

Fernanda Freixinho



Questão de Justiça

ff@freixinho.adv.br

Fraude em concursos públicos

Em dezembro de 2011 foi publicada no Diário Oficial da União a Lei n. 12.550, de 15 de dezembro de 2011, que autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. Contudo, a referida lei, além de tratar da criação da referida empresa, acrescentou dispositivos ao Código Penal. Causa estranheza a referida lei tratar de temáticas tão distintas e sem nenhuma relação entre si.

No que tange à parte penal, primeiramente a lei em questão estabeleceu uma nova modalidade de pena restritiva de direito, na modalidade interdição temporária de direitos, incluindo no artigo 47 o inciso V - "proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos". Além disso, criou um novo crime previsto no artigo 311-A - "fraudes em certames de interesse público", que passa a integrar um novo Capítulo, Capítulo V - "Das Fraudes em Certames Públicos".

Antes da edição da nova lei havia grande polêmica sobre a tipicidade da conduta daqueles que se utilizavam do artifício denominado "cola eletrônica" (utilização de aparelho transmissor e receptor em prova). A conduta foi considerada atípica pelos Tribunais Superiores. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Inquérito nº 1.145/PB entendeu que a referida fraude não se subsumia a nenhum tipo atualmente em vigor, sendo, portanto, atípica.

A lei criminaliza a conduta daquele que: "utilizar ou divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso de: 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" (artigo 311-A, "caput").

A lei visa a tutelar a credibilidade e lisura dos certames de interesse público. O crime é comum e pode ser praticado por qualquer pessoa.

Caso o sujeito ativo seja funcionário público incidirá a causa de aumento de pena de um terço (§ 3º).

O sujeito passivo é o Estado, podendo de maneira reflexa ser atingidas outras pessoas lesadas pela conduta. Exemplo: outro candidato que deixou de ser aprovado.

A Lei 12.550, de 15 de dezembro de 2011, autorizou criação da Empresa Brasileira de Serviços

A conduta típica prevê desde a fraude a concursos públicos, o processo seletivo para ingresso no ensino superior (vestibular, Enem e outros) quanto exame previsto em lei (e.g exame da OAB previsto para aqueles que concluem o curso de direito e pretendem advogar).

O tipo básico prevê duas condutas alternativamente previstas. A primeira conduta é "utilizar indevidamente" e a segunda "divulgar indevidamente". A expressão indevidamente nesse caso constitui elemento normativo do tipo.

Não está prevista a modalidade culposa para esse crime, o que significa que somente é punida a conduta dolosa (consciência e vontade de utilizar ou divulgar indevidamente o conteúdo sigiloso do certame).

O parágrafo primeiro prevê uma figura autônoma equiparada ao tipo básico: § 1º Nas mesmas penas incorre quem permite ou facilita, por qualquer meio, o acesso de pessoas não autorizadas às informações mencionadas no caput.

O parágrafo segundo estabelece uma figura qualificada nos casos onde a ação ou omissão resulta dano à administração pública. Nesse caso a pena é de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Ocorre a consumação do crime com a efetiva utilização ou divulgação do conteúdo sigiloso ou com a efetiva permissão ou facilitação do acesso de pessoas não autorizadas à informação (parágrafo primeiro).

O crime é formal, ou seja, caso o agente venha a auferir qualquer benefício ou haja o comprometimento da credibilidade do certame tal fato seria mero exaurimento do crime. Destaque-se que a tentativa é admissível nesse tipo de crime.

No direito penal vigora o princípio da especialidade de modo que havendo conflito entre norma genérica e especial prevalece a geral. Nesses termos, analisando o artigo 325, do Código Penal (revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar a revelação) em cotejo com o artigo 311-A, do Código Penal, o último deve prevalecer se a conduta envolver certames de interesse público expressamente descrito na lei.

O crime em questão não é de menor potencial ofensivo, ou seja, não é de competência dos juizados, contudo é cabível a aplicação da suspensão condicional do processo (artigo 89, da Lei 9.099/95). A ação penal é pública incondicionada, o que significa que o titular é o Ministério Público.

Com a edição da lei a polêmica sobre a cola eletrônica vai continuar, tendo em vista que nos casos em que o candidato, usando ponto eletrônico, utiliza-se de terceiro capacitado para lhe informar as respostas (que não teve acesso ao gabarito e a prova anteriormente), o fato permanece atípico, levando-se em conta que os envolvidos não se valeram de conteúdo sigiloso. Caso tenham tido acesso a prova ou gabarito restará configurado o crime em questão.

Hospitales e também acrescentou dispositivos ao Código Penal