consumido" pelo do art. 309 do CP, que seria especial e mais grave. No caso, contudo, qualificou-se o fato à luz do art. 307 do CP, uma vez que o estrangeiro em questão teria utilizado a falsa identidade para esquivar-se de vigilância e de abordagem policial (e, logo, para obter vantagem), e não, portanto, para ingressar ou para permanecer no território nacional²¹⁷. Em

outro julgado, discutiu-se a tipificação da conduta de apresentação de passaporte adulterado a Polícia de Imigração. Entendeu-se que houve a consumação do crime do art. 304 c/c art. 297, ambos do CP, e não do art. 309 do CP, porque

este último não pressupõe, na sua redação, o uso de qualquer documento material ou ideologicamente falso. Em ambos os casos referidos, as interpretações pareceram-nos, salvo melhor juízo, corretas.

Art. 310. Prestar-se a figurar como proprietário ou possuidor de ação, título ou valor pertencente a estrangeiro, nos casos em que a este é vedada por lei a propriedade ou a posse de tais bens:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

COMENTÁRIOS

No art. 310 do CP, criminaliza-se a conduta de figurar como proprietário ou como possuidor de ação, título ou valor (objetos materiais do delito) pertencente a estrangeiro. O delito somente ocorre nas hipóteses em que a lei reserva a propriedade ou a posse de tais bens a brasileiros. O crime é comum quanto ao sujeito ativo e claramente de mera conduta ou "formal", por não exigir um resultado, no tempo e no espaço, diverso da conduta em si. Não há previsão da modalidade culposa, bem como inexistem elementos subjetivos especiais.

No âmbito do tipo objetivo, há elementos normativos que demandam análise. Iniciando por "proprietário" ou "possuidor", tais termos devem ser interpretados à luz do Código Civil/2002, não se podendo, por exemplo, equiparar "possuidor" a mero "detentor", sob pena de haver analogia *in malam partem*. Em vários tipos penais, coloca-se ao lado da posse a mera detenção (por exemplo, art. 168, CP), equiparando-as. Ressaltamos: não foi o caso deste. Daí a impossibilidade de incluir a mera detenção, além da propriedade e da posse.

Também os elementos normativos ação, título ou valor, que são o objeto sobre o qual recai a conduta, demandam aprofundamento. Ações são

"títulos representativos do capital social de uma sociedade anônima"²¹⁸; títulos e valores devem ser entendidos em sentido análogo, isto é, com referência a uma sociedade empresária, especialmente a anônima (valores mobiliários em geral, como debêntures, bônus de subscrição etc.). Isso, porque a criminalização pretendia – quando da aprovação do Código Penal de 1940 – tutelar a "nacionalidade" de certas companhias (hoje "sociedades anônimas") ou sociedades comerciais (hoje "empresárias") em setores estratégicos. Tanto é que se cunhou o delito de "falsidade em prejuízo de nacionalização de sociedade" (a época, o crime estava no art. 311 do CP, não no atual art. 310)²¹⁹.

Finalmente, há um elemento de remissão importante neste tipo penal ("nos casos em que a este é vedada por lei a propriedade ou a posse de tais bens" por estrangeiros), o qual deve ser preenchido necessariamente por lei. Discordamos, no ponto, da referência feita por Rogério Greco ao art. 222 da CF de 1988, que veda que estrangeiros (pessoas físicas) sejam proprietários de "empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens"²²⁰. Não se trata de lei, mas de norma constitucional. Assim, a regra legal que poderia complementar a norma de conduta do art. 310 do

214. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 171.

215. DRUMMOND, José de Magalhães. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit., p. 258.

216. A ressalva feita por Busato na seguinte hipótese nos parece procedente: "Caso o estrangeiro falseie sua identidade pessoal e individualmente, com o propósito de permanecer ou ingressar no país, mas esta falsidade se refira a outro dado que não seja o seu nome, o fato não se enquadra nem no *caput* do art. 309 do Código Penal, nem no parágrafo único do mesmo dispositivo, devendo-se aplicar, subsidiariamente, o art. 307" (BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte especial*, op. cit., p. 417).

217. TRF3, AC 0005247-38.2011.4.03.6181, 5ª Turma, Rel. Des. Fed. Mauricio Kato, Dje de 01/02/2012; TRF3, AC 0000727-86.2008.4.03.6004, 5ª Turma, Rel. Paulo Fontes, Dje de 26/01/2016.

218. PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial* [recurso on-line], op. cit., p. 451.

219. Ver, no ponto, as obras clássicas de DRUMMOND, José de Magalhães. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit., p. 259 ss e HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Arts. 250 a 361, op. cit., p. 309-310.

220. O exemplo é referido em GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 369.

CP, neste preciso exemplo, seria o art. 2º, caput, da Lei 10.610/2002²²¹.

No que diz respeito a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, este tipo penal, ao cominar pena mínima de 6 (seis) meses, admite

a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) e permite que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

Adulteração de sinal identificador de veículo automotor

Art. 311. Adulterar ou remarcar número de chassi ou qualquer sinal identificador

de veículo automotor, de seu componente ou equipamento;
Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Se o agente comete o crime no exercício da função pública ou em razão dela, a pena é aumentada de 1/3 (um terço).

§ 2º Incorre nas mesmas penas o funcionário público que contribui para o licenciamento ou registro do veículo remarcado ou adulterado, fornecendo indevidamente material ou informação oficial.

COMENTÁRIOS

1. Das condutas tipificadas, generalidades e classificação

(a) Art. 311, caput, CP

O artigo 311, caput, do CP, na redação dada pela Lei 9.426/96, criminaliza as condutas de *adulterar* ou de *remarcar*, cujo objeto material é (a) “número de chassi” ou (b) “qualquer sinal identificador” (b.i) de “veículo automotor”, (b.ii) de seu “componente” ou (b.iii) de seu “equipamento”. A consumação do delito não exige, em qualquer das modalidades, a ocorrência de um resultado diverso, no tempo e no espaço, da realização de uma das condutas proibidas (prescinde, por exemplo, de benefício ou de prejuízo).

No âmbito do tipo objetivo, importante é precisar os possíveis sentidos dos elementos normativos que geram maior controvérsia na prática, a saber, “qualquer sinal identificador” de “veículo automotor”, de seus “componentes” ou de seus “equipamentos”. No ponto, cremos que se deve

interpretar a expressão “sinal identificador” à luz da linguagem comum, mas sim à luz da linguagem técnica. Nesse sentido, um adesivo colado em um carro ou outros detalhes, por mais que o torne único ou, ao menos, facilmente identificável, por certo não é um “sinal identificador” para os fins do art. 311 do CP.

São os arts. 114 e 115 do Código de Trânsito Brasileiro e suas regulamentações (em especial Resolução CONTRAN n. 24/1998 e Resolução CONTRAN n. 581/2016, que alterou parte da anterior) que conferem sentido técnico ao termo “sinal identificador”. Sendo assim, exemplos de sinal identificador externo são as placas dianteira e traseira, cuja adulteração consuma o delito do art. 311 do CP. Já uma mera alteração de cor do veículo seguramente não pode consumir tal delito, seja porque não se trata nem de adulteração nem de *marcação*, seja porque a cor não é objeto da legislação referida, *sinal identificador*, mas sim mera característica do veículo automotor.

Finalmente, no âmbito do tipo subjetivo, trata-se de crime exclusivamente doloso, sem especial intencionalidade. Já no âmbito do concurso de crimes, comum é se verificar, na prática, a conjugação deste delito aos de receptação (art. 180 do CP), de estelionato (art. 171 do CP) e de falsificação material de documento público (no caso, o DUT – Documento Único de Transferência) ou mesmo de uso de documento público falsificado (art. 304 c/c art. 297 do CP). Situação corriqueira é esta: o agente comete receptação de veículo roubado e, a fim de vendê-lo a terceiro de boa-fé, clona placa e/ou adultera o chassi do veículo (art. 311 do CP), bem como falsifica o DUT (art. 297). Caso logre êxito e consiga vender o carro a terceiro, inclusive tendo utilizado o DUT falso para tanto (art. 304 c/c art. 297), provavelmente a vítima será surpreendida quando da vistoria no DETRAN, descobrindo tratar-se de carro roubado/furtado, com placa adulterada, o qual será imediatamente apreendido. Pensamos que, nessa narrativa, restam consumados apenas os crimes de receptação e de estelionato, sendo a adulteração da placa (art. 310 do CP), a falsificação do DUT e o seu posterior uso desse documento (art. 297 e artigos 304 c/c 297, todos do CP) nada mais do que meios fraudulentos utilizados para enganar a vítima e, assim, consumir o estelionato, devendo ser por este último absorvidos.

No que diz respeito a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, este tipo penal, ao cominar pena mínima de 3 (três) anos, não admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95). Por outro lado, permite que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

(b) Art. 311, § 1º, CP

Esta regra prevê uma causa de aumento especial no caso de o autor do crime valer-se da função pública que exerce para consumá-lo. A redação é confusa, pois recorre ao termo “função pública” aparentemente como gênero (como sinônimo de funcionário público), não como espécie (como consta no art. 327, caput, do CP – “cargo, emprego ou função pública”). Em outras palavras, é preciso, antes de mais nada, definir se o termo merece uma interpretação restritiva ou ampliativa. Pensamos que o seu sentido deve ser este: há exercício de função pública quando há exercício de poder com origem pública (prerrogativas exorbitantes, exclusivamente estatais, que inexistem, portanto, no âmbito privado)²²³. Ademais, a causa de aumento não incide porque o autor do crime exerce função pública, mas apenas se o autor, exercendo-a, dela se valeu para consumir o delito.

(c) Art. 311, § 2º, CP

Esta regra equipara à conduta de adulteração ou de marcação de sinal identificador de veículo automotor a conduta de *fornecer*, o funcionário público, *material* ou *informação oficial*, com a intenção de auxiliar terceiro a licenciar ou a registrar veículo remarcado ou adulterado. Trata-se de crime *próprio* (apenas um funcionário público pode ser dele autor), cuja consumação não exige que efetivamente haja o licenciamento ou o registro do referido veículo. No âmbito do tipo objetivo, a interpretação dos elementos normativos “material” ou “informação oficial” deve ser restritiva, englobando apenas aqueles materiais ou informações que sejam *necessários* ou, ao menos, *úteis* ao ato de licenciamento ou ao ato de registro²²⁴. No âmbito do tipo subjetivo,

221. Lei 10.610/2002 – Art. 2º, caput, “A participação de estrangeiros ou de brasileiros naturalizados há no menos de dez anos no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão não poderá exceder a trinta por cento do capital total e do capital votante dessas empresas e somente se dará de forma indireta, por intermédio de pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras e que tenha sede no País”.

222. Em sentido similar, ver GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 374; PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial* [recurso on-line], op. cit., p. 456.

223. Função pública seria, pois, (i) um feixe de competências conferidas por normas de direito público (ii) que permitem operar coercitivamente sobre o status, os direitos e os deveres dos cidadãos e que se exteriorizam em categorias como licença, autorização, concessão, permissão, nomeação etc. (Cf. SESSA, Antonino. *Infedeltà e Oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 106, nota 95). Ver também SCALCON, Raquel Lima. O médico que atua no SUS e sua qualificação como funcionário público para fins penais. In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flavia (Org.). *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 256 ss.

224. São exemplos apresentados por Prado: “material oficial (v.g., impressos, espelhos, papel específico para confecção de documentos, adesivos, placas ou plaquetas)” ou “informações (v.g., um código determinado, um número de chassi, uma senha)” (PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial* [recurso on-line], op. cit., p. 459 ss).

entendemos que, além do dolo genérico relativo ao fornecimento do material/informação, haveria um dolo específico, qual seja, o de fornecer com o propósito preciso de auxiliar terceiro a registrar ou a licenciar veículo adulterado ou remarcado²²⁵. Como se constata, há a criminalização autônoma de uma conduta que, se existente o crime de "licenciar ou registrar veículo automotor adulterado ou remarcado", seria punível a título de participação (auxílio) com base diretamente no art. 29 do CP, independentemente desta norma.

No que diz respeito a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, este tipo penal, ao cominar pena mínima de 3 (três) anos, não admite a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95). Por outro lado, permite que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

2. Jurisprudência

No âmbito dos tribunais, selecionamos alguns casos de interesse. No primeiro deles, discute-se se o tipo subjetivo relativo ao crime do art. 311, *caput*, do CP exigiria algum dolo específico. Isso, porque o acusado teria adulterado a placa (sinal identificado externo) de veículo automotor com o intuito exclusivo de "fugir" de rodízio municipal, mas

não de comercializar ilicitamente veículo furtado ou roubado, por exemplo. Entendeu-se, contudo, que o preenchimento do tipo subjetivo em questão independe de qualquer finalidade específica pretendida com a adulteração ou remarcagem.

Em outros casos, discutiu-se se a conduta de trocar a placa do veículo (no sentido de substituir a original por outra) seria objetivamente típica para os fins do art. 311, *caput*, do CP, questionando-se se tal conduta estaria abrangida pelo verbo *adulterar* (já que certamente pelo verbo *remarcar* não está). No ponto, o STJ tem entendimento pacificado no sentido de a troca indevida de placa constituir conduta criminosa e proibida por tal tipo penal, estando abrangida pela ideia de "adulteração" de sinal identificador, interpretação que nos parece correta²²⁷.

Finalmente, considerou-se objetivamente atípica para os fins do art. 311, *caput*, do CP a conduta de adulterar placa de veículo semirreboque, por se tratar de veículo automotor, exigência do tipo penal em questão. A decisão recorreu ao art. 1º do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), que diferencia tais categorias, para afirmar que apenas os veículos automotores estariam abrangidos pela norma de conduta do art. 311 do CP, mas não as demais espécies listadas pelo art. 96 do CTB, sob pena de analogia *in malam partem*²²⁸.

Capítulo V

Das Fraudes em Certames de Interesse Público

Fraudes em certames de interesse público

Art. 311-A. Utilizar ou divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso de:

225. Se bem compreendemos, Rogério Greco e Prado não parecem ver, neste tipo penal, um elemento subjetivo especial (GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 377; PRADO, Luiz Regis, *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial* [recurso on-line], op. cit., p. 461).

226. STJ, AgRg REsp 1.834.864/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julg. em 19/11/2019.

227. STJ, AgRg no AREsp 790.675/MS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julg. 18/10/2018 e STJ, REsp 1.722.894/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julg. 17/05/2018. Em mesmo sentido, explica Prado: "Se as placas são lacradas à estrutura do veículo, e constituindo o lacre parte integrante da placa identificadora, a substituição total das placas verdadeiras por outras, falsas, até porque implica o rompimento desse lacre, configura o tipo em estudo" (PRADO, Luiz Regis, *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial* [recurso on-line], op. cit., p. 457).

228. STJ, RHC 98.058/MG, 6ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, julg. em 24/09/2019.

I – concurso público;

II – avaliação ou exame públicos;

III – processo seletivo para ingresso no ensino superior; ou

IV – exame ou processo seletivo previstos em lei.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem permite ou facilita, por qualquer meio, o acesso de pessoas não autorizadas às informações mencionadas no *caput*.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à administração pública:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 3º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o fato é cometido por funcionário público.

COMENTÁRIOS

1. Das condutas tipificadas, generalidades e classificação

(a) Art. 311-A, *caput*, CP

Neste tipo penal misto alternativo, criminaliza-se tanto a conduta de utilizar indevidamente quanto a de divulgar indevidamente (a) "conteúdo sigiloso" de (a.1) concurso público, (a.2) avaliação ou exame públicos, (a.3) processo seletivo para ingresso no ensino superior ou (a.4) exame ou processo seletivo previstos em lei. São estes os possíveis objetos materiais das condutas incriminadas.

No âmbito do tipo objetivo, as ações de utilizar ou de divulgar estão acompanhadas do advérbio de modo "indevidamente". Logo, impuníveis são a divulgação ou a utilização quando justificadas. Sobre o objeto material da conduta, relevante é esclarecer o sentido do elemento normativo "conteúdo sigiloso". Pensamos se tratar de conteúdo cujo acesso é restrito, vedado ao público em geral, ou mesmo confidencial. Em síntese, um conteúdo que não deve ser divulgado nem utilizado – por quem quer que seja²²⁹ – fora das hipóteses permitidas²³⁰.

Quanto às qualificações do "conteúdo sigiloso", o legislador elencou quatro hipóteses. Destas, a prevista no inciso I é a de interpretação menos controversa ("concurso público" – trata-se de certame que decorre de exigência constitucional para acesso a cargos efetivos e empregos públicos – art. 37, inc. II, da CF). Também a prevista no inciso II não é tormentosa: processo seletivo para ingresso no ensino superior (trata-se dos vestibulares de universidades públicas ou privadas, do ENEM etc.). Já a distinção entre o inciso II e o inciso IV é mais problemática: avaliação ou exame público *versus* exame ou processo seletivo previsto em lei. O inciso IV parece funcionar como uma cláusula residual, sendo analisado quando os incisos anteriores não forem preenchidos. Nesse sentido, enquanto o exame para obtenção de CNH estaria enquadrado no inciso II (exame público), já o processo seletivo para Residência Médica melhor se enquadraria no inciso IV (exigência da Lei 6.932/81).

Importa pontuar, que a incriminação se limita ao gênero *certames de interesse público* (vide nome de "batismo" do tipo penal – "fraudes em certames de interesse público"), de tal maneira que se pretende tutelar a igualdade no acesso, bem

229. Como pontua BUSATO: "Não é preciso que a divulgação atinja um número indeterminado de pessoas, bastando que alcance alguém, pois, neste caso, já restará quebrado o caráter confidencial do certame e estará caracterizada a conduta incriminada" (BUSATO, Paulo César, *Direito Penal: Parte Especial*, op. cit., p. 432).

230. Para Souza, tal elemento normativo "consiste nas informações confidenciais que cercam a elaboração de um certame, com vistas a assegurar sua lisura e condições de igualdade entre os candidatos" (SOUZA, Luciano Anderson de, *Direito Penal. Parte Especial: Arts. 235 a 311-A do CP*, op. cit., p. 594). Em sentido similar, ver GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 381 ss.

como a credibilidade e a lisura no procedimento. Ademais, o termo "certame" remete à ideia de competição. Se o exame e/ou a avaliação não disserem respeito a um procedimento com algum grau de competição e de concorrência, questionável é o enquadramento de eventual fraude neste tipo penal. Nesse sentido, teríamos de realizar uma interpretação teleológica restritiva, de modo a excluir do tipo objetivo – pela razão anteriormente indicada – fraudes em exames destituídos de tal qualidade. Seria o caso, pensamos, dos exames para a obtenção de CNH, pois aqui não se trata de certame ou de processo que envolva algum tipo de competição. O ponto, contudo, demanda maior reflexão.

No âmbito do tipo subjetivo, trata-se de crime doloso com especial intencionalidade. A utilização ou a divulgação indevida devem objetivar (a) beneficiar o agente ou terceiro ou (b) comprometer a credibilidade do certame. Ausente tais motivações, será a conduta subjetivamente atípica. De outro lado, pouco importa, para a consumação do delito, se o benefício ou o comprometimento da credibilidade efetivamente ocorreram. Basta que o agente assim objetivasse e que o seu comportamento fosse minimamente apto a tanto.

(b) Art. 311-A, § 1º, CP

Neste tipo equiparado, o legislador buscou criminalizar as condutas de permitir ou facilitar o acesso de pessoas não autorizadas ao conteúdo sigiloso referido no caput. O crime, ademais, é de forma livre ("por qualquer meio"). Pensamos que essa criminalização autônoma não é supérflua, porque a conduta não necessariamente estará abrangida pelo caput. Isso porque, caso aquele cujo acesso às informações sigilosas foi facilitado ou permitido subsequentemente não divulgar nem utilizar tal conteúdo, não estará consumado o delito do caput.

Relevante ainda é indagar se esta modalidade não seria um crime especial ou próprio²³¹. Isso porque, pela redação do tipo, é possível interpretar que a conduta somente pode ser realizada por alguém que, estando autorizado a ter acesso ao conteúdo sigiloso (por exemplo, a banca avaliadora de um concurso público), facilita o acesso de pessoas não autorizadas. Isso, na prática, gerará uma restrição no círculo de possíveis autores, a saber: somente aqueles que, autorizados a acessar o conteúdo sigiloso, facilitam ou permitem o seu acesso a terceiros não autorizados. A consumação do delito, ademais, dar-se-ia justamente no momento em que os terceiros efetivamente acessam a informação, independentemente do que sucederá (se a informação será, ou não, utilizada, divulgada etc.).

Finalmente, esta figura, ao contrário do caput, não exige qualquer dolo específico para configuração da tipicidade subjetiva. A modalidade culposa não está prevista, o que foi um acerto do legislador.

No que diz respeito a aspectos relacionados à pena e ao processo penal, ambas as figuras, ao combinarem pena mínima de 1 (um) ano, admitem a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) e permitem que o Ministério Público, cumpridos outros requisitos, ofereça o acordo de não persecução penal (ANPP), disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

(c) Art. 311-A, § 2º, CP

Trata-se de qualificadora relativa exclusivamente à conduta do caput. Em outras palavras, sustentamos que ela não pode ser conjugada com a figura equiparada do § 1º, por não haver "parágrafo de parágrafo"²³². A sua incidência dependerá da comprovação, pela acusação, de a conduta de utilizar ou de divulgar gerar um

dano à administração pública, o que não é exigido pelo tipo simples. Logo, inadmissível será a argumentação de que qualquer fraude já macula a imagem da administração pública e, logo, disso já decorreria imediatamente o dano. Essa ideia levaria à conclusão de que sempre que houvesse a consumação do caput do art. 311-A do CP, também haveria a consumação na modalidade qualificada do § 2º. É preciso, portanto, que o dano seja tangível, delimitado e comprovado, não podendo estar embasado em argumentações genéricas e abstratas. Daí porque defendemos que o conceito de dano seja aqui compreendido apenas no seu sentido material (patrimonial), não no sentido moral²³³, sob pena de excessiva indeterminação e potencial uso abusivo da qualificadora.

Uma vez configurada essa qualificadora, que comina pena mínima de 2 (dois) anos, não será mais possível a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95), porém o ANPP ainda poderá ser proposto.

(d) Art. 311-A, § 3º, CP

Finalmente, tem-se aqui causa de aumento incidente quando a conduta do caput for praticada por funcionário público para fins penais (art. 327, CP) no exercício ou em razão da função. Embora esta última especificação não tenha constado na redação original da majorante, não é possível entender de modo diverso. Em outras palavras, o que se pune mais severamente é a utilização da função pública para o cometimento do delito. Logo, ausente relação entre o crime e o exercício da função, é indevida a incidência desta regra.

2. Jurisprudência

Uma das questões mais debatidas nos tribunais quanto a este tipo penal é a punibilidade da

chamada "cola eletrônica". Comumente, trata-se da seguinte prática: "especialista realiza a prova e, antes de terminar o período de duração do certame, transmite, por meio eletrônico, as respostas corretas ou o seu próprio gabarito, ainda que sem correção doutrinária/legal, a outros candidatos que ainda se encontram realizando o certame"²³⁴. A questão é: essa conduta se enquadra no caput do art. 311-A do CP? Para o STJ, sim. Segundo tal Corte, "antes do término do prazo de duração da prova, as respostas de um candidato são sigilosas em relação aos demais candidatos que ainda se encontram na realização do processo seletivo"²³⁵, daí se tratar especificamente de divulgação de conteúdo sigiloso (que pode ser de concurso público, vestibular etc.). O entendimento é reproduzido em outros julgados, reiterando-se a ideia de que "a divulgação prematura e indevida das perguntas e respostas da prova vestibular entre os candidatos constitui fator de vulneração do conteúdo sigiloso do processo seletivo e, portanto, prejudicial ao bem jurídico tutelado pela norma do art. 311-A do CP"²³⁶.

Não discordamos que a conduta anteriormente narrada possa potencialmente colocar em risco o bem jurídico tutelado pelo art. 311-A, caput. Isso, contudo, não a torna típica. Para tanto, ela precisa amoldar-se ao tipo penal, o que, sustentamos, não ocorre²³⁷. As respostas que cada candidato atribui às perguntas não são, sustentamos, acobertadas por sigilo. Não reside aqui o desvalor da conduta. O que é violado é o dever de incomunicabilidade entre os candidatos em si ou entre os candidatos e sujeitos externos ao certame. Ademais, o entendimento do STJ levaria à criminalização não apenas da cola eletrônica, mas de qualquer forma de "cola", o que, novamente, não faz sentido à luz da redação do tipo.

231. Nossa posição, no ponto, é minoritária. No sentido de se tratar de crime comum, ver SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal. Parte Especial*: Arts. 235 a 311-A do CP, op. cit., p. 592; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, op. cit., p. 385 ss e PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial* [curso on-line], op. cit., p. 463.

232. Outro posicionamento é apresentado por Busato: "Como visto, as modalidades fundamentais de crimes são delitos de perigo concreto. Se, no entanto, de qualquer das condutas descritas tanto no caput quanto no § 1º resultar dano à Administração Pública, aplica-se a qualificadora do § 2º" (BUSATO, Paulo Cesar. *Curso de Direito Penal: Parte Especial*, op. cit., p. 433).

233. Nossa posição, no ponto, é minoritária. Defendendo um sentido moral e material de "dano", ver SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal. Parte Especial*: Arts. 235 a 311-A do CP, op. cit., p. 596 ss e PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial* [curso on-line], op. cit., p. 463.

234. STJ, RHC 81.735/PA, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 25/08/2017.

235. Idem.

236. STJ, AgRg REsp 1.753.609/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 07/05/2019.

237. No mesmo sentido, SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal. Parte Especial*: Arts. 235 a 311-A do CP, op. cit., p. 594 ss e PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial* [curso on-line], op. cit., p. 464.