

**FRAUDES EM CERTAMES PÚBLICOS: UMA ANÁLISE DOS EFEITOS SOB A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA AAPÓS A LEI Nº 12.550/2011**

**FRAUD IN PUBLIC TENDERING: AN ANALYSIS OF THE EFFECTS ON THE BRAZILIAN PUBLIC ADMINISTRATION AFTER LAW 12.550/2011**

**Cavalcante Beserra Leite<sup>1</sup>**

Universidade Regional do Cariri - URCA

**Resumo**

O estudo situa-se na órbita do direito penal, processo penal, abrangendo o direito administrativo e o direito constitucional. Mais precisamente, trata do crime de fraudes em certames de interesse público, sua tipificação e afetação à fé pública. Consiste em uma pesquisa teórica de cunho exploratório e descritivo, caracterizando-se por ser qualitativa. Possui como objetivo geral analisar os alcances e efeitos da norma que veio tipificar o instituto da cola eletrônica. Inicialmente, este artigo apresenta discussões legislativas, divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da consumação do delito e elementos essenciais. Posteriormente, examina julgados dos tribunais superiores, definições doutrinárias e posições adotadas e, por fim, demonstra resultados de operações e ações policiais que tem por finalidade coibir a prática em comento. Justifica-se pelo elevado número de casos e importância social e jurídica. O estudo pretende responder o seguinte questionamento: até que ponto a norma que tipifica fraudes em certames públicos alcança sua finalidade quanto à extensão dos efeitos desse tipo penal na administração pública após a lei 12.550/2011? Conclui-se pelo não alcance dos efeitos pretendidos pelo legislador ao editar a lei, pois as fraudes tornaram-se uma realidade nos quadros da administração pública, que por sua vez é sujeito passivo dessa conduta juntamente com os demais candidatos prejudicados. Contudo, importante destacar que a existência do tipo penal não deixa de possuir seus resultados positivos e repercussões perante o meio social e jurídico.

**Palavras-Chave:** Fraudes em certames públicos. Cola eletrônica. Crimes contra a fé pública.

**Abstract**

The study is located in the orbit of criminal law, criminal procedure, covering the administrative, indispensable therefore, the right law. More precisely, it deals with the crime of fraud in certain cases of public interest, its classification and its affectation on public faith. It consists of an exploratory and descriptive theoretical research, characterized by being qualitative. Its general objective is to analyze the scope and effects of the norm that came to typify the electronic glue institute. This article presents legislative trinitities, doctrinal divergences and essential questions. Subsequently, judgments of the superior courts, elaborated and planned and, in the end of judicial actions judged that aim to curb the practice in question. It is justified by the number of cases of social and legal importance. The study intends to answer the following question: to what extent does the norm that typifies some public reach its purpose regarding the extension of the effects of this criminal type in the public administration after the law 12.550/2011? The proposal was proposed by the legislator when editing, because fraud has not become a reality of public administration, which in turn is designed for public administration, which this time is designed for conception with the other candidates. It is important to highlight that the existence of the criminal type does not lack its positive results and repercussions in the social and legal environment.

**Keywords:** Fraud in public tenders. Electronic glue. Crimes against public faith.

<sup>1</sup> E-mail: jhyullycbl@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

No Brasil, para ingressar nos quadros da administração pública é necessário o preenchimento de requisitos como, por exemplo, a aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme dispõe o art. 37 da CF/88. Requisito este, um dos maiores geradores de renda do país na atualidade, tanto no que diz respeito a quem alcança o desejado cargo, bem como aos milhões investidos em cursos preparatórios para o mesmo fim, mercado que tem crescido muito nos últimos anos com os denominados “concurseiros”.

No entanto, essa atividade comercial vai além, pois existem ainda os meios ilegais de investidura nos quadros da administração pública que, por sua vez, também têm um custo, a exemplo das fraudes em certames públicos por meio de cola eletrônica e vendas de gabaritos. Essas práticas movem associações criminosas especialmente formadas para esse fim, tornando-se corriqueiras notícias dessas fraudes na atualidade.

Foi com intuito de coibir essas práticas que a Lei nº 12.550/2011 veio adicionar ao Código Penal a nova tipificação do art. 311-A, que trata das fraudes em certames de interesse público, incluindo também o instituto cola eletrônica que até então não era tipificado, classificando-se como crime contra a fé pública, tendo como sujeito passivo secundário toda a coletividade, pois são inúmeros os brasileiros que vivem a luta diária de passar em um concurso público de forma honesta, abdicando de sua vida social, lazer, horas de sono e até mesmo de outro emprego para adquirir a tão sonhada estabilidade financeira que dificilmente é conquistada no nosso país, mas que muitas vezes descem na lista da aprovação, pois o topo será ocupado por aquele que usou de meios fraudulentos.

O tipo penal em análise pune a conduta de utilizar indevidamente conteúdo sigiloso, ou seja, servir-se efetivamente, bem como de divulgar, fazer com que terceira pessoa conheça tal conteúdo, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame. O artigo traz como causa de aumento de pena de até 1/3 se o crime é praticado por funcionário público e qualifica a conduta quando resultar dano à administração pública.

O estudo do presente tema justifica-se pelos crescentes casos de aplicação do art. 311-A do CP, que regulamenta as fraudes em certames públicos, pois até a criação da lei 12.550/2011 era considerada uma conduta atípica, tendo em vista a grande busca por um cargo público como solução da instabilidade financeira que aflige os brasileiros.

A importância social da temática se revela pelos inúmeros casos de fraudes em certames públicos, que corrompem não só quem pretende o cargo por meio da fraude, mas também os então servidores, que comprometem a administração pública, configurando crime contra a fé pública, tendo como sujeito passivo o estado e a coletividade que, por sua vez, é a maior injustiçada.

Ainda, possui notável importância jurídica, ficando demonstrada pelo impacto causado pelo novo tipo penal do qual se originam entendimentos, teorias e decisões judiciais, além da análise de casos práticos e aplicabilidade da lei penal ao tentar alcançar os efeitos pretendidos pelo legislador.

Diante da relevância da temática na atualidade, faz-se necessária uma análise sistemática desse tipo material, que busque entender qual a finalidade do legislador e até onde se estendem os efeitos da norma em estudo, até que ponto se é infrator e em que medidas são punidos os indivíduos que praticam a conduta, bem como os efeitos para a administração pública.

Assim, este artigo pretende responder a seguinte pergunta problema: até que ponto a norma que tipifica fraudes em certames públicos alcança sua finalidade quanto à extensão dos efeitos desse tipo penal na administração pública após a lei 12.550/2011?

A fim de encontrar soluções para a problemática acima tem-se como objetivo geral analisar o alcance e os efeitos do tipo material que regulamenta as fraudes em certames públicos na Administração Pública. Além disso, a pesquisa é composta por objetivos específicos que são: compreender numa perspectiva histórica a criação e fundamentos do tipo material em estudo; apresentar os objetivos do legislador e o alcance da norma no ordenamento jurídico e na prática administrativa; e, analisar a aplicação da lei diante dos casos concretos que envolvem a temática.

Buscando atingir o objetivo principal do presente estudo, utilizou-se de uma pesquisa básica, de caráter descritivo, com método qualitativo, baseado na lei e na análise de seus efeitos no cotidiano dos indivíduos e na administração pública, ou

seja, possui um viés subjetivo, pois busca a relação da realidade fática com a norma, proporcionando um aprofundamento de conceitos da temática.

Trata-se de pesquisa não só descritiva, mas também explicativa, pois além de descrever o fenômeno das fraudes em certames públicos, por meio de casos concretos, busca também, deixar claro os motivos e razões pelas quais essas fraudes existem e têm cada vez mais aumentado, explicando os fatores comissivos e omissivos que contribuem para suas ocorrências e as consequências causadas ao serviço público do nosso país após a criação da lei de 2011.

Utilizou-se de pesquisa bibliográfica, como livros e artigos publicados em bases de pesquisas, como o google acadêmico, para entender o tipo penal incriminador das fraudes em certames públicos e analisar a posição dos pesquisadores sobre o tema e, ainda, com a finalidade de aprofundar o conhecimento na aplicação da legislação aos casos concretos, analisando os efeitos desta relação.

A coleta de dados foi realizada até o mês de janeiro de 2022, também por meio de artigos e notícias jornalísticas disponíveis para acesso na internet relativos à temática em apresso, realizando-se uma seleção de estudiosos que falam sobre as fraudes em certames públicos para melhor apuração de dados e aprofundamento sobre o tema.

## **2 O SURGIMENTO DOS CERTAMES PÚBLICOS**

Da necessidade de ter um serviço de qualidade e eficaz, surge então, a figura dos certames públicos como ponte de acesso para o serviço público, como determina a Constituição Federal, que constam de provas escritas, orais, físicas e provas de títulos, com a finalidade de testar as habilidades e aptidões dos candidatos para os respectivos cargos, que por sua vez, deverão concorrer pelo topo da lista de aprovação.

A carta Magna de 1988 dispõe em seu art.37<sup>2</sup> sobre os princípios que fundamentam a administração pública, bem como sua forma de organização,

---

<sup>2</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; II- a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a

deixando claro que os cargos, empregos e funções públicos são acessíveis aos que preencherem os requisitos estabelecidos em lei e que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público. O que hoje é considerado o meio mais eficaz de conseguir a estabilidade financeira, portanto, fazer parte dos quadros da administração pública tornou-se o sonho da maioria dos brasileiros.

A legislação estabelece regras para casos específicos, como das vagas reservadas para pessoas com deficiência, bem como em relação à remuneração dos servidores, por exemplo. E ainda, sobre direitos, deveres e proibições que devem ser respeitados de acordo com os princípios que regem a administração pública, quais sejam: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

A lei nº 12.550/2011 classifica como certames públicos: concurso público, avaliação ou exames públicos, processos seletivos para ingresso no ensino superior, e ainda, exame ou mais processos seletivos previstos em lei. De forma que, além dos certames proporcionarem o acesso ao serviço público, está relacionado também com a formação e seleção dos alunos que desejam ingressar no ensino superior, como o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), por exemplo.

A expressão “certames públicos” pode ser conceituada como uma seleção de pessoas que melhor atendam às exigências para cargos ou vagas que tenham determinado propósito. Nucci (2017, p. 828) define o termo da seguinte maneira: “uma competição para atingir lugares premiados ou um ato público por meio do qual várias pessoas concorrem para lograr graduação mais elevada.” Conceito do qual se pode extrair que o termo em estudo se trata de gênero que engloba espécies de competições, premiações, graduações e avaliações.

No que concerne aos certames de interesse público é possível ainda classificar esse interesse público como secundário, pois de acordo com a doutrina, existe uma divisão do interesse público primário e secundário, como bem leciona Helly Lopes Meireles (2016) ao distinguir que o interesse primário é a meta a ser atingida pela administração para atender às necessidades sociais, já o secundário seria

---

complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (BRASIL, 1988).

instrumental, pois se utiliza de meios para conseguir os objetivos pretendidos pelo primeiro.

Assim, é possível concluir que certames de interesse público assim se denominam porque estão relacionados com o interesse do Estado, podendo ser classificados como de interesse secundário ao estarem diretamente ligados ao erário e às atividades administrativas que proporcionam a realização dos interesses públicos primários, uma vez que um concurso público, por exemplo, é realizado tendo como objetivo preencher os quadros da administração que, por sua vez, possui a finalidade de realizar atividades que visam suprir as necessidades da coletividade.

### **3 O CRESCIMENTO DAS FRAUDES EM CERTAMES PÚBLICOS**

De início, é necessário conceituar a expressão “certame de interesse público”, pois bem, certame é uma disputa, concorrência, já o interesse público diz respeito a algo que interessa a todos, ou seja, é uma concorrência que interessa a toda sociedade e por isso requer credibilidade e segurança, bem como o respeito aos princípios que regulamentam o ordenamento jurídico brasileiro, em especial o da igualdade em relação à concorrência.

O desejo de adquirir estabilidade financeira é atualmente uma das grandes motivações para milhares de estudantes que almejam um cargo público. Porém, é também motivação para a corrupção, tanto dos candidatos como por parte dos próprios servidores da Administração.

Ocorre que a venda de gabaritos desses certames tornou-se um mercado milionário no Brasil, conforme noticiado pela revista ISTOÉ (2017, online), em decorrência da grande busca pelo topo das listas de aprovações, de forma que é cada vez mais crescente a quantidade de notícias dessas fraudes no cotidiano das pessoas.

Uns estudam, outros procuram caminhos ilícitos, como a citada compra de gabaritos e não falta quem ofereça, seja a própria banca realizadora, ou os aplicadores, ou ainda terceiros experts que se comunicam por meios eletrônicos com o candidato no momento da prova, disponibilizando um possível gabarito, tornando injusta a concorrência ao ter acesso a conteúdo que deveria ser sigiloso.

Diante do cenário nacional atual e do crescente número de casos envolvendo fraudes em certames públicos, a legislação brasileira viu-se na obrigação de tipificar a conhecida “cola eletrônica”, com a finalidade de proteger a fé pública, assim fazendo por meio da lei 12.550/2011, que acresceu ao Código Penal o artigo 311-A, conduta até então atípica, conforme disposto pelo STJ:

A conduta de fraudar concurso público por meio da utilização da cola eletrônica praticada antes da vigência da Lei nº 12.550/2011, nada obstante contenha alto grau de reprovação social, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Egrégia Corte, é atípica. Precedentes (BRASIL, 2013)

Inicialmente, faz-se necessária uma definição do tipo penal, previsto no Código Penal, art. 311-A<sup>3</sup>. O *caput* do artigo traz dois verbos núcleos, que são: “utilizar” e “divulgar”, e o § 1º acrescenta os verbos “permitir” ou “facilitar”, consumando a fraude quem praticar qualquer uma dessas quatro ações, caracterizando um tipo misto alternativo, sendo que a consumação não depende da efetiva obtenção do proveito almejado pelo agente. (MIRABETE, 2019).

Mirabbete (2019) classifica cada um dos incisos, definindo concurso público (inciso I) como um instrumento de investidura de cargos e empregos públicos; avaliação ou exame públicos (inciso II) como sendo procedimentos destinados à aferição de conhecimentos e habilidades dos inscritos para determinados fins, já processo seletivo para ingresso no ensino superior (inciso III), inclui vestibulares e demais formas de avaliação seletiva para ingresso em ensino superior não trazendo distinção entre entidades públicas ou provadas e, por último, traz exame ou processo seletivo previsto em lei (inciso IV), que sita como exemplo tutelado por este inciso o exame da ordem como requisito necessário para o exercício da advocacia.

---

<sup>3</sup> 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; 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.

De acordo com o código penal brasileiro, pune-se o infrator com pena de reclusão de um a quatro anos e multa, em sua forma simples. Porém, o §2º traz a forma qualificada da conduta, quando esta resultar dano à Administração pública, aplicando-se a pena de reclusão de dois a seis anos e multa, e em seu § 3º acrescenta ainda como causa de aumento de pena a conduta praticada por um funcionário público, majorando-a em 1/3 a pena aplicada, tendo em vista o maior grau de reprovabilidade, pois o funcionário público tem o dever de zelar pelo bom funcionamento do serviço público, de acordo com os princípios e normas que regem suas atividades.

A diferença entre particular e servidor nesse aspecto surge do conceito de poder-dever conferido ao agente público, conforme leciona Meireles (2016), o particular tem a faculdade do poder de agir, já o administrador público possui a obrigação de atuar.

Vale salientar que esse agente público ainda estará sujeito à responsabilidade por improbidade administrativa, sem prejuízo das demais penalidades, pois atenta contra os princípios da administração pública, ainda mais especificamente o que dispõe a lei de improbidade nº 8.429/92.

#### **4 EFEITOS DA APLICAÇÃO DO ART.311-A DO CÓDIGO PENAL**

Feita esta descrição da norma, podemos passar a análise da aplicação da lei em nosso cotidiano: quando efetivamente pode ser considerada a fraude? Primeiramente, existem dois polos nessa relação, o infrator, que tem acesso ao conteúdo sigiloso e, por outro lado, o receptor, que toma conhecimento das informações, que deveriam ser sigilosas.

Porém, na realidade nem sempre a norma em estudo alcança sua finalidade, por um simples motivo: a redação da norma quando traz a expressão “conteúdo sigiloso”. Pois o que costuma acontecer é que um terceiro expert, ou até mesmo equipes habilitadas para tal fim, após o início do certame, têm acesso à prova, e utilizando de recursos tecnológicos e de sua inteligência, resolvem as questões e antes que encerre o tempo de aplicação de prova, passam as informações por meio de pontos eletrônicos ou até mesmo celulares para o candidato/receptor, que desta forma estará provavelmente no topo da lista de aprovados.



Assim, fica evidente uma batalha entre os investigadores que esforçam empenhos para descobrir os fraudadores e as brechas da lei que facilmente devolvem esses indivíduos para a sociedade sem uma forma de controle para que não voltem a praticar as condutas fraudulentas que já praticavam. Com a repercussão da temática as operações policiais ganharam força com o passar dos anos, diante das frequentes suspeitas e do clamor social dos “concurseiros”.

## **5 DIFICULDADES NA CONSTATAÇÃO DA FRAUDE E POSTERIOR APLICAÇÃO DA PENA**

Além da dificuldade apontada acima, outro grande desafio é o de comprovar essas fraudes, o que fica a cargo das equipes policiais de acordo com sua competência: quando tratar de certames estaduais compete à polícia estadual e se se tratar de exames nacionais a competência é atribuída à justiça federal.

Nas ações em que os agentes são flagrados praticando o crime, no momento do ato, não é tanta a dificuldade, pois será feita a prisão em flagrante e os demais procedimentos serão realizados. Ocorre que esses são apenas peças de um grande sistema de fraude e o objetivo da polícia é chegar à fonte de onde são passadas essas informações.

Dessa forma, são inúmeras as operações policiais exclusivas para este fim, como as citadas ao longo deste capítulo, que levam anos para obterem algum resultado e quando realmente conseguem provas capazes de indiciar os indivíduos, passa-se para a fase judicial, por meio de denúncia ofertada pelo membro do ministério público ou por queixa-crime em caso de ação privada subsidiária da pública, que por sua flexibilidade, por vezes sequer possui efeitos concretos ao penalizar os réus.

Um dos mecanismos utilizados pelas autoridades policiais é a ação controlada que é prevista como meio especial de prova pela lei que trata do crime organizado nº 12.850/2013, que em sua redação define esse instituto da seguinte forma:

Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações. (BRASIL, 2013).

Masson (2018) aponta que esse retardamento das providências a serem tomadas pela polícia é de grande importância para o esclarecimento da forma de operar da organização investigada, bem como para identificar seus membros.

Nesse viés, faz-se necessária a definição da modalidade de flagrante utilizada nessas operações policiais entre as demais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, o flagrante prorrogado ou diferido, ou ainda, retardado, trazido pela lei do crime organizado nº 12.850/2013 e que segundo Nucci consiste em:

[...] possibilidade que a polícia possui de retardar a realização da prisão em flagrante, para obter maiores dados e informações a respeito do funcionamento, componentes e atuação de uma organização criminosa (NUCCI, 2017, p.932)

Assim, a autoridade policial tem a opção de aguardar para momento mais oportuno a prisão em flagrante, com a finalidade de enriquecer a investigação criminal, apurando melhor os fatos e provas. Portanto, vale salientar que essa modalidade de flagrante somente é permitida diante da prática do crime organizado e ainda em relação aos crimes elencados na lei de drogas, pois existem expressas previsões legais. Somente assim possui a faculdade de escolher o momento para realizar a prisão.

Com isso, denota-se que pode ser aplicado ao crime de fraudes em certames públicos o que se aplica ao crime organizado, uma vez que para sua concretização é necessária a participação de pelo menos mais de um agente, quais sejam, um transmissor e um receptor, para que se configure a cola eletrônica, por exemplo, sendo que na maioria dos casos estão envolvidas verdadeiras equipes, com mais de quatro pessoas.

De acordo com a lei da organização criminosa, a já citada lei nº 12.850/2013, configura-se organização criminosa a associação de no mínimo quatro pessoas que se estruturam para o cometimento de infrações penais. Essa mesma lei ainda modificou o art. 288 Código Penal ao definir que o crime de associação criminosa se evidencia com a presença de no mínimo três agentes com a finalidade de cometer crimes.

Assim, comprovando-se a quantidade de membros envolvidos na fraude é possível a imputação também dos crimes acima descritos, aumentando a gravidade da conduta ao se constatar o concurso de crimes. Essa constatação, por sua vez, é feita na maioria dos casos através de interceptações telefônicas dos chips utilizados nas próprias fraudes para comunicação e testes dos agentes.

Embora a CRFB/88 em seu art.5º, inciso XII, disponha que é inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, deixa uma ressalva que poderá ser realizada em último caso, mediante ordem judicial, nos termos da lei para fins de investigação criminal, tanto que é regulamentada na lei nº 9.296/1996 que, por sua vez, traz como requisitos para sua aplicação a presença de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, quando a prova não puder ser obtida por outros meios e que o fato seja punível com pena de detenção, pelo menos.

Assim, diante da complexidade das fraudes em certames públicos e da dificuldade de obtenção de provas é comumente utilizado esse meio para comprovação da infração, que de acordo com a definição de Renato Brasileiro Lima ao falar sobre a legislação criminal especial:

[...] consiste na captação da comunicação telefônica alheia por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos comunicadores. Essa é a interceptação em sentido escrito (ou seja: um terceiro intervém na comunicação alheia, sem o conhecimento dos comunicadores) (LIMA, 2016, p.141)

Por ser uma medida que alcança um dispositivo constitucional tão importante que é o sigilo das comunicações telefônicas, somente será utilizada quando comprovada sua indispensabilidade, um dos requisitos elencados pela lei acima mencionada, só podendo ser autorizada pelo juiz, sob pena de nulidade das provas obtidas por esse meio, salvo exceções trazidas pela própria CRFB/88, que são os casos de estado de defesa e estado de sítio, em que não necessitará da referida autorização.

Passada a fase comprobatória, da aplicação da penalidade tem-se que o art.311-A do Código penal indica como pena para a modalidade simples de fraude em certame de interesse público reclusão de um a quatro anos e multa, podendo se verificar que o regime inicial de cumprimento da pena será, em regra, aberto ou semiaberto, pois a pena máxima é de quatro anos, de acordo com o art. 33, § 2º do Código penal, bem como na hipótese qualificada do § 2º, no qual a pena é de dois a

seis anos de reclusão no caso de gerar dano à administração pública, por ser a pena inferior a oito anos, em que poderá o réu iniciar o regime de cumprimento da pena no semiaberto.

Ainda da análise da pena, outro benefício é dado ao réu, pois se admite o pagamento de fiança, judicial ou extrajudicial, sendo esta requerida à autoridade policial e possível apenas na modalidade simples da conduta e àquela ao judiciário, em todas as suas formas, tendo por base o Código de processo penal nos seguintes artigos:

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas (BRASIL, 1941).

Quanto ao potencial ofensivo do delito, conforme se verifica do estudo da lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais nº 9.099/95, as fraudes em certames de interesse público não podem ser consideradas crime de menor potencial ofensivo, pois não se enquadram na definição do art.61 da lei 9.099/95, que dispõe:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial (BRASIL, 1995).

Tendo em vista a pena aplicada ao art.311-A e por ser uma prática de grande reprovação social, pode-se classificar como crime de médio potencial ofensivo, porém sua forma de punição não é considerada suficiente, ainda mais por não constatar resultados eficazes para o fim das práticas ilegais nos certames.

Ainda, em relação à prisão em flagrante, ao receber o auto de prisão, o juiz possui três opções elencadas no art. 310 do Código de Processo Penal, que são: relaxar a prisão, convertê-la em preventiva ou conceder a liberdade provisória. Nessa última alternativa dada ao magistrado, ele poderá adotar medidas acautelatórias diversas da prisão, podendo ser qualquer uma das trazidas no art. 319 do CPP, como o comparecimento periódico em juízo, a proibição de acesso a determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca, entre outras, sendo que essas medidas jamais cumprirão o efeito repressivo da norma.

Assim, fica evidente uma batalha entre os investigadores que esforçam empenhos para descobrir os fraudadores e as brechas da lei que facilmente devolvem esses indivíduos para a sociedade sem uma forma de controle para que não voltem a praticar as condutas fraudulentas que já praticavam.

A título de exemplo, no estado da Paraíba, desde 2017, foi instaurada a “Operação Gabarito”, que investiga uma associação criminosa suspeita de realizar fraudes em pelo menos 15 (quinze) estados do Brasil, movimentando um capital de milhões, com mais de dez anos de atuação, conforme noticiado pelo jornal O GLOBO (online, 2017).

É possível listar ainda inúmeras outras operações exclusivamente voltadas para amenizar as fraudes em certames de interesse público, como a operação Afronta I e II da Polícia Federal, que de acordo com matéria publicada no jornal Globo em setembro de 2017, teve início com objetivo de desarticular organização criminosa suspeita de fraudar concursos pelo país inteiro. Com o sucesso da fase I da operação de 2016, com várias pessoas presas, objetos apreendidos, provas colhidas e fraude apurada no concurso do TRF da 3ª região para cargos de nível médio e também superior, em 2017 foi deflagrada a fase II, em várias cidades, com mandados de busca e apreensão, descobrindo dessa vez pontos eletrônicos e fraudes em outros certames (O GLOBO, 2017).

Ainda exemplificando, a operação Adinamia, executada nos estados do Ceará, Paraíba e Piauí, com o escopo de combater um esquema de fraudes em certames públicos e processos seletivos para ingresso em ensino superior, mais precisamente o ENEM. Operação que movimenta cerca de noventa policiais que já realizaram buscas e apreensões, bem como prisões preventivas nas cidades de Cajazeiras – PB, São José de Piranhas – PB, Lavras da Mangabeira – CE, Juazeiro – CE, Fortaleza – CE, entre outras localidades (CONCURSOS, 2017).

Contudo, a eficácia dessas ações ainda é mínima no que diz respeito à punição dos agentes, pois além da morosidade do judiciário, a dificuldade de provas da realização dos atos facilita ainda mais os desvios da punição, como exemplificado em decisões a seguir. Ainda, a pena aplicada na maioria das vezes acaba sendo mínima em regime inicial de cumprimento da pena aberto, de maneira que o infrator logo pode estar de volta à prática do crime, estando ausente o caráter preventivo da norma.

## 6 INTITUTOS E DECISÕES APLICADAS AOS CASOS DE FRAUDES EM CERTAMES PÚBLICOS

Apesar dos obstáculos e dificuldades encontrados na punição para os fraudadores de certames públicos, existem institutos que podem ser aplicados ou não para garantir o objetivo final da norma incriminadora, que é proteger os entes da administração pública de agentes despreparados que tornam o serviço público deficiente, como por exemplo, é a inaplicabilidade da teoria do fato consumado a fraudadores que tomam posse em cargos públicos.

De início, faz-se necessária a definição dessa teoria que, de acordo com Zancaner, citada por Carvalho Filho, será aplicada:

Com base em tais atos certas situações terão sido instauradas e na dinâmica da realidade podem converter-se em situações merecedoras de proteção, seja porque encontrarão em seu apoio alguma regra específica, seja porque estarão abrigadas por algum princípio de Direito (ZANCANER *apud* CARVALHO FILHO, 2018, p.219).

Em definição do STJ, em Recurso Especial nº 709.934/RJ, trata-se da não desconstituição de situações consolidadas com o passar do tempo, tendo por base o princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais, ou seja, ainda que uma decisão judicial tenha firmado um entendimento e com o passar o tempo viu que a decisão não foi correta, mesmo assim não poderá desconstituir a situação oriunda de entendimento anterior, vide ementa abaixo:

ADMINISTRATIVO – DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS – MATÉRIA AFETA AO STF – MILITAR – TRANSFERÊNCIA EX OFFICIO – ENSINO SUPERIOR – MATRÍCULA DEPENDENTE – CONGENERIDADE – DECURSO DE 6 ANOS DA CONCESSÃO DA SEGURANÇA – APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO.

[...]

4. Impõe-se, no caso, a aplicação da teoria do Fato Consumado, segundo a qual as situações jurídicas consolidadas pelo decurso do tempo, amparadas por decisão judicial, não devem ser desconstituídas, em razão do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais. Recurso especial conhecido em parte e improvido (BRASIL, 2007).

Apesar da pouca eficácia do tipo penal em análise na atualidade, é importante salientar que por uma interpretação analógica do entendimento dos tribunais

superiores que entendem não se aplicar a teoria do fato consumado a candidatos que assumiram o cargo mediante decisão judicial provisória posteriormente revisada com entendimento diverso, é possível também entender que se um candidato que fraudava um certame e mesmo sendo investigado por tal conduta assume o cargo, se após o processo judicial for concluído pela ilegalidade da investidura, esse indivíduo não poderá alegar a teoria do fato consumado. Senão vejamos o entendimento do STF:

A posse ou o exercício em cargo público por força de decisão judicial de caráter provisório não implica a manutenção, em definitivo, do candidato que não atende a exigência de prévia aprovação em concurso público (CF, art. 37, II), valor constitucional que prepondera sobre o interesse individual do candidato, que não pode invocar, na hipótese, o princípio da proteção da confiança legítima, pois conhece a precariedade da medida judicial. Em suma, não se aplica a teoria do fato consumado para candidatos que assumiram o cargo público por força de decisão judicial provisória posteriormente revista (BRASIL, 2014).

Ainda, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, através da segunda câmara cível, em ação de Mandado de Segurança que teve como relatora a Des. Claudia Telles de Menezes, considerou nulo o ato de investidura de candidato após constatação de fraude apurada em inquérito administrativo, tendo por fundamento a súmula 473 do STF, que diz que a administração tem o poder de anular seus próprios atos quando possuírem vícios que os tornem ilegais. Segue o entendimento:

Mandado de segurança. Ato administrativo que declara a nulidade do ato de investidura do impetrante em cargo público. Concurso Público para preenchimento de cargos do Quadro Permanente dos Serviços Auxiliares do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro realizado em 2007. Fraude apurada por meio de Comissão Permanente de Inquérito Administrativo. Instauração de processo administrativo disciplinar com garantia a ampla defesa e ao contraditório. Anulação do ato de investidura com fundamento na ausência do pressuposto constitucional de validade. Art. 37, II e § 2º da Constituição da República. Prescrição e decadência afastadas. Impossibilidade de convalidação do ato nulo pelo decurso do tempo. Precedentes. Possibilidade da Administração Pública anular seus próprios atos. Súmula 473, STF. Ausência de elementos capazes de afastar a legalidade do ato administrativo. Direito líquido e certo não demonstrado. Denegação da ordem (BRASIL, 2014).

Ainda, a lei nº 12.550/2011 acrescenta ao art. 47 do Código penal, que trata sobre a interdição temporária de direitos o inciso V, descrevendo como forma de interdição a proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame público,

buscando proteger a administração pública e instituições que adotam essas formas de seleções dos fraudadores.

Jesus (2014) classifica ainda a proibição de inscrever-se em concurso público em pena restritiva de direito genérica, pois o legislador não vinculou sua imposição à prática de qualquer delito. Apesar dessa classificação, a pena deve guardar sintonia com o crime praticado, como é o caso da condenação do agente por fraude em certame de interesse público.

Assim, é possível perceber que mesmo que o candidato investigado por fraude obtenha todos os requisitos para investidura no cargo no ato da posse, ao ser julgado em definitivo fraudador do certame que originou sua nomeação no atual cargo, poderá ser exonerado, pelo fundamento de investidura ilegal no cargo, sem alegação da teoria do fato consumado.

Diante do exposto, é evidente a importância da temática em estudo e também as várias discussões que acarreta a análise da extensão dos efeitos da lei na realidade, nos casos práticos do cotidiano dos brasileiros, movimentando judiciário, polícia, populares, a mídia e, conseqüentemente, a economia.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme demonstrado, as fraudes em certames públicos são desenvolvidas de diversas formas na atualidade, o que foi apresentado até aqui correlacionando com as soluções ou tentativas trazidas pela norma, bem como as divergências doutrinárias quanto aos desdobramentos da prática criminosa no cotidiano.

Na busca de saber até que ponto a norma alcança sua finalidade em relação aos efeitos do tipo penal foram elencados casos práticos e decisões jurisprudenciais das quais é possível concluir que existe uma dificuldade na realização do texto legal em virtude das interpretações feitas pelo aplicador, como no que tange ao momento da consumação do delito, mas que os tribunais e a doutrina têm entendido que no momento em que o candidato de certame toma conhecimento de uma questão, qualquer que seja estará consumado o crime, desde que o agente tenha se utilizado ou divulgado de conteúdo sigiloso.

Perpassada a aplicação normativa, têm-se ainda as dificuldades probatórias enfrentadas pela polícia, pois nesse tipo de conduta, que por vezes envolvem equipes,



torna-se difícil a obtenção de provas concretas dos fatos para que se dê início à fase judicial, o que requer um lapso temporal extenso até que se tenha indícios suficientes da autoria do crime.

Na fase judicial, por sua vez, é possível ter uma percepção mais apurada dos reais efeitos, uma vez que são utilizados todos os mecanismos de acusação e defesa no processo que, chegado ao final, se houver a condenação, haverá a aplicação da pena, etapa essa em que mais são encontradas formas legais que podem enfraquecer o real objetivo da norma, uma vez que ao final, com tantas reduções de pena e benefícios, acaba o sujeito ativo retornando a delinquir com facilidade, estando por vezes ausente o caráter repressivo da norma.

Para a sociedade, nesse contexto inseridos os concurseiros atingidos pelas fraudes, a lei corre o risco de não ser vista com bons olhos no que tange à punibilidade, pois os resultados são mínimos e as fraudes, por vezes, não são coibidas como deveriam, como é possível perceber dentro da análise de cada caso concreto.

Por outro lado, conforme demonstrou-se ao longo deste trabalho, são grandes os empenhos das operações policiais a fim de coibir essas práticas fraudulentas, usando-se de mecanismos garantidos por lei, como a ação controlada e interceptações telefônicas e, ainda, tendo em vista a dificuldade na produção de provas, a modalidade de flagrante retardado ou diferido, para melhor apuração dos fatos.

Essas operações resultam em frequentes notícias sobre o assunto nos meios de comunicação, o que pode servir também como forma de afastar o desejo de futuros fraudadores de cometer esse crime, bem como fazer com que aqueles que já se utilizam desses meios desistam e parem de delinquir ao ver a gravidade e o perigo que estariam correndo.

Como ponto positivo, existem punições trazidas pela legislação, como a pena restritiva de direitos de não poder se inscrever em concursos públicos enquanto durarem os efeitos da pena para aquele que comprovadamente fraudou certame de interesse público, bem como a inaplicabilidade da teoria do fato consumado nos casos em que o candidato já posto em cargo é condenado como fraudador do certame que originou a investidura do cargo que ocupa pois poderá ser exonerado do cargo sem a possibilidade de arguir que o fato está consumado.

Para a administração pública por sua vez, tornam-se quase irreversíveis os prejuízos causados pelas fraudes, além de investir pessoas desqualificadas em cargos públicos, pagar a essas pessoas e dificilmente vê-las exoneradas, tendo em vista o ônus da prova que lhe cabe.

Assim, conclui-se que o presente estudo preocupou-se em proporcionar um melhor entendimento sobre o crime de fraudes em certames públicos, tendo por base as normas, princípios, julgados e seus reais efeitos na administração pública, esclarecendo os confrontos do texto legal com a concretude da norma, de acordo com casos práticos em que se evidenciam as dificuldades de punição, mas também demonstrar os resultados positivos sobre a temática, como punições, repercussões e resultados que satisfizeram o escopo do legislador.

## REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **O crime de fraudes em certames públicos** – por Ricardo Antônio Andreucci. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/o-crime-defraude-em-certames-de-interesse-publico-por-ricardo-antonio-andreucci>. Acesso em: 21 nov. 2020.

BARROS, Francisco Dirceu. **Aspectos Criminais e processuais do crime de fraude em certames de interesse público**. Disponível em: <https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/121941059/aspectos-criminais-e-processuais-do-crime-de-fraudes-em-certames-de-interesse-publico>. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade Mecum. São Paulo: Revista dos tribunais, 2018.

BRASIL. [Constituição de (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF: Senado, 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.550, de 15 de dezembro de 2011**. Legislação aplicada à EBSEH. Brasília/DF, dez 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12550.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12550.htm). Acesso em: 14 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Lei do crime organizado. Brasília/DF, ago 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm). Acesso em: 08 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.** Lei de Improbidade administrativa. Brasília/DF, jun 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 03 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 81.735 – PA.** Conteúdo sigiloso. Elemento normativo do tipo. Cola eletrônica transmitida por expert. Tipicidade. Trancamento da ação penal. Presença. Crime formal. Relator: Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. Acórdão em 09 de agosto de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/487886686/recurso-em-habeas-corpus-rhc-81735-pa-2017-0049658-0?ref=serp>. Acesso em: 23 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 608482/RN.** Não se aplica a teoria do fato consumado para candidatos que assumiram o cargo público por força de decisão judicial provisória posteriormente revista. Relator: Ministro Teori Zavascki, 07 de agosto de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088200>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRILHANTE, Bruno. **Repercussões jurídicas para os candidatos aprovados em concursos públicos investigados pela “Operação gabarito”.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58105/repercussoes-juridicas-para-os-candidatos-aprovados-emconcursos-publicos-investigados-pela-operacao-gabarito>. Acesso em: 23 nov. 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários ao novo art. 311-A do CP – Fraudes em certames de interesse públicos.** Portal Dizer o Direito. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2011/12/comentarios-aonovo-art-311-do-cp.html>. Acesso em: 21 fev. 2022.

CONCURSOS públicos. PF combate fraudes ao ENEM e concursos Públicos. **Revista ISTO É online**, 08 nov. 2017. Disponível em: <https://istoe.com.br/pf-combate-fraudes-ao-enem-e-concursos-publicos/>. Acesso em: 15 jan. 2022.

DELEGADO da “operação gabarito” detalha fraudes. **Jornal Globo.** São Paulo, 07 de novembro de 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/delegado-da-operacao-gabarito-detalha-fraudes-de-grupo-que-lucrou-r-29-milhoes-em-concursos.ghtml>.

FRAUDE. PM decide anular concurso. **Jornal Globo.** Tocantins, 16 de abril de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2019/04/16/pm-decide-anular-concurso-para-oficiais-e-soldados-sob-suspeita-de-fraude.ghtml>. Acesso em 31 jan. 2022.

GABARITO do ENEM chegava a custar R\$ 180 mil, diz Polícia Federal. **Jornal Globo.** Grande Minas. 06 de novembro de 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/mg/grande-minas/noticia/2016/11/gabarito-do-enem-chegava-custar-r-180-mil-diz-policia-federal.html>. Acesso em: 05 dez. 2022.

GOLPE transforma concursos públicos em cabides de empregos. **Jornal Globo. Programa Fantástico**. 17 de junho de 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2012/06/golpe-transforma-concursos-publicos-em-cabides-de-emprego.html>. Acesso em 15 fev. 2022.

GOVERNO do Pará cancela prova do Detran. **Jornal Globo**. Belém. 11 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2019/02/11/governo-do-para-cancela-prova-do-concurso-do-detran.ghtml>. Acesso em: 30 nov. 2021.

JESUS, Damásio de. **Código Penal Anotado**. 22.ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42.ed. São Paulo: Melheiros, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODVM, 2016.

MASSON, Cleber. **Código Penal comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 10. Ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado** – 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 00159185420148190000/RJ**. Possibilidade da Administração Pública anular seus próprios atos. Relatora: Claudia Telles De Menezes. Decisão em 22 de novembro de 2014. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/375013787/mandado-de-seguranca-ms-159185420148190000-rio-de-janeiro-tribunal-de-justica?ref=serp>. Acesso em: 23 nov de 2021.