ROGÉRIO SANCHES CUNHA

MANUAL DE DIREITO PENAL

VOLUME ÚNICO

PARTE ESPECIAL

(arts. 121 ao 361)

17ª edição
revista
atualizada
ampliada

2024

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

consequência para quem adquirisse veículo consciente da adulteração do sinal identificador. Para alguns, havia crime de receptação (art. 180 do CP); para outros, o fato era atípico. Com a Lei 14.562/23, a discussão está superada.[150]

Note-se que o inciso III menciona a ciência a respeito da adulteração e da remarcação, mas não da supressão de sinal identificador. A depender das circunstâncias, essa omissão legal pode tornar o fato atípico. Conduzir um veículo cujas placas tenham sido suprimidas para evitar a identificação em um radar, por exemplo, não pode ser considerado crime, a não ser que o próprio condutor tenha praticado a supressão, caso em que sua conduta se subsume ao *caput*.

No que concerne ao elemento subjetivo, temos aqui um exemplo de falta de acuidade do legislador. Com efeito, a voluntariedade do tipo se estrutura na prática de uma das condutas sobre veículo cujo elemento identificador o agente "devesse saber estar adulterado ou remarcado". Trata-se da mesma estrutura utilizada na receptação qualificada do art. 180, § 1º (e na receptação de animal do art. 180-A), que, todos sabem, é objeto de infindável debate doutrinário: "deve saber" indica que o crime admite apenas o dolo eventual, ou também o dolo direto? Prevalece a orientação de que "sabe" está contido em "deve saber", pois, se o legislador pretende punir mais severamente o agente que deveria ter conhecimento da origem criminosa do bem, é óbvia sua intenção de punir também aquele que tem conhecimento direto.

De acordo com o § 3º, qualifica-se o crime se as condutas dos incisos II e III do § 2º são cometidas no exercício de atividade comercial ou industrial. E, como dispõe o § 4º, equipara-se a atividade comercial, para esse efeito, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive aquele exercido em residência.

Tanto o § 3º quanto o § 4º são inspirados no tipo penal da receptação, qualificada quando alguém comete o crime no exercício de atividade comercial ou industrial, ainda que o faça em comércio irregular ou clandestino, inclusive exercido em residência (art. 180, §§ 1º e 2º).

A forma qualificada é um crime próprio, que somente pode ser praticado por quem exerce, habitualmente, atividade comercial ou industrial (razão do rigorismo da pena).

6.7. Ação penal

A ação penal será pública incondicionada.

150. Se o agente recepta o veículo e, em seguida, promove a adulteração, será responsabilizado pelos crimes dos artigos 311, *caput* e 180 do CP em concurso material. Segundo o STJ, não é possível a incidência da continuidade delitiva, pois os delitos são de espécies diversas (AgRg no AREsp 655.373/ES, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 15/12/2016).

CAPÍTULO V – DAS FRAUDES EM CERTAMES DE INTERESSE PÚBLICO

1. 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:

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.

1.1. Considerações iniciais

Apesar de rotulada pelo legislador como infração penal contra a fé pública, entendemos que a conduta criada pela Lei 12.550/11 tutela a credibilidade (lisura, transparência, legalidade, moralidade, isonomia e segurança) dos certames de interesse público.

Salvo quando da conduta resultar dano à administração pública ou quando cometido o crime por funcionário público (prevalecendo-se da sua função), é cabível o benefício da suspensão condicional do processo (Lei 9.099/95). Permite-se, em qualquer caso, o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP).

1.2. Sujeitos do crime

O crime é comum, razão pela qual qualquer pessoa que participa do certame, seja como candidato, seja como integrante, direto ou indireto, da estrutura organizadora, pode praticá-lo.

Sendo funcionário público, a pena é aumentada de um terço (§ 3º). Nesse caso, porém, apesar do silêncio da lei, não basta ser servidor público, mas deve o agente valer-se da sua condição profissional, o que não significa dizer que o conteúdo sigiloso do certame deva estar entre as suas atribuições[151].

151. Aplicando-se o princípio da especialidade, a violação de sigilo funcional envolvendo certames de interesse público não caracteriza o crime do art. 325, mas sim o do art. 311-A do CP.

Alerta Bitencourt:

> "Não pratica o crime, contudo, quem, não sendo integrante na estrutura responsável pela organização do certame e tampouco concorrente ou participante deste, recebe informação ou, de qualquer forma, vem a ter conhecimento do conteúdo sigiloso em razão da divulgação feita pelo agente, ainda que saiba de sua origem ilícita, a menos que tenha concorrido de algum modo para a prática do crime (art. 29 do CP). Igualmente não comete o crime que o propala por ouvir dizer, e sem que tenha contribuído de alguma forma para o seu vazamento"[152].

Sujeito passivo é o Estado e, secundariamente, eventuais lesados pela ação delituosa do agente (abrangendo a entidade organizadora e candidatos).

1.3. Conduta

É punida a conduta de quem *utiliza* (emprega, aplica) ou *divulga* (efeito de tornar público, propagar), *indevidamente* (sem justo motivo), com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso (abrangendo não apenas as perguntas e respostas, mas também outros dados secretos que, se utilizados indevidamente, geram desigualdade na disputa) de:

I) concurso público (instrumento de acesso a cargos e empregos públicos);

II) avaliação ou exame públicos (qualquer espécie de avaliação do conhecimento promovida pela Administração Pública ou entidade conveniada, abrangendo, por exemplo, o exame escrito no processo de habilitação de motorista);

III) processo seletivo para ingresso no ensino superior (englobando vestibulares e demais formas de avaliação seletiva para ingresso no ensino superior, como, por exemplo, a prova do ENEM);

IV) exame ou processo seletivo previstos em lei (compreendendo, por exemplo, o exame da OAB, previsto na Lei 8.906/94).

Conforme salienta Rogério Greco:

> "Por meio de uma análise comparativa entre os quatro incisos do art. 311-A do Código Penal, fica evidente a preocupação do legislador em não deixar fora daquele elenco qualquer tipo de certame. Assim, valeu-se de termos e expressões que, na verdade, se confundem, criando uma zona cinzenta entre eles. Por exemplo, um concurso público (inciso I) não deixa de ser uma avaliação pública ou exame público (inciso II) nem um exame ou processo seletivo previsto em lei (inciso III). Haverá situações nas quais a distinção será mais simples, como na hipótese de um concurso

152. Ob. cit., vol. 4, p. 692.

> público, já que é mencionado expressamente pelo inciso I do art. 311-A do Código Penal. Da mesma forma, quando houver fraude no processo seletivo para ingresso no ensino superior a exemplo do que ocorre quando alguém divulga, indevidamente, gabarito oficial para ingresso em alguma universidade, o fato se amoldará ao inciso III do referido artigo (...). As seleções públicas simplificadas para cargos públicos (temporários, por exemplo) poderiam ser questionadas como não sendo propriamente 'cargo público', mas o inciso II evita essa discussão. Qualquer tipo de seleção para cargo ou função pública, efetiva ou temporária, estará abrangida pelo aludido inciso II"[153].

Alertamos, no entanto, que não estão abrangidas pelo tipo as avaliações ordinárias de desempenho dos alunos (discentes) e demais provas periódicas em instituições de ensino, ainda que públicas.

Antes da Lei 12.550/11, a "cola eletrônica" (utilização de aparelho transmissor e receptor em prova), uma das formas mais corriqueiras de fraudar os certames de interesse público, foi julgada atípica pelos Tribunais Superiores. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Inquérito nº 1.145, decidiu que a referida fraude 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).

No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça:

> "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'"[154].
>
> "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"[155].

Atualmente, se o modo de execução envolve terceiro que, tendo acesso privilegiado ao gabarito da prova, revela ao candidato de um concurso público as respostas aos quesitos, este indivíduo pratica, junto com o candidato beneficiário, o crime do *caput* art. 311-A (aquele, por divulgar, e este, por utilizar o conteúdo secreto em benefício próprio). Já nos casos em que o candidato, utilizando equipamento eletrônico (câmera e ponto auditivo),

153. Ob. cit., v.4, p. 378.

154. ROHC nº 7376/SC, Sexta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, transcrição parcial da ementa.

155. ROHC nº 4593/PR, Quinta Turma, Relator Ministro Jesus Costa Lima, transcrição parcial da ementa.

exibe a prova a terceiro expert para em seguida receber as respostas corretas, a nosso ver a conduta se insere na forma equiparada do § 1º, que pune quem permite ou facilita, por qualquer meio, o acesso de pessoas não autorizadas ao conteúdo sigiloso. Há o crime porque as questões, naquele momento, são reservadas aos candidatos, que, portanto, não as podem revelar a terceiros. Nesse contexto, o sigilo da prova é essencial: uma vez violado, a lisura do processo seletivo claramente deixa de existir.

Destacamos, finalmente, a inexistência do crime na situação em que, passada a avaliação que caracteriza o certame, haja a divulgação do resultado a determinadas pessoas antes da formal publicação. Ainda que a divulgação seja indevida, não há o crime porque, encerrada a fase de avaliação dos candidatos, não existe possibilidade de alguém beneficiar a si ou a outrem, ou mesmo de comprometer a credibilidade do certame.

1.4. Voluntariedade

É o dolo, consistente na vontade de praticar uma das condutas previstas no tipo, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame.

Na hipótese do § 1º, basta o dolo, dispensando fim especial do agente.

A modalidade culposa é atípica.

1.5. Consumação e tentativa

Consuma-se com a simples prática dos núcleos (divulgar, utilizar, permitir ou facilitar o acesso ao conteúdo sigiloso) dispensando a obtenção da vantagem particular buscada pelo agente ou mesmo eventual dano à credibilidade do certame (crime formal ou de consumação antecipada).

Aliás, se da ação ou omissão resulta dano (material ou não) à administração pública, o crime será qualificado, com pena de 2 a 6 anos de reclusão, e multa.

A tentativa é admissível.

1.6. Ação penal

A ação penal será pública incondicionada.

Título XI
DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

CAPÍTULO I – DOS CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

1. INTRODUÇÃO

O Capítulo I do Título XI do Código Penal trata dos *crimes funcionais*, praticados por determinado grupo de pessoas – *funcionários públicos* – no exercício de sua função, associado ou não com pessoa alheia aos quadros administrativos, impregnando o correto funcionamento dos órgãos do Estado. A propósito, a Administração Pública em geral – direta, indireta e empresas privadas prestadoras de serviços públicos, contratadas ou conveniadas – será vítima primária e constante, podendo, secundariamente, figurar no polo passivo eventual administrado prejudicado.

Crimes dessa natureza afetam, sempre, a probidade administrativa, promovendo o desvirtuamento da Administração Pública nas suas várias camadas, ferindo, dentre outros, os princípios norteadores da *legalidade*, *impessoalidade*, *moralidade* e *eficiência*. O agente, representando o Estado, contraria uma norma, buscando com sua conduta, muitas vezes, fim obscuro e imoral, demonstrando nefasta ineficiência do seu serviço. Cuida-se de forma qualificada de desvio de poder, realizando o servidor desejo pessoal ou de terceiro – *interesse particular* –, gerando dano ou perigo de dano para a ordem administrativa. Como ensina Magalhães Noronha,

> "Perfunctório exame do Título XI do Código mostra que é no sentido lato que ele se refere à administração pública. Seguiu, neste particular, os Códigos Italiano e Argentino. A "Relazione Ministeriale" declarava precisamente: "O conceito de administração pública, no que diz respeito aos delitos, compreendidos neste título, é tomado no sentido mais amplo, compreensivo da atividade total do Estado e dos outros entes públicos. Portanto, com as normas que refletem os crimes contra a administração pública, é tutelada não só a atividade administrativa em sentido restrito, técnico, mas, sob certo aspecto, também a legislativa e a judiciária. Na verdade, a lei penal, neste título, prevê e persegue fatos que impedem ou perturbam o desenvolvimento regular da atividade do Estado e dos outros entes públicos".
>
> (...)

> Claro que o Código não prevê todas as ofensas aos interesses da administração pública. Ao lado do ilícito penal, há o ilícito administrativo: há faltas puramente administrativas que não possuem o vulto necessário para constituir delitos e que constituem, antes, objeto do Direito Penal disciplinar, o que não significa, entretanto, que a ilicitude não seja uma só. A diferença não é ontológica, mas apenas de grau ou quantidade, o mesmo devendo dizer-se da sanção. Toda vez que a ordem jurídica se contenta com sanção diversa da penal, não há razão para não ser aplicada, consoante princípio de economia do Direito. O problema é antes valorativo. Assim como a falta disciplinar é um *minus* em relação ao crime, a pena criminal não pode deixar de, correlatamente, ser um *plus* em relação à sanção disciplinar.
>
> Em suma: diferença é *quantitativa*. Cabe ao legislador a valorização do bem atingido, determinando qual a espécie de sanção: se penal ou administrativa"[1].

Doutrina Manzini que o objeto genérico da tutela penal dos crimes contra a administração em geral:

> "É o interesse público concernente ao normal funcionamento e ao prestígio da Administração Pública em sentido lato, naquilo que diz respeito à probidade, ao desinteresse, à capacidade, à competência, à disciplina, à fidelidade, à segurança, à liberdade, ao decoro funcional e ao respeito devido à vontade do Estado em relação a determinados atos ou relações da própria administração."[2].

O agente, representante de um poder estatal, tem por função principal cumprir regularmente seus deveres, confiados pelo povo. A traição funcional faz com que todos tenhamos interesse na sua punição, até porque, de certa forma, somos afetados por elas. Dentro desse espírito, mesmo quando praticado no estrangeiro, logo, fora do alcance da soberania nacional, o delito funcional será alcançado, obrigatoriamente, pela lei penal pátria (art. 7º, I, *c*, do CP).

Não bastasse, a Lei 10.763, de 12 de novembro de 2003, acrescentando mais um parágrafo ao art. 33 do Código Penal (§ 4º), condicionou a progressão de regime prisional nos crimes contra a Administração Pública à prévia reparação do dano causado, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

Em que pese a edição desta regra, sentimos no cenário jurídico nacional "o sopro forte da sua inconstitucionalidade". Perceberam alguns estudiosos que, ao contrário de outros dispositivos legais também relacionados com o ressarcimento do prejuízo (cf. arts. 78, § 2º; 81, II; 83, IV; 94, III, todos do Código Penal, e 89, § 1º, I, da Lei 9.099/95 etc.), aqui não foi ressalvada a hipótese da impossibilidade do retorno ao *status quo ante*.

1. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. *Dos crimes contra a administração pública em nosso Código*. RT. vol. 6. p. 255/260. Out/2010.
2. Apud Pagliaro, Antonio; Costa Jr., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*, p. 21.

11.3. Conduta

O tipo penal é dividido em duas partes.

Na primeira parte são punidas as condutas de obstar (inibir, atrapalhar, embaraçar), impedir (impossibilitar, frustrar, interditar) ou dificultar (complicar, estorvar) a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais.

O tipo é misto alternativo e, de certa forma, composto por condutas redundantes, pois obstar e impedir significam, na prática, o mesmo. Bastaria que fossem tipificados os atos de impedir ou dificultar de qualquer modo a inscrição de interessado nos registros cadastrais.

A segunda parte do tipo pune o ato de promover (propiciar, possibilitar, viabilizar) a alteração, a suspensão ou o cancelamento de registro do inscrito. Esta ação é realizada depois de efetivado o registro cadastral do interessado.

Em ambas as figuras há elementos normativos. A primeira parte do *caput* impõe que qualquer das condutas seja cometida injustamente, ao passo que a segunda pressupõe que a ação seja indevida. Dessa forma, se o servidor público impede ou cancela a inscrição de um licitante declarado inidôneo, por exemplo, não há o crime. O art. 88 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos é, aliás, expresso no sentido de que, para a inscrição, o interessado deve apresentar os dados necessários à satisfação das exigências da própria lei. E o § 5º do art. 88 dispõe que o registro poderá ser alterado, suspenso ou cancelado a qualquer tempo se o inscrito deixar de satisfazer exigências determinadas pela lei ou por regulamento.

Os registros cadastrais são mantidos para facilitar a análise dos requisitos para a habilitação em órgãos que realizam frequentes licitações. Mas, tendo em vista que o *status* dos pretendentes a contratar com a Administração Pública pode mudar a qualquer momento pela perda de qualificação técnica ou econômico-financeira, por atos de irregularidade fiscal ou por declarações de inidoneidade, o cadastro é válido por no máximo um ano, após o qual o interessado deve apresentar novamente as provas de sua capacidade para licitar.

É tamanha a importância conferida pelo legislador à manutenção e à amplitude do cadastro que o art. 87, § 1º, da nova Lei determina sua ampla divulgação e sua permanente abertura aos interessados, obrigando-se o órgão público responsável a proceder, no mínimo anualmente, a chamamento público pela internet para a atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados.

Dito isso, indaga-se: comete o crime o servidor público que deixa de cumprir essa determinação de publicidade no intuito de dificultar o cadastro de possíveis novos interessados? Punir criminalmente essa conduta nos parece demasiadamente exagerado e uma ampliação indevida do tipo penal, restrito a atos concretos dispostos a impedir ou a dificultar o registro de pessoas determinadas que tenham manifestado interesse em futuramente contratar com a Administração Pública. Neste caso, eventuais punições administrativas (inclusive no campo da improbidade) são suficientes para reprimir a conduta do servidor que atua sem obedecer aos princípios que regem sua função.

11.4. Voluntariedade

O elemento subjetivo é o dolo, consistente na vontade consciente de praticar uma das condutas típicas.

Não há finalidade específica, nem se pune a modalidade culposa.

11.5. Consumação e tentativa

Na primeira parte do *caput*, o crime se consuma no momento em que o agente impede ou obsta (*v.g.*, descarta documentos entregues pelo interessado) ou dificulta (*v.g.*, tenta dissuadir, inventa procedimentos inexistentes) a inscrição do interessado no registro cadastral.

Na segunda parte, a consumação se dá com a alteração, a suspensão ou o cancelamento do registro do inscrito.

A nosso ver, a forma como a primeira parte do tipo é composta impede a tentativa daquelas condutas. Embora as ações de impedir e obstar sejam compatíveis com o fracionamento, a ação de dificultar faz com que o crime se consume por meio de qualquer ato tendente a impedir que o interessado complete sua inscrição. Em outras palavras, um ato executório de impedir a inscrição já constitui a criação de uma dificuldade.

No que concerne às condutas da segunda parte, a tentativa é possível.

11.6. Ação penal

A ação penal é pública incondicionada.

12. OMISSÃO GRAVE DE DADO OU DE INFORMAÇÃO POR PROJETISTA

▶ ***Omissão grave de dado ou de informação por projetista***

Art. 337-O. Omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse:

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

§ 1º Consideram-se condição de contorno as informações e os levantamentos suficientes e necessários para a definição da solução de projeto e dos respectivos preços pelo licitante, incluídos sondagens, topografia, estudos de demanda, condições ambientais e demais elementos ambientais impactantes, considerados requisitos mínimos ou obrigatórios em normas técnicas que orientam a elaboração de projetos.

§ 2º Se o crime é praticado com o fim de obter benefício, direto ou indireto, próprio ou de outrem, aplica-se em dobro a pena prevista no *caput* deste artigo.

12.1. Considerações iniciais

O tipo penal tutela a integridade do processo licitatório, com ênfase no planejamento e na seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública, um dos objetivos mais relevantes do certame.

O art. 337-O não tem tipo correspondente na Lei 8.666/93.

A pena cominada ao delito, ainda que aplicada a majorante do § 2º, admite a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95) e o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP).

12.2. Sujeitos do crime

Figura como sujeito ativo o potencial licitante, sendo perfeitamente o concurso de pessoas nas duas modalidades (coautoria e participação).

Sujeito passivo é o Estado.

12.3. Conduta

O tipo em estudo, mesmo construindo uma redação deveras confusa, busca punir as condutas de omitir (esconder, ocultar) ou modificar (alterar, transformar) levantamento cadastral ou condição de contorno, ou entregar (oferecer, confiar) à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, no decorrer de contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse, frustrando o caráter competitivo da licitação ou prejudicando a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Trata-se de norma penal em branco, que necessita de complementação relativa a conceitos do processo licitatório.

As condutas típicas recaem no levantamento cadastral e na condição de contorno.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos se refere a "levantamento topográfico e cadastral" como elemento do anteprojeto e do projeto básico de obras ou serviços (art. 6º, incisos XXIV, *h* e XXV, *a*), mas não apresenta nenhum conceito. Trata-se de um procedimento de topografia, efetuado por meio de medições, que consiste em mapear uma área urbana ou rural com a finalidade de apurar suas exatas dimensões, seus limites e suas características físicas (desníveis, vegetação, construções já existentes etc.).

A condição de contorno é definida no próprio tipo penal, que, no § 1º, dispõe: "Consideram-se condição de contorno as informações e os levantamentos suficientes e necessários para a definição da solução de projeto e dos respectivos preços pelo licitante, incluídos sondagens, topografia, estudos de demanda, condições ambientais e demais elementos ambientais impactantes, considerados requisitos mínimos ou obrigatórios em normas técnicas que orientam a elaboração de projetos". São, portanto, informações reunidas para orientar a elaboração do projeto.

O levantamento cadastral e a condição de contorno compreendem informações imprescindíveis para a concepção de projetos de obras e serviços, e a precisão de seu conteúdo é condição elementar não apenas para que a contratação seja adequada, mas também para que a execução ocorra sem percalços desnecessários, muito comuns na ausência do devido planejamento.

Omite o levantamento cadastral ou a condição de contorno o agente que deve zelar pelo cumprimento das regras e pela composição do acervo documental no processo licitatório. O mesmo agente pode modificar o documento juntado para inserir ou extrair um dado relevante que influencie na elaboração do projeto, por exemplo. Em síntese, o crime tem predicados de falsidade ideológica.

Já entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade é conduta relativa ao responsável pela elaboração de análises e estudos. O que nos parece uma falha do legislador é a referência a "relevante dissonância com a realidade", fórmula exageradamente aberta e conflitante com a tipicidade estrita que deve ser observada na elaboração de um tipo penal. Em um estudo topográfico que, por exemplo, não reflita as reais condições do imóvel, o que se pode considerar em *relevante* dissonância com a realidade? A omissão sobre a existência de uma árvore? A descrição imprecisa de um desnível no terreno? Talvez uma forma de facilitar a interpretação e demarcar com maior precisão a incidência do tipo penal seja relacionar a expressão "relevante dissonância com a realidade" a condutas que efetivamente conturbem o processo licitatório, provocando contratempos como a reelaboração de projetos ou o atraso de obras.

De acordo com o tipo penal, as condutas praticadas sobre o levantamento cadastral e a condição de contorno podem ocorrer na contratação para elaboração de anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse.

Entende-se por anteprojeto a "peça técnica com todos os subsídios necessários à elaboração do projeto básico, que deve conter, no mínimo, os seguintes elementos: a) demonstração e justificativa do programa de necessidades, avaliação de demanda do público-alvo, motivação técnico-econômico-social do empreendimento, visão global dos investimentos e definições relacionadas ao nível de serviço desejado; b) condições de solidez, de segurança e de durabilidade; c) prazo de entrega; d) estética do projeto arquitetônico, traçado geométrico e/ou projeto da área de influência, quando cabível; e) parâmetros de adequação ao interesse público, de economia na utilização, de facilidade na execução, de impacto ambiental e de acessibilidade; f) proposta de concepção da obra ou do serviço de engenharia; g) projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção proposta; h) levantamento topográfico e cadastral; i) pareceres de sondagem; j) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação" (art. 6º, inc. XXIV, da nova Lei).

O projeto básico é definido como o "conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos

estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: a) levantamentos topográficos e cadastrais, sondagens e ensaios geotécnicos, ensaios e análises laboratoriais, estudos socioambientais e demais dados e levantamentos necessários para execução da solução escolhida; b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a evitar, por ocasião da elaboração do projeto executivo e da realização das obras e montagem, a necessidade de reformulações ou variantes quanto à qualidade, ao preço e ao prazo inicialmente definidos; c) identificação dos tipos de serviços a executar e dos materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como das suas especificações, de modo a assegurar os melhores resultados para o empreendimento e a segurança executiva na utilização do objeto, para os fins a que se destina, considerados os riscos e os perigos identificáveis, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; d) informações que possibilitem o estudo e a definição de métodos construtivos, de instalações provisórias e de condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendidos a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso; f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados, obrigatório exclusivamente para os regimes de execução previstos nos incisos I, II, III, IV e VII do caput do art. 46 desta Lei" (art. 6º, inc. XXV, da nova Lei).

O projeto executivo é "conjunto de elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, com o detalhamento das soluções previstas no projeto básico, a identificação de serviços, de materiais e de equipamentos a serem incorporados à obra, bem como suas especificações técnicas, de acordo com as normas técnicas pertinentes" (art. 6º, inc. XXVI).

O diálogo competitivo, segundo o art. 6º, inc. XLII, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos é a "modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos". Esta modalidade de licitação é disciplinada no art. 32 da novel Lei.

E o procedimento de manifestação de interesse é um auxílio para as licitações e as contratações. De acordo com o disposto no art. 81 da recente Lei, a Administração Pública pode solicitar à iniciativa privada "a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento". Para instrução do procedimento, o § 1º determina que se disponha aos interessados estudos, investigações, levantamentos e projetos vinculados à contratação e de utilidade para a licitação. É nesses elementos instrutórios que podem recair as condutas criminosas.

12.4. Voluntariedade

É o dolo, consistente na vontade consciente de praticar uma das condutas típicas.

O tipo não contém elemento subjetivo especial. As expressões "em frustração ao caráter competitivo da licitação" e "em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública" não se referem a finalidades específicas, mas a condições objetivas que podem decorrer das condutas típicas.

Não se pune a modalidade culposa.

12.5. Consumação e tentativa

O crime se consuma com a prática de alguma das ações nucleares típicas.

A conduta de omitir o levantamento cadastral ou a condição de contorno se perfaz no momento em que é formalizada a documentação que compõe o anteprojeto e o projeto básico de obras ou serviços (art. 6º, incisos XXIV, *h* e XXV, *a*, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos). A modificação se consuma no instante em que algum elemento do levantamento cadastral ou da condição de contorno é alterado pelo agente. E o ato de entregar tais documentos em dissonância com a realidade se consuma quando a Administração Pública os recebe formalmente.

A tentativa é inadmissível na omissão, mas pode ocorrer na modificação e na entrega, que são condutas fracionáveis.

12.6. Ação penal

A ação penal é pública incondicionada.

13. PENA DE MULTA

Art. 337-P. A pena de multa cominada aos crimes previstos neste Capítulo seguirá a metodologia de cálculo prevista neste Código e não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta.

O Código Penal adota o sistema de dias-multa, baseado tanto nas circunstâncias do crime quanto na capacidade econômica do sentenciado. Esse sistema é vantajoso porque considera a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias, as consequências do crime e o comportamento da vítima, além de outras circunstâncias que agravem, atenuem, aumentem ou diminuam a pena, em conjunto com a fortuna do condenado.

Inicialmente, o magistrado deve fixar a quantidade de dias-multa, que variam de no mínimo 10 a no máximo 360 (art. 49, CP). Nessa etapa, trabalha-se com o critério trifásico descrito no artigo 68 do Código Penal, aquilatando as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), as agravantes e atenuantes e as causas de aumento e de diminuição de pena.