

PARECER Nº , DE 2009

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, em caráter terminativo, sobre os Projetos de Lei do Senado nºs **196, de 2004**, que *acrescenta inciso ao § 2º do art. 171 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para criar a figura típica do emprego de fraude em certame seletivo para ingresso no serviço público ou preenchimento de vaga do corpo discente de estabelecimento de ensino público ou privado*; **280, de 2005**, que *altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever o crime de fraude em concurso público*; e **301, de 2005**, que *altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para criminalizar a fraude em concurso público ou em qualquer exame de interesse público*.

RELATORA: Senadora **KÁTIA ABREU**

I – RELATÓRIO

Vêm a esta Comissão, para exame em decisão terminativa, nos termos dos arts. 91 e 101, II, *d*, do Regimento Interno do Senado Federal, os Projetos de Lei do Senado nºs 196, de 2004, de autoria do Senador Demóstenes Torres; 280, de 2005, de autoria do Senador Osmar Dias; e 301, de 2005, de autoria do Senador Romeu Tuma, acima epigrafados, todos versando sobre o tema da fraude em concursos públicos.

O PLS nº 196, de 2004, pretende tipificar penalmente o emprego de meios fraudulentos para lograr aprovação em concurso público ou acesso a estabelecimentos de ensino público ou privado, acrescentando, para tanto, novo inciso ao § 2º do art. 171 do Código Penal (CP), que versa sobre o crime de estelionato.

Na justificação, o autor aponta lacuna na legislação penal quanto à chamada “cola eletrônica” e retrata as divergências e incertezas jurisprudenciais quanto ao enquadramento da referida conduta:

Os tribunais, em especial, já assentaram o entendimento de que a transmissão, por qualquer meio, a pessoa que está submetendo-se a concurso público ou vestibular não configura crime. É que não há

previsão clara nas leis penais e então, em decorrência do princípio da anterioridade, expresso no art. 1º do Código Penal (não há crime sem lei anterior que o defina), é incabível utilizar o princípio da analogia. (...) Não existia dissenso na jurisprudência quando as fraudes eram praticadas de forma mais simples, nas oportunidades em que uma pessoa se passava por outra para fazer as provas. O vestibulando e seu *ghost-writer* eram enquadrados nos crimes de falsidade ideológica, uso de documento falso e até mesmo formação de quadrilha. Com a sofisticação, ficou mais fácil perpetrar a fraude e ficar impune.

Por seu turno, o PLS nº 280, de 2005, introduz o art. 311-A no CP, para incriminar a “fraude em concurso público”. Segundo a redação proposta, o crime consistiria em “empregar qualquer meio fraudulento com o fim de obter ou facilitar aprovação, para si ou para outrem, em concurso público, ou vender, comprar ou transacionar gabarito de prova de concurso público ou publicação de nome em lista de aprovação em cargo para o qual há concurso público em andamento.” Para coibi-lo, previu-se a pena de reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Ao justificar a proposição, o autor sublinha:

O projeto de lei em apreço busca por uma descrição típica que seja a mais completa possível, punindo tanto aquele que oferece a vantagem ilícita quanto aquele que busca obtê-la, em prejuízo alheio. Por constituir crime contra a fé pública, optamos por incluí-lo no Capítulo IV do Título X do Código Penal.

Finalmente, o PLS nº 301, de 2005, também criminaliza a fraude em concurso público, introduzindo o art. 311-A no CP, que reproduz, basicamente, o texto do PLS nº 280, de 2005, com o detalhe de que as condutas de “vender”, “comprar” ou “transacionar” prova ou publicação de nome em lista de aprovados foram destacadas do *caput* do dispositivo legal. Assim, referidas condutas foram concebidas como “formas equiparadas” (art. 311-A, §1º).

Na justificação, o autor destaca o objetivo principal da proposta:

O projeto de lei em apreço vem para reforçar a tutela da fé pública, criminalizando a conduta de quem fraudar qualquer exame de interesse público, o que abarcaria concursos públicos, concursos internos de órgãos públicos, exames vestibulares, exames para ingresso em entidades de ensino superior, como o PAS (Programa de Avaliação Seriada), etc. Assim, para que seja possível a subsunção de novas formas delitivas, e em respeito ao princípio da legalidade estrita, propomos a tipificação da conduta de fraude em exames públicos, a qual vem ocupando cada vez mais espaço nos meios de comunicação, e contra a qual a sociedade tem-se colocado de forma veemente.

Referidas proposições tramitam em conjunto por força do Requerimento nº 588, de 2009, deferido nos termos do Ato da Mesa nº 2, de 2009.

O Senador João Batista Motta, então Relator do PLS nº 196, de 2004, e o Senador Jefferson Peres, então Relator dos PLSs 280 e 301, de 2005, chegaram a divulgar relatórios favoráveis às aludidas proposições. Ao confeccionar o presente relatório, servimo-nos em parte dos argumentos e razões aduzidas por aqueles ilustres parlamentares.

Não foram apresentadas emendas até o presente momento.

II – ANÁLISE

Não vislumbramos vícios de regimentalidade, legalidade ou constitucionalidade. A matéria insere-se no campo da competência privativa da União para legislar sobre direito penal, consoante o disposto no art. 22, I, da Constituição Federal (CF).

No mérito, compartilhamos as preocupações dos Senadores que subscreveram as proposições em comento. De fato, a fraude em concursos públicos não possui tipificação autônoma, sendo válido registrar, ainda, que a “cola eletrônica” (isto é, a fraude praticada com recursos eletrônicos para transmitir informações ao candidato durante o processo seletivo) não encontra exata correspondência nos tipos previstos pela lei penal. Como bem lembrado, o princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX, da CF) exige exata previsão legal da conduta incriminada.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal decidiu a questão da “cola eletrônica” no julgamento do Inquérito nº 1.145, reconhecendo a atipicidade da conduta:

Entendeu-se que o fato narrado não constituiria crime ante a ausência das elementares objetivas do tipo, porquanto, na espécie, a fraude não estaria na veracidade do conteúdo do documento, mas sim na utilização de terceiros na formulação das respostas aos quesitos. Salientou-se, ainda, que, apesar de seu grau de reprovação social, tal conduta não se enquadraria nos tipos penais em vigor, em face do princípio da reserva legal e da proibição de aplicação da analogia in malam partem. (Cf. *Informativo STF* nº 453, de 18 e 19 de dezembro de 2006).

O Superior Tribunal de Justiça, pelo menos em duas oportunidades, também se pronunciou pela atipicidade da “cola eletrônica”:

– O preenchimento, através de “cola eletrônica”, de gabaritos em concurso vestibular não tipifica crime de falsidade ideológica. É que nos gabaritos não foi omitida, inserida ou feita declaração falsa diversa daquela que devia ser escrita. As declarações ou inserções feitas nos cartões de resposta por meio de sinais eram verdadeiras e apenas foram obtidas por meio não convencional. A eventual fraude mostra-se insuficiente para caracterizar o estelionato que não existe “in incertam personam”. (Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 7376/SC, Sexta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, transcrição parcial da ementa).

– A utilização de aparelhos transmissor e receptor com o objetivo de, em concurso vestibular, estabelecer contato com terceiros para obter respostas para questões formuladas nas provas não constitui, mesmo em tese, crime. Pode configurar ação imoral. (Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 4593/PR, Quinta Turma, Relator Ministro Jesus Costa Lima, transcrição parcial da ementa).

Estamos falando, pois, de uma conduta que atenta contra um dos institutos mais importantes da Administração Pública brasileira – o concurso público –, consagrado expressamente no art. 37, II, da Lei Maior, como forma de garantir, com base no mérito, o acesso democrático aos cargos e empregos públicos.

Em síntese, algumas formas de fraude em certames públicos podem ser enquadradas nos crimes de falsificação de documento público, falsidade ideológica ou uso de documento falso, previstos, respectivamente, nos arts. 297, 299 e 304 do CP. No entanto, em face da aparição de novas tecnologias e estratégias fraudulentas, nem sempre a conduta dos fraudadores é alcançada pela lei penal. Portanto, tendo em vista a apontada lacuna legal, todas as proposições em análise buscam tipificar, de forma autônoma, a fraude em concurso público, de modo que a narração típica possa abranger todas as formas de fraude.

No caso do PLS nº 196, de 2004, entendemos que, a rigor, a conduta a ser tipificada não configura crime contra o patrimônio. Assim, em nossa opinião, houve equívoco no que diz respeito ao objeto da tutela penal. Outro aspecto é que a proposição parece focalizar o exame de ingresso nas instituições de ensino superior, e pensamos, diversamente, que o novo tipo penal deveria ter um raio de alcance maior. Além disso, outras alterações redacionais também seriam necessárias, para melhor delimitar o fato típico.

De sua vez, os PLSs nºs 280 e 301, de 2005, acertaram na localização do novo tipo penal, ao proporem a introdução do art. 311-A no Capítulo IV (DE OUTRAS FALSIDADES) do Título X (DOS CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA) da Parte Especial do CP.

Ocorre que, a nosso ver, a redação oferecida pelo PLS nº 301, de 2005, foi mais feliz ao separar a fraude propriamente dita da compra e venda da suposta aprovação no certame público, além de ter previsto causa de aumento da pena se o crime é praticado por funcionário público. Ainda assim, proporíamos algumas alterações de redação, como, por exemplo, a substituição da expressão “qualquer exame de interesse público” por “qualquer exame *seletivo* de interesse público”. No § 1º do novo dispositivo legal, parece-nos desnecessário especificar qual a estratégia fraudulenta utilizada, o que poderia gerar outras lacunas legais.

Enfim, todas as proposições convergem para o mesmo objetivo. Todavia, por força do disposto no art. 260, II, *b*, do RISF, o projeto mais antigo tem precedência sobre os demais, razão pela qual devemos aprovar o PLS nº 196, de 2004, sem prejuízo de emenda substitutiva para definir melhor a extensão da nova norma penal incriminadora. Assim, a rejeição dos PLSs nºs 280 e 301, de 2005, se impõe por imperativo regimental, valendo a pena registrar, no entanto, que aproveitamos na emenda substitutiva boa parte das ideias ali contempladas. Portanto, todos os autores das proposições em estudo merecem reconhecimento e os nossos aplausos.

III – VOTO

Em face do exposto, somos pela **rejeição** dos PLSs nºs 280 e 301, de 2005, e pela **aprovação** do PLS nº 196, de 2004, nos termos do seguinte Substitutivo:

EMENDA Nº – CCJ (SUBSTITUTIVO)

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 196, DE 2004

Acrescenta o art. 311-A no Código Penal, para criminalizar a fraude em concurso público ou em qualquer exame seletivo de interesse público.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte artigo:

“Fraude em concurso público ou em qualquer exame seletivo de interesse público

Art. 311-A. Empregar, em proveito próprio ou alheio, qualquer meio fraudulento com o fim de obter aprovação em concurso público ou em qualquer exame seletivo de interesse público:

Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem oferece, vende, compra ou negocia a execução da fraude de que trata o *caput* deste artigo.

§ 2º A pena é aumentada de um terço se o crime é praticado por funcionário público.”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relatora