



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO/FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE ESTUDOS, PESQUISAS E FORMAÇÃO EM POLÍTICAS E
GESTÃO EM SEGURANÇA PÚBLICA**

FRANK MONTEIRO FERRARI

**“SIGA A DESPESA PÚBLICA”: O MACROPROCESSO DE
EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA COMO FIO CONDUTOR DA
INVESTIGAÇÃO DOS CRIMES DE PECULATO-DESVIO NO
CONTEXTO DA CONTRATAÇÃO DE FORNECEDORES.**

Salvador, BA
2021

FRANK MONTEIRO FERRARI

**“SIGA A DESPESA PÚBLICA”: O MACROPROCESSO DE
EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA COMO FIO CONDUTOR DA
INVESTIGAÇÃO DOS CRIMES DE PECULATO-DESVIO NO
CONTEXTO DA CONTRATAÇÃO DE FORNECEDORES.**

Dissertação apresentada ao Mestrado Profissional em
Segurança Pública Justiça e Cidadania da Faculdade de
Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito
parcial para a obtenção do título de Mestre em Segurança
Pública.

Linha de Pesquisa: Direitos Humanos e Cidadania.

Área de Concentração: Segurança Pública.

Orientador: Prof. Dr. Horácio Néelson Hastenreiter Filho

Salvador, BA

2021

Dados internacionais de catalogação-na-publicação

F375 Ferrari, Frank Monteiro
“Siga a despesa pública”: o macroprocesso de execução orçamentária como fio condutor da investigação dos crimes de peculato-desvio no contexto da contratação de fornecedores / por Frank Monteiro Ferrari. – 2021.
100 f.

Orientador: Prof. Dr. Horácio Nélon Hastenreiter Filho.
Dissertação (Mestrado Profissional) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito; Universidade Federal da Bahia – Escola de Administração, Salvador, 2021.

1. Crime contra a administração pública. 2. Peculato. 3. Despesa pública - Corrupção. 4. Corrupção administrativa. I. Hastenreiter Filho, Horácio Nélon. II. Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito. III. Universidade Federal da Bahia – Escola de Administração. IV. Título.

CDD – 345.02323

FRANK MONTEIRO FERRARI

**“SIGA A DESPESA PÚBLICA”: O MACROPROCESSO DE EXECUÇÃO
ORÇAMENTÁRIA COMO FIO CONDUTOR DA INVESTIGAÇÃO DOS CRIMES
DE PECULATO-DESVIO NO CONTEXTO DA CONTRATAÇÃO DE
FORNECEDORES.**

Dissertação apresentada ao Mestrado Profissional em
Segurança Pública Justiça e Cidadania da Faculdade de
Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito
parcial para a obtenção do título de Mestre em Segurança
Pública.

Linha de Pesquisa: Direitos Humanos e Cidadania.
Área de Concentração: Segurança Pública.

Orientador: Prof. Dr. Horácio Néelson Hastenreiter Filho

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Horácio Néelson Hastenreiter Filho
Presidente
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. José Maria Carvalho Ferreira
Examinador
PROGESP/UFBA

Prof. Dr. Pedro Durão
Examinador
PRODIR/UFS

Profª. Dra. Ivone Freire Costa
Examinadora Suplente
PROGESP/UFBA

RESUMO

O presente trabalho pretende contribuir para o aperfeiçoamento da atividade estatal de persecução criminal (responsabilização penal) pela prática de ilícitos complexos de corrupção, em especial do crime de peculato no contexto das contratações públicas de fornecedores, que importa o desvio de vultosas somas de recursos públicos anualmente no Brasil. A partir do estabelecimento de relações lógicas e cronológicas entre ilícitos de corrupção, dinheiro, execução orçamentária e a atividade probatória, propõe-se uma metodologia investigatória de tais fenômenos à luz de sua compreensão pela lente do macroprocesso de execução orçamentária em sua dupla vertente: teórica ou normativo-estática (dada pelas normas regulamentadoras dos processos de realização da despesa pública) e prática ou dinâmica-estrutural (fornecida pela prática administrativa ordinária ou normal do modelo normativamente posto). A compreensão normativo-cronológica e estrutural-espacial do macroprocesso de execução orçamentária estabelece um proceder que tem se revelado, na prática institucional recente do MPBA, uma técnica útil não apenas à orientação do raciocínio jurídico-investigativo no planejamento inicial e desenvolvimento das investigações, mas também auxiliar a uma mais ajustada tipificação dos fatos investigados, na extração de conteúdos significativos dentro do vasto universo de provas (atividade de análise) e na exposição lógica, simplificada e concatenada de múltiplos fatos complexos em peças judiciais, facilitando a compreensão e sindicabilidade das teses acusatórias pelo Poder Judiciário, pelos demais atores processuais e pela própria sociedade.

Palavras-chave: Peculato-desvio; Despesa pública; Macroprocesso de execução orçamentária; Ilícitos complexos de corrupção; Investigação.

ABSTRACT

This work aims at contributing to the improvement of State criminal persecution activity (criminal accountability) towards complex corruption crimes specially embezzlement in the context of public contracts with suppliers, involving deviation of vast amounts of public resources annually in Brazil. Through the establishment of logic and chronologic relations between corruption crimes, money, budget execution and probation activity, we propose an investigatory methodology for such phenomena, understanding them under the lens of budget execution macroprocess with double angle: theoretical or static-normative (given by regulatory norms for public expenses completion) and practical or dynamic-structural (given by the ordinary administrative practice regular in the model normatively placed). The normative-chronological and structural-spatial comprehension of budget execution macroprocess establishes a procedure that has been unfolding itself, in the recent institutional practice at MPBA, as a useful technique not only for guiding the juridical-investigative thought in investigations initial planning and development, but also for assisting a more adjusted typification for investigated facts, a significative content extraction inside the wide universe of evidences (analytical activity) and a logic, simplified and concatenated exposure of multiple complex facts in judicial pleadings, facilitating the comprehension and syndicability of Judiciary Branch accusatory thesis by further procedural actors and by society itself.

Keywords: Embezzlement-deviation; Public expenses; Budget execution macroproces; Complex corruption crimes; Investigation.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Proposta de Percurso Investigativo.....	23
Figura 2 - Macroprocesso de execução orçamentária para realização das despesas públicas	48
Figura 3 - Fluxo (perspectiva do ato no tempo) do regular macroprocesso de execução orçamentária	63
Figura 4 - Organograma fixado pelo município de Ilhéus, Bahia	64
Figura 5 - Linha cronológica dos fluxos da execução orçamentária	71
Figura 6 - Compreensão normativo-cronológica e estrutural-espacial do macroprocesso de execução orçamentária	90

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 AS COMPLEXIDADES DA INVESTIGAÇÃO DO CRIME DE PECULATO- DESVIO NO CONTEXTO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	28
2.1 PERSECUÇÃO CRIMINAL E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: NOÇÕES ELEMENTARES	29
2.2 ALGUMAS NOÇÕES ELEMENTARES DA TEORIA DO DELITO.....	31
2.3 O CRIME DE PECULATO E O PROBLEMA DA REPRESENTAÇÃO E VALORAÇÃO JURÍDICA DOS FENÔMENOS COMPLEXOS DE CORRUPÇÃO NO CONTEXTO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....	35
3 DESPESA PÚBLICA, DANOS AO ERÁRIO E DESVIO: AS REPERCUSSÕES DO MACROPROCESSO DE EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA SOBRE OS FENÔMENOS CRIMINOSOS DE CORRUPÇÃO.....	41
3.1 CORRUPÇÃO, DESPESA PÚBLICA, EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA E DESVIO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....	43
3.2 A COMPLEXIDADE DO FENÔMENO DA REALIZAÇÃO DA DESPESA PÚBLICA, POR MEIO DAS ESTRUTURAS BUROCRÁTICAS E FLUXOS ADMINISTRATIVOS: O MACROPROCESSO DE EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA.....	48
3.3 AS IMPLICAÇÕES DA COMPLEXIDADE DO MACROPROCESSO DE REALIZAÇÃO DA DESPESA PÚBLICA NA CONFIGURAÇÃO DO PECULATO-DESVIO E CRIMES CONEXOS PRATICADOS NO CONTEXTO DAS CONTRATAÇÕES DE FORNECEDORES.....	65
4 METODOLOGIA	74
5 DA ORIGEM DO PROBLEMA A UMA POSSÍVEL ALTERNATIVA DE SUA SOLUÇÃO: O MACROPROCESSO DE EXECUÇÃO DA DESPESA PÚBLICA COMO FIO CONDUTOR DAS INVESTIGAÇÕES DOS CRIMES DE CORRUPÇÃO	79
5.1 AS REPERCUSSÕES DO MACROPROCESSO DE EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA SOBRE A ATIVIDADE PROBATÓRIA: PROVAS INDICIÁRIAS, “ESPAÇO-TEMPO ADMINISTRATIVO”, “ESPAÇO-TEMPO CONSUMATIVO” E “ESPAÇO-TEMPO INVESTIGATIVO”.....	79
5.2 “SIGA A DESPESA PÚBLICA”: UMA PROPOSTA ORIENTADORA DAS INVESTIGAÇÕES DOS CRIMES DE PECULATO (E OUTROS ILÍCITOS CONEXOS DE CORRUPÇÃO) PRATICADOS NO CONTEXTO DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA	86
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	92
REFERÊNCIAS.....	96

1 INTRODUÇÃO

Desenvolvido no Curso do Mestrado Profissional em Segurança Pública Justiça e Cidadania da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, o presente trabalho se debruça sobre a atividade investigatória dos crimes de corrupção em sua relação com o processo de execução orçamentária voltado à realização da despesa pública.

Entende-se, por crimes de corrupção, aqueles praticados contra a administração pública em geral, atentando contra o normal exercício da função pública, concebida em benefício de toda a coletividade (FAZZIO JÚNIOR, 2002, p. 77). Enquadram-se na categoria dos crimes de colarinho branco (BURKE, 2020), expressão popularizada por Edwin H. Sutherland (SUTHERLAND, 2015, p. 33-34), que, em contraste com os delitos¹ normalmente praticados por pessoas de classes socioeconômicas mais baixas, os definia como sendo “[...] um crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e alto status social no curso de sua atividade”.

Desenvolvendo aquela clássica definição dada por Sutherland, Anderson Burke acrescenta-lhe ainda o critério da dimensão supraindividual do bem jurídico lesionado pela conduta criminosa, “tais como a ordem econômica, a administração pública, a ordem tributária, o meio-ambiente, dentre outros pertinentes ao direito financeiro” (BURKE, 2020, p.201): trata-se de crimes que ordinariamente atingem toda a coletividade.

Dentre eles, destaca-se o interesse por aqueles **intencionalmente praticados** com o envolvimento de agentes estatais, diretamente **voltados ao desvio de recursos públicos ou, ao menos, potencialmente lesivos ao erário**, definido por Emerson Garcia (GARCIA; ALVES, 2008, p. 252) como o “conjunto de bens e interesses de natureza econômico-financeira pertencentes ao Poder Público (*rectius*: União, Estados, Distrito Federal, Municípios, entidades da administração indireta e demais destinatários do dinheiro público previstos no art. 1º da Lei nº 8.429/92)”.

Justifica-se o destaque pela completa subversão da ordem que tais crimes representam: a malversação dos recursos públicos escassos - com graves repercussões negativas sobre a execução de políticas públicas de implementação dos direitos sociais (GARCIA; ALVES, 2008, p. 22) – praticada justamente por aqueles incumbidos de zelar por sua integridade e de dar-lhes

¹ Nada obstante haja, na doutrina penal, quem diferencie os conceitos de crime e delito, neste trabalho serão indistintamente utilizados como sinônimos.

a destinação mais eficiente possível no benefício de todos. Estima-se que o custo anual deste tipo de corrupção, no Brasil, oscile entre 1,38% e 2,3% do PIB, o equivalente a 130 bilhões de reais em valores de 2017 (ABRAHAM, 2018, p. 255).

Contudo, em razão de uma mais direta e palpável ligação com o erário (FAZZIO JÚNIOR, 2002, p. 92) – cujo estímulo à proteção eficiente é a motivação fundamental desta pesquisa -, um delito ocupará posição de centralidade, o **peculato-desvio**, modalidade inserida no *caput* artigo 312 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940) - doravante CPB - e descrita como sendo a conduta do funcionário público de desviar, em proveito próprio ou alheio, dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, passível de pena de reclusão de 2 a 12 anos e multa². De fato, o dano patrimonial sofrido pela administração pública integra a essência deste crime (HUNGRIA, 1959, p. 345-346).

Além disso, porque traduz o problema de pesquisa em toda sua complexidade – ponto ao qual se retornará logo adiante -, e porque também se encontra intimamente ligado ao dano ao erário, tendo no lucro ilícito obtido por meio do desvio do dinheiro público o seu centro de gravidade³, optou-se por restringir o universo das condutas de peculato (e demais delitos de corrupção conexos) a um específico contexto: àquelas incidentes sobre os processos de contratação de fornecedores pela administração pública.

Neste ponto, antes de prosseguir, necessário uma advertência: não se ignora que o complexo fenômeno base da pesquisa – os crimes de corrupção, com ênfase para o peculato-desvio – comportaria uma aprofundada análise epistemológica e metodológica muito para além do direito, atraindo a incidência também de perspectivas econômica, social, política e cultural que estão na base da informalidade, espontaneidade e comportamento desviante e ilegal dos atores que dão corpo e forma a essas práticas ilícitas.

Nada obstante a relevância daquelas demais perspectivas para uma mais completa compreensão do fenômeno e qualificação da atividade estatal de sua responsabilização – finalidade deste esforço -, o presente trabalho privilegiará o direito como base epistemológica. Justifica-se a opção: como se verá adiante, embora, a nosso sentir, o próprio problema fundamental impulsionador da pesquisa não esteja primariamente localizado na deficiência da

² Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa (BRASIL, 1940).

³ É como avaliam André D'Angelo e Shirly Silva (SCHELLER D'ANGELO; SILVA MAESTRE, 2017), nos seguintes termos: “La contratación pública resulta sumamente atractiva para cometer actos corruptos, esto, producto de las altas cantidades de dinero destinadas para ello, las facilidades para adquirirlo y las altas probabilidades de que dichas conductas queden en la impunidad”.

interpretação jurídica, mas da compreensão da mecânica do fenômeno sobre a qual deve incidir, ao final e ao cabo, o direito é o principal instrumento da atuação estatal na repressão eficiente a essas condutas quando já consumadas.

Ademais, considerada a vastidão do referencial teórico de mobilização necessária somente na estreita perspectiva epistemológica jurídica, um aprofundamento das demais bases epistemológicas poderia alongar ainda mais o presente trabalho, que possui como maior desafio a facilitação da compreensão – orientada à qualificação da persecução criminal - por meio do esforço de simplificação de universos teóricos complexos.

Feitos tais esclarecimentos, conforme será oportunamente desenvolvido, percebe-se uma estreita relação entre crimes de peculato-desvio no contexto da contratação de fornecedores e a despesa pública, esta última uma categoria integrante da atividade financeira do Estado⁴, conceituada por Aliomar Baleeiro (BALEEIRO, 2004, p. 75) como o conjunto dos dispêndios do Estado necessários ao funcionamento dos serviços públicos.

Neste sentido, a fim de satisfazer suas próprias necessidades orgânicas e as demandas sociais por meio da implementação das diversas políticas públicas, o Estado arrecada receitas e gerencia os seus gastos por meio dos orçamentos públicos (LEITE, 2019, p. 38). E a despesa pública é a exclusiva e legítima manifestação jurídica do gasto público, não havendo possibilidade de sua realização lícita senão por meio do ciclo orçamentário.

Por outro lado, os procedimentos administrativos são o veículo por meio do qual se constitui e se explicita a vontade estatal no plano administrativo da execução das leis, caracterizando-se por uma sucessão de atos entre si encadeados e destinados a dar suporte a um ato decisório final (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 455-456).

Sendo, pois, os gastos públicos expressão da vontade estatal submetidos a um minudente regramento jurídico, certo é que apenas se viabilizam legitimamente por meio de uma sucessão de fases e procedimentos administrativos integrados, cada qual constituído por inúmeros atos formais e/ou atividades materiais de natureza especialmente administrativa, orçamentário-financeira e contábil, de competência de distintos agentes públicos e que, não raro, seguem seu fluxo por diferentes estruturas burocráticas de um determinado ente público para, somente ao

⁴ Ideia extraída de conceito de direito financeiro fornecido por Harrison Leite (2019, p. 39), que o define como “o conjunto de regras e princípios que estuda a atividade financeira do Estado, compreendida esta como receita, despesa, orçamento e crédito público”.

final de um longo percurso procedimental ou macroprocesso⁵, materializar enfim a despesa pública em sua feição legítima.

É, portanto, em meio a essa complexidade constituída de uma pluralidade de estruturas, agentes, atos e fluxos procedimentais dinâmicos que se desenvolve o processo de execução das distintas espécies de despesa pública. Complexidade que, conforme mencionado, é potencializada no contexto das contratações de fornecedores da administração pública, cuja descrição mais detalhada constitui um dos objetivos específicos deste trabalho.

Contudo, é também neste ambiente complexo e dinâmico no qual, em muitos casos, se desenvolvem, se consomem e não raro se entrelaçam as diferentes e mais graves condutas criminosas que, por meio da corrupção **essencial** de atos e procedimentos – comumente maquiada por formas documentalmente perfeitas -, produzem a manifestação degenerada da despesa pública, utilizada para viabilizar e encobrir desvios de recursos do erário. Ao sequestrar os atos e processos típicos da execução da despesa pública, essas práticas criminosas terminam por lhes incorporar suas características de complexidade⁶, ordinariamente envolvendo pluralidade de agentes numa dinâmica reiteração criminosa ao longo do tempo.

Como será exposto em capítulo próprio, a complexidade resultante dessa simbiose repercute diretamente também na atividade investigativa e probatória, agravando ainda mais o problema central objeto do estudo. Para além das muitas outras dificuldades que poderiam ser abordadas no contexto da repressão a esses ilícitos, **a experiência profissional no enfrentamento à corrupção permitiu a identificação de mais um obstáculo, anterior e prejudicial à própria gestão da atividade probatória: a dificuldade de compreensão dessa espécie de fenômenos criminosos reside ainda no plano da representação dos fatos e de sua valoração jurídica preliminar, a partir da moldura dos tipos penais, repercutindo negativamente no planejamento inicial e desenvolvimento das correlatas investigações.** De um modo geral, policiais, membros do Ministério Público e juízes ainda não estão suficientemente preparados para enfrentar esses fenômenos criminais complexos (MORO, 2018).

⁵ Embora não com essa denominação, a ideia da existência de um macroprocesso orçamentário para além das fases clássicas da despesa pública – empenho, liquidação e pagamento – encontra respaldo na doutrina de Harisson Leite (2019, p. 396).

⁶ Ao enfrentar o problema da definição jurídica de organizações criminosas, diante das múltiplas realidades que encerram, Mendroni (2012, p. 11) faz referência a essa característica de adaptação desses fenômenos à realidade social no qual se inserem: “As associações (ou organizações) criminosas praticam atividades ilícitas e assumem características que se adaptam às mudanças do ambiente social onde se encontram inseridas e portanto apresentam conotações diversas, no tempo e no espaço”.

Fazendo referência a Guillermo Sauer, Cláudio Brandão (SAUER, 1956 *apud* BRANDÃO, 2014, p. 59) corretamente afirma que o “direito penal pensa e raciocina por meio de tipos”. Em uma noção preliminar, tipo penal é a descrição - dada exclusivamente por meio de lei - dos modelos abstratos de condutas proibidas ou impostas pelo direito penal sob ameaça de uma sanção (GRECO, 2019, p. 259), enquanto tipicidade é o juízo de conformação de condutas concretas aos referidos modelos legais abstratamente estabelecidos (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 398).

De fato, esse exercício mental é o **alfa** e o **ômega** de uma investigação criminal e de toda a atuação posterior do sistema de justiça criminal: a possibilidade, em tese, de um determinado acontecimento se enquadrar nesses modelos é a mola propulsora do sistema persecutório estatal que, por meio de seu aparato investigativo, deverá se aprofundar sobre o conhecimento da realidade fenomênica concreta, confirmando, restringindo, ampliando ou excluindo – por meio da coleta de evidências segundo procedimento próprio - o enquadramento hipotético inicial. É, pois, o tipo que determina a relevância, ou não, de uma determinada conduta para o direito penal (BRANDÃO, 2014).

Em si mesmo, esse juízo de tipicidade constitui um dos grandes problemas do direito penal na atualidade, compreendendo – para além da complexidade do próprio método penal – as dificuldades impostas pela atecnia na construção legislativa e interpretação judicial dos tipos penais, que devem encerrar, em termos claros, unívocos e objetivos, fórmulas genéricas que possibilitem o enquadramento de múltiplas e cada vez mais complexas realidades⁷. **Contudo, este juízo de tipicidade necessariamente incide sobre uma determinada realidade, provada, aparente ou apenas pressuposta.**

E, de fato, essa compreensão da realidade pela lente dos tipos penais é especialmente complicada no contexto das fraudes incidentes sobre as contratações públicas, em que distintos fatos criminosos se aperfeiçoam em **espaços-tempos**⁸ diversos pela obra (consciente ou não) de múltiplos agentes que se relacionam num cenário complexo, dinâmico e de incontáveis possibilidades de conformação no plano concreto da vida. Tratando-se, portanto, de condutas objetiva e subjetivamente complexas, diversamente do que ordinariamente ocorre com os

⁷ Alçando a tipicidade à condição de problema central do direito penal na atualidade, Cláudio Brandão (BRANDÃO, 2014, p. 61) sentencia: “A crise do direito penal se verifica a partir de duas ordens de situações que convergem na tipicidade: primeiramente, como dito, a má técnica do legislador, em segundo lugar, a falta de preparo técnico e político do aplicador”.

⁸ A noção dos espaços-tempos administrativo ou burocrático, consumativo e investigativo constitui objetivo específico do trabalho e será especialmente abordada em capítulo próprio.

crimes comuns, de regra, esses fatos criminosos não se apresentam claros em sua materialidade e – especialmente – autoria intencional, dificultando o exercício de subsunção aos tipos penais e o traçado de hipóteses investigatórias.

À complexidade fenomênica e normativa ínsita ao legítimo processo de execução da despesa pública – regido por distintos ramos do direito, notadamente o administrativo e o financeiro⁹ – soma-se, então, toda a complexidade do atuar penal quando se está diante da suspeita de sua condução fraudulenta. Não bastasse isso, essa interdisciplinaridade característica desses fenômenos – que varia conforme a área temática das políticas públicas estatais subjacentes que dão conteúdo aos gastos públicos, a exemplo da saúde, da educação, das obras públicas, dentre outras – ultrapassa os limites do próprio Direito, exigindo, nessa atividade de demonstração de materialidades e autorias complexas, um intenso diálogo com outros saberes não-jurídicos, o que aumenta a perplexidade da autoridade investigante quando diante de um caso concreto.

Somando-se a isso, a quantidade de dados e informações relacionadas a essas investigações é sempre muito grande, dificultando não apenas o seu gerenciamento, mas impactando especialmente o raciocínio, a atividade mental de organização desse universo informacional, a extração dos conteúdos relevantes para a apuração de responsabilidades e sua exposição simplificada em narrativas lógicas e cronológicas sustentadas nas provas produzidas, passíveis de um mais fácil entendimento das imputações pelos diversos atores do sistema de justiça e pelo cidadão comum.

Portanto, diversamente dos **delitos de rua** ou do **colarinho azul**¹⁰ – mais corriqueiros na rotina do sistema de justiça e para os quais se estruturou a teoria penal e processual penal tradicionais -, esses fenômenos criminais complexos praticados por meio das estruturas e fluxos administrativos não costumam se apresentar claros quanto à sua autoria e materialidade, dificultando o juízo de tipicidade ainda no nascedouro da atuação estatal. O resultado observado

⁹ Em que pese por nós compreendida como um conhecimento fundamental ao funcionamento dos entes estatais e à atividade de fiscalização, monitoramento, avaliação e aperfeiçoamento dos processos, percebemos essa disciplina como sendo uma ilustre desconhecida pela generalidade dos operadores do Direito, sendo ainda objeto de pouca atenção pelos cursos jurídicos e pelas diversas instituições de controle da administração pública.

¹⁰ Segundo observado por Clécio Lemos, em sua apresentação à tradução da obra de Edwin H. Sutherland (SUTHERLAND, 2015, p. 13), embora não expressamente colocado pelo sociólogo americano, as expressões colarinho branco e colarinho azul faziam alusão à divisão historicamente existente nas indústrias, onde os primeiros seriam os trabalhadores intelectuais de classes mais privilegiadas, enquanto os últimos seriam os trabalhadores braçais. Assim, o termo crimes do colarinho azul passou a ser cotidianamente utilizado para definir aqueles delitos praticados pelas pessoas de classes sociais menos favorecidas, a exemplo de furtos, roubos, homicídios, lesões corporais, dentre outros.

na prática é de confusão e desorientação: como, quando e onde é constituído o dano ao erário que materializa os desvios de dinheiro público? Em que momento se consumam esses crimes de corrupção? Como identificar seus reais responsáveis e demonstrar sua intenção delitiva, estabelecer suas correlatas parcelas de culpas, normalmente diluídas na desorganização da complexidade administrativa? Quais outros tipos penais de corrupção se relacionariam mais frequentemente com o peculato nesse contexto das contratações públicas? Como orientar a investigação para potencializar as chances de êxito em sua missão de esclarecimento da verdade? Como trilhar um caminho mais lógico e seguro na condução da atividade investigatória, que minimize as possibilidades de erros e injustiças? Há uma lógica na prática desses crimes e, portanto, uma lógica para a condução da atividade investigativa? **Enfim, como descomplicar a compreensão desses casos e auxiliar o planejamento e desenvolvimento das investigações, bem como de todas as demais ulteriores fases da persecução criminal?**

Reflexões surgidas a partir da prática para o aprimoramento da prática. E foi igualmente pela observação, ponderação e experimentação da prática que se vislumbrou, **nas relações entre o macroprocesso orçamentário de execução da despesa pública e os crimes de corrupção**, não apenas a origem das complexidades do fenômeno criminoso, mas também o embrião de um norte para a simplificação da compreensão dos casos e condução potencialmente mais eficiente das correlatas investigações.

Em suma, o valor total do efetivo desvio é dado pela soma de dois expedientes fraudulentos que serão objeto de oportuno desenvolvimento, o **sobrepreço** e o **superfaturamento**, que traduzem o conteúdo econômico ilícito do peculato no contexto analisado, e podem ou não coexistir em cada caso concreto¹¹. Embora documentalmente congelados ou materializados em fotografias de determinados atos procedimentais, ambos são constituídos num verdadeiro filme em movimento, em momentos distintos, num processo de

¹¹ Em texto publicado no sítio eletrônico do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso, o conselheiro substituto do TCE-MT, Luiz Henrique Lima (LIMA, 2016), distingue esses dois expedientes fraudulentos que, juntos, compõem o dano ao erário ou valor desviado: “Sobrepreço é a irregularidade que ocorre quando o preço global de um contrato ou os preços unitários constantes de sua composição encontram-se injustificadamente superiores aos preços praticados no respectivo mercado. Por sua vez, podem ocorrer duas modalidades de superfaturamento: a primeira quando se faturam serviços ou itens de uma obra ou fornecimento com sobrepreço; e a segunda quando se faturam serviços ou itens que não foram executados ou entregues, total ou parcialmente. No primeiro caso, um contrato com sobrepreço, ao ser executado, gerou superfaturamento. No último, mesmo que o contrato tenha sido celebrado com estrita observância dos preços de mercado, o superfaturamento deriva do fato de o produto não ter sido entregue na quantidade ou na qualidade especificadas e, ainda assim, o pagamento ter sido feito na totalidade ou em montante superior ao devido. Assim, o superfaturamento está associado a despesas irregulares durante a execução do contrato, ao passo que o sobrepreço envolve falhas no processo da contratação. O sobrepreço no momento da celebração contratual viabiliza o superfaturamento na etapa de sua execução”.

dinâmica interação entre agentes públicos e privados, sendo – ao final do macroprocesso de execução orçamentária - embutidos nos pagamentos feitos a fornecedores do Poder Público.

Ou seja, a constituição e desvio de tais valores se viabilizam de forma dinâmica, complexa, por meio da prática de atos diversos de competência de diferentes agentes, cujo fluxo procedimental segue seu curso por diferentes estruturas burocráticas em fases distintas de desenvolvimento das contratações. Ao fim deste longo, intrincado e dinâmico percurso do macroprocesso orçamentário, o montante desviado sai das contas públicas travestido de despesa pública regular, não raro deixando um rastro de diversas outras condutas criminosas às quais os crimes de peculato se conectam no meio do caminho.

Essa relação de simbiótica complexidade estrutural (objetiva, subjetiva e dinâmica) entre os processos de constituição da despesa pública e dos valores desviados conduz a importantes implicações no campo da atividade investigativo-probatória.

Primeiro, à compreensão de que a demonstração do dolo¹², ou elemento subjetivo dessas condutas criminosas, está intimamente ligada a um outro elemento de natureza (inter)subjetiva ou relacional, os **vínculos associativos**, sendo a prova de ambos o maior desafio do sistema investigativo nesses fenômenos (LEITE, 2019, p. 738), posto que não se encontram evidenciados nos documentos públicos e privados que materializam os atos e procedimentos formais integrantes da execução financeiro-orçamentária, ao revés, são normalmente por eles encobertos¹³.

Como dito, os principais expedientes fraudulentos constitutivos do dano – sobrepreço e superfaturamento – são materialmente providenciados em relações dinâmicas (normalmente ocultas) e formalizados em atos de conteúdos falsos¹⁴. Por outro lado, se um processo de

¹² Segundo as teorias da vontade e do assentimento, adotadas pelo CPB (BRASIL, 1940), dolo seria a vontade livre e consciente dirigida para o alcance do resultado danoso por meio da prática da conduta criminosa (dolo direto) ou a assunção voluntária e consciente do risco de produzir o dano (dolo eventual). Conforme André Estefam e Victor Gonçalves (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020, p. 462), “trata-se de elemento subjetivo implícito da conduta, presente no fato típico de crime doloso”.

¹³ Sobre a dificuldade de prova do dolo nos crimes licitatórios, sobrelevando a importância da prova indireta ou indiciária na demonstração desses fenômenos complexos, Francisco Vasconcelos Neto (VASCONCELOS NETO, 2018, p. 81) afirma que “o uso dos indícios ou da prova indiciária (*circumstantial evidences*) não é tão explorado pela prática jurídica, a despeito de possuir extremo valor na demonstração de elementos importantes como o dolo, principalmente em situações mais complexas, como é o caso de crimes envolvendo organizações criminosas que fraudam licitações e contratos públicos”.

¹⁴ Conduta que, em tese, caracteriza o crime de falsidade ideológica, assim definido pelo CPB (BRASIL, 1940): “Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento

execução de despesa pública regular exige, necessariamente, o envolvimento de inúmeros servidores públicos em interação com agentes privados, muito dificilmente sua versão premeditadamente degenerada – especialmente quando reiterada no tempo – conseguirá se aperfeiçoar sem o envolvimento intencional de diferentes sujeitos, agindo ou se omitindo em comunhão de esforços e unidade de desígnios em momentos estratégicos, controlando ou manipulando a ação necessária de outros tantos sujeitos no processo executivo orçamentário. Logo, a garantia do resultado danoso ao final do macroprocesso de execução orçamentária somente será dada pela conjugação de esforços de agentes diversos, atuando concertadamente por meio da prática de atos que, por si sós, não teriam a capacidade de viabilizar os desvios, senão quando integrados a outros atos defeituosos de competência de sujeitos distintos¹⁵.

Poder-se-ia dizer que, em tais circunstâncias de reiteração sistêmica ao longo do tempo, esses crimes de corrupção assumiriam uma natureza **necessariamente plurissubsistente e materialmente plurissubjetiva**, senão mesmo associativa e organizada, conforme será detalhado no curso do trabalho¹⁶. Por outro lado, a prova direta não teria como demonstrar a totalidade da conduta criminosa, mas apenas pequenas frações consistentes nos diversos atos significativos para a produção do resultado danoso, ou seja, somente se consegue demonstrar a inteireza desses fenômenos pela união de múltiplas provas indiretas ou indiciárias do resultado ilícito¹⁷. Em razão disso, porque os documentos formais materializam apenas um “dolo de ato

é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular. Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte”.

¹⁵ Com isso, não se quer dizer que todo e qualquer dano ao erário é decorrência de um concerto intencional e voluntário entre uma pluralidade de agentes estratégicos no fluxo procedimental de constituição e realização das despesas públicas. Muitos outros fatores podem contribuir – ou mesmo serem determinantes - para a produção de danos ao erário, dentre os quais o desconhecimento, a insuficiência de estrutura e recursos e a negligência, cabendo justamente à atividade investigatória mais cuidadosa tentar identificar, para cada sujeito objetivamente implicado no macroprocesso, as causas e motivos para a prática de atos significantes para os resultados danosos.

¹⁶ A dogmática penal distingue **ato de conduta**. Assim, no contexto desta dicotomia, novamente segundo André Estefam e Victor Gonçalves (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020, p. 442), deve-se entender conduta como sendo “o comportamento consubstanciado no verbo núcleo do tipo penal: “matar” (CP, art. 121); “subtrair” (CP, art. 155); “sequestrar” (CP, art. 148) etc. O ato corresponde a um momento, uma fração da conduta. É como se o ato fosse a “cena” e a conduta o “filme”.” Ainda segundo aqueles autores, plurissubsistente são os crimes que *podem* ser praticados de forma fracionada em vários atos (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020, p. 297) e, plurissubjetivos, mais conhecidos como “crimes de concurso necessário”, aqueles que, por previsão expressa dos tipos penais, somente podem ser praticados por duas ou mais pessoas (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020, p. 674). Assim, embora o tipo de peculato-desvio não exija, em tese, a concorrência de sujeitos para a sua consumação, no plano material da vida, nesse contexto complexo, seria improvável – senão impossível – praticá-lo com êxito sem uma necessária conjugação de esforços estratégicos.

¹⁷ Citando a doutrina clássica de Malatesta, Deltan Dallagnol (DALLAGNOL, 2015, p. 158) refere que, segundo o seu conteúdo ou objeto, a prova é classificada em direta ou indireta. Mais adiante, prossegue nos comentários à lição daquele processualista italiano: “Em outras palavras, e tomando por exemplo o processo penal novamente, a

de gestão” e não um “dolo de conduta delitiva”¹⁸, as chances de êxito probatório desses crimes tendem a ser inversamente proporcional ao recorte subjetivo da investigação: a excessiva centralização sobre determinados sujeitos – tradicionalmente feita sobre gestores de cúpula¹⁹ – dificulta a demonstração do seu dolo de conduta, que, dado o caráter complexo da materialidade delitiva, evidencia-se justamente nas relações intersubjetivas com outros agentes criminosos mais ou menos próximos dos atos executórios relacionados à realização da despesa pública.

Como ao final se pretende expor, a consciência dessa simbiose permite a compreensão do processo de constituição do dano ao erário correspondente ao conteúdo econômico das despesas públicas objetivado pelas condutas criminosas, conduzindo ainda à noção de **espaço-tempo**

prova é *direta* quando demonstra diretamente o delito, e é *indireta* quando se refere a uma coisa diversa do delito, da qual, por um trabalho da razão (raciocínio ou inferência), o juiz infere o fato delituoso ou parte dele” (DALLAGNOL, 2015, p. 159). Por sua vez, também salientando a importância da prova indireta no contexto de crimes complexos, afirmam Eide Badr e Mário Wu (BADR; WU, 2019, p. 221), citando a doutrina de Deltan Dallagnol: “Como vimos, para apuração e julgamento de crimes complexos, como de lavagem de dinheiro, praticados por organizações criminosas, praticados dentro de complexas estruturas organizacionais, contra o sistema financeiro e transnacionais, é de grande importância o estudo da prova indiciária. Tais crimes, ao lado dos crimes de corrupção, de vários outros crimes contra a Administração Pública e dos crimes em que vige a omertà (lei do silêncio), seja pela estreita cumplicidade ou pela ameaça de morte, como crimes praticados por máfias, milícias e no âmbito do tráfico de drogas, são delitos cuja prova é extremamente difícil”.

¹⁸ Esta classificação não encontra – ao menos com relação à sua nomenclatura - suporte na doutrina especializada, tratando-se de uma percepção particular deste discente. Exemplificando para aclarar o entendimento: a nota de pagamento (documento que, em um processo de pagamento, materializada a ordem de pagamento de determinado valor ao fornecedor, um ato jurídico de gestão administrativa a cargo de agentes públicos determinados na norma) assinada por um gestor, cujo valor venha a se revelar superdimensionado por sobrepreço ou superfaturamento, não pode, por se só, autorizar a conclusão de que o gestor é penalmente responsável pelo dano verificado. Isto porque aquele ato administrativo de **cunho decisório** é, em tese, respaldado em outros atos integrantes dos processos de pagamento (em especial, os atos de liquidação da despesa, a cargo de outros agentes) que o justificam, configurando crime, inclusive, a recusa injustificada de pagamento em sua ordem cronológica - Art. 1º, inciso XII, do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967 (BRASIL, 1967).

Neste exemplo, a assinatura do documento que materializa o ato ordenador da despesa apenas prova que o gestor quis, voluntariamente, determinar aquele pagamento (“dolo de ato de gestão”). Não demonstra, contudo, que o gestor tinha consciência de que aquele valor estaria fraudulentamente inflado para viabilizar o desvio de recursos públicos por meio do pagamento integral a uma prestação defeituosa, autorizando a automática qualificação do seu ato como fração voluntária e consciente da conduta de peculato (elemento do “dolo de conduta ilícita”), o que, a rigor, demandaria o aporte de outros elementos de prova que legitimem essa conclusão.

¹⁹ Sobre o ponto, valem, a título de alerta, as observações realizadas por Helena Regina Lobo da Costa em seu estudo dos fundamentos (e não das provas) de imputação de autoria mobilizados no âmbito das decisões da Operação Lava Jato à luz da teoria do domínio do fato (LOBO DA COSTA, 2019, p. 245), cuja análise se reforça, inclusive, a utilidade do tema proposto: “Quanto a este ponto, assim como ocorreu na ação penal n. 470, perante o STF, pode constatar-se o uso equivocados da teoria. Aliás, mais correto é dizer que a teoria em si não foi utilizada, pois nada aponta em tal sentido. Apenas referências à ideia de domínio do fato, como argumento retórico, foram feitas para a fundamentação de uma decisão baseada na ocupação de uma posição e não na adoção de medidas investigatórias. A menção à teoria foi utilizada para fundamentar a punição, e não para indicar se determinada pessoa fora autora ou partícipe. [...] Frise-se uma vez mais que não se está, aqui, fazendo qualquer juízo quanto à prova dos autos ou o acerto ou equívoco de dada condenação ou absolvição. [...]”.

administrativo ou burocrático - e, por conseguinte, às noções de **espaço-tempo consumativo** e **espaço-tempo investigativo** -, possibilitando uma identificação mais precisa de sujeitos e suas respectivas competências legais (e, portanto, apontando caminhos para identificação de responsáveis pelo uso distorcido dessas competências e para uma delimitação mais precisa do grau das possíveis contribuições individuais – omissivas ou comissivas, conscientes ou inconscientes, livres ou impostas, isoladas ou concertadas - para o sucesso das condutas criminosas), bem como o entendimento da dinâmica dos fatos delituosos, ou seja, como na realidade fenomênica se desenvolveram os expedientes fraudulentos causadores do dano ao erário em determinado caso concreto.

Portanto, compreendidos o processo de execução orçamentária para realização da despesa pública legítima e o fenômeno da constituição do dano ao erário no âmbito das contratações públicas, abre-se o caminho para o desenvolvimento lógico e racional da investigação, facilitando-se a representação mental da descrição típica do crime de peculato-desvio naquele complexo contexto e todas as atividades relacionadas que se seguem, do início das investigações ao final dos correlatos processos penais.

A partir da mencionada **compreensão teórica** (dimensão normativa) de como deve se desenvolver o macroprocesso de execução da despesa pública e do diagnóstico da sua **prática administrativa normal** (ou seja, para a generalidade dos processos) em determinada entidade estatal, a investigação poderá ser orientada de forma ótima para a busca – em cada específico **espaço-tempo burocrático** - de evidências de materialidade e autoria em torno de cada fato significativo para a constituição e viabilização dos expedientes configuradores do dano nos casos particularmente investigados, cumprindo a sua missão de esclarecimento de condutas delituosas.

Se fosse resumir o objeto central deste trabalho em uma única sentença, esta seria sem dúvida **siga a despesa pública**, em alusão à conhecida técnica de investigação nos crimes de lavagem de dinheiro, popularizada como “*follow the money*” ou “ *siga o dinheiro*” (CARVALHO FILHO, 2015). Sendo a despesa pública a única forma legítima de retirada de recursos públicos do erário; sendo essa manifestação do gasto público rigidamente condicionada no plano normativo e dinamicamente providenciada na prática por meio de complexos procedimentos, é que, tomando de empréstimo conceitos da física clássica para facilitar-lhe a compreensão, ilustramos e sintetizamos o seu processo de **nascimento** (decisão de realização e planejamento), **constituição** (prática dos diversos atos preparatórios para sua legítima realização) e **morte** (final execução com a efetivação do pagamento e reconhecimento

de sua quitação, quando então juridicamente se extingue, atingindo sua finalidade), como sendo o dinheiro público em movimento no interior da burocracia estatal: o macroprocesso de execução orçamentária nada mais é que o dinheiro público disponível em movimento, buscando e adquirindo condições de legitimidade para deixar as contas públicas de modo lícito.

Paulatinamente, à medida que essas ideias eram sendo estruturadas, foram sendo também incorporadas a (e retroalimentadas por) experiências investigativas do Ministério Público do Estado da Bahia (doravante MP/BA), com significativos resultados apresentados. A compreensão dos fenômenos complexos de corrupção pela lente (teórico-normativa e prática) do macroprocesso de execução orçamentária vem, desde então, se revelando uma técnica útil não apenas à orientação do raciocínio jurídico-investigativo no planejamento inicial e desenvolvimento das investigações, tendo auxiliado também na extração de conteúdos significativos dentro do vasto universo de provas (atividade de análise) e na exposição lógica, simplificada e concatenada de múltiplos fatos complexos em peças judiciais, facilitando a compreensão e sindicabilidade das teses acusatórias pelo Poder Judiciário, pelos demais atores processuais e pela própria sociedade.

A utilidade deste modelo de compreensão pode mesmo transcender os limites do sistema de justiça sancionatória, auxiliando gestores públicos a identificar e agir assertiva e **preventivamente** sobre vulnerabilidades nos fluxos administrativos, evitando a produção de danos, dificultando a prática de condutas fraudulentas e, em última análise, diminuindo a necessidade de mobilização do gravoso sistema de Justiça criminal²⁰.

Isto posto, em que pese o fundamental e constante diálogo com o mundo do direito e outras ciências, o **problema** central da pesquisa não reside tanto no campo das teses jurídicas ou mesmo da técnica contábil, orçamentária e financeira, mas no plano *lógico*, da compreensão das relações entre o fenômeno lícito do processo de execução orçamentária e a sua prática degenerada por meio do desvirtuamento intencional de seus atos e finalidades. Dito de outra forma: interessa, acima de tudo, a compreensão do processo executivo orçamentário e dos crimes de corrupção não como construção jurídico-dogmática – embora sua abordagem, ainda

²⁰ Sobre a importância dos controles internos à Administração Pública para a prevenção de danos nas contratações públicas, assim se posicionou Ángeles Jareño Leal: “Es indudable que un buen control administrativo de la actividad contractual puede evitar el recurso final al Derecho penal, que en la actualidad está jugando un papel excesivamente protagonista en la fiscalización de los contratos públicos irregulares. Es necesario que la propia Administración tutele con eficacia el procedimiento de contratación, para reconocer y paralizar contratos carentes de justificación desde el principio, o contratos cuyo seguimiento con mayor interés habría desvelado determinadas prácticas corruptas. Una mayor contundencia de la Administración en su actividad sancionadora puede evitar, en gran medida, el recurso final a la vía penal” (LEAL, 2019).

que em linhas muito gerais, se apresente necessária -, mas enquanto fenômeno, no viés do processo prático de sua formação, em sua mecânica relacional com as estruturas burocráticas e fluxos administrativos.

Outrossim, o problema se insere no contexto de uma ainda significativa **lacuna doutrinária e institucional** acerca do tema no Brasil, em especial quanto ao enfoque relacional pretendido, justificando-se, portanto, o desenvolvimento deste trabalho²¹.

Com efeito, em sede doutrinária, parece-nos que lacuna percebida decorreria em parte da grande disciplinarização do ensino (sobretudo jurídico) nas academias brasileiras. Muito se produz sobre as diversas partes componentes deste trabalho, porém, de forma estanque e estática: pródigas e relevantes as produções acadêmicas sobre a corrupção, sobre a teoria penal e seus diversos institutos, sobre o direito probatório, sobre a gestão pública orçamentário-financeira e administrativa e mesmo sobre atividades fiscalizatórias estatais (mas num nível probatório menos profundo das auditorias a cargo, por exemplo, dos Tribunais de Contas, em que não há uma maior preocupação com a demonstração de elementos subjetivos das condutas e eventuais vínculos associativos, aspectos fundamentais para uma responsabilização criminal nesses fenômenos complexos).

Porém, ao longo da pesquisa e do tempo dedicado à atividade profissional de defesa do patrimônio público, sentimos a necessidade de um diálogo produtivo entre essas diversas partes (academicamente estanques, mas indissociavelmente relacionadas no plano prático pela unicidade do complexo fenômeno por todas elas tangenciado em suas singulares perspectivas).

Portanto, se algum mérito há no presente trabalho, não é o de inovar ou aprofundar os estudos de cada um dos institutos e ramos do saber acadêmico nele mobilizados, mas o de promover essa aproximação frutífera, direcionada a uma específica utilidade: o aperfeiçoamento do enfrentamento estatal às condutas ilícitas de desvios de recursos públicos.

De seu turno, no âmbito institucional, a prática histórica observada parece uma decorrência lógica da reflexão anterior: a disfunção percebida no processo de formação acadêmica dos atores do sistema de Justiça termina por repercutir em seu proceder profissional. De fato, percebe-se ainda muito presente uma generalizada dificuldade de analisar e tratar problemas complexos.

²¹ Em recente entrevista, o procurador-geral da república, Dr. **Antônio Augusto Brandão de Aras**, ressaltou a inexistência de uma cultura institucional que confira formalidade e uniformidade às atuações das Forças-Tarefas de combate à corrupção instaladas no âmbito do Ministério Público Federal (LYRA, 2021).

De um modo geral, se transita bem pela realidade teórico-normativa (que é **ideal** de realidade, não a vida com de fato acontece), mas se percebe dificuldades na análise da realidade fenomênica, especialmente quando particularmente complexa, como o é a atividade de gestão pública. E, em essência, é sobre isso que cuida a atividade investigatória estatal: da reconstrução histórica de fatos da vida, a fim de aplicar-lhes a normatividade adequada.

Não há, por conseguinte, em dimensão institucionalizada, uma clareza sobre um agir material, sobre o que fazer e sobre como fazer para investigar de forma mais eficiente essa espécie de ilícitos, o que em parte decorre, segundo nossa percepção, justamente da incompreensão do *fenômeno* investigado em sua relação com os processos normais de execução da despesa pública.

O cenário observado é muito diverso da almejada eficiência: ante a inexistência de um método investigativo estruturado segundo uma lógica própria, percebe-se um acúmulo de investigações superficiais, conduzidas burocraticamente sem estratégias bem definidas, que desaguam no Poder Judiciário como se por mero ritual procedimental, sob a forma de demandas processuais natimortas, por serem, ao final, insustentáveis na fragilidade da prova produzida.

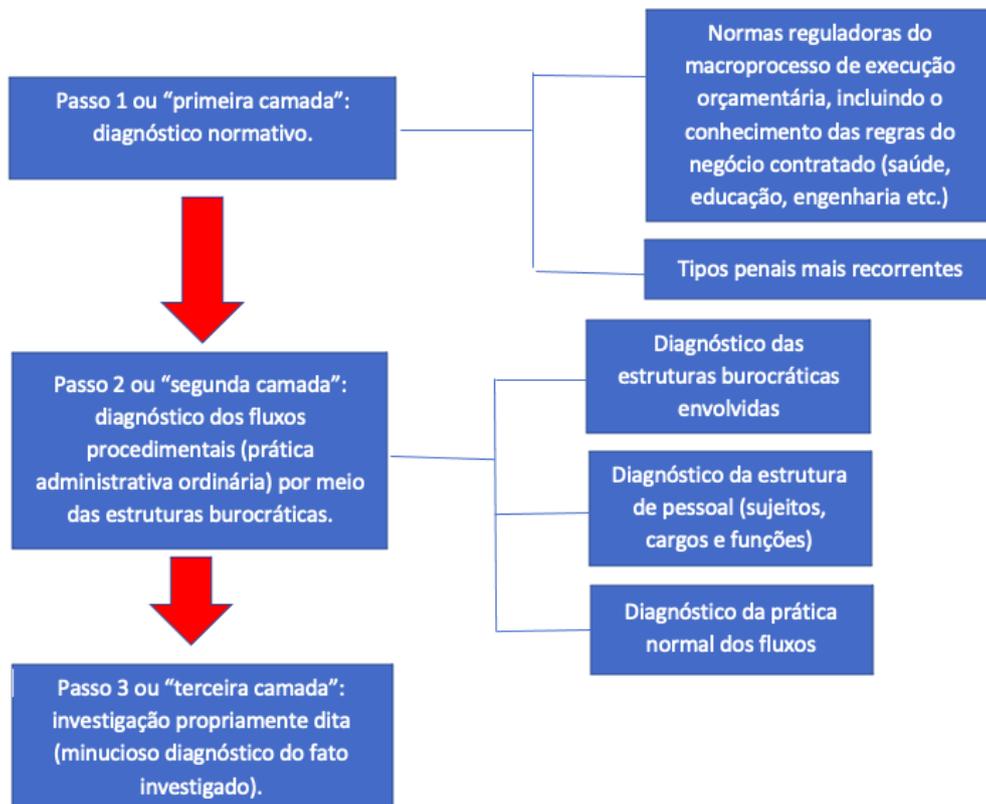
O resultado prático ou potencial dessa lacuna é a instauração de um cenário de grande insegurança e frustrações na condução de investigações complexas de ilícitos de corrupção, uma vez que à cada membro ou estrutura orgânica do Ministério Público nacional resta apenas agir conforme suas próprias competências subjetivas.

Assim, com a **finalidade** de contribuir para o aperfeiçoamento da atividade estatal de responsabilização pela prática do peculato (e crimes de corrupção político-administrativa relacionados), no contexto das contratações públicas de fornecedores, o presente trabalho se volta precisamente a encaminhar uma proposta de intervenção em casos complexos de investigações sobre tais fenômenos, sugerindo-se a compreensão e incorporação, na prática institucional, de um triplo diagnóstico na investigação de casos complexos: 1) o da estrutura normativa reguladora dos procedimentos da execução orçamentária para realização das despesas públicas e dos principais tipos penais passíveis de incidência sobre o fenômeno ilícito, além das regras de cada negócio ou objeto da despesa; 2) o da estrutura burocrática envolvida e a prática histórica e normal daqueles procedimentos no âmbito do ente público relacionado; e 3) o das minúcias do caso concreto investigado (objeto propriamente dito das investigações tradicionais).

Enquanto as divergências verificadas entre a primeira e segunda realidades poderão indicar vulnerabilidades estruturais, orientando a adoção de medidas mais assertivas de prevenção de danos, é especialmente nos pontos de distanciamento entre o segundo e o terceiro extratos – quando em descompasso com o primeiro – onde provavelmente residirão os atos penalmente relevantes.

Ilustrando sumariamente o caminho, ao final proposto, a ser percorrido pelo trabalho investigativo de tais fenômenos complexos para ulterior cotejo relacional:

Figura 1 - Proposta de Percurso Investigativo



Fonte: Elaborado pelo autor, 2021.

Buscar-se-á, portanto, o estabelecimento das relações entre o macroprocesso de execução da despesa pública e o processo de constituição do dano ao erário como fio condutor e racionalizador desses trabalhos, tendo em vista o potencial desta específica perspectiva – a análise de fenômenos complexos de corrupção à luz da execução orçamentária – de contribuir para orientar a compreensão de casos concretos de fraudes incidentes sobre as contratações de

fornecedores e, por consequência, auxiliar o planejamento e gestão das correlatas investigações e demais atos da atividade persecutória estatal. Esse é o seu **objetivo geral**.

Para tanto, como **objetivos específicos**, propõe-se:

1) descrever a atividade estatal de repressão à prática da generalidade dos crimes (persecução criminal), oferecendo – sobretudo ao leitor não-técnico - noções básicas sobre o direito penal e a investigação criminal, apresentando conceitos essenciais à compreensão dos demais passos da pesquisa;

2) descrever o crime de peculato-desvio, revisitando a questão-problema da dificuldade de sua representação enquanto fenômeno e do correspondente juízo de tipicidade preliminar hipotético no contexto das contratações públicas, passos fundamentais ao planejamento e desenvolvimento da investigação;

3) apresentar a relação entre a despesa pública e o crime de peculato (e outros crimes de corrupção relacionados no contexto das contratações públicas), enfatizando o procedimento de constituição dos principais vícios (não conformidades) de conteúdo econômico no processo de execução orçamentária (sobrepço e superfaturamento) que compõem o objeto material do crime (parcela dos recursos públicos desviados);

4) explicitar como a complexidade do processo de execução da despesa pública condiciona a prática do crime de peculato e demais crimes relacionados, repercutindo essa complexidade na caracterização dos elementos básicos daqueles (autoria, materialidade e, de modo especial, no dolo), assim como no contexto em que são comumente praticados (associativo e organizado);

5) explicitar as repercussões da complexidade do macroprocesso de execução orçamentária da despesa pública na atividade probatória e apresentar o fluxo do macroprocesso de execução da despesa pública no contexto da contratação de fornecedores em sua relação com a burocracia administrativa, conduzindo às noções de **espaço-tempo administrativo, espaço-tempo consumativo e espaço-tempo investigativo**;

6) estabelecer procedimento para avaliação do processo de realização da despesa pública voltada à contratação de fornecedores no contexto das investigações de crimes de peculato e outros delitos relacionados.

Para tanto, o trabalho está estruturado em quatro capítulos, além desta introdução.

O primeiro capítulo - As Complexidades da Investigação do Crime de Peculato-Desvio no Contexto das Contratações Públicas - é dedicado a atingir os objetivos específicos 1 e 2, onde são fornecidas noções gerais sobre persecução criminal e investigações criminais, além de conceitos elementares de direito penal, sendo ainda analisado o crime de peculato. Nele, que tem como ponto central a descrição da persecução criminal (atividade estatal de repressão a crimes) e do delito de peculato-desvio, busca-se, por meio da mobilização da doutrina especializada, munir o leitor, sobretudo aquele não-técnico, de noções básicas de conceitos jurídico-penais e processuais penais mais diretamente relacionados ao tema e aplicáveis à generalidade dos casos penais, a fim de habilitá-lo à compreensão do problema principal colocado: a complexidade adicional - representada por esses fenômenos criminosos, objetiva e subjetivamente plurais, praticados a partir do controle das estruturas e fluxos administrativos dos entes públicos - frente à atuação estatal eficiente na repressão desses ilícitos. Apresenta-se, ainda, aquilo que, conforme observações proporcionadas pela experiência prática, nos parece ser uma relevante (mas não a única) causa do problema, abrindo-se o caminho para o desenvolvimento do trabalho no capítulo seguinte: a incompletude da **lente teórica** normalmente utilizada pelos agentes públicos encarregados dessa função nos muitos momentos de interpretação da realidade a ser investigada ao longo da atividade persecutória, sobretudo em sua fase inicial, em que a (falta de) clareza acerca das possibilidades repercutirá positiva ou negativamente sobre todo o desenvolver procedimental e seus resultados. Deste modo, e sem prejuízo do eventual recurso teórico relacionado em outros momentos do trabalho, este capítulo se volta à concentração dessas noções teóricas mais gerais.

O segundo capítulo – Despesa Pública, danos ao erário e desvio: as repercussões do macroprocesso orçamentário sobre os fenômenos criminosos de corrupção – volta-se aos objetivos específicos 3 e 4, destinando-se a explicitar as relações entre despesa pública, o processo de sua execução orçamentária e os crimes de corrupção. Nele, intensifica-se o processo de especificação teórica, explicitando e concretizando o problema na medida em que descreve o macroprocesso de execução orçamentária para realização da despesa pública, estabelecendo logicamente suas relações com a constituição do fenômeno criminoso central e a correlata atividade investigatória. Destaca-se, em especial, a descrição do processo de constituição dos principais vícios que, juntos, podem conduzir ao dano ao erário, materializando o desvio de recursos públicos objetivado por esses fenômenos criminosos: o sobrepreço e o

superfaturamento. Busca-se, aqui, reforçar a ideia da necessidade de incremento da **lente de interpretação** desses fenômenos com noções, ainda que superficiais, acerca do funcionamento teórico da atividade administrativa-financeira-orçamentária dos entes gestores de recursos públicos, em particular, do processo de execução orçamentária.

Explicitado o referencial teórico, o **terceiro capítulo** se destinará à exposição da metodologia empregada.

Outrossim, a consciência sobre a dinâmica do processo de viabilização das fraudes não apenas amplia a capacidade de elaboração de hipóteses investigatórias, mas constitui também um norte para as necessárias intervenções corretivas concretas de natureza preventiva e repressiva, sendo esta última o foco do presente trabalho. É no contexto dessas relações entre processos lícitos e ilícitos que se apresentam as noções de **espaços-tempos administrativo, consumativo e investigativo**, orientadoras da compreensão e facilitadoras dos trabalhos de persecução criminal. Deste modo, guiado pelo instrumental teórico e pelas lógicas explicitadas nos capítulos anteriores, o **quarto capítulo - Da Origem do Problema à Possível Alternativa de sua Solução: o Macroprocesso de Execução da Despesa Pública como Fio Condutor das Investigações dos Crimes de Corrupção** –, volta-se à consecução dos objetivos específicos 5 e 6.

Nele, explicitam-se as repercussões decorrentes da complexidade do macroprocesso de execução orçamentária para realização da despesa pública sobre a atividade probatória estatal, e como a consciência das relações entre a complexa estrutura teórico-normativa e a correspondente prática administrativa normal dos seus fluxos procedimentais pelas estruturas burocráticas pode – a partir das mencionadas noções de **espaços-tempos administrativo, consumativo e investigativo** - auxiliar na identificação de possíveis envolvidos em cada um dos principais crimes de corrupção abordados, e na precisão dos correlatos momentos consumativos; propondo-se, na sequência, como resultado do trabalho, um procedimento para avaliação do processo de realização da despesa pública voltada à contratação de fornecedores no contexto dos procedimentos investigatórios de crimes de peculato e outros delitos relacionados.

Portanto, nesse capítulo, pretende-se evidenciar a utilidade dessa relação entre os processos lícitos e ilícitos da execução orçamentária para a atividade investigatória, encaminhando-se proposta de intervenção consistente na inclusão da compreensão teórica do

macroprocesso orçamentário e na realização do diagnóstico das suas práticas administrativas normais em cada realidade particular, por meio de suas estruturas e fluxos como etapas nos procedimentos de investigação preliminar dos ilícitos complexos de corrupção.

2 AS COMPLEXIDADES DA INVESTIGAÇÃO DO CRIME DE PECULATO-DESVIO NO CONTEXTO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Conforme mencionado na introdução deste trabalho, a investigação do crime de peculato-desvio se mostra particularmente complexa quando praticado no contexto das contratações públicas: à complexidade da lente normativa – que não se esgota no direito penal –, soma-se a complexidade do fenômeno observado.

A experiência tem revelado que, em tais circunstâncias, o peculato-desvio é comumente circundado e conectado a uma série de outros crimes de corrupção que o antecedem - instrumentalizando-o e preparando-lhe o caminho (a exemplo da concussão, corrupção ativa, corrupção passiva na modalidade solicitar, crimes licitatórios e contratuais, falsidades documentais e ideológicas) – e o sucedem (lavagem de dinheiro, corrupção passiva na modalidade “receber”, dentre outros), garantindo-lhe o sucesso da finalidade almejada: o usufruto insuspeito de recursos públicos desviados.

Ainda, como será posteriormente tratado, esse rosário de crimes não ocorre aleatoriamente: tais delitos costumam ser previamente planejados, ajustados em seus termos desde as participações nas vantagens financeiras ilícitas ao complexo *modus operandi* ou meios de suas práticas. Envolve necessariamente atuação articulada, coordenada, organizada e relativamente estável ao longo do tempo por parte de uma multiplicidade de agentes, com clara divisão de tarefas em torno do objetivo primordial estabelecido (o desvio dos recursos públicos), reunindo, portanto, todos os elementos típicos do crime de organização criminosa, tal como previstos na Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013)²².

O peculato-desvio é o delito central em torno do qual orbitam uma série de outros crimes, todos eles unidos pelo contexto criminoso organizado que os precede e envolve. Contexto criminoso este que se apropria das estruturas burocráticas e se desenvolve, por meio do controle e manipulação ilícita dos procedimentos administrativos concretizadores da execução orçamentária para a realização das despesas públicas.

Portanto, os desvios de dinheiro público, por meio de contratações públicas fraudulentas,

²² Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional (BRASIL, 2013).

não são condutas simples, mas extremamente complexas, desafiando sobremaneira o aparato investigatório do Estado, que não pode, em sua atividade probatória, ignorar essa natureza de complexidade sob pena de falhar em sua missão de demonstrar a existência, autoria e demais circunstâncias desses fenômenos delituosos.

Isto posto, este capítulo destina-se a atingir os objetivos específicos 1 e 2, subsidiando o leitor, sobretudo o não-técnico, de recursos para a compreensão do trabalho em seus posteriores passos, sendo subdividido em três partes.

Neste propósito, e sem a pretensão de um aprofundamento incompatível com os estreitos limites da pesquisa, a primeira delas se volta à descrição da persecução criminal e à definição de investigação criminal.

Na sequência, após a apresentação de noções gerais sobre alguns conceitos e institutos básicos do direito penal, será analisado o delito de peculato-desvio, voltando-se ainda ao problema do seu processo inicial de representação cognitiva enquanto fenômeno e do sequencial juízo de tipicidade preliminar e hipotético como momento fundamental ao início e desenvolvimento de toda a atuação estatal persecutória criminal, em especial das investigações.

2.1 PERSECUÇÃO CRIMINAL E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: NOÇÕES ELEMENTARES

Praticado um fato delituoso, surge para o Estado o dever de punir, do qual se desincumbe por meio da *persecutio criminis* ou persecução criminal, que possui dois momentos distintos e bem delineados: a investigação e o processo penal, instaurado pela ação penal. A investigação criminal é o momento preliminar da persecução criminal e se destina a subsidiar o exercício da ação penal pelo seu titular²³, por meio da qual se pleiteia ao Judiciário a imposição de uma sanção penal adequada ao autor de um delito (MARQUES, 2009, p. 103-104).

Neste contexto, a investigação criminal consiste no conjunto de atividades interdisciplinares voltadas à descoberta da autoria de um delito e à reunião de evidências sobre sua existência, formalizando-se tradicionalmente no inquérito policial²⁴, procedimento administrativo pré-processual presidido pela autoridade policial (FERREIRA; FERREIRA, 2011, p. 23-26). Possui natureza inquisitiva, ou seja, não contempla o exercício do contraditório

²³ No sistema jurídico nacional, a regra é a ação penal pública, promovida exclusivamente pelo Ministério Público.

²⁴ Sem embargo, o ordenamento jurídico brasileiro contempla outros procedimentos administrativos idôneos à demonstração da autoria e materialidade de crimes, a exemplo do Procedimento Investigatório Criminal (PIC), a cargo do Ministério Público.

e do direito de defesa, nisto se distinguindo mais significativamente do processo penal conduzido pela autoridade judicial. E, justamente por isso, possui valor probatório relativo, não se prestando a sustentar, sozinho, uma sentença judicial condenatória, necessitando ser corroborado por provas processuais (produzidas à luz do contraditório e da ampla possibilidade de defesa) (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 147-155).

A investigação criminal tem como impulso inicial a notícia de um crime, partindo da **possibilidade** da prática de uma conduta delituosa para, em caso de sua confirmação por meio de seus atos de verificação, alcançar-se um grau mais robusto de convicção – o juízo de **probabilidade** sobre a autoria e a materialidade -, autorizando assim o legítimo exercício da ação penal pelo seu titular (POLASTRI LIMA, 2014, p. 78).

Instaurada a instância processual penal, busca-se, ao final da instrução criminal, o atingimento de um grau ainda mais robusto de probabilidade, necessário e suficiente ao embasamento de uma condenação, sustentado por Deltan Dallagnol (DALLAGNOL, 2015, p. 267) como sendo aquele *standard* probatório dado pela “prova para além de dúvida razoável”²⁵. Portanto, a persecução criminal segue uma trajetória de graduação ascendente da forma de cognição sobre a existência de uma infração penal: notícia, suspeita, probabilidade e prova (MARQUES, 2009, p. 106).

Assim, a atividade persecutória estatal gira em torno do conceito de crime e do juízo de tipicidade ou conformação de uma conduta concreta a uma descrição dada pela lei penal (tipo penal), juízo, este, mais ou menos robusto a depender da fase da persecução criminal. Em que pese a onipresença desses elementos em todos os momentos da atividade persecutória (MARQUES, 2009, p. 106), o problema de pesquisa identificado é verificado ainda no nascedouro daquela atividade estatal - na análise da notícia-crime -, repercutindo suas fragilidades para todas as demais ulteriores etapas da persecução criminal, comprometendo-lhe a segurança e eficiência.

Por outro lado, em que pese dispensável, no sistema brasileiro, uma fase mais profunda de investigação, podendo o titular da ação penal formular a acusação ao Judiciário com base apenas nos elementos de informação trazidos pela notícia-crime (PACELLI, 2017, p. 59), a experiência prática tem revelado que esta fase é fundamental para o sucesso da atividade estatal

²⁵ O autor parte das críticas modernamente formuladas sobre os tradicionais juízos de verdade ou certeza processual, apoiando sua lição sobretudo na doutrina e jurisprudência oriundas dos países adeptos da tradição do sistema do *common law*.

de repressão aos crimes complexos de corrupção.

Sobrelevando a importância da tipicidade para a atuação estatal persecutória, e adotando o conceito jurídico estratificado tripartido de crime ainda prevalente no Brasil, José Frederico Marques (2009) o define como sendo o fato típico, antijurídico e culpável²⁶, salientando que a instauração da fase preliminar investigativa da persecução criminal não exige a pronta constatação de todos aqueles elementos constituintes do delito, mas apenas o vislumbre do seu primeiro, o fato típico, pressuposto necessário ao avanço da análise sobre a existência dos demais. Por ser indiciário da presença da antijuridicidade e da culpabilidade, a possibilidade de enquadramento da conduta noticiada a uma moldura legal típica (tipicidade), legitima o início da atividade investigatória (PACELLI, 2017, p. 106).

Vejam, no tópico seguinte, algumas noções elementares sobre conceitos básicos de direito penal para, então, avançarmos na análise do delito específico do peculato-desvio no contexto escolhido.

2.2 ALGUMAS NOÇÕES ELEMENTARES DA TEORIA DO DELITO

No item anterior, foi mencionado que a atividade estatal persecutória criminal orbita, especialmente, em torno dos conceitos de crime e de tipicidade, de modo que algumas noções preliminares relacionadas devem ser apresentadas antes do passo à análise específica do delito de peculato em sua interação com os demais crimes de corrupção.

O vigente Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940) não traz um conceito de crime, limitando-se a descrever os diversos tipos penais em sua parte especial, sendo essa lacuna preenchida pela dogmática penal no âmbito da denominada teoria do crime ou delito, merecendo destaque o seu conceito analítico ou estratificado em razão de sua utilidade prática para a interpretação dos casos penais, permitindo mais segurança na verificação da existência ou não da infração penal nos casos concretos (GRECO, 2019, p. 197-200). Em consonância com esse destaque, Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 345) definem teoria do delito como “[...] a parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, isto é, quais são as características que deve ter qualquer delito”.

²⁶ Esses conceitos, próprios do direito penal, serão objeto de esclarecimentos no tópico 3.2.

Deste modo, no esforço histórico de conferir segurança ao atuar penal do Estado, a dogmática penal desenvolveu, no âmbito da teoria geral do delito, o conceito estratificado de crime, prevalecendo a sua concepção tripartite como fato típico, antijurídico (ou ilícito) e culpável (GRECO, 2019, p. 203).

Desde então, essa estrutura básica do conceito analítico de crime vem sendo analisada e reinterpretada por diversas correntes de pensamento denominadas “teorias da conduta ou ação”, que emprestam distintas conformações a cada um daqueles elementos básicos a partir de suas particulares concepções da conduta humana que, segundo Cláudio Brandão, é a “pedra angular da teoria do delito com base na qual se formulam todos os juízos que compõem o conceito analítico de delito: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade” (BRANDÃO, 2000).

Dentre todas, destaca-se – porque adotada pelo CPB vigente (BRASIL, 1940) - a teoria finalista da ação, criada por Hans Welzel na primeira metade do século XX, segundo a qual o dolo – vontade consciente de agir para alcançar determinado resultado - passa a integrar a conduta (e não a culpabilidade, como preconizado pela antecessora teoria causalista, impregnada do positivismo científico). A ação humana deixa de ser uma mera exteriorização de movimentos causadora de uma modificação no mundo exterior para ser considerada um agir consciente e voluntário destinado ao alcance de uma determinada finalidade (BRANDÃO, 2000).

Realizando, com base na doutrina de Rogério Greco (GRECO, 2019, p. 200-201), um voo panorâmico sobre o conceito analítico tripartido de crime à luz da teoria finalista da ação, tem-se que o seu primeiro elemento constitutivo - fato típico – é integrado: a) pela conduta humana dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; b) pelo resultado; c) pelo nexo de causalidade entre conduta e resultado; d) pela tipicidade (formal e conglobante)²⁷. Por sua vez, a ilicitude ou antijuridicidade é a relação de contrariedade que se estabelece entre a conduta e o ordenamento

²⁷ Em breve síntese, a teoria da tipicidade conglobante foi criada por Raúl Zaffaroni para corrigir possíveis distorções derivadas do juízo de tipicidade legal, dado pela mera relação de correspondência formal entre a conduta analisada e a descrição típica fornecida pela lei. Segundo aquela teoria, a tipicidade penal exige que a conduta, para além de ajustar-se ao tipo legal, viole a norma e ostente potencial lesivo do bem jurídico que se pretende proteger com o direito penal. Apóia-se na ideia de ordenamento enquanto conjunto harmônico de normas, de sorte que a relação de antinormatividade (contrariedade com a norma) deve ser verificada à luz de todo o sistema normativo, e não apenas à vista do tipo penal isolado. Se determinada conduta, apesar de ajustar-se formalmente ao tipo penal, é fomentada ou mesmo imposta por outras normas do ordenamento jurídico, não há que se falar em tipicidade penal (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 407-412). Do mesmo modo, ainda que ajustada à descrição legal e efetivamente proibida pelo ordenamento normativo, se a conduta não ostenta uma gravidade mínima para além de uma afetação ínfima do bem jurídico, não há que se falar igualmente em tipicidade, sendo um indiferente penal (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 503).

jurídico, sendo aferida por exclusão: se não houver preceito específico e excepcional permitindo a prática da conduta típica proibida, essa será também ilícita²⁸. Por fim, a culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se faz ao autor do fato delituoso em razão da prática da conduta criminosa e é integrada pelos seguintes elementos: a) imputabilidade; b) potencial consciência sobre a ilicitude do fato; c) exigibilidade de conduta diversa.

Portanto, o conceito estratificado de crime – conduta típica, antijurídica e culpável - oferece um roteiro ou caminho lógico para a verificação, em cada caso concreto, da ocorrência ou não de um delito, somente se devendo perquirir sobre a existência de um elemento diante de uma resposta afirmativa quanto à existência do elemento anterior (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 351). Assim, diante de uma notícia-crime, deve-se primeiro averiguar a prática de uma conduta humana consciente e voluntária voltada a determinada finalidade. Apenas se positiva a resposta, deve-se avançar na análise sobre a tipicidade penal e assim sucessivamente.

Por outro lado, conforme mencionado, conduta penalmente típica é necessariamente uma conduta humana, o que remete aos conceitos de **autoria** e **participação**, também não fornecidos pela legislação brasileira²⁹, mas de necessária diferenciação haja vista uma relativa³⁰ distinção de gravidade das consequências jurídicas impostas para uma ou outra condição. Tema alvo de aprofundados debates doutrinários e teorias diversas desenvolvidas no âmbito dos estudos sobre

²⁸ Distinguindo a antijuridicidade da antinormatividade, Zaffaroni e Pierangeli (2019, p. 412) lecionam: “A tipicidade penal implica a contrariedade com a ordem normativa, mas não implica a antijuridicidade (a contrariedade com a ordem jurídica), porque pode haver uma causa de justificação (um preceito permissivo) que ampare a conduta. A antijuridicidade pressupõe a antinormatividade, mas não é suficiente a antinormatividade para configurar a antijuridicidade, pois a antinormatividade pode ser neutralizada por um preceito permissivo. Dito em outras palavras, posto que a tipicidade penal implica a antinormatividade, a antijuridicidade com relevância penal pressupõe a tipicidade. Nesse sentido, a tipicidade atua como um indício da antijuridicidade, como um desvalor provisório, que deve ser configurado ou desvirtuado mediante a comprovação das causas de justificação. Por esta razão é que MAX ERNST MAYER assinalava a relação entre a tipicidade e a antijuridicidade com a afirmação de que ambas se comportam como a fumaça e o fogo, isto é, que a fumaça (a tipicidade) é um indício do fogo (antijuridicidade)”.

²⁹ “Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)” (BRASIL, 1940).

³⁰ Embora o sistema brasileiro não promova uma distinção mais clara e significativa entre autoria e participação no nível do injusto (fato típico e antijurídico), de regra respondendo autor e partícipe pelo mesmo delito (LOBO DA COSTA, 2019), certo é que a lei parece prever diferenciação no campo da culpabilidade, condicionando a gravidade da resposta penal e, portanto, justificando o esforço teórico.

o concurso de agentes³¹ ou concorrência de pessoas para a prática de uma mesma³² infração penal, foram desenvolvidos conceitos ora mais restritivos³³, ora mais elásticos³⁴ de autor, merecendo destaque, por sua impactante repercussão, a denominada “teoria do domínio do fato”, de controvertida aplicação prática (e mesmo teórica)³⁵ em casos de relevo no contexto de crimes complexos fundados na divisão de tarefas e praticados em ambientes organizacionais hierarquizados como em empresas ou na Administração Pública (LOBO DA COSTA, 2019).

Em linhas generalíssimas e superficiais, sem qualquer pretensão de um inviável aprofundamento do tema nesta sede, tal como estruturada e publicada por Claus Roxin em 1963, a teoria do domínio do fato tem como reitora a ideia de autor como figura central do acontecer típico, manifestando-se concretamente sob três formas: domínio da ação, domínio da vontade e domínio funcional do fato (GRECO; LEITE, 2014, p. 24-25).

Em síntese simplificadora, autor seria quem tem o domínio (da ação, da vontade ou funcional) do fato criminoso, enquanto instigador e cúmplice (partícipes) não o teriam (LOBO

³¹ A conclusão pela existência, em dado caso concreto, do concurso de agentes depende da verificação de quatro requisitos: pluralidade de agentes e de condutas, relevância causal de cada conduta para a produção do resultado proibido, liame subjetivo (vínculo psicológico) entre os agentes e identidade de infração penal (GRECO, 2019, p. 548). Ou seja, cada um dos agentes, em unidade de desígnios, deseja colaborar para a prática de um mesmo crime e atua de forma relevante para que ele se consuma.

³² No contexto do concurso de agentes, a doutrina desenvolveu distintas teorias também com a finalidade de distinguir e identificar os crimes praticados por cada um de seus participantes (autores e partícipes), tendo o CPB (BRASIL, 1940) adotado, como regra, a teoria monista ou unitária, segundo a qual ambos – autores e partícipes – praticam um único delito, embora há quem aponte para flexibilizações específicas no código características da teoria dualista (segundo a qual haveria uma espécie de crime para autores e outra para partícipes), defendendo assim a adoção de uma teoria monista “matizada ou temperada” (GRECO, 2019, p. 549-550).

³³ Para os adeptos desse conceito restritivo de autor – atrelado a uma teoria objetiva da participação -, autor seria apenas aquele que praticou a conduta descrita no tipo penal, sendo os demais colaboradores considerados partícipes. (GRECO, 2019, p. 551-552). Uma das principais falhas apontadas nessa orientação é a sua incapacidade para explicar a autoria mediata ou indireta, atribuída àquele que, no contexto da teoria do domínio do fato, detém o controle sobre o curso da configuração central do fato criminoso, se vale de terceira pessoa como mero instrumento para a execução da conduta delitiva (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 595-599).

³⁴ Adotando como premissa a teoria da equivalência das causas ou condições para a ocorrência do delito, o conceito extensivo não distingue autoria de participação: considera-se autor todo aquele que, de alguma forma (executando o núcleo da conduta típica ou não), contribuiu de modo relevante para a causação do resultado. Buscando operar aquela necessária distinção, a teoria subjetiva da participação agrega elementos de natureza subjetiva ou psicológica: o ânimo de ser autor, desejando o fato como próprio, e o ânimo de ser mero partícipe, desejando o fato como obra de terceiro (GRECO, 2019, p. 553). Contudo, a observação da prática pretoriana permitiu a constatação de graves distorções na aplicação desses critérios subjetivos (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 594-595).

³⁵ Segundo a interpretação de Luís Greco e Alaor Leite sobre a obra de Roxin (GRECO; LEITE, 2014), a teoria do domínio do fato nem se aplicaria aos denominados “delitos de dever” (categoria da qual o peculato seria espécie), nem se aplicaria a figura do “domínio da organização” – derivação da vertente “domínio da vontade” – a organizações lícitas, estruturadas conforme o direito.

DA COSTA, 2019, p. 226). Nesse passo, o domínio da ação estaria relacionado com a figura do autor imediato, aquele que, em razão de pessoal e diretamente praticar todos os elementos da conduta típica, teria o controle do fato. Por sua vez, uma segunda forma de manifestação concreta da teoria seria por meio do domínio – pelo denominado autor mediato - da vontade de um terceiro que, por algum meio (coação, erro ou submissão a um aparato organizado e verticalizado de poder), é reduzido a mero instrumento na execução do delito. Por fim, o domínio funcional do fato liga-se às hipóteses de coautoria, em que dois ou mais agentes atuam coordenadamente na realização da conduta típica (GRECO; LEITE, 2014, p. 25-30).

De forma muito simplificada, este é o ferramental teórico dogmático básico que os diversos operadores do direito – e, em especial, os agentes estatais - devem mobilizar para viabilizar a persecução dos crimes em geral, devendo a investigação demonstrar a prática do delito em todos os seus elementos integrantes.

Ocorre que, no âmbito da investigação de crimes complexos de corrupção, referido ferramental teórico deve ser incrementado, não podendo prescindir da compreensão teórica, ainda que em linhas gerais, do macroprocesso de execução orçamentária para a realização das despesas públicas.

2.3 O CRIME DE PECULATO E O PROBLEMA DA REPRESENTAÇÃO E VALORAÇÃO JURÍDICA DOS FENÔMENOS COMPLEXOS DE CORRUPÇÃO NO CONTEXTO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

O Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940) reserva o Título XI da parte especial à previsão dos crimes contra a Administração Pública. Este elenco de tipos penais se destina a oferecer o reforço da proteção penal – sistema mais gravoso de proteção estatal de bens jurídicos – ao interesse público encerrado pela Administração Pública, considerada, esta, na acepção mais ampla de suas concepções objetiva (conjunto de atividades estatais diversas das funções legislativa e jurisdicional) e subjetiva (conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas incumbidas de executar tais atividades) (MASSON, 2019, p. 539-540).

Em que pese cada específico delito deste gênero possa estender sua proteção a outros bens jurídicos, a nota comum que os reúne sob um mesmo título é, portanto, a pretendida tutela penal destinada a resguardar o normal funcionamento da Administração Pública, o patrimônio do Estado, a probidade administrativa, a impessoalidade, a publicidade, a moralidade e a eficiência (FAZZIO JÚNIOR, 2002, p. 41-42).

Dentro do universo albergado pelo mencionado Título XI, o seu Capítulo I (BRASIL, 1940) destaca e reúne em sua estrutura a categoria de delitos ditos **funcionais**, porquanto praticados por funcionário público no exercício da função ou em razão dela (MASSON, 2019, p. 545). O próprio Código, em seu art. 327, fornece o conceito de funcionário público para fins penais, emprestando-lhe amplo alcance:

“Funcionário público

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.” (BRASIL, 1940).

E o primeiro, dentre os crimes daquela categoria, é justamente o peculato, assim descrito em sua modalidade dolosa básica pelo *caput* do art. 312 daquele diploma legislativo:

“Peculato

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.” (BRASIL, 1940).

Trata-se, segundo a doutrina, de delito funcional **impróprio**, isto é: retirada do seu autor (ou sujeito ativo do crime) a condição especial de funcionário público, ainda assim segue existindo uma conduta criminosa, porém, de natureza diversa, a exemplo da apropriação indébita (MASSON, 2019, p. 545-546). Em seus comentários específicos sobre esse delito, reconhecendo-lhe uma dupla objetividade jurídica, no que se refere ao seu raio de proteção, Néelson Hungria (HUNGRIA, 1959, p. 345-346) leciona que a tipificação do peculato se volta contra a violação do dever funcional e contra o dano patrimonial imposto à administração pública, alçando este último como condição essencial à verificação daquele delito.

Como visto na introdução deste trabalho, o peculato de grande monta se insere na categoria dos crimes do colarinho branco (SUTHERLAND, 2015), normalmente infligindo grandes danos difusos (MASSON, 2019, p. 543) justamente porque atinge recursos públicos escassos que deveriam ser eficientemente aplicados no benefício de todos (GARCIA; ALVES, 2008, p. 22), revelando-se especialmente lesivo quando praticado nas circunstâncias aqui eleitas, ou seja, de forma associativa, planejada, organizada, continuada e profissionalizada.

A modalidade básica do crime descrita no *caput* do art. 312, acima transcrito, contempla duas espécies: os denominados peculato-apropriação e peculato-desvio. O objeto material sobre o qual recaem ambas as espécies de conduta criminosa deve ser dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, pertencentes a terceiros e de que tem a posse lícita³⁶ o funcionário público em razão do cargo (BITENCOURT, 2019, p. 46). Segundo Cleber Masson:

“No peculato apropriação o núcleo do tipo é “apropriar-se”, ou seja, posicionar-se (*sic*) em relação em relação à coisa como se fosse seu proprietário (*animus domini*). [...] Por sua vez, no peculato desvio o núcleo do tipo é “desviar”, equivalente a distrair ou descaminhar. O sujeito confere à coisa destinação diversa da inicialmente prevista [...]” (MASSON, 2019, p. 566).

Nessas modalidades de peculato, o crime se consuma com a efetiva apropriação ou desvio do objeto material (BITENCOURT, 2019, p. 51). Por fim, ainda no campo das classificações doutrinárias, trata-se de crime **material** (que exige resultado naturalístico para sua consumação), em regra **comissivo** (os verbos nucleares do tipo descrevem uma ação) e excepcionalmente **omissivo impróprio** - praticado por omissão, quando o autor se encontra na posição legal de garantidor do bem jurídico, nos termos do art. 13, § 2º, do CPB (BRASIL, 1940)³⁷ -, de **forma livre** (pode ser praticado por qualquer meio, não havendo uma forma predeterminada pela lei), **instantâneo** (o resultado jurídico se opera de forma imediata, sem se prostrar no tempo), **unissubjetivo** (que pode ser praticado por um único sujeito ativo) e **plurissubsistente** (cuja conduta pode ser constituída por mais de um ato, quando então seu processo executório pode ser fracionado) (BITENCOURT, 2019, pg. 52).

Descritas em linhas bastante gerais, dentre as modalidades básicas de peculato tipificadas no *caput* do art. 312 do CPB (BRASIL, 1940), interessa-nos, neste trabalho, o peculato na modalidade **desvio**, tendo como objeto material o **dinheiro**, isto porque, segundo entendemos, é a figura típica que melhor se amolda aos desfalques financeiros em face do Estado, quando

³⁶ Conforme ainda sublinhado por Cezar Roberto Bitencourt (BITENCOURT, 2019, p. 42-43), a **prévia** posse legítima do dinheiro, bens ou valores apropriados ou desviados pelo funcionário público é pressuposto sem o qual não se poderia falar nas figuras típicas de peculato descritas no *caput* do art. 312, devendo o conceito de posse ser – para fins de enquadramento típico – compreendido de forma ampla para contemplar, além da posse direta, a disponibilidade jurídica (poder de disposição indireta por meio de ordens, requisições ou mandatos quando não se tem a disponibilidade material) e até a mera detenção (disponibilidade física ou material do objeto exercida em nome de terceiro, sem poder jurídico de disposição).

³⁷ “Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. [...] § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.”

praticados por meio da manipulação fraudulenta dos procedimentos administrativos ligados à execução orçamentária para a realização da despesa pública.

De fato, em casos tais, os **agentes públicos** envolvidos ostentam, **licitamente e em razão do cargo**, a **prévia posse** - direta, indireta ou detenção, a depender da posição hierárquica ocupada na Administração Pública e da função específica que lhe couber no macroprocesso de execução orçamentária -, dos **recursos públicos** destacados para a realização da despesa pública. Todavia, por meio de específicos expedientes fraudulentos (sobrepço e superfaturamento) encobertos por maquiagens documentais, ideológicas e contábeis, aqueles são, parcial ou totalmente, **desviados de sua finalidade lícita em benefício de agentes públicos e particulares**.

Conforme visto, o peculato é classificado pela doutrina como um crime de **forma livre**, de modo que os meios de sua execução encontram limites apenas na imaginação humana: sua prática aceita, portanto, desde as condutas mais simples, de fácil e imediata visualização, até as mais sofisticadas e de complicada representação. E, como ficará mais claro a partir da análise do macroprocesso de execução orçamentária e de suas repercussões sobre o fenômeno criminoso do peculato, o objeto do presente trabalho se localiza na categoria daqueles fatos mais complexos.

Ainda que não se valha de métodos de elevada sofisticação, pelo simples fato de serem praticados através das estruturas burocráticas dos entes públicos, por meio da manipulação fraudulenta de procedimentos administrativos, tais crimes revelam uma complexidade invulgar se comparados à generalidade das infrações penais. Complexidade, essa, que é especialmente evidenciada no contexto da contratação de fornecedores em razão da extensão objetivo-subjetiva e densidade regulatória do seu processo de execução orçamentária.

Regra geral, esses fenômenos criminosos não se apresentam claros aos olhos do intérprete – cidadão ou autoridade pública - no que se refere aos seus elementos estruturais básicos. Autoria e materialidade se entrelaçam e se diluem na complexidade administrativa de múltiplas estruturas orgânicas, agentes e funções. Segundo percebido ao longo da experiência prática, trata-se verdadeiramente de uma complexidade atordoante e, em muitos casos, comprometedora da atuação estatal persecutória eficiente desde a sua origem, tendo em vista a quantidade de dados e informações comumente envolvidas, que normalmente chegam ao conhecimento das instituições por meio de narrativas confusas (MENDRONI, 2013, p. 348) e apartadas de uma ordem cronológica.

Nessas circunstâncias, a representação ou compreensão do fato (quem praticou o que, quando, como e onde) é comprometida desde sua origem mais corriqueira – a notícia do ilícito encaminhada pelo cidadão -, não sendo diferente para as autoridades públicas incumbidas de apurá-lo. Essa incompreensão dificulta a elaboração de hipóteses investigatórias bem delimitadas, prejudicando o planejamento da investigação, a escolha das diligências apuratórias e dos melhores meios de sua execução.

As consequências são por demais conhecidas dos que militam no sistema de justiça criminal: investigações genéricas, burocráticas, excessivamente prolongadas e de resultados probatórios frágeis, inservíveis para sustentar acusações potencialmente exitosas, transformando o processo penal numa verdadeira aventura fadada ao fracasso na perspectiva daqueles responsáveis pela proteção do patrimônio público, diante desses fenômenos criminosos cada vez mais organizados.

Em parte, parece-nos, que isto ocorre porque a lente utilizada para a interpretação desses fenômenos complexos costuma ser aquela mesma, ordinariamente empregada para a análise dos crimes em geral, quando deveria se apresentar incrementada pela compreensão – teórico-normativa e prático-administrativa ordinária - do funcionamento da gestão pública em seus múltiplos aspectos de estruturação e atuação, em especial, das regras regulamentadoras do processo de execução orçamentária. Isto porque o primeiro e fundamental elemento do crime de peculato – sua materialidade, consistente no dano financeiro – nasce, se desenvolve e se consuma juntamente com a própria despesa pública.

Sem a compreensão de como se constitui (fase do planejamento da contratação) e se realiza (fase da execução contratual) o conteúdo econômico desta (estabelecimento de valores pecuniários em troca de uma determinada prestação, seja ela o fornecimento de bens, construção de obras ou realização de serviços), dificulta-se a compreensão, nos casos concretos, de quando e como os montantes desviados foram ou poderiam ter sido materializados na complexidade das relações contratuais públicas.

Por conseguinte, a falta de clareza sobre o processo de constituição e consumação do dano (materialidade: o que) naturalmente repercute sobre o segundo elemento básico de toda e qualquer conduta criminosa, sua autoria (quem). Em consequência, o resultado observado na prática tem sido uma tendência de imputação objetiva, a gestores ordenadores de despesas, de responsabilidade criminal por danos ao erário em decorrência do simples ato administrativo de ordenar o pagamento de uma despesa que se revelara no todo ou em parte indevida, sem

suficiente prova do vínculo psicológico³⁸ daquele agente público com o resultado danoso do qual, ordinariamente, se encontra física e juridicamente distante, tendo em vista a complexidade da arquitetura administrativa. Por violar um dos princípios basilares do direito penal moderno – o da responsabilidade subjetiva -, tais imputações tendem ao fracasso, com graves danos de variadas ordens.

Segundo se pretende expor, é justamente a consciência dessa realidade administrativa e de sua dinâmica que – posta em perspectiva cronológica - possibilitará uma maior clareza na representação detalhada dos fatos criminosos que sobre ela se desenvolvem, gerando um ciclo potencialmente virtuoso, pois a referida clareza de representação favorece a distinção entre mera desorganização administrativa e práticas criminosas.

Bem como a formulação de hipóteses investigatórias mais precisas e juízos de tipicidade melhor ajustados aos fatos serve de instrumento a guiar a investigação por caminhos mais seguros rumo à coleta de evidências da materialidade delitiva e identificação dos correlatos autores; auxilia a análise otimizada do vasto universo probatório; e orienta a exposição lógica, racional e simplificada das evidências nas peças processuais, viabilizando o amplo exercício do direito de defesa, o trabalho judicial de verificação das teses acusatórias e a prestação de contas à sociedade.

Vejamos, em linhas gerais, no próximo capítulo, como se desenvolve o macroprocesso de execução orçamentária nas contratações públicas e de que forma ele repercute sobre os fenômenos criminosos objeto deste trabalho.

³⁸ O elemento subjetivo da conduta, no caso, o dolo: a consciência e vontade de contribuir para a produção do dano ao erário e assim desviar recursos públicos.

3 DESPESA PÚBLICA, DANOS AO ERÁRIO E DESVIO: AS REPERCUSSÕES DO MACROPROCESSO DE EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA SOBRE OS FENÔMENOS CRIMINOSOS DE CORRUPÇÃO

Conforme visto, muitas são as dificuldades que se colocam quando da análise de ilícitos de corrupção, sobretudo aqueles praticados no contexto dos processos de contratações públicas. Por contemplar os mais variados fenômenos, para além do domínio do amplo conjunto de regras jurídicas envolvidas nesses processos analíticos – que desbordam do direito penal comum – e da estrutura complexa dos fatos criminosos, a atividade de investigação demanda também um conhecimento transversal, um diálogo com outras áreas do saber, variando conforme as regras de cada específico negócio.

Nessas situações, os instrumentos do direito penal e processual penal incidem sobre uma realidade - o processo de execução orçamentária, ou seja, de constituição e realização das despesas públicas – altamente complexa e regulada na **forma de seu proceder** (destacando-se as normas de direito administrativo e financeiro), cujo **conteúdo** é ainda influenciado pelas regras próprias de cada ramo do saber relacionado às múltiplas possibilidades de objeto das contratações públicas: economia, finanças, contabilidade, diversas especialidades de engenharia, serviços de saúde, educação, infraestrutura e saneamento, dentre outros tantos.

Assim, parece-nos lógica a conclusão de que esse complexo **dever ser normativo** (aspecto estático) precisa ser compreendido – ao menos em suas linhas gerais³⁹ – pelas autoridades investigantes. De igual modo, se faz necessário também o diagnóstico da **prática administrativa normal** (aspecto dinâmico) do arcabouço normativo na realidade particular do ente público investigado.

Isto porque, se os agentes corruptos se valem das mesmas estruturas burocráticas e do controle ilícito de seus procedimentos para atingir suas finalidades criminosas, terminam por lhes incorporar as mesmas características de complexidade subjetiva, objetiva e dinâmica na estruturação e execução das diversas condutas criminosas. E são as distorções ou desvios dos padrões normativos ou práticos verificados nesse intrincado atuar procedimental, em especial

³⁹ Decerto, não se deve exigir que as autoridades investigantes – de formação exclusiva ou preponderantemente jurídica – detenham um conhecimento aprofundado sobre todas as áreas técnicas normalmente relacionadas a esses fenômenos. Todavia, conhecendo esses processos em suas linhas gerais, as autoridades presidentes das investigações terão uma maior clareza sobre quais irregularidades buscar e, quanto aos ramos do conhecimento, deverá recorrer para tanto, facilitando e otimizando o diálogo entre as diversas *expertises*.

nos processos de constituição dos preços públicos e da execução e fiscalização contratuais, que irão materializar, em cada caso concreto, o peculato e os outros diversos⁴⁰ crimes possíveis de serem praticados nesse contexto, conduzindo ainda a investigação rumo à identificação individualizada de seus responsáveis e definição dos respectivos graus de reprovabilidade.

Este capítulo pretende chamar a atenção para as relações existentes entre a dinâmica do processo executório da despesa pública e o fenômeno criminoso que sobre ele se debruça, podendo ser assim sintetizadas: 1) a corrupção grave visa ao desvio de dinheiro público com baixos riscos, o que apenas se consegue por meio da manipulação sub-reptícia ilícita dos processos orçamentários de execução da despesa pública - fraudada na essência e maquiada na forma -, servindo de veículo ao desvio dos recursos públicos; 2) a despesa pública somente se realiza por meio de um longo encadeamento de atos e procedimentos administrativos, praticados por agentes diversos alocados em lugares administrativos também diversos; 3) as muitas condutas típicas que compõem os esquemas de desvios continuados assumem, necessariamente, estas mesmas características de complexidade em suas dimensões subjetiva, objetiva e dinâmica.

Portanto, mais do que as minúcias técnico-jurídicas, orçamentárias e financeiras, interessa-nos a **interação lógica e dinâmica** desses fenômenos lícitos e ilícitos. Vejamos, em linhas gerais, as principais características do processo de execução orçamentária voltado à constituição e realização das despesas públicas no contexto das contratações de fornecedores da Administração Pública e como tais características repercutem sobre a estruturação dos fenômenos criminosos que dele se apropriam com a finalidade de desviar recursos públicos do erário. Conforme se verá no capítulo seguinte, é a consciência dessas relações e de suas lógicas que servirá de guia facilitador da compreensão de tais fenômenos complexos e orientador das correlatas investigações.

⁴⁰ Com efeito, em razão de sua extensão e complexidade, o controle fraudulento do macroprocesso de execução orçamentária demanda a prática de uma série de crimes em suporte ao objetivo principal (desvio de dinheiro público): nesses fenômenos de corrupção do colarinho branco mais organizados e profissionalizados incidentes sobre as contratações públicas, ordinariamente se pode divisar um verdadeiro **ciclo criminal** constituído por um “rosário” de crimes de natureza principal (peculato), secundária ou instrumental (crimes licitatórios, concussão, corrupção ativa e passiva, falsidades documentais e ideológicas, dentre outros) e de terceiro nível (lavagem de dinheiro) (MENDRONI, 2012, p. 27-29), tornando especialmente complicados a representação mental dos acontecimentos e o exercício dos múltiplos e interrelacionados juízos de tipicidade penal, comprometendo a eficiência na formulação de hipóteses delitivas e no planejamento investigatório.

3.1 CORRUPÇÃO, DESPESA PÚBLICA, EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA E DESVIO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Muitas são as possibilidades de fraude ou corrupção pública, aqui compreendida como a dolosa violação da norma por agentes estatais em prejuízo ao erário.

Santos e Souza (2018, p. 23) reúnem uma série de conceitos de **fraude**, todos eles tendo como característica comum a intenção de violar a norma com a finalidade de obtenção de uma vantagem indevida. Aquele fornecido pelo Conselho Federal de Contabilidade (doravante CFC) explicita bem referidos elementos: “Fraude é o ato intencional de um ou mais indivíduos da administração, dos responsáveis pela governança, empregados ou terceiros, que envolva dolo para a obtenção de vantagem injusta ou ilegal” (CFC, 2009)⁴¹.

Como já afirmado, dentre as mais graves formas de corrupção, estão aquelas condutas intencionais cuja vantagem injusta se traduz em extensas lesões ao erário, praticadas com a concorrência consciente de agentes públicos para promover o enriquecimento ilícito próprio e/ou de terceiros, pois representam a completa subversão da ordem normativa, atingindo recursos naturalmente escassos, estimulando a ineficiência administrativa e aprofundando desigualdades, corroendo os pilares da República (GARCIA; ALVES, 2008, p. 22).

No contexto dos desvios de recursos públicos por meio de fraudes a processos de contratações públicas de fornecedores, as múltiplas e pequenas ilegalidades intencionais não são, de regra, um fim em si mesmo. Ao contrário, prestam-se – todas e cada uma delas - a uma clara finalidade: viabilizar desvios de recursos públicos para o enriquecimento ilícito privado. De fato, seus principais responsáveis visam ao dinheiro fácil (MENDRONI, 2012, p. 42). E o Estado é um grande concentrador de recursos financeiros, além de tomador de serviços e

⁴¹ Nada obstante, em contraste à característica intencionalidade da fraude, é preciso esclarecer que, eventualmente, a lesão ao erário pode decorrer do simples **erro**, conceituado como sendo o “ato não voluntário, não intencional, resultante de omissão, desconhecimento, imperícia, imprudência, desatenção ou má interpretação de fatos na elaboração de documentos, registros ou demonstrações. Existe apenas culpa, pois não há intenção de causar dano” (SANTOS; SOUZA, 2018, p. 25). A ressalva é importante, pois a prática tem revelado não ser incomum, nessa espécie de fenômeno complexo que envolve a atuação de diversos atores, a verificação de distintas naturezas de contribuições individuais para o resultado danoso: dolosas ou intencionais (com distintos graus de intensidade), culposas ou mesmo inconscientes, quando determinados agentes do processo são manobrados sem disto se dar conta em razão dos expedientes fraudulentos utilizados. Assim, as possibilidades de combinações concretas são inúmeras, competindo à investigação, caso a caso e individualmente, identificar a natureza e demais circunstâncias de cada contribuição significativa para a produção do dano.

adquirente de bens (LEITE, 2019, p. 739), logo, natural que atraia o interesse de corruptos e corruptores⁴².

Ocorre que - dado o atual estágio da tecnologia da informação e das comunicações, com a paulatina informatização dos órgãos públicos, dos processos de prestação e análise de contas, o incremento da transparência e a consequente facilitação do acesso a dados, informações e documentos públicos a progressiva expansão do controle social e aprimoramento das instituições de controle interno e externo da Administração Pública - muito dificilmente tais condutas ilícitas se aperfeiçoariam e se perpetuariam no tempo senão por meio da manipulação substancial fraudulenta dos processos de execução orçamentária destinados à legítima realização das despesas públicas e da maquiagem formal dos atos viciados.

Do contrário, graças à referida expansão e aperfeiçoamento dos sistemas de controle formal e social, são cada vez maiores as chances de os responsáveis serem descobertos em suas práticas criminosas⁴³. Disto – do aperfeiçoamento do controle e da correspondente necessidade de sofisticação das práticas criminosas - decorre a relação direta entre despesa pública e desvios, pois os agentes corruptos não desejam o dinheiro pelo dinheiro, mas, sim, dele usufruir tranquilamente, sem riscos. E, compreendido o fluxo de constituição e realização da despesa pública como o dinheiro em movimento nos entes estatais, controlar o macroprocesso orçamentário, superestimando pagamentos indevidos sob a proteção de fiscalizações de fachada, formas documentais e registros contábeis maquiadores da verdade, é o caminho mais

⁴² Segundo levantamento do Tribunal de Contas da União (TCU), dentre as muitas atividades estatais, apenas as despesas decorrentes de licitações e contratos envolvem entre 10% e 15% do Produto Interno Bruto (PIB) Nacional, cerca de 500 bilhões de reais por ano (SANTOS; SOUZA, 2018, p. 22), expondo as contratações públicas à ação desses fenômenos criminosos. Atualizando aquela cifra segundo os dados do IBGE, em 2020 (quando o PIB brasileiro atingiu a marca de 7,4 trilhões de reais), as despesas públicas relacionadas às licitações e contratos responderiam por, pelo menos, 740 bilhões de reais (IBGE, [s.d.]).

⁴³ O contato profissional com inúmeros casos concretos revela que, num passado não muito distante – sobretudo naqueles municípios menores mais afastados dos grandes centros urbanos e, portanto, mais distantes dos sistemas de controle formal da administração pública -, eram relativamente comuns a verificação de condutas criminosas de desvios de recursos públicos menos sofisticadas, praticadas sem maiores preocupações com a sua deliberada ocultação ou maquiagem, por meio de fraudes documentais, financeiras e contábeis. A prática institucional coleciona, por exemplo, inúmeros casos de saques, emissão de cheques e transferências bancárias diretamente para a conta pessoal de gestores, agentes públicos ou de terceiros (estranhos aos quadros funcionais dos entes públicos e sem qualquer relação contratual com os mesmos) sem que a tais atos financeiros correspondesse a existência de qualquer despesa pública e sem que os mesmos fossem maquiados por meio de documentos falsos ou manipulações contábeis, a fim de que se lhes emprestassem ao menos uma aparência de licitude. Em outras palavras, a fragilidade do controle formal e social permitia, sem maiores riscos de descoberta e responsabilização, a retirada pura e simples de dinheiro das contas públicas. Contudo, com a progressiva qualificação dos sistemas de controle, as práticas criminosas também seguem se aperfeiçoando, inserindo as fraudes documentais, contábeis e a lavagem e dinheiro em seu *modus operandi*.

seguro para se alcançar aquele intento criminoso. Não por acaso, a oportunidade decorrente da fragilidade dos sistemas de controle dos processos administrativos é apontada como o principal fator contributivo para a prática de fraudes (SANTOS; SOUZA, 2018, p. 27).

Por esta razão, a experiência tem revelado que os esquemas criminosos mais organizados se apropriam de tais processos, desviando-lhes de sua finalidade pública. Para tanto, fragilizam estruturas burocráticas por meio especialmente da precarização dos vínculos de pessoal e desvalorização remuneratória, aparelhando-as e controlando suas funções mais estratégicas; subtraem dos atos administrativos a sua essência, expondo-lhes apenas as formas vazias, por meio das quais ocultam as práticas criminosas, dificultando a sua detecção e demonstração pelos órgãos de controle; direcionam contratações públicas superestimadas e fraudam as execuções contratuais, inflando artificialmente os pagamentos, por meio de duas categorias de expedientes fraudulentos: o sobrepreço e o superfaturamento. Finalmente, por meio de fiscalizações de fachada e falsidades ideológicas, documentais e contábeis, maquiam as fraudes e viabilizam os desfalques criminosos às contas públicas.

Atualmente, portanto, os desvios de recursos públicos ocorrem normalmente travestidos de despesas públicas legítimas, sendo nelas embutidos por meio de dois distintos expedientes fraudulentos: 1) o **sobrepreço** ou **superestimativa de valor** do objeto contratado (bem, serviço, locação ou obras); e 2) o **superfaturamento**.

Luiz Henrique Lima (LIMA, 2016, [s.p.]) assim define esses dois expedientes fraudulentos que, juntos, compõem o dano ao erário ou valor desviado por meio de fraudes às contratações públicas de fornecedores:

“Sobrepreço é a irregularidade que ocorre quando o preço global de um contrato ou os preços unitários constantes de sua composição encontram-se injustificadamente superiores aos preços praticados no respectivo mercado. Por sua vez, podem ocorrer duas modalidades de superfaturamento: a primeira quando se faturam serviços ou itens de uma obra ou fornecimento com sobrepreço; e a segunda quando se faturam serviços ou itens que não foram executados ou entregues, total ou parcialmente. No primeiro caso, um contrato com sobrepreço, ao ser executado, gerou superfaturamento. No último, mesmo que o contrato tenha sido celebrado com estrita observância dos preços de mercado, o superfaturamento deriva do fato de o produto não ter sido entregue na quantidade ou na qualidade especificadas e, ainda assim, o pagamento ter sido feito na totalidade ou em montante superior ao devido. Assim, o superfaturamento está associado a despesas irregulares durante a execução do contrato, ao passo que o sobrepreço envolve falhas no processo da contratação. O sobrepreço no momento da celebração contratual viabiliza o superfaturamento na etapa de sua execução” (LIMA, 2016, [s.p.]).

Atento a sua importância, o legislador já definia aqueles institutos na denominada lei das estatais (BRASIL, 2016):

“Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

§ 1º Para os fins do disposto no caput, considera-se que há:

I - sobrepreço quando os preços orçados para a licitação ou os preços contratados são expressivamente superiores aos preços referenciais de mercado, podendo referir-se ao valor unitário de um item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, ou ao valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por preço global ou por empreitada;

II - superfaturamento quando houver dano ao patrimônio da empresa pública ou da sociedade de economia mista caracterizado, por exemplo:

- a) pela medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas;
- b) pela deficiência na execução de obras e serviços de engenharia que resulte em diminuição da qualidade, da vida útil ou da segurança;
- c) por alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado;
- d) por outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a empresa pública ou a sociedade de economia mista ou reajuste irregular de preços.” (BRASIL, 2016).

Mais recentemente, a nova lei geral de licitações e contratos (BRASIL, 2021) também incorporou tais conceitos ao seu texto, mais precisamente em seu art. 6º⁴⁴:

“Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

LVI - sobrepreço: preço orçado para licitação ou contratado em valor expressivamente superior aos preços referenciais de mercado, seja de apenas 1 (um) item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, seja do valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por tarefa, empreitada por preço global ou empreitada integral, semi-integrada ou integrada;

LVII - superfaturamento: dano provocado ao patrimônio da Administração, caracterizado, entre outras situações, por:

- a) medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas;

⁴⁴ Eis a feição normativo-estática ou conceitual dos dois principais expedientes fraudulentos que, como dito, constituem o conteúdo econômico-financeiro da materialidade delitiva nos crimes de peculato-desvio. Contudo, em que pese necessária essa compreensão meramente jurídica de tais institutos é insuficiente para aclarar a representação hipotética das condutas criminosas. É preciso que o entendimento jurídico venha acompanhado da consciência de que a prática administrativa é viva, dinâmica e estruturalmente complexa: o dever-ser normativo tem um modo próprio de se manifestar fenomenalmente em cada realidade orgânica.

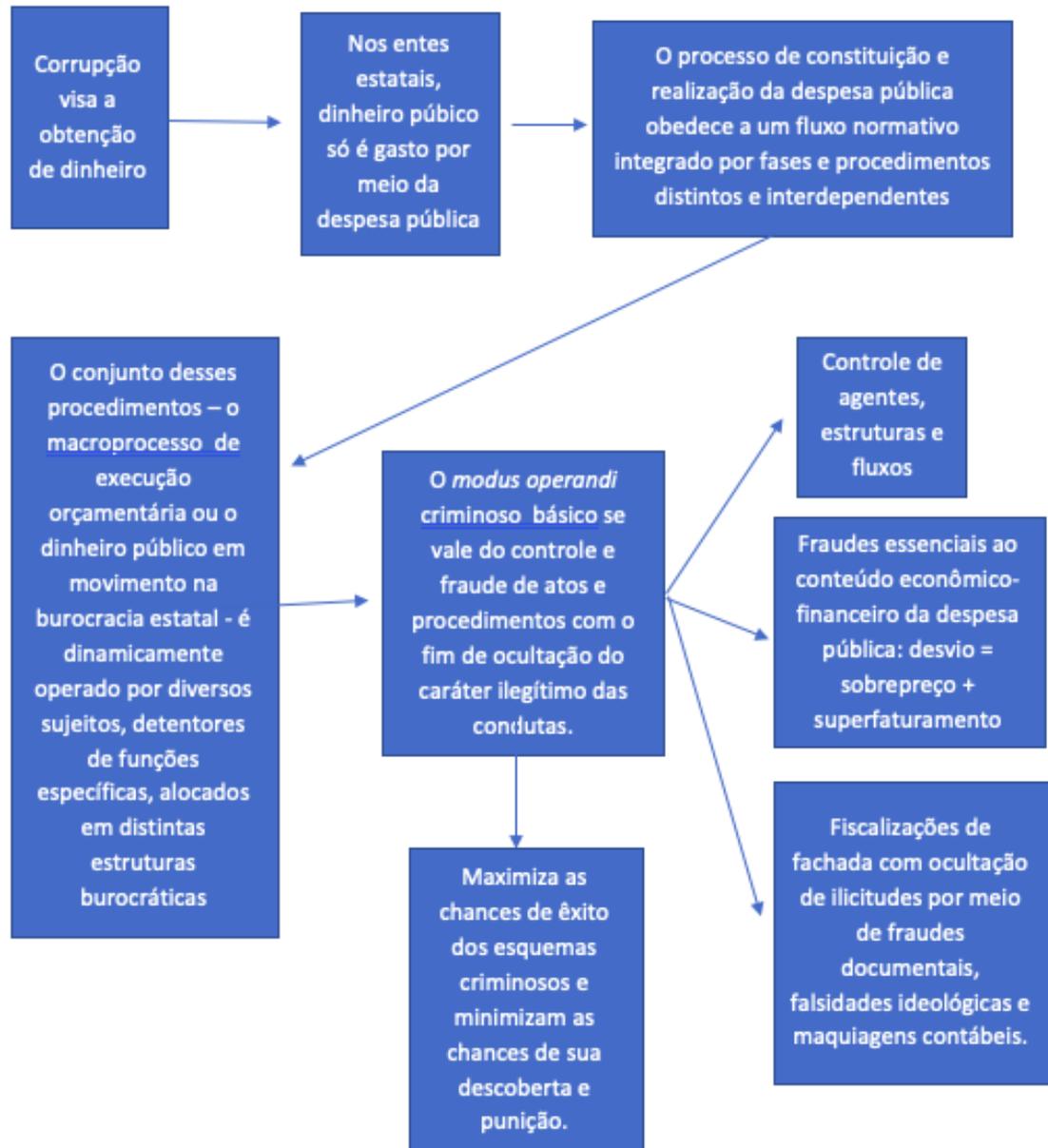
- b) deficiência na execução de obras e de serviços de engenharia que resulte em diminuição da sua qualidade, vida útil ou segurança;
- c) alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado;
- d) outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a Administração ou reajuste irregular de preços (...).” (BRASIL, 2021).

Somados, tais expedientes constituem o conteúdo econômico-financeiro da materialidade delitiva dos crimes de peculato no contexto estudado, integrada ainda pela expressão documental das diversas fraudes acessórias, incidentes sobre o longo macroprocesso de execução orçamentária. Se a despesa pública regular é a manifestação legítima do gasto público, o sobrepreço e o superfaturamento são os meios de defraudá-la, de modo que é preciso entender como, quando e onde se aperfeiçoam no fluxo procedimental.

Em suma, corrupção e despesa pública se entrelaçam de tal modo em seus respectivos procedimentos de constituição e consumação, que tem se revelado cada vez mais difícil se promover grandes desvios continuados de dinheiro público sem o controle ilícito das principais fases dos diversos procedimentos voltados à realização do gasto público regular, cujo conjunto denominamos de **macroprocesso de execução orçamentária para realização das despesas públicas**, a seguir mais minuciosamente descrito.

Em simplificada ilustração esquemática:

Figura 2 - Macroprocesso de execução orçamentária para realização das despesas públicas



Fonte: Elaborado pelo autor, 2021.

3.2 A COMPLEXIDADE DO FENÔMENO DA REALIZAÇÃO DA DESPESA PÚBLICA, POR MEIO DAS ESTRUTURAS BUROCRÁTICAS E FLUXOS ADMINISTRATIVOS: O MACROPROCESSO DE EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA.

Segundo o nosso ordenamento jurídico-constitucional, de regra, o Estado brasileiro não produz riquezas: extrai da iniciativa privada, por meio da atividade de tributação, os recursos de que necessita para satisfazer as demandas de sua própria existência orgânica, bem como

aquelas mais relacionadas com as suas finalidades de implementação das diversas políticas públicas, relação jurídica, esta, regulamentada pelas normas de Direito Tributário.

A partir do ingresso da receita nas contas do Tesouro, por meio do ato de recolhimento dos valores arrecadados a este título, abre-se a possibilidade de realização das despesas públicas, atividade regulamentada especialmente pelo Direito Financeiro, mas que não prescinde, para a sua plena compreensão, do recurso a outros ramos do Direito, notadamente do Direito Administrativo.

Conceituada como sendo o conjunto dos gastos estatais voltados à satisfação das necessidades coletivas básicas, à implementação das políticas públicas de desenvolvimento socioeconômico, e à manutenção da própria burocracia estatal (ABRAHAM, 2018. p. 207-208), a despesa pública se concretiza por meio da execução orçamentária, compreendida como o procedimento necessário para a sua realização (LEITE, 2019, p. 501). É a despesa pública, portanto, a manifestação jurídica do legítimo dispêndio de recursos públicos, o produto emergente do regular processo de execução orçamentária.

A ela nos referimos como **manifestação jurídica**, porque, para ser licitamente concretizada, a despesa pública se sujeita obrigatoriamente a uma complexa atividade de planejamento, execução e controles de natureza orçamentária, financeira, fiscal, administrativa e contábil, regulamentados por inúmeros diplomas normativos complementares entre si, dentre os quais se destacam, no contexto deste trabalho, a Lei 4.320/64 (BRASIL, 1964), a Lei Complementar 101/2000 (BRASIL, 2000) e a Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993) - esta última recentemente substituída pela denominada Nova lei de licitações e contratos, a Lei 14.133/2021 (BRASIL, 2021)⁴⁵.

⁴⁵ Sancionada em 1º de abril de 2021, além de incorporar modificações e institutos oriundos da prática administrativa, dos estudos doutrinários e da jurisprudência dos tribunais, a Lei 14.133/2021 pretende reunir, em um único corpo legislativo, as regras gerais de licitações e contratos então dispersadas entre a Lei 8.666/93, a Lei 10.520/2002 e a Lei 12.462/2011, dispondo em seus artigos finais: “Art. 190. O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada. Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do **caput** do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso. Parágrafo único. Na hipótese do **caput** deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do **caput** do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência. [...] Art. 193. Revogam-se: I – os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666/93, na data de publicação desta Lei; II - a Lei nº 8.666/93, a Lei nº 10.520/2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei. Art. 194. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.” (BRASIL, 2021).

Uma riqueza regulatória que explicita o grau de preocupação com a gestão proba e eficiente do dinheiro público. Assim, tendo em vista essa vastidão de regras e perspectivas, vejamos, em linhas bastante gerais, os principais aspectos e fases da execução orçamentária, ilustrando a complexidade do seu processo concretizador e evidenciando sua **lógica cronológica**, de apreensão especialmente significativa para os propósitos deste trabalho.

Dito isto, o primeiro pressuposto fundamental para a execução de gastos estatais é a anterior previsão da correlata despesa pública na lei orçamentária anual (LOA) ou em créditos adicionais posteriormente abertos com aquela finalidade, não se admitindo - em virtude de expressa previsão legal⁴⁶, - o desembolso de recursos públicos fora do orçamento e de suas prescrições, sob pena de o ato ser considerado lesivo ao patrimônio público (ASSONI FILHO, 2008, p. 180).

Saindo do âmbito mais abstrato de sua previsão legal no orçamento em direção ao nível mais concreto da execução orçamentária, em até 30 dias após a aprovação do orçamento público - elaborado segundo o minudente regramento dado pela Lei 4.320/1964 (BRASIL, 1964), em conjunto com a LC 101/2000 (BRASIL, 2000) -, impõe-se ao Poder Executivo⁴⁷ a elaboração de um planejamento financeiro racionalizador da execução dos diversos programas, cadenciando a adoção das ações governamentais, ao longo do exercício fiscal, com os momentos mais prováveis de existência de disponibilidade financeira, segundo a receita estimada, sempre observados os limites de gastos estabelecidos na lei para cada órgão ou

⁴⁶ Essa é a determinação contida no art. 4º da Lei 4.320, de 17 de março de 1964, que dispõe sobre normas gerais de direito financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal: “Art. 4º. A Lei de Orçamento compreenderá todas as despesas próprias dos órgãos do Governo e da administração centralizada, ou que, por intermédio deles se devam realizar, observado o disposto no artigo 2º.” (BRASIL, 1964). Semelhante prescrição é dada pelo § 1º do art. 5º da Lei Complementar 101/2000: “§ 1º Todas as despesas relativas à dívida pública, mobiliária ou contratual, e as receitas que as atenderão, constarão da lei orçamentária anual” (BRASIL, 2000).

⁴⁷ Assim dispõem os arts. 47 e 48 da Lei 4.320/1964: “Art. 47. Imediatamente após a promulgação da Lei de Orçamento e com base nos limites nela fixados, o Poder Executivo aprovará um quadro de cotas trimestrais da despesa que cada unidade orçamentária fica autorizada a utilizar. Art. 48. A fixação das cotas a que se refere o artigo anterior atenderá aos seguintes objetivos: a) assegurar às unidades orçamentárias, em tempo útil a soma de recursos necessários e suficientes a melhor execução do seu programa anual de trabalho; b) manter, durante o exercício, na medida do possível o equilíbrio entre a receita arrecadada e a despesa realizada, de modo a reduzir ao mínimo eventuais insuficiências de tesouraria” (BRASIL, 1964). Referida obrigação é complementada pelo art. 8º da LC 101/2000: “Art. 8º Até trinta dias após a publicação dos orçamentos, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias e observado o disposto na alínea c do inciso I do art. 4º, o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso. Parágrafo único. Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso” (BRASIL, 2000).

unidade orçamentária. Sobre o ponto, discorre Aleksandra Katia Dallaverde ao comentar o art. 47 da lei 4.320/1964:

“A programação de despesa, e, mais especificamente, o estabelecimento de um quadro de cotas para a realização dos gastos públicos, representa um instrumento essencial ao planejamento orçamentário, constituindo um mecanismo de racionalização na liberação dos recursos necessários à consecução dos programas de trabalho das unidades orçamentárias, por meio do ajuste do ritmo de execução ao fluxo provável de recursos. Tem, assim, por principal objetivo, a contenção do *déficit* público, buscando evitar o desequilíbrio das contas públicas e conferir ao Estado, um quadro de estabilidade no âmbito financeiro” (DALLAVERDE, 2008, p. 153).

Em reforço ao regime da Lei 4.320/1964 (BRASIL, 1964), a Lei Complementar 101/2000 (BRASIL, 2000) surge trazendo uma série de normas de finanças públicas voltadas à transparência e responsabilidade fiscal na gestão pública, encarecendo a necessidade de planejamento na alocação e execução orçamentária dos recursos públicos. Tais objetivos são declinados logo em seu primeiro artigo:

“Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar” (BRASIL, 2020).

Destaca-se, para o objeto deste trabalho, a exigência de estimativa de impacto orçamentário-financeiro de ações governamentais que – em situações de normalidade⁴⁸ -

⁴⁸ Tais exigências foram, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6357, recentemente flexibilizadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no contexto da ainda atual crise sanitária causada pela pandemia de Coronavírus. Eis a parte final da decisão cautelar liminarmente proferida pelo relator da ação - o Ministro Alexandre de Moraes -, posteriormente referendada pelo Tribunal: "(...) Diante do exposto, CONCEDO A MEDIDA CAUTELAR na presente ação direta de inconstitucionalidade, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTF, para CONCEDER INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO FEDERAL, aos artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal e 114, caput, in fine e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias/2020, para, durante a emergência em Saúde Pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente de COVID-19, afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação de COVID-19. Ressalto que, a presente MEDIDA CAUTELAR se aplica a todos os entes federativos que, nos termos constitucionais e legais, tenham decretado estado de calamidade pública decorrente da pandemia de COVID-19. Intime-se com urgência. Publique-se” (STF, 2020).

impliquem aumento de despesas, como condição para a realização de empenhos e licitações, sob pena de serem consideradas lesivas ao patrimônio público:

“Art. 15. Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17.

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

§ 2º A estimativa de que trata o inciso I do *caput* será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.

§ 3º Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º As normas do *caput* constituem condição prévia para:

I - empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras;

II - desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3o do art. 182 da Constituição” (BRASIL, 2000).

Como não poderia deixar de ser, esta necessidade de planejamento da execução orçamentária - e de seu monitoramento ou fiscalização – manifesta-se impositivamente também ao nível da **gestão administrativa**, o que resta particularmente evidenciado no âmbito das contratações de fornecedores da Administração Pública. Em se tratando de despesas especificamente voltadas àquela finalidade, esse processo de execução orçamentária se complexifica, razão pela qual a ele se refere, neste trabalho, como macroprocesso de execução orçamentária. Isso ocorre, porque, por imperativo constitucional⁴⁹, as contratações estatais se

⁴⁹ Eis o fundamento constitucional do mencionado regime jurídico, previsto no art. 37 da Constituição Federal de 1988: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do

submetem, de regra, a um regime de concorrência⁵⁰ pública orientado por diversos princípios explicitados nos artigos 3º e 5º, respectivamente, da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993) e da recém sancionada Lei 14.133/2021 (BRASIL, 2021)⁵¹:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)” (BRASIL, 1993).

“Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)” (BRASIL, 2021).

Dentre eles, entendemos como centrais aqueles da escolha da melhor proposta para a Administração Pública, da isonomia ou igualdade entre os interessados privados e o da ampla concorrência porque, em maior ou menor medida, são instrumentalizados pelos demais, sendo a licitação o ambiente-regra de materialização desses valores jurídicos nas contratações públicas. Tais valores jurídicos orientam não apenas a formulação legislativa, mas também a interpretação e, sobretudo, a concreta aplicação de cada dispositivo legal, devendo os diversos atos e decisões administrativas buscar materializá-los.

Conforme se voltará ainda a tratar, diante da infinidade de possibilidades de expedientes ou meios de fraudes às prescrições legais – e, portanto, da inviabilidade da sua exaustiva tipificação –, torna-se fundamental, às autoridades investigantes, a clareza acerca desses princípios reitores quando da interpretação concreta de cada conduta implicada no processo de produção do resultado danoso, pois o grau de aproximação ou distanciamento dos mesmos

Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (BRASIL, 1988).

⁵⁰ Aqui tomado o termo em sua acepção popular, e não como modalidade de licitação definida no art. 6º, XXXVIII, da Lei 14.133/2021 (BRASIL, 2021).

⁵¹ Como visto, popularizada como a “Nova lei de licitações e contratos” e elaborada em substituição à conhecida Lei 8.666/93.

servirá de norte para incluir ou excluir condutas dos processos causais, bem como para definir e aquilatar os distintos níveis de responsabilidade.

Assim, sucessiva ou concomitantemente aos planejamentos orçamentário, financeiro e fiscal, as despesas públicas voltadas à viabilização da contratação de fornecedores deve se submeter a um cuidadoso planejamento administrativo: é igualmente necessário, nesse nível da execução orçamentária, que cada órgão ou unidade gestora tenha clareza sobre suas demandas, atuando com diligência e a máxima precisão possível no processo de sua identificação, quantificação e precificação estimadas para satisfação das suas necessidades em cada exercício financeiro, bem como no processo decisório de escolha das melhores soluções e formas de atendê-las, tudo devendo estar formalmente justificado e suficientemente descrito nos autos do correlato procedimento administrativo.

Essa atividade de planejamento é fundamental para que as contratações públicas atinjam sua finalidade de instrumentalizar a gestão eficiente dos recursos públicos escassos. Se presta, ainda, a viabilizar a competição entre fornecedores - quando é este o caso -, na medida em que um bom planejamento permite uma correta avaliação de custos, da capacidade técnica e econômica pelos interessados, além de permitir o exercício de uma efetiva fiscalização pelos órgãos internos e externos à Administração Pública⁵². Esclarecedores os comentários de Marçal Justen Filho sobre o tema:

“Esse é um ponto sensível e essencial para o sucesso das contratações administrativas. A ausência de planejamento adequado é a principal causa de problemas no relacionamento contratual. Mais grave ainda é o risco de planejamento intencionalmente equivocado, visando promover benefícios indevidos em prol de apaniguados. Não seria exagerado afirmar que qualquer reforma da legislação licitatória tem de passar por uma ampliação da severidade na estruturação das licitações, especificamente no tocante à fase interna. O cenário atual de problemas decorre, na sua esmagadora maioria, de planejamento inexistente ou inadequado da futura contratação” (JUSTEN FILHO, 2019, p. 212).

Portanto, é na fase preliminar do planejamento das contratações públicas – preparatória da denominada fase interna das licitações (JUSTEN FILHO, 2019, p. 214) – na qual começa a se delinear a constituição do conteúdo econômico-financeiro lícito da despesa pública regular por meio da estimativa de quantidades e valores da futura contratação, que se consuma ou estabiliza com a efetiva celebração do contrato após todo o procedimento de concorrência e

⁵² A experiência prática tem revelado que o contrário também é verdade: um planejamento deficiente, com descrições superficiais e lacônicas do objeto contratado e de sua forma de execução (ou com exagerado detalhamento, de modo a direcionar a contratação) pode restringir a concorrência (na medida em que inviabiliza a aferição de custos e benefícios pela generalidade dos virtuais interessados) e criar embaraços à correta fiscalização da execução contratual.

negociação de preços. Por via de consequência, é nesse intervalo do fluxo procedimental – do planejamento à celebração do contrato – em que se materializa o primeiro expediente fraudulento da despesa pública (e constitutivo do dano ao erário, objeto do peculato): o sobrepreço. Ainda, a depender de como se dê a elaboração de tais planejamentos (termos de referência, projetos básicos e projetos executivos), é possível igualmente neles identificar conteúdos de restrição de concorrência e direcionamento contratual.

Tomada a decisão pela execução indireta de determinada atividade (ou seja, por meio de terceiros, e não diretamente pela Administração Pública), verificada a disponibilidade financeira, finalizado o planejamento da contratação, com a elaboração dos termos da minuta do futuro contrato e do respectivo ato convocatório da licitação (o edital), tem início ao processo de sua publicação, que inaugurará a fase externa do procedimento. Neste ponto, mais uma correlação entre o atuar lícito e ilícito se impõe: se um escurido processo de elaboração e publicação dos atos convocatórios pode favorecer a ampliação da concorrência, sua indevida manipulação fraudulenta pode restringi-la ou até mesmo inviabilizá-la, abrindo os caminhos para o pernicioso direcionamento contratual⁵³.

Por sua vez, em brevíssima síntese, a fase externa das licitações se destina a concretizar a competitividade entre os interessados no certame, sendo a fase procedimental na qual se verifica a satisfação de requisitos legais mínimos para a contratação pelos licitantes⁵⁴, procede-se o cotejo de propostas e a negociação de preços, ao final da qual é selecionado um vencedor a quem é adjudicado o objeto e com quem será futuramente celebrado o contrato. Esta fase também é passível de inúmeros atos fraudulentos tendentes a restringir a competitividade e promover o direcionamento contratual, sendo ainda o momento de estabilização dos valores a

⁵³ Como já referido, são incontáveis os inúmeros expedientes fraudulentos possíveis de serem idealizados pela mente e concretizados pela ação humana, não sendo o intuito deste trabalho exauri-los ou mesmo elencá-los, mas descortinar as relações dos fenômenos lícitos e ilícitos, evidenciando suas lógicas e estabelecendo um roteiro básico para a investigação. Contudo, muitos são os atos fraudulentos verificados na prática e já reportados (SANTOS; SOUZA, 2018, p. 24), a exemplo da inserção de cláusulas restritivas em editais, ausência de sua efetiva publicação, publicação extemporânea com inobservância dos prazos legais, dentre outras.

⁵⁴ Assim dispõe a Lei 8.666/93 sobre o tema: “Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigirá-se dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: I - habilitação jurídica; II - qualificação técnica; III - qualificação econômico-financeira; IV - regularidade fiscal e trabalhista; V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal” (BRASIL, 1993). O instituto segue sendo regulado na Lei 14.133/2021: “Art. 62. A habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em: I - jurídica; II - técnica; III - fiscal, social e trabalhista; IV - econômico-financeira” (BRASIL, 2021).

serem efetivamente contratados e que darão suporte ao primeiro dos atos financeiros da execução orçamentária em sentido estrito, o empenho.

Celebrado o contrato e destacado do erário (comprometido) o respectivo valor global por meio do empenho, abre-se o caminho para a execução do objeto contratado, fase de dinâmica interação entre agentes públicos e privados com vistas à efetiva prestação da atividade econômica pretendida pelo órgão público. Tamanha é a relevância deste momento ou fase da relação contratual, que a lei impõe a necessidade de seu acompanhamento imediato e contemporâneo por fiscais designados pelo ente público contratante⁵⁵.

Se é no anterior processo de contratação que se **constitui** o valor econômico-financeiro do contrato, é na fase da execução contratual onde tais valores efetivamente se **realizam**, saindo do papel para a realidade fenomênica. Trata-se, portanto, do campo (ou espaço-tempo contratual) fértil à prática dos incontáveis atos fraudulentos caracterizadores do segundo expediente integrante do futuro⁵⁶ e efetivo dano ao erário ou montante desviado: o superfaturamento.

⁵⁵ Dispõe a Lei 8.666/93: “Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. § 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados. § 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.” (BRASIL, 1993). A Lei 14.133/2021 mantém e aperfeiçoa as exigências fiscalizatórias: “Art. 117. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição. § 1º O fiscal do contrato anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas à execução do contrato, determinando o que for necessário para a regularização das faltas ou dos defeitos observados. § 2º O fiscal do contrato informará a seus superiores, em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes, a situação que demandar decisão ou providência que ultrapasse sua competência. § 3º O fiscal do contrato será auxiliado pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração, que deverão dirimir dúvidas e subsidiá-lo com informações relevantes para prevenir riscos na execução contratual. § 4º Na hipótese da contratação de terceiros prevista no **caput** deste artigo, deverão ser observadas as seguintes regras: I - a empresa ou o profissional contratado assumirá responsabilidade civil objetiva pela veracidade e pela precisão das informações prestadas, firmará termo de compromisso de confidencialidade e não poderá exercer atribuição própria e exclusiva de fiscal de contrato; II - a contratação de terceiros não eximirá de responsabilidade o fiscal do contrato, nos limites das informações recebidas do terceiro contratado” (BRASIL, 2021).

⁵⁶ Neste ponto, quanto ao exato momento de verificação do dano ao erário, divergimos da doutrina tradicional, que o entende consumado com as práticas de prestação contratual defeituosa. Entendemos que, embora uma prestação seja alvo de superfaturamento, o dano ao erário ainda pode ser evitado por meio de uma fiscalização diligente, somente se consumando aquele com o efetivo pagamento indevido por parcelas não-prestadas ou defeituosamente executadas (mesmo momento em que, portanto, se consuma o peculato, ou seja, com a efetiva transferência de valores indevidos por meio do ato do pagamento).

Conforme se apresenta intuitivo, é nesta fase da execução em que se sobleva (para o sucesso da contratação regular e para garantia do êxito dos esquemas de desvios) a função de fiscalização dos contratos. Uma fiscalização conscientemente envolvida no empreendimento criminoso ou fragilizada/aparelhada/controlada/manipulada é um ponto fundamental para o controle do resultado desvio ao final do macroprocesso orçamentário: tanto pode impedir ou dificultar a verificação de danos por meio de pagamentos indevidos, quanto pode viabilizá-los, legitimando-os, por meio de falsas declarações (falsidades ideológicas) sobre as prestações contratuais.

Portanto, não por outra razão, Marcus Abraham refere a existência – no contexto das contratações públicas - de uma etapa prévia no procedimento de realização da despesa pública, seguida pelo procedimento de execução orçamentária propriamente dito ou em sentido estrito:

“O passo seguinte após se definir a despesa pública é iniciar o processo para a sua realização. [...] Podemos dizer que esse procedimento para a realização de uma despesa pública é composto por uma etapa prévia, em que se identifica a necessidade de licitação (concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão), seguida de três etapas do procedimento propriamente dito, que contemplam o empenho, a liquidação e a ordem de pagamento. A **etapa prévia** possui o objetivo de verificar se para a realização daquela despesa pública específica será necessária a realização prévia de uma licitação. Se confirmada a necessidade da sua realização, esta deverá ser implementada como condição de continuidade do processo de realização da despesa pública. [...] Realizada ou não a licitação, dá-se início ao procedimento propriamente dito para a realização de uma despesa pública. Este procedimento, previsto nos arts. 58 a 70 da Lei nº 4.320/1964, pode ser dividido em três etapas: o empenho, a liquidação e a ordem de pagamento” (ABRAHAM, 2018, p. 236).

Em seu conceito clássico ou estrito – normalmente explorado pela doutrina financeirista, o procedimento de execução orçamentária se materializa nos denominados **processos de pagamento**, que nada mais são do que o conjunto de atos entre si concatenados, voltados à prévia verificação da legitimidade de determinado pagamento a ser realizado pela Administração Pública, em razão de uma prestação fundada em um título jurídico. O seu primeiro e imprescindível ato específico é o **empenho**, definido pelo art. 58 da Lei 4.320/1964 como “o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição” (BRASIL, 1964). Comentando o instituto, leciona Harrison Leite:

“[...] Consiste na reserva a ser feita no orçamento que não poderá ser mais gasta a não ser pelo motivo que a justificou. Tal se dá porque **toda despesa demanda prévio empenho** (art. 60 da Lei n. 4.320). Logo, para que uma despesa seja realizada, deve-se, primeiro, verificar se há dotação orçamentária, e, se houver, separar parte dessa dotação para o gasto que se deseja realizar. **Essa reserva de recursos para o posterior pagamento é o que se chama de empenho.** [...] Empenhar significa

deduzir determinado valor da dotação adequada à despesa a realizar, por força do compromisso assumido. [...]” (LEITE, 2019, p. 397).

Portanto, segundo expresso regramento dado pelo referido diploma legal, o empenho é pressuposto inafastável à realização das despesas, excepcionalmente dispensando-se apenas o seu documento formalizador (a nota de empenho) em casos especificados em lei⁵⁷. Trata-se, portanto, de importante instrumento de gestão financeira responsável, uma vez que pressupõe a existência de prévia dotação orçamentária, não pode ultrapassar os limites dos créditos vinculados à respectiva despesa⁵⁸ e operam a reserva de valores orçamentários, que não poderão ser empregados em outras despesas.

A fase seguinte, a **liquidação**, é a etapa mais sensível e importante do procedimento fiscalizatório do gasto público, a sua própria essência. Envolve a atuação de agentes públicos estratégicos – a exemplo do fiscal de contratos e da autoridade liquidante -, verdadeiras peças-chave, cuja atuação será fundamental para a prevenção de danos ao erário (ou viabilização dos desvios de recursos públicos). Neste momento, cronologicamente posterior à execução das prestações contratadas, os registros dos fiscais de contratos se somam a outros atos de verificação de regularidade e legitimidade da realização do pagamento reivindicado pelo contratado.

A Lei 4.320/1964 fixa claramente a importância da fase de liquidação para o processo fiscalizatório – a ela condicionando os pagamentos – e estabelece seu conteúdo essencial:

“[...] Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

⁵⁷ “Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho. § 1º Em casos especiais previstos na legislação específica será dispensada a emissão da nota de empenho”. “Art. 61. Para cada empenho será extraído um documento denominado "nota de empenho" que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa bem como a dedução desta do saldo da dotação própria” (BRASIL, 1964). Ressaltando a importância da nota de empenho como prova documental daquele importante ato, Harrison Leite (LEITE, 2019) lembra que ela pode, inclusive, substituir os instrumentos formais de contratos em contratações de pequeno valor nas hipóteses previstas no art. 62 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), que encontra paralelo no art. 95 da posterior Lei 14.133/2021 (BRASIL, 2021).

⁵⁸ Neste sentido, o art. 59 da Lei 4.320/64: “Art. 59 - O empenho da despesa não poderá exceder o limite dos créditos concedidos.” (BRASIL, 1964).

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.” (BRASIL, 1964).

Sobre o ponto, vale trazer novamente à discussão a doutrina de Harrison Leite:

“Quando a Administração contrata um serviço ou uma pessoa, ela só poderá efetivar o pagamento ao interessado se ficar comprovado que o mesmo cumpriu o quanto pactuado nos seus exatos termos. [...] Nos contratos públicos, mormente os de duração continuada, a presença do fiscal do contrato é um imperativo legal imprescindível, a fim de acompanhar e fiscalizar a execução contratual. [...] Trata-se de pessoa indispensável na prestação de informações que vão embasar a liquidação da despesa pública. Sendo negligente no seu mister, por exemplo, aprovando medições em quantitativos superiores aos efetivamente realizados, o fiscal poderá ser responsabilizado pelos órgãos de controle e fiscalização. Aqui, o papel imprescindível do controle interno em acompanhar e auditar as fiscalizações realizadas por servidor designado para esse fim. [...] Em suma, liquidação é a fiscalização que o poder público exerce quando do recebimento dos bens ou dos serviços que contratou. É etapa das mais importantes no setor público, pois, a depender da lisura, evita-se a burla na execução dos contratos, que muitas vezes são pactuados de uma forma e cumpridos de modo distinto. Aqui o ponto em que o poder público deve dar maior atenção, e indicar liquidantes entendedores em cada área, a fim de checar, com precisão, a correção dos bens e serviços contratados.” (LEITE, 2019, p. 403-405).

De fato, a experiência fiscalizatória externa-repressivo-sancionatória, na perspectiva do Ministério Público do Estado da Bahia, parece revelar a precisão das lições acima transcritas. A atividade fiscalizatória da execução contratual (que compreendemos como uma fiscalização imediata e contemporânea) e da verificação de sua regularidade no bojo dos processos de pagamento (por nós compreendida como uma fiscalização mediata e retrospectiva) é o momento mais importante do macroprocesso para a prevenção de danos ao erário (e, por consequência, o mais sensível e sujeito ao aparelhamento e/ou fragilização pelos esquemas criminosos organizados).

Isso porque, até este momento do macroprocesso de execução orçamentária, rigorosamente, ainda não se perfectibilizou qualquer dano ao erário, que é consumado apenas com a efetivação dos pagamentos indevidos, ou seja, com a transferência de recursos do erário para terceiros. O suporte e estímulo a uma atuação diligente e eficiente dos profissionais destacados para essas funções fiscalizatórias pode inviabilizar ou dificultar muito a consumação de danos em curso de constituição.

Assim, tanto para a prevenção de danos, quanto para a sua justa responsabilização, é preciso aprofundar o conhecimento sobre os **contextos subjetivo** (grau de instrução, formação técnica específica, experiência administrativa, enfim, tudo o que possa revelar o nível de compreensão e capacidade para o exercício eficiente da função) e **objetivo** (estrutura disponibilizada *versus* demanda, quantidade de contratos simultâneos por fiscal, o vulto

financeiro envolvido, a similitude ou não de suas naturezas, os locais de sua execução, a necessidade ou não de uma fiscalização *in loco*, contemporânea e constante versus a possibilidade de fiscalização remota e retrospectiva, dentre outros aspectos) dos agentes públicos implicados ao longo de todo o macroprocesso de execução da despesa pública. Em especial, daqueles responsáveis pela fiscalização das execuções contratuais e liquidação das parcelas obrigacionais, a fim de minimizar riscos ou aquilatar o grau de concorrência culposa, dolosa ou mesmo inconsciente em caso de lesões consumada.

Por fim, seguindo a cronologia normal⁵⁹ da execução orçamentária, a fase do pagamento é a sua última etapa, iniciando-se com a ordem de pagamento pela autoridade administrativa competente e consumando-se com a transferência de recursos ao contratado privado pelos agentes de tesouraria dos órgãos públicos.

A fase dos pagamentos também é regulamentada pela Lei 4.320/64:

“Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

[...]

Art. 64. A ordem de pagamento é o despacho exarado por autoridade competente, determinando que a despesa seja paga.

Parágrafo único. A ordem de pagamento só poderá ser exarada em documentos processados pelos serviços de contabilidade

Art. 65. O pagamento da despesa será efetuado por tesouraria ou pagadoria regularmente constituídos por estabelecimentos bancários credenciados e, em casos excepcionais, por meio de adiantamento.” (BRASIL, 1964).

⁵⁹ Tema que suscita divergências na doutrina especializada diz respeito à possibilidade excepcional de pagamento antecipado, realizado antes mesmo da execução contratual e sua posterior liquidação. Assim se posiciona Harrison Leite (LEITE, 2019, p. 410-411) sobre a questão: “[...] Deste modo, nada impede a antecipação de parte do pagamento, desde que, prevista no ato convocatório, e/ou no contrato, seja imperativo para a contratação e haja garantias que redundem em segurança ao ente contratante. O Tribunal de Contas da União tem entendimento no sentido de **não se efetuar “pagamento antecipado por serviços contratados, sem exigência de garantias para o cumprimento das obrigações**, de forma a dar cumprimento ao art. 62 da Lei n. 4.320/1964” (Acórdão n. 769/2013-Plenário, TC 032.966/2012-1, relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, 3.4.2013). Consiste em possibilidade excepcional, concebível apenas mediante o preenchimento dos seguintes requisitos: previsão no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta, interesse público devidamente demonstrado e apresentação de cautelas e garantias”.

A nova lei de licitações e contratos - Lei 14.133/2021 (BRASIL, 2021) - terminou por incorporar referida possibilidade excepcional de pagamento antecipado: “Art. 145. Não será permitido pagamento antecipado, parcial ou total, relativo a parcelas contratuais vinculadas ao fornecimento de bens, à execução de obras ou à prestação de serviços. § 1º A antecipação de pagamento somente será permitida se propiciar sensível economia de recursos ou se representar condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço, hipótese que deverá ser previamente justificada no processo licitatório e expressamente prevista no edital de licitação ou instrumento formal de contratação direta. § 2º A Administração poderá exigir a prestação de garantia adicional como condição para o pagamento antecipado. § 3º Caso o objeto não seja executado no prazo contratual, o valor antecipado deverá ser devolvido”.

Finalmente, importa mencionar que referida possibilidade também fora prevista, em sede de direito provisório, pela Medida Provisória nº 961, de 6 de maio de 2020 (BRASIL, 2020a), posteriormente convertida na Lei 14.065, de 30 de setembro de 2020 (BRASIL, 2020b), que, dentre outras medidas, prevê a possibilidade de pagamento antecipado durante a vigência do estado de calamidade pública em decorrência da pandemia de coronavírus.

O Decreto-Lei 200/67 (BRASIL, 1967), especifica a forma de concretização dos atos de pagamento no âmbito da Administração Pública Federal (o que, na prática, tem sido seguido pela generalidade dos demais entes federativos):

“Art. 74. Na realização da receita e da despesa pública será utilizada a via bancária, de acordo com as normas estabelecidas em regulamento.

§ 1º Nos casos em que se torne indispensável a arrecadação de receita diretamente pelas unidades administrativas, o recolhimento à conta bancária far-se-á no prazo regulamentar.

§ 2º O pagamento de despesa, obedecidas as normas que regem a execução orçamentária (lei nº 4.320, de 17 de março de 1964), far-se-á mediante ordem bancária ou cheque nominativo, contabilizado pelo órgão competente e obrigatoriamente assinado pelo ordenador da despesa e pelo encarregado do setor financeiro.

§ 3º Em casos excepcionais, quando houver despesa não atendível pela via bancária, as autoridades ordenadoras poderão autorizar suprimentos de fundos, de preferência a agentes afiançados, fazendo-se os lançamentos contábeis necessários e fixando-se prazo para comprovação dos gastos.” (BRASIL, 1967).

Este é, de modo simplificado, o curso normal do macroprocesso de execução orçamentária para a realização de despesas públicas decorrentes das contratações de fornecedores pela Administração Pública.

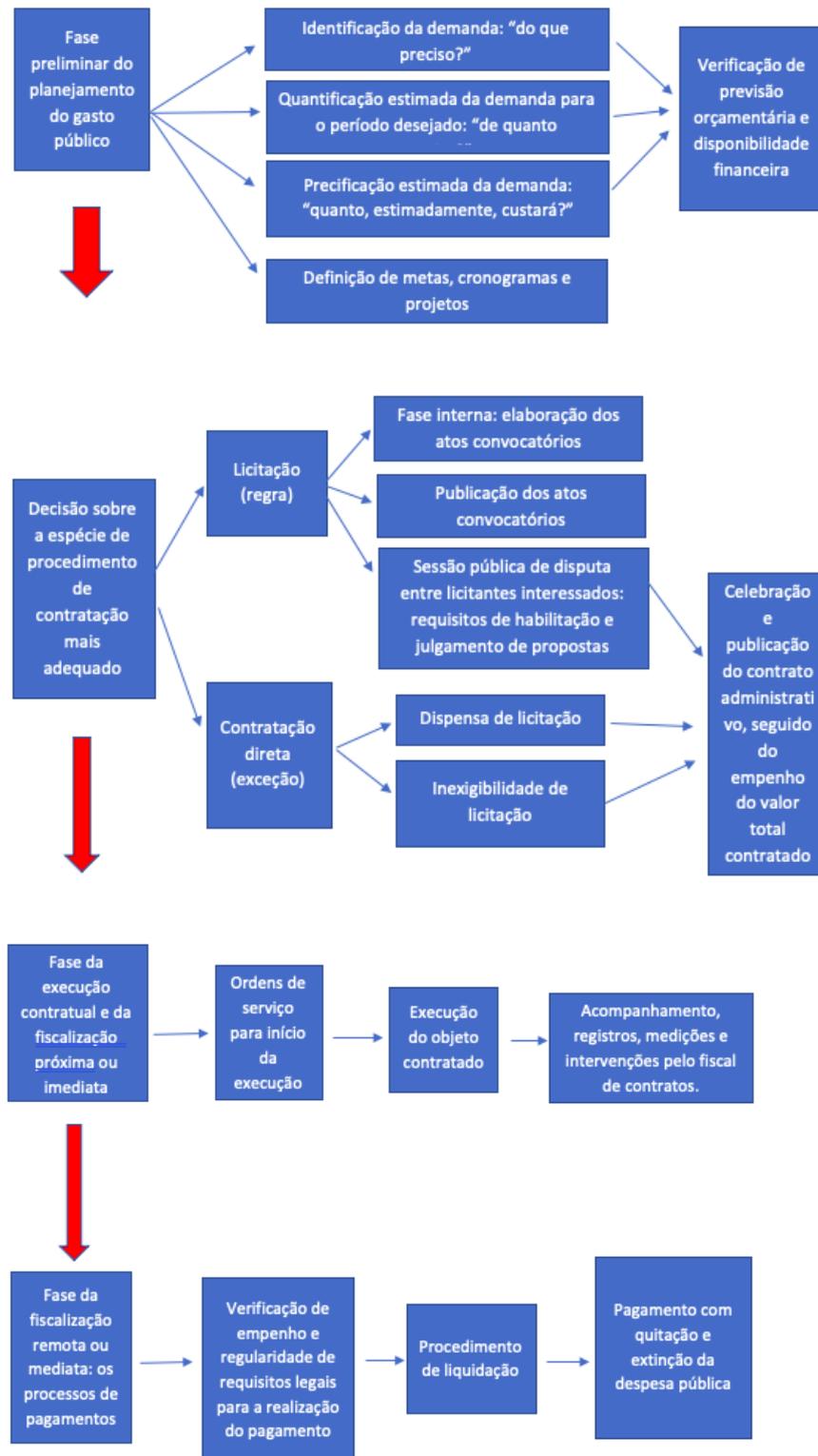
Tratando-se, portanto, de espécie de atividade administrativa, a realização da despesa pública se sujeita às regras e princípios jurídicos regentes da generalidade da atuação estatal (ABRAHAM, 2018, p. 326), dentre os quais o da legalidade, segundo o qual o agente público – independentemente de sua hierarquia - somente pode agir conforme autorizado por lei para atingir as finalidades também fixadas em lei, veículo normativo da vontade geral nos regimes democráticos (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 64-65).

Agregando especificidade àquela generalidade, no campo da atividade financeira estatal, a realização dos gastos públicos não é livre ao administrador, devendo ser orientada pelas leis orçamentárias (ABRAHAM, 2018, p. 209) e instrumentalizada por meio de procedimentos administrativos relacionados à execução orçamentária. Portanto, cada ato de cada agente público implicado neste processo de execução orçamentária de realização da despesa pública deve, mediata ou imediatamente, buscar satisfazer aquelas finalidades essenciais desta categoria de atividade estatal. Por outro lado, ao delas se desviar, o ato se reveste de ilegalidade, podendo caracterizar indício da prática de crimes em prejuízo ao erário.

Em suma, ao final e ao cabo, este amplo arcabouço **normativo** pretende zelar pela gestão proba, responsável e eficiente dos recursos públicos escassos. E sua compreensão lógica e cronológica (panorâmica e específica de cada etapa) pela autoridade investigante, aliado à consciência da correlação entre corrupção, despesa pública e o macroprocesso de execução

orçamentária tem se revelado, na prática institucional recente, um fator facilitador da interpretação de notícias dessas práticas criminosas, na ordenação dos múltiplos fatos entre si conectados, na formulação de hipóteses, na escolha e direcionamento das diligências investigatórias, na gestão, análise, extração de conteúdos significativos e exposição narrativa simplificada de achados ou evidências. Ilustrando o **fluxo (perspectiva do ato no tempo)** do regular macroprocesso de execução orçamentária:

Figura 3 - Fluxo (perspectiva do ato no tempo) do regular macroprocesso de execução orçamentária

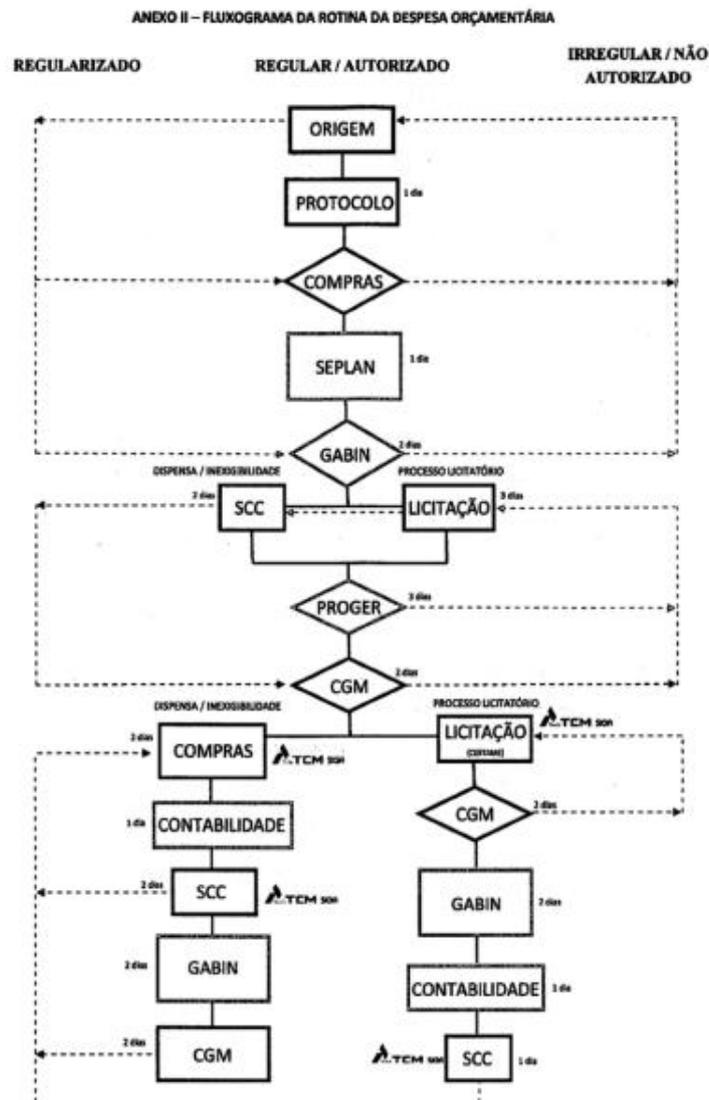


Fonte: Elaborado pelo autor, 2021.

De outro modo, tomando agora em perspectiva não o fluxo em si, mas a **estrutura** (burocrática e de pessoal), por meio da qual ele flui (**perspectiva do ato no espaço**

administrativo), tem-se que referido fluxo percorre diversas estruturas orgânicas e passa pelas mãos de agentes de distintas hierarquias, cada qual funções específicas, ressaltando-se que este desenho varia no tempo e no espaço entre entes públicos diversos e, por vezes, no âmbito do mesmo ente público. Apenas para a complexidade estrutural, veja-se o organograma fixado pelo município de Ilhéus, Bahia, no anexo 2 de sua Instrução Normativa 01, de 01 de agosto de 2014:

Figura 4 - Organograma fixado pelo município de Ilhéus, Bahia



Fonte: TCM - ILHÉUS, 2014.

3.3 AS IMPLICAÇÕES DA COMPLEXIDADE DO MACROPROCESSO DE REALIZAÇÃO DA DESPESA PÚBLICA NA CONFIGURAÇÃO DO PECULATO-DESVIO E CRIMES CONEXOS PRATICADOS NO CONTEXTO DAS CONTRATAÇÕES DE FORNECEDORES

Resumindo o tema tratado nos tópicos anteriores, tem-se que:

→ as condutas de corrupção de que se ocupam este trabalho objetivam a obtenção de dinheiro público em larga escala;

→ o caminho do dinheiro nos entes públicos coincide com o caminho do gasto ou despesa pública, traduzindo-se no macroprocesso de execução orçamentária, que, em simplificada compreensão, são os passos administrativos destinados ao seu nascimento (previsão orçamentária), desenvolvimento (planejamento e execução) e morte (realização, com pagamento e extinção recíproca das obrigações assumidas). O macroprocesso de execução orçamentária é o dinheiro público em movimento na intimidade da burocracia estatal;

→ a realização da despesa pública é minudentemente regulada e deve obedecer a fases logicamente interdependentes, que se sucedem cronologicamente por meio de estruturas administrativas diversas até a efetivação do pagamento e o reconhecimento de sua quitação, quando então se opera a transferência do recurso público do erário para a conta privada. O conjunto dos atos, procedimentos e fases providenciados através de distintas estruturas administrativas e por meio do exercício dinâmico de competências legais a cargo de agentes públicos diversos em relação com agentes privados caracterizam o macroprocesso de execução orçamentária voltado à viabilização dos gastos públicos, que se manifestam juridicamente sob a categoria das despesas públicas;

→ as diversas atividades integrantes do macroprocesso de execução orçamentária, no que se refere à contratação de fornecedores de bens, obras e serviços, se aglutinam nas seguintes fases, cronologicamente ordenadas do início para o fim:

1 Fase (interna e externa) dos processos de contratação (licitações, dispensas e inexigibilidades):

1.1 Planejamento das demandas administrativas: momento preliminar das contratações públicas, quando se providenciam a **identificação** (o que preciso?), **quantificação** (de quanto, estimadamente, preciso?) e **precificação** (quanto, estimadamente, custará minha necessidade

para determino período?) das demandas administrativas dos órgãos públicos para cada exercício financeiro⁶⁰;

1.2 Verificação de disponibilidade financeiro-orçamentária a partir do valor global estimado, que precede e condiciona a autorização dos processos de contratação, repercutindo sobre a eleição da forma adequada de contratação (licitação, dispensa ou inexigibilidade)⁶¹;

1.3 Elaboração e publicação dos atos convocatórios nos casos de licitações (avisos de licitação e editais)⁶²;

⁶⁰ Trata-se do momento em que começa a se delinear o **sobrepçoço**, prática fraudulenta que se consuma ao final do processo de contratação com a celebração do contrato (quando enfim se estabilizam os preços, conteúdo econômico-financeiro do objeto contratado), sendo seguida do empenho do valor global contratado. Todavia, como já mencionado, tem-se revelado comum a prática, ao longo do macroprocesso de execução orçamentária, de outros crimes conexos e viabilizadores dos peculatos-desvios, a exemplo das condutas típicas que se destinam a fraudar o caráter competitivo das licitações (ou forçar a sua indevida dispensa ou inexigibilidade), a fim de direcionar os contratos a agentes privados previamente escolhidos, transformando tais procedimentos legais em meros simulacros.

Assim, além de albergar o momento inicial da constituição dos conteúdos econômico-financeiros das despesas públicas, a experiência prática cataloga, neste momento inicial do planejamento, inúmeros expedientes fraudulentos destinados também à restrição da competitividade e ao direcionamento contratual, a exemplo de termos de referência, projetos básicos e projetos executivos excessivamente genéricos ou detalhados, condutas que poderiam ser enquadradas nos seguintes artigos do Código Penal, inseridos pela Lei 14.133/2021: **“Frustração do caráter competitivo de licitação** - Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório: Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa; **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.” (BRASIL, 1940; 2021).

⁶¹ Neste momento, é comum a burla à regra da licitação por meio do fracionamento indevido de despesas idênticas ou similares, dentre outros expedientes fraudulentos destinados à viabilizar a contratação direta ilegal, atualmente tipificada como crime no artigo 337-E do Código Penal, inserido pela Lei 14.133/2021: **“Contratação direta ilegal** - Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa” (BRASIL, 1940; 2021).

⁶² Também esse procedimento de elaboração e publicação dos atos convocatórios (meios pelos quais a licitação se torna oficialmente pública, chegando ao conhecimento da generalidade dos virtuais interessados) tem se revelado alvo de inúmeros expedientes fraudulentos tendentes a frustrar o caráter competitivo das licitações, atraindo a incidência (juízo de tipicidade) do crime tipificado no art. 337-F do Código Penal, já transcrito.

1.4 Sessão pública entre os licitantes, quando são apresentadas, analisadas e julgadas as propostas e aferidos os requisitos de habilitação⁶³;

1.5 Adjudicação, homologação, celebração contratual e empenho⁶⁴;

2 Fase da **execução contratual** e da fiscalização contemporânea e imediata (ou próxima) da prestação⁶⁵;

⁶³ Também sobre este momento procedimental é passível de incidência de diversos crimes tendentes à frustração dos fins das licitações, tais como aqueles tipificados nos seguintes artigos do Código Penal, todos inseridos pela Lei 14.133/2021: “**Perturbação de processo licitatório** - Art. 337-I. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de processo licitatório: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa; **Violação de sigilo em licitação** - Art. 337-J. Devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena - detenção, de 2 (dois) anos a 3 (três) anos, e multa; **Afastamento de licitante** - Art. 337-K. Afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena - reclusão, de 3 (três) anos a 5 (cinco) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar em razão de vantagem oferecida; **Contratação inidônea** - Art. 337-M. Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena - reclusão, de 1 (um) ano a 3 (três) anos, e multa; § 1º Celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena - reclusão, de 3 (três) anos a 6 (seis) anos, e multa. § 2º Incide na mesma pena do *caput* deste artigo aquele que, declarado inidôneo, venha a participar de licitação e, na mesma pena do § 1º deste artigo, aquele que, declarado inidôneo, venha a contratar com a Administração Pública; **Impedimento indevido** - Art. 337-N. Obstar, impedir ou dificultar injustamente a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, a suspensão ou o cancelamento de registro do inscrito: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa” (BRASIL, 1940; 2021).

⁶⁴ Por meio desses atos situados ao final dos procedimentos licitatórios, como acima visto, se consumam ou se chancelam diversos crimes inseridos no Código Penal por meio da Lei 14.133/2021 (BRASIL, 2021).

⁶⁵ É nesse momento procedimental em que se verificam os inúmeros expedientes de **superfaturamento** traduzidos em execuções contratuais defeituosas, seguidas da emissão de Notas Fiscais ideologicamente falsas, posteriormente ratificadas em seu conteúdo falso por fiscais de contratos por diversos motivos (envolvimento consciente e voluntário, omissão, falta de estrutura e qualificação para o exercício da função, manipulação). Dentre as condutas criminosas passíveis de incidência nessa fase, destacam-se aquelas tipificadas nos seguintes artigos do Código Penal, os dois primeiros inseridos pela Lei 14.133/2021: “**Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo** - Art. 337-H. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade: Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa; **Fraude em licitação ou contrato** - Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante: I - entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais; II - fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido; III - entrega de uma mercadoria por outra; IV - alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido; V - qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato: Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa; **Falsidade ideológica** - Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular. Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e

3 Fase da fiscalização mediata, posterior ou remota no bojo dos **processos de pagamento** (procedimentos administrativos de verificação da regularidade formal e legitimidade do gasto público):

3.1 É onde se opera a **liquidação** da obrigação do ente mediante verificação do correto cumprimento da prestação contratada⁶⁶;

3.2 Após a etapa de liquidação, ordena-se a realização do **pagamento** propriamente dito, que então é providenciado pelas estruturas de tesouraria dos órgãos públicos⁶⁷;

comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.” (BRASIL, 1940; 2021).

⁶⁶ É nesse momento procedimental onde, enfim, são “legitimados” ou chancelados os expedientes fraudulentos componentes dos desvios (sobrepreço e superfaturamento), por meio especialmente de documentos falsos ou de declarações ideologicamente falsas, condicionando-se a subsequente autorização de indevidos pagamentos superestimados. Nesta fase, destaca-se a incidência dos crimes tipificados nos seguintes artigos do Código Penal: **“Falsificação de documento público** - Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa. § 1º - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte. § 2º - Para os efeitos penais, equiparam-se a documento público o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular. § 3º Nas mesmas penas incorre quem insere ou faz inserir: I – na folha de pagamento ou em documento de informações que seja destinado a fazer prova perante a previdência social, pessoa que não possua a qualidade de segurado obrigatório; II – na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado ou em documento que deva produzir efeito perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter sido escrita; III – em documento contábil ou em qualquer outro documento relacionado com as obrigações da empresa perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter constado. § 4º Nas mesmas penas incorre quem omite, nos documentos mencionados no § 3º, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços; **Falsificação de documento particular** - Art. 298 - Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa; **Falsidade ideológica** - Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular. Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.” (BRASIL, 1940).

⁶⁷ É neste momento procedimental que, enfim, se consumam os peculatos-desvios com a realização das transferências indevidas de recursos do erário para as contas dos prestadores privados. Encerrado o macroprocesso de execução orçamentária com a efetivação do pagamento, é cada vez mais comum ter início, ainda, a partir da efetiva disponibilidade financeira sobre os recursos públicos indevidamente transferidos, mais uma fase do macroprocesso criminoso, quando normalmente se dá a atuação dos denominados “operadores financeiros”, incumbidos de promover atos de lavagem do dinheiro desviado, tipificados na Lei 9.613/1998 (BRASIL, 1998), bem como o recolhimento e distribuição de propinas entre os agentes públicos envolvidos, caracterizando o crime de corrupção passiva na modalidade receber, tipificado no Código Penal: **“Corrupção passiva** - Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. § 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. § 2º - Se

→ estas fases se aperfeiçoam por meio de processos administrativos integrados por diversos atos jurídicos e/ou materiais concatenados e interdependentes, que se pressupõem e se condicionam reciprocamente, direcionando-se todos a uma mesma finalidade comum: a realização da despesa pública;

→ esses atos são praticados por agentes públicos de escalões hierárquicos diversos, com competências e funções de natureza diversas, não raro, vinculados e lotados em estruturas burocráticas também diversas, contando, ainda, com a necessária participação de agentes privados. Ou seja: a (ir)regular realização das despesas públicas depende da intervenção de múltiplos atores;

→ este macroprocesso de realização da despesa se protraí no tempo, demanda um lapso temporal próprio das formalidades legais e, comumente, se prolonga, no mínimo, por todo um exercício financeiro. Ainda, obedece a padrões normativos ditados pela lei e outros atos regulamentares. Ou seja: traz ínsito, em si, uma necessária estabilidade e durabilidade;

→ este fluxo confere ao processo de execução orçamentária para realização da despesa pública, portanto, um caráter necessariamente complexo em suas dimensões **subjéctiva** (conjunto de pessoas envolvidas) **objectiva** (conjunto de atos, procedimentos e estruturas burocráticas implicadas) e **dinâmica** (forma de interação entre os sujeitos e atos no curso do tempo), de sorte que a transferência de recursos não se aperfeiçoa por meio de um único ato de competência de um único agente e em um único instante. Pelo contrário: a legítima realização das despesas públicas apenas se viabiliza por meio da dinâmica de processos plurissubjetivos (isto é, que demandam a participação necessária de múltiplos sujeitos) e plurissubsistentes (ou seja, composto de diversos atos).

Essas são, em linhas gerais, as mais significativas características do macroprocesso de realização da despesa pública para os propósitos do trabalho e o esboço do seu fluxo normativamente imposto, acima ilustrado em sua feição legítima.

No entanto, conforme já referido, pressionados pela ampliação dos mecanismos de transparência da gestão pública e aperfeiçoamento dos sistemas de controle, com o objetivo de dificultar a descoberta de suas condutas delituosas, os esquemas de corrupção em série mais sofisticados, voltados ao desvio continuado de dinheiro público, terminam por incorporar, em seu *modus operandi*, o controle, a manipulação, o desvirtuamento essencial e a maquiagem

o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa” (BRASIL, 1940).

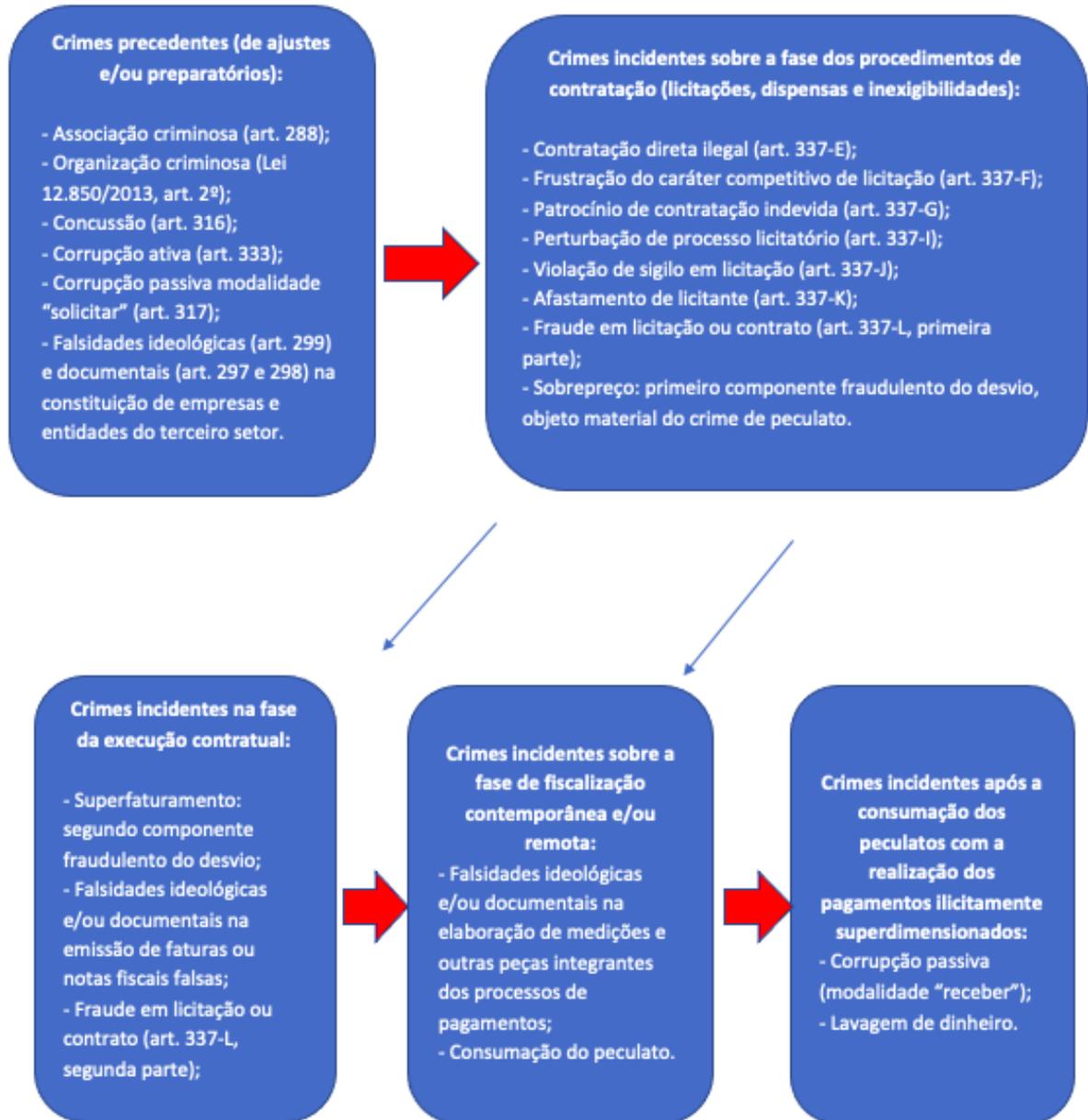
fraudulenta de atos estratégicos dentro deste fluxo ou macroprocesso de execução orçamentária. **Em consequência lógica, tais fenômenos criminosos assumem as mesmas características da gestão pública e do macroprocesso de realização da despesa pública⁶⁸: tornam-se necessariamente plurissubjetivos, de natureza associativa organizada, estável, duradoura⁶⁹ e hierarquizada. Além disso, o alcance de suas finalidades (o lucro ilícito) é, comumente, garantido por meio de distintas condutas criminosas conexas entre si, cada qual integrada por diversos atos (plurissubsistentes) e incidentes sobre momentos e espaços específicos do macroprocesso de execução orçamentária.**

Foi visto, ainda, que os delitos mais comumente verificados nesses específicos esquemas de desvios continuados de recursos públicos costumam se aperfeiçoar em fases específicas do macroprocesso, podendo ser assim representados na **linha cronológica** dos fluxos da execução orçamentária, isto é, situados cada qual no seu **específico lapso temporal** lógico ou normativamente imposto (perspectiva dos atos e condutas criminosas no tempo):

⁶⁸ A estrutura dos entes públicos e a persecução de suas finalidades reúnem as mesmas características das organizações criminosas tipificadas na Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013) e apontadas pela doutrina especializada: “Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”.

⁶⁹ Numa análise em perspectiva sociológica, a persistência dos crimes de colarinho branco é uma característica desses fenômenos complexos apontada por Edwin Sutherland (SUTHERLAND, 2015, p. 334) em sua clássica obra.

Figura 5 - Linha cronológica dos fluxos da execução orçamentária



Fonte: Elaborado pelo autor, 2021.

Em suma, da correlação entre o legítimo macroprocesso de execução orçamentária e sua prática intencionalmente desvirtuada, conclui-se que as diversas condutas criminosas específicas, destinadas a viabilizar os desvios de dinheiro público, coincidem e se aperfeiçoam juntamente com cada fase/procedimento do macroprocesso de execução da despesa pública e, por isso, são necessariamente complexas em suas dimensões subjetiva, objetiva e dinâmica. Além disso, em virtude da complexa estruturação burocrática da administração pública, possuem um espaço administrativo próprio, conduzindo-nos à noção de **espaços-tempos** para o seu aperfeiçoamento, ideia que será mais bem aclarada no capítulo 5.

Além disto, todas elas são normalmente precedidas e envolvidas pelos ajustes associativos criminosos entre os principais envolvidos que, por se apropriarem e agirem por meio da gestão pública, seus fluxos e estruturas, lhes incorporam suas características, se apresentando como fenômenos organizados, hierarquizados, com divisão funcional de tarefas estruturalmente ordenadas com vistas à obtenção de vantagem econômica ilícita, por meio do controle, manipulação, desvirtuamento e maquiagem dos atos e procedimentos da execução orçamentária.

Outrossim, segundo compreensão facilitada pela visualização dos esquemas supra, tem se tornado cada vez menos factível para qualquer agente público, isoladamente (independentemente da hierarquia do seu cargo), viabilizar e/ou sustentar esquemas de fraudes continuadas voltadas ao desvio sistemático de recursos públicos. Isto porque, como visto, por ser o macroprocesso de realização de despesas públicas um procedimento necessariamente complexo em seus aspectos objetivo (integrado por diversos atos administrativos concatenados e interdependentes) e subjetivo (por envolver necessariamente a participação de diferentes agentes públicos e privados), muitos atos administrativos e/ou materiais precisam ser praticados por sujeitos diversos.

Atos que se multiplicam desde o dimensionamento da demanda, previamente à deflagração do processo de contratação pela via da licitação/dispensa/inexigibilidade, passando pela fase de execução contratual e sua fiscalização no bojo de um processo de pagamento, até que finalmente o dinheiro saia do erário e ingresse nas contas dos prestadores privados. Não raro, após todo este macroprocesso fraudulento, este dinheiro **sujo** é distribuído e **lavado**, por meio de incontáveis expedientes voltados à ocultação/dissimulação de sua origem ilícita e/ou verdadeira propriedade, quando então chegam à disponibilidade dos verdadeiros beneficiários em condições de insuspeito usufruto.

Assim, ou se tem o controle - mediante prévio ajuste entre os agentes responsáveis - dos principais atos das distintas fases integrantes do referido macroprocesso de execução orçamentária, ou o resultado desvio não se aperfeiçoa com uma conotação sistêmica e endêmica. Basta, para testar a força de tal conclusão, hipotetizar algumas situações:

- 1) A fraude ao caráter competitivo de uma licitação não teria o condão de, por si só, garantir o resultado desvio de recursos públicos, pois, em tese, é

possível existir uma perfeita fase de execução contratual, apesar de um precedente processo fraudulento de contratação;

- 2) Mesmo a fraude à execução do objeto contratado não seria, por si, suficiente para a concretização do resultado desvio, bastando, para evitá-lo, uma correta e diligente fiscalização pelo agente público encarregado e demais estruturas curadoras da legitimidade dos gastos públicos;
- 3) Até mesmo uma execução imperfeita, aliada a uma fiscalização imediata deficiente/omissa/conivente não garantiria plenamente o sucesso da complexa empreitada de desvio de recursos públicos, pois se faz possível, em tese, a posterior identificação de inconsistências ao longo, sobretudo, da fase de liquidação das despesas no bojo dos processos de pagamento.

Portanto, para **garantir** o resultado último visado pelos ilícitos de corrupção – a vantagem financeira consistente em pagamentos indevidos – é essencial que a ação e/ou omissão de agentes estratégicos do macroprocesso se dê de forma articulada, coordenada (ou parcialmente controlada, imposta, manipulada), direcionando-se à finalidade ilícita previamente ajustada e voluntariamente perseguida: o desvio do dinheiro público.

4 METODOLOGIA

O presente trabalho caracteriza-se essencialmente por um esforço relacional, ou seja, pelo estabelecimento de relações lógicas entre realidades pretensamente diversas (realidade normativa, realidade burocrática-estrutural e realidade dinâmica prática), mas que se misturam na complexidade fenomenológica da gestão (lícita ou ilícita) dos recursos públicos. Logo, não se pretende inovador em cada uma de suas camadas ou partes constituintes, buscando, antes, ressaltar e aclarar a consciência de suas existências e interrelações, delas extraindo uma proposta de caminho lógico mais seguro para a atividade probatória estatal dos crimes complexos de corrupção, com ênfase em seu momento investigatório preliminar ou extrajudicial.

Dito isto, é cediço que a Pesquisa de Ação Participativa tem como objetivo perseguir, ao mesmo tempo, a ação e os resultados da pesquisa. Esse último é alcançado, por meio da participação de sujeitos sociais em investigações, ou seja, passam de objetos de estudo a sujeitos ou protagonistas da pesquisa.

Neste sentido, a pesquisa é concebida e desenvolvida a partir das memórias e reflexões autocríticas deste discente acerca de suas sucessivas experiências profissionais acumuladas nos últimos seis anos, integralmente dedicadas ao constante aperfeiçoamento da defesa do patrimônio público e do combate à corrupção pelo Ministério Público do Estado da Bahia.

Experiências enriquecidas por uma particular multiplicidade de perspectivas analíticas do fenômeno da corrupção sistêmica e das possibilidades de seu enfrentamento - permitidas a esse mestrando em razão das peculiaridades de sua trajetória institucional⁷⁰ no período – e enriquecidas pelo somatório de muitas outras valiosas experiências em sentido semelhante, que vêm paulatinamente se reproduzindo e se retroalimentando, progressivamente qualificando o proceder institucional.

⁷⁰ Em razão das vicissitudes próprias da carreira, em novembro de 2015, este mestrando assumiu a titularidade da 8ª Promotoria de Justiça de Ilhéus, Bahia (8ª PJ), com atribuições específicas de defesa do patrimônio público; ao final de maio de 2017, poucos meses depois da deflagração da fase ostensiva da denominada “Operação Citrus” – investigação paradigmática e disruptiva do modelo investigatório até então praticado naquela unidade -, foi designado para integrar o Grupo de Atuação Especial no Combate a Organizações Criminosas – GAECO, do MP/BA, onde teve oportunidade de participar de uma série de outras investigações semelhantes ao longo de todo o estado da Bahia; em abril de 2018, retornou à 8ª PJ de Ilhéus, onde deu sequência a outras investigações paradigmáticas naquele município (Operações “Prelúdio” e “Xavier”); em 09 de março de 2020, foi designado para coordenar o Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Proteção à Moralidade Administrativa – CAOPAM, do MP/BA, órgão da Administração Superior responsável pelo aperfeiçoamento da atividade finalística de defesa do patrimônio público a cargo da instituição, onde permanece até o momento de conclusão deste trabalho.

Como resultado deste encontro virtuoso e reflexivo, tem se percebido – no MPBA, com reflexos também em âmbito nacional -, um crescente interesse no sentido de a qualificação deste específico atuar, já traduzido em cursos específicos e novas experiências investigativas práticas estruturadas com o auxílio das lógicas aqui expostas.

Por tais razões, compreendemos o presente trabalho como um esforço de ação participativa por meio da qual se persegue o aprimoramento da atividade estatal de persecução criminal ou repressão penal dos crimes complexos de corrupção por meio da proposição e estímulo à incorporação das lógicas da execução orçamentária à atividade investigativa e probatória dos agentes estatais competentes.

Destarte, a observação da experiência institucional é o seu ponto de partida, a descrição (individualizada e relacional) das realidades envolvidas o seu método, a doutrina e as leis o seu principal instrumento. Deste modo: 1) parte da constatação, na prática profissional cotidiana, de uma generalizada dificuldade de compreensão relacional do fenômeno investigado em toda a sua complexidade e de uma consciência básica (a relação entre despesa pública e corrupção); 2) move-se pela intenção de estruturação lógica da atividade probatória estatal, a fim de contribuir para torná-la mais uniforme, segura e eficiente; 3) desenvolve-se a partir do distanciamento e compreensão holística do fenômeno, decompondo-o em “camadas” para, após, estabelecer-lhes suas recíprocas relações numa perspectiva organizada em lógica cronológica ou de “linha de tempo”; 4) concretiza-se no estabelecimento de tais relações a partir e em torno de um fio condutor comum: o macroprocesso de execução orçamentária voltado à realização dos gastos públicos.

A lógica basilar dos crimes complexos de corrupção é a obtenção ilegítima de dinheiro público e seu *modus operandi* básico atua através de estruturas e agentes estatais por meio do controle, desvio de finalidade e maquiagem de atos, processos e fluxos administrativos concebidos para concretizar os gastos ou despesas públicas. Portanto, importa conhecer ao menos em linhas gerais, do início ao fim, esse macroprocesso de realização das despesas públicas, em especial, como seu conteúdo econômico é constituído (e, pois, passível de degeneração e desvio).

Assim, após a exposição das principais dificuldades interpretativas observadas na prática, passou-se, no capítulo 2, à mobilização da primeira camada estruturante do fenômeno: a sumária apresentação da dogmática e da normatividade penal, alfa e ômega da persecução criminal descrita em suas linhas gerais. Trata-se da lente por meio da qual se deve interpretar a realidade investigada no contexto de uma atuação estatal repressiva-sancionatória de natureza penal.

De seu turno, por se dar em grande parte na intimidade das estruturas estatais em torno da gestão administrativa dos recursos públicos, tais fenômenos sofrem o influxo de uma outra camada normativa: uma complexa e intrincada normatividade administrativa, orçamentária, financeira e econômica, não raro enriquecida por regras próprias decorrentes da natureza de cada objeto contratado – as regras do negócio –, razão pela qual se operou, no capítulo 3, a descrição cronológica – também em linhas gerais – do fluxo do macroprocesso de execução orçamentária no contexto das contratações públicas de fornecedores.

Pretende-se evidenciar não apenas a necessidade de enriquecer a lente interpretativa dos tipos penais com o minudente regramento legal incidente sobre a atividade de constituição e realização da despesa pública, bem como com a compreensão das regras de múltiplas naturezas subjacentes a cada negócio, mas também chamar a atenção para uma **primeira perspectiva de análise** dos atos lícitos e correlatas condutas criminosas: a **perspectiva cronológica ou da prática dos atos no tempo**, decorrência inevitável da ordem normativamente imposta.

Por outro lado, é certo que essa complexa realidade ou “camada” teórico-normativa incide sobre e atua concretamente por meio de uma igualmente complexa estrutura burocrática administrativa constituída de múltiplos órgãos, servidores e processos que se estabelecem e desenvolvem conforme as possibilidades e limitações de cada realidade particular. Logo, uma investigação cautelosa voltada à responsabilização criminal (sempre subjetiva, ou seja, fundada na ação/omissão consciente, voluntária e penalmente relevante) dos ilícitos complexos de corrupção não deve prescindir de um diagnóstico também da organização burocrática (estrutural, subjetiva e funcional) e da prática administrativa normal ou cultural que por meio dela se faz do ordenamento jurídico posto, ou seja, aquela emprestada à generalidade dos processos de contratações públicas.

Trata-se da dinâmica própria que a normatividade encontra na realidade de cada distinto ente público. É nessa dinâmica que se concretizam os processos lícitos e ilícitos de gestão e dispêndio dos recursos públicos, razão de se ter buscado estabelecer, ainda no segundo capítulo, os recíprocos condicionamentos observados nesses fenômenos: o ilícito se apropriando e dirigindo o lícito; o lícito moldando o ilícito ao emprestar-lhe sua estrutura, forma e fluxos. Pretende-se, aqui, chamar a atenção para uma **segunda perspectiva de análise** facilitadora da compreensão desses fenômenos complexos: a **perspectiva da prática dos atos no espaço administrativo**, ocupado e operado por pessoas que devem ser precisamente identificadas em seus cargos, funções e práticas.

Por sua vez, se essa interação dinâmica e cronológica entre normatividade, estruturas burocráticas e prática administrativa repercute sobre o fenômeno das condutas ilícitas,

moldando sua configuração estrutural, tornando-o especialmente complexo em seus aspectos objetivos e subjetivos (ou seja, demandando a prática de diversos atos por distintos e múltiplos agentes alocados em diferentes estruturas orgânicas) e situando-os no tempo e no espaço, exsurge lógica a conclusão de que referida complexidade repercute efeitos também na correlata atividade probatória.

É a partir dessa inferência lógica que a prova indireta ou indiciária ganha especial relevo, chocando-se com o fetiche da prova direta, ainda bastante cultuado na cultura jurídica brasileira. Outrossim, é igualmente a partir da consciência dessa complexa interação que extraímos as noções de **espaço-tempo administrativo**, **espaço-tempo consumativo** e **espaço-tempo investigativo**, orientadoras dos juízos de tipicidade e das atividades investigatórias. Ambas as reflexões são objeto da primeira parte do capítulo 5.

Após evidenciadas as lógicas dos crimes de corrupção e estabelecidas suas relações com os aspectos teórico-normativos e prático-administrativos-burocráticos do macroprocesso de execução orçamentária, propõe-se, na segunda parte do quinto capítulo, a incorporação, no proceder institucional, da observância - sempre que exigido pela expressão do caso e possibilitado pelas suas circunstâncias particulares - do diagnóstico relacional e cronológico da tríplice realidade inicialmente referida: realidade normativa, realidade burocrática-estrutural e realidade dinâmica prática.

Por fim, vale o registro de que esse proceder tem sido utilizado com relativo sucesso em importantes e paradigmáticos casos de repressão a esquemas complexos de corrupção no âmbito do MPBA, a exemplo das denominadas “Operação Citrus”⁷¹ e “Operação Xavier”⁷², ambas

⁷¹ Trata-se da primeira experiência disruptiva do modelo de atuação institucional até então praticado, no bojo da qual as consciências e noções objeto deste trabalho foram sendo paulatinamente despertadas e amadurecidas. O caso - ainda não definitivamente julgado - ganhou grande repercussão inclusive em âmbito nacional (FANTÁSTICO, 2017), tendo desaguado na condenação em 1º grau de empresários e agentes públicos de alto escalão daquele município, decisão confirmada pelo TJBA em grau de recurso de apelação (MP-BA, 2021a), em cujo julgamento houve, em acolhimento à tese do Ministério Público, expressa referência ao macroprocesso orçamentário e sua repercussão sobre o fenômeno criminoso e sua correlata atividade probatória (TJ-BA, 2017).

⁷² Extensão das investigações iniciadas na “Operação Citrus”, trata-se da segunda experiência paradigmática de atuação institucional do MPBA no enfrentamento à corrupção, igualmente verificada no município de Ilhéus - ainda em curso -, tendo ganhado, igualmente, amplo destaque na imprensa local e nacional. É considerada, no âmbito institucional interno do MPBA, um aperfeiçoamento metodológico quando comparada com sua investigação precursora, uma vez que, em grande parte, já fora planejada e conduzida sob as luzes das consciências acerca do macroprocesso orçamentário despertadas e desenvolvidas ao longo da experiência pretérita: enquanto a “Operação Citrus” deu ensejo a apenas uma única denúncia criminal (em parte, por equívocos estratégicos em razão de se ter iniciado sem o suporte das consciências ao longo dela desenvolvidas), a “Operação Xavier” resultou no oferecimento, até o momento, de seis denúncias criminais, cujos processos penais ainda tramitam no juízo da 1ª Vara Criminal de Ilhéus, Bahia. Além disso, a experiência desenvolvida na “Operação Citrus” e aprofundada na “Operação Xavier” serviu de base para a elaboração e realização da 1ª edição do “Curso Regular de Investigação de Ilícitos Complexos de Corrupção (com ênfase em fraudes em contratações públicas) e Lavagem de Dinheiro”

conduzidas pela 8ª Promotoria de Justiça de Ilhéus, Bahia, e, mais recentemente, da “Operação Basura” (MP-BA, 2021b), conduzida pela Promotoria de Justiça de Encruzilhada, Bahia, com o apoio do Grupo Especial de Combate ao Crime Organizado – GAECO, do MPBA, dentre outras ainda em curso.

(MP-BA, 2020), promovido conjuntamente pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF e Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Proteção à Moralidade Administrativa – CAOPAM, ambos do MPBA, tendo como público membros do Ministério Público de todo o país. Finalmente, referidos trabalhos foram reconhecidos pelo Conselho Nacional do Ministério Público como práticas de excelência em relatório de correição ordinária realizada no ano de 2019 (CNMP, 2019) e também pela Câmara Municipal de Ilhéus, Bahia (CÂMARA MUNICIPAL DE ILHÉUS, 2021).

5 DA ORIGEM DO PROBLEMA A UMA POSSÍVEL ALTERNATIVA DE SUA SOLUÇÃO: O MACROPROCESSO DE EXECUÇÃO DA DESPESA PÚBLICA COMO FIO CONDUTOR DAS INVESTIGAÇÕES DOS CRIMES DE CORRUPÇÃO

Este capítulo será dedicado ao desenvolvimento dos objetivos específicos 5 e 6, em que se pretende explicitar as repercussões da complexidade do macroprocesso de execução orçamentária sobre a atividade estatal probatória dos ilícitos complexos de corrupção e como a compreensão da dinâmica de seus fluxos pelas estruturas burocráticas da Administração Pública pode facilitar a identificação de possíveis envolvidos nas práticas delituosas, o entendimento da mecânica do fenômeno criminoso e a sua reconstrução histórica, por meio do aprofundamento investigativo, na medida em que conduz às noções de **espaço-tempo administrativo**, **espaço-tempo consumativo** e **espaço-tempo investigativo**.

Ao final, propõe-se, como resultado do trabalho, a inclusão da compreensão teórico-normativa e prática-administrativa do macroprocesso de execução orçamentária de realização da despesa pública nas investigações de ilícitos complexos de corrupção praticados em face da Administração Pública, em especial aqueles que envolvam danos ao erário.

5.1 AS REPERCUSSÕES DO MACROPROCESSO DE EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA SOBRE A ATIVIDADE PROBATÓRIA: PROVAS INDICIÁRIAS, “ESPAÇO-TEMPO ADMINISTRATIVO”, “ESPAÇO-TEMPO CONSUMATIVO” E “ESPAÇO-TEMPO INVESTIGATIVO”

Como não poderia deixar de ser, a invulgar complexidade fático-jurídica intrínseca ao macroprocesso de execução orçamentária e repercutida sobre a estruturação dos ilícitos de corrupção projeta efeitos igualmente no campo probatório, posto que o juízo de tipicidade concludente sobre as elementares⁷³ desses delitos não deflui, diretamente, de uma única evidência ou suporte probatório: decorre, de regra, de um exercício indutivo a partir da reunião de inúmeras provas indiciárias entre si concatenadas e analiticamente cotejadas. Com efeito, a feição complexa desses fenômenos impacta substancialmente a correlata atividade probatória, na medida em que sua totalidade somente pode ser demonstrada pela união de múltiplas provas indiciárias (a prova direta lhe evidencia apenas uma pequena fração).

Como já explicitado, a Administração Pública se manifesta por meio de **atos administrativos**, que, por sua vez, são o resultado de **procedimentos ou processos**. Estes são

⁷³ Materialidade, autoria, elemento subjetivo, além de vínculos associativos e outras circunstâncias.

constituídos de outros tantos atos, **reciprocamente condicionantes e condicionados**. Cada ato praticado por **agentes diversos**, não raro vinculados a **distintas estruturas burocráticas**. Sequência de atos praticados de modo diferido, ao longo do tempo, obedecendo a regras próprias que lhes determinam um padrão.

E é desta forma que se constitui e são realizadas as despesas públicas. Eis, portanto, o **primeiro pilar** da ideia desenvolvida: a complexidade essencial da atividade administrativa lícita de realização da despesa pública. Por outro lado, em razão dos processos de informatização e democratização da informação, as condutas caracterizadoras dos inúmeros crimes que normalmente compõem os esquemas de desvios sistemáticos de recursos públicos são impelidas a percorrer este mesmo caminho administrativo, assumindo as mesmas feições: tornam-se necessariamente plurissubjetivas, associativas, plurissubsistentes e organizadas. Eis, assim, o **segundo pilar** das reflexões propostas: em casos de maior expressão, os ilícitos de corrupção são sempre complexos em suas distintas dimensões.

Por fim, como adiantado, as repercussões da exigência de observância do delineado macroprocesso para a realização da despesa pública não se verificam apenas no tocante à caracterização de tais ilícitos: fazem-se sentir também na atividade de demonstração da correlata materialidade, autoria, dolo, vínculos intersubjetivos criminosos e suas demais circunstâncias. É este, então, o seu **terceiro pilar**: a atividade de demonstração destes ilícitos deve se ajustar à essencial complexidade do fenômeno sobre o qual se debruça.

E, neste contexto de inegável complexidade, avulta a importância da **prova indiciária** - sem dúvidas, a rainha das provas, em se tratando destes fenômenos -, assim definida pelo Código de Processo Penal brasileiro (BRASIL, 1941) – doravante CPP, em seu artigo 239: “Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

De fato, a natureza complexa, plurissubsistente, plurissubjetiva e necessariamente associativa dos esquemas de desvios continuados de dinheiro público praticados por meio da máquina administrativa demanda uma especial reflexão acerca da atividade probatória deste fenômeno quando comparada com aquela ordinariamente desenvolvida sobre os crimes comuns (para os quais, contextualize-se, foi pensada a persecução criminal regulamentada pelo CPP de 1941). E esta reflexão não pode passar ao largo acerca das **potencialidades de cada espécie de prova (direta e indiciária)** para a demonstração de fenômenos ilícitos complexos, bem como das **chances de prova dos vínculos criminosos e elementos subjetivos segundo a extensão do objeto investigado**.

Como visto, os possíveis fatos ilícitos ao longo do macroprocesso são muitos: além dos crimes de peculato – foco do presente trabalho -, a experiência tem revelado a constatação de uma comum conexão com outros delitos relacionados, a exemplo da **associação/organização criminosa, corrupção ativa/passiva, concussão, fraude a processos de contratação, fraude à execução contratual, falsidades ideológicas diversas (na constituição de empresas, na emissão e validação de Notas Fiscais, dentre outras fraudes), lavagem de dinheiro.**

Todos eles complexos em suas **dimensões objetiva, subjetiva e temporal**, bem como em suas **dinâmicas**.

Cada qual se aperfeiçoando e consumando em distintos espaços-tempo por onde fluem os diferentes procedimentos administrativos orientados à realização da despesa pública legítima e guiados pela atuação de muitos, agentes públicos e privados em constante e dinâmica interação.

Todos integrados por inúmeros atos. E, se um único ato não é suficiente para aperfeiçoar o resultado lícito desejado, também não o será para a consumação do resultado ilícito perseguido.

Nesses casos complexos, o **ato** é estático, a fotografia do momento, a **contribuição individual** para a realização do tipo, uma fração do todo. A **conduta** (objeto dos tipos penais) é dinâmica, o filme em movimento, a **junção das contribuições individuais relevantes** para a configuração do ilícito, é o todo constituído de múltiplas partes fracionárias.

Por tais razões, neste contexto, a evidência da prática de um ato ostentará sempre uma **dupla natureza probatória**: de **prova direta** sobre a autoria e materialidade do ato em si mesmo, além da **prova indiciária** da correlata conduta criminosa que integra como um todo.

No sentido do exposto, propondo uma ressignificação do instituto das provas indiciárias, consideramos muito apropriadas e oportunas as lições de Deltan Martinazzo Dallagnol (DALLAGNOL, 2016). Ao passo em que desmistifica a propalada categoria das “meras presunções acusatórias”, aclara o verdadeiro papel e importância desta espécie probatória para a demonstração dos crimes de corrupção em geral:

“Embora a doutrina e jurisprudência internacionais predominantes tenham concluído, desde há muito tempo, que a prova (indireta) por indícios, ou prova circunstancial, não é inferior à prova direta, ainda remanesce algum preconceito, que é bastante nocivo. Além disso, existe uma grande incompreensão, no Brasil, a respeito de *o que é o indício exatamente, qual o seu valor, e por que não pode ser considerado inferior à prova direta*. Esses temas têm assumido importância crescente, porque a prova indiciária é mais e mais relevante no tocante à demonstração de crimes complexos e de difícil prova, como o de lavagem de dinheiro, de corrupção e praticado por

organizações criminosas. Com efeito, a lavagem é praticada essencialmente para *ocultar* ou *dissimular* crimes. São, comumente, empregadas técnicas para quebrar o rastro do dinheiro. Além de essencialmente esconder crimes, ela tem como características centrais, na atualidade, a complexidade, a profissionalização e a internacionalização, o que a torna um crime mais ainda difícil de ser descoberto e comprovado. A corrupção, por sua vez, é praticada entre quatro paredes, sem testemunhas, e existe, entre corruptor e corrompido, um pacto de silêncio, não só porque não querem ser punidos, mas também porque não desejam perder os benefícios alcançados. Além disso, o ato corrupto é disfarçado de ato legítimo, invocando-se justificativas aparentemente conformes com os fatos e o direito. (...) A isso tudo, soma-se que as técnicas de investigação tradicionais, incluindo aquelas “técnicas especiais de investigação” [TEIs], vêm enfrentando dificuldades para descobrir e comprovar delitos porque os criminosos mais e mais aplicam métodos de contrainteligência. (...) Em razão de tudo isso, diversos autores e tribunais têm ressaltado, além da necessidade de se incrementar as TEIs, a indispensabilidade da prova indireta em crimes complexos ou de prova difícil”⁷⁴ (DALLANGNOL, 2016, p.110).

Portanto, no que toca as potencialidades probatórias, segundo a natureza da prova, enquanto a tradicional **prova direta** se prestará à demonstração de apenas uma parte do fenômeno ilícito (a materialidade e/ou autoria de determinado **ato** ou o **resultado** final lesivo, por exemplo, a prova pericial que certifica o superfaturamento), as **condutas criminosas** (por se aperfeiçoarem sobre procedimentos, e não sobre atos) somente poderão ser seguramente provadas em todas as suas circunstâncias por uma **multiplicidade de provas** com funções **indiciárias** no que se refere à totalidade do fenômeno ilícito.

Quando reunidas e conjuntamente interpretadas no contexto espaço-temporal no qual se insere a conduta criminosa, este grande quebra-cabeças termina por evidenciar a existência desses fenômenos para além de qualquer dúvida razoável.

Dito de outro modo, por serem necessariamente **plurissubjetivas** e **plurissubsistentes**, as **condutas criminosas** com esta feição complexa serão, de regra, **apenas indiciariamente demonstradas** a partir da reunião de:

- 1) um grande mosaico de provas diretas da **autoria e materialidade** de múltiplos **atos**⁷⁵ relevantes⁷⁶ para o alcance da finalidade ilícita, bem assim do **dolo** na prática/omissão de cada ato;
- 2) outro grande mosaico probatório do **liame subjetivo associativo** (prévio ajuste) existente entre os agentes, que - cada qual por particulares e variados

⁷⁴ Exatamente a hipótese dos crimes objeto deste trabalho, de natureza complexa e de difícil prova porque praticados na intimidade da Administração Pública.

⁷⁵ Traduzidos em ações e/ou indevidas omissões a cargos de diferentes agentes públicos ou privados.

⁷⁶ Atos estes que, se praticados de forma diversa, modificariam o resultado lesivo ao final verificado.

motivos⁷⁷ - **deseja diretamente** o resultado criminoso, ou apenas **admite a sua produção** quando sua obrigação legal seria agir justamente para evitá-los, ou mesmo praticam atos em situação de manipulação, ou seja, sem sequer ter consciência de estar contribuindo para a produção de um resultado ilícito.

De seu turno, no que tange às **chances de prova do elemento subjetivo e dos vínculos intersubjetivos segundo a extensão do objeto investigado**, parece-nos que, quanto mais pontual e recortado o objeto da investigação dentro do contexto deste macroprocesso, menores as chances de demonstrar o elemento subjetivo e a compreensão mais próxima da verdade real acerca do fenômeno, na medida em que nenhum dos diversos atos que compõem o macroprocesso de realização das despesas seria suficiente para viabilizar, sozinho, o resultado desvio desejado pelos principais responsáveis pelo projeto criminoso. O ilícito (conduta), em si, se constrói e se difunde em uma multiplicidade de atos⁷⁸.

Em suma: os sistemáticos desvios de dinheiro público se apresentam sempre travestidos de despesa pública legítima e sua prática seriada (e não pontual/eventual) se dá normalmente por meio da conexão de distintos crimes **necessariamente associativos, plurissubjetivos e plurissubsistentes** (porque subjetiva e objetivamente complexos e protraídos no tempo, perdurando, no mínimo, ao longo de todo um exercício financeiro e exigindo, portanto, estabilidade e durabilidade dos vínculos subjetivos entre os envolvidos).

Trata-se, pois, de fenômeno complexo **cuja demonstração somente se faz possível pela junção de múltiplas provas indiciárias**, notadamente quanto aos **vínculos associativos** e ao **elemento subjetivo** de suas diversas condutas integrantes e interligadas (e não de meros atos, de competências individuais e incapazes, por si sós, de conduzir ao resultado final pretendido).

⁷⁷ Normalmente, o dolo tende a ser mais intenso à medida que se sobe na hierarquia dos agentes envolvidos: enquanto é comum que os agentes criminosos de menor envergadura terminem por se submeter a tais práticas (notadamente em municípios do interior, onde tais cargos costumam ser providos de forma precária ao arrepio da regra do concurso público) para garantir a permanência em seus cargos e, pois, sua subsistência, aqueles ocupantes de cargos de gestão, normalmente mais abastados, agem na condição de destinatários principais dos recursos desviados para incrementar ilicitamente os seus patrimônios e viabilizar a sua perpetuação no poder.

⁷⁸ Por exemplo: o ato correspondente à ordem de pagamento de determinada despesa pressupõe um ato de liquidação da obrigação do ente público, que, por sua vez, se fundamenta numa fiscalização contemporaneamente realizada sobre a execução da prestação contratada. Assim, ainda que má intencionada a autoridade ordenadora da despesa, o seu ato estará condicionado por uma fiscalização que lhe é anterior e, se for séria e dissociada do intento ilícito, atestará o cumprimento daquilo que foi estritamente prestado, de sorte que o ato ordenador recairá sobre uma obrigação devidamente liquidada.

No entanto, a proeminência e necessidade de ressignificação da prova indiciária não é a única repercussão lógica da complexidade do macroprocesso de execução orçamentária sobre a atividade probatória nos casos complexos de corrupção. Para além desta, de natureza estritamente dogmático-jurídica, percebemos uma outra, de feição lógico-estratégica e utilidade orientadora dos juízos de tipicidade incidentes sobre as distintas e conexas condutas criminosas, do planejamento e condução das investigações, da identificação de envolvidos e uma mais ajustada aferição de suas respectivas responsabilidades (aprimorando, portanto, a prova do dolo e de elementos individualizadores de culpabilidades), da gestão, análise e exposição ordenada do invariavelmente vasto conteúdo probatório inerente a tais casos, facilitando a comunicação das teses acusatórias e o convencimento judicial: referimo-nos às noções de **espaço-tempo administrativo, espaço-tempo consumativo e espaço-tempo investigativo**.

Tais noções defluem do encontro entre a normatividade reguladora dos procedimentos administrativos componentes do macroprocesso orçamentário de execução da despesa pública (que nos oferece uma perspectiva cronológica da prática das condutas, situando-as no tempo) e a organização da burocracia estatal por meio da qual fluem os primeiros (que nos oferece uma perspectiva espacial da prática comissiva ou omissa das condutas). Juntas, permitem a identificação de sujeitos e suas respectivas contribuições para o fato investigado, fornecendo um ponto de partida para as investigações.

De fato, como descrito no capítulo terceiro, existe uma ordem cronológica normativamente imposta para a prática de cada ato integrante de cada procedimento ou fase desse macroprocesso, ou seja, possuem um tempo próprio para a sua prática regular⁷⁹. Somando-se a isto, tem-se que tais procedimentos seguem seu fluxo por meio de diferentes estruturas burocráticas, sendo certo que, nos limites de sua autonomia administrativa, cada ente público pode dispor de sua organização estrutural como melhor lhe aprouver. Ou seja, além de um tempo próprio, cada ato ou fase procedimental se materializa também num determinado espaço burocrático, que pode variar de um ente público para o outro.

Portanto, é desta interação entre a cronologia normativa dos fluxos com as estruturas burocráticas que emerge a noção de **espaço-tempo administrativo**, da qual defluem logicamente as demais. Com efeito, se cada ato ou fase do procedimento regular da execução orçamentária possui um espaço-tempo administrativo próprio, sendo operado por agentes

⁷⁹ Por exemplo, em cenário de normalidade, não se pode ordenar a execução de um fornecimento de bens ou prestação de serviços sem que, antes, tenha havido uma regular celebração de contrato administrativo, que, por sua vez, pressupõe, como regra, o curso de um complexo procedimento licitatório.

específicos, com funções específicas, alocados em estruturas específicas, a correlata versão degenerada pelas falsidades ideológicas e lesiva do patrimônio público seguirá a mesma trilha, uma vez que, como visto, a apropriação e condução fraudulenta dos procedimentos administrativos é o *modus operandi* básico de tais esquemas criminosos.

Logo, sendo cada etapa ou fase do macroprocesso orçamentário – do inicial processo de contratação ao final pagamento – protegida por tipos penais específicos, e tendo cada uma delas um espaço-tempo administrativo igualmente específico, este será também o seu campo (ou espaço-tempo consumativo) para a prática de cada conduta criminosa correspondente e, por conseguinte, para onde deverão ser legítima e racionalmente direcionados os diversos instrumentos investigatórios disponibilizados pelo ordenamento jurídico para a coleta de evidências de autoria, materialidade e vínculos associativos criminosos (espaço-tempo investigativo).

Exemplificando: diante de uma notícia de direcionamento de uma licitação, a autoridade investigante deve orientar o seu raciocínio para os espaços-tempos administrativos implicados no processamento do correlato procedimento, perquirindo-se sobre a potencialidade de cada etapa e seus respectivos atos produzirem o resultado restrição de concorrência com direcionamento da contratação, violando assim a essência finalística dos certames licitatórios. Identificados os desvios dos padrões normativos e práticos (primeira e segunda camadas de diagnósticos), e situando-os no espaço administrativo, abre-se o caminho para se chegar com maior precisão aos responsáveis e, assim, viabilizar a exploração do seu grau de consciência e vontade (dolo) de contribuir para o resultado criminoso e de sua culpabilidade (capacidade de entendimento do caráter ilícito do seu ato e capacidade de se conduzir de modo diverso da prática criminosa).

Portanto, a consciência da lógica persecutória do lucro, por meio da fraude aos procedimentos de execução orçamentária, ínsita a tais fenômenos criminosos, bem assim da observância de uma cronologia normativamente imposta e da materialização de cada conduta criminosa na intimidade de estruturas burocráticas específicas, pela ação ou omissão (in)voluntária de múltiplos agentes públicos em interação com agentes privados, permite uma ordenação racional tanto da interpretação dos tipos penais quanto da atividade probatória e de seus resultados significantes para a solução dos casos investigados.

Orientada, assim, no tempo e no espaço da complexidade administrativa; e devidamente apropriada dos paradigmas teórico-normativos e práticos dos atos e procedimentos integrantes

do macroprocesso de execução orçamentária, as investigações potencializam suas chances de alcançar seu objetivo de reconstrução legítima e possível dos fatos investigados.

Vejamos, no próximo tópico, por fim, como esse raciocínio – aplicável igualmente a todos os demais delitos conexos de corrupção – pode orientar a compreensão e investigação dos crimes de peculato praticados no complexo contexto das contratações fraudulentas de fornecedores.

5.2 “SIGA A DESPESA PÚBLICA”: UMA PROPOSTA ORIENTADORA DAS INVESTIGAÇÕES DOS CRIMES DE PECULTADO (E OUTROS ILÍCITOS CONEXOS DE CORRUPÇÃO) PRATICADOS NO CONTEXTO DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA

Ultrapassadas as preliminares noções básicas sobre persecução criminal, investigações criminais e institutos penais elementares integrantes da teoria do delito, bem assim vencida a exposição do problema central do trabalho – as dificuldades de representação e valoração jurídica dos ilícitos criminais de corrupção, notadamente do peculato, decorrentes da incompreensão do fenômeno em sua estrutural complexidade -, ressaltaram-se as relações entre corrupção e despesa pública, procedendo-se à descrição dos procedimentos integrantes do macroprocesso de execução orçamentária, com ênfase na constituição do conteúdo econômico-monetário dos gastos públicos e nos expedientes de sua fraudulenta degeneração: o sobrepreço e o superfaturamento que, juntos, compõem o montante dos valores públicos desviados ou o dano doloso ao erário.

Em continuidade, foram exploradas as repercussões lógicas e jurídicas da complexidade subjetiva e objetiva do macroprocesso orçamentário sobre a estrutura dos crimes de corrupção e sua correlata atividade probatória, situando-os, ainda, no tempo e no espaço administrativos a partir do encontro da perspectiva analítica normativo-cronológica com a perspectiva analítica burocrático-espacial.

Na sequência, ressaltou-se a importância da prova indiciária no contexto de fenômenos ilícitos complexos, assim como as noções de espaço-tempo administrativo, espaço-tempo consumativo e espaço-tempo investigativo, orientadoras do raciocínio lógico e jurídico na avaliação preliminar de casos complexos; no planejamento e condução de investigações; na identificação de envolvidos e estabelecimento justo e individualizado das responsabilidades; na gestão, análise e extração de conteúdos significativos do vasto universo probatório, bem como na sua exposição clara por meio da construção de narrativas logicamente estruturadas, favorecendo o racional convencimento judicial no sentido da procedência das teses acusatórias.

Cumpra, agora, exemplificar a aplicação desses raciocínios em favor da investigação dos crimes de peculato praticados no complexo contexto das contratações de fornecedores, espécie de fonte de despesas públicas responsáveis pela movimentação de vultosas cifras e, pois, frequentemente alvo de esquemas fraudulentos de desvios.

Em razão de sua mais direta ligação com a despesa pública e das peculiaridades daí decorrentes, o peculato foi eleito como centro de atenção, em que pese as mesmas lógicas explicitadas se aplicarem aos demais delitos auxiliares ou conexos. Com efeito, conforme salientado neste trabalho, o objeto material sobre o qual recai a conduta criminosa de peculato é idêntico àquele sobre o qual se debruça o instituto da despesa pública: o dinheiro público.

Trata-se de condutas que recaem sobre o mesmo bem da vida – o dinheiro público –, porém, buscando finalidades diversas e antagônicas: enquanto os processos de execução orçamentária visam a regular constituição e realização do gasto público para a satisfação de interesses públicos, as condutas de peculato objetivam justamente o contrário, isto é, a satisfação indevida de interesses privados ilícitos por meios fraudulentos.

Sem a consciência destas relações, de fato, podem restar comprometidas a plena compreensão do fenômeno criminoso com prováveis prejuízos à atividade persecutória estatal. Dentre todos os crimes de corrupção passíveis de incidência neste específico macroprocesso orçamentário, o peculato é justamente o de mais difícil compreensão acerca de sua dinâmica quando analisado o fenômeno sem o suporte orientador dado pelas recíprocas relações mantidas com o macroprocesso de execução da despesa pública.

Isto porque, como se pode inferir da realizada descrição das etapas do macroprocesso orçamentário, o espaço-tempo administrativo dos processos de constituição e realização da despesa pública é o mais transversal de todos, contemplando, do início ao fim, a totalidade do macroprocesso. E nem poderia ser diferente: conforme visto, entende-se por macroprocesso o conjunto dos procedimentos voltados à realização da despesa pública, que, portanto, com ele se confunde em seu processo de nascimento, desenvolvimento e morte.

Com efeito, centrando-se a análise primeiro em sua materialidade, viu-se que o objeto material ou montante desviado é dado pela soma de dois expedientes fraudulentos, que têm lugar cada qual em espaços-tempos consumativos distintos: o sobrepreço e o superfaturamento.

Sendo o sobrepreço uma prática fraudulenta que, normalmente, começa a ser forjada ainda na fase preliminar do planejamento das contratações públicas e se aperfeiçoa ou estabiliza ao final da fase dos processos de contratação com a celebração do contrato e ulterior empenho do

valor global contratado, seu específico tempo consumativo situa-se entre o início e o fim dos processos de contratação (licitações, dispensas ou inexigibilidades), enquanto seu espaço consumativo coincide com o das estruturas burocráticas responsáveis pela condução de tais procedimentos, às quais estarão vinculados os sujeitos consciente ou inconscientemente implicados.

Uma vez constatado o fato do sobrepreço, por meio de perícia técnica ou outros meios, é para tais estruturas que se deve voltar a investigação, sobre elas dirigindo os instrumentos probatórios disponíveis com o fim de estabelecer o diagnóstico orgânico, a composição subjetiva (identificação de sujeitos), a individualização de funções, as práticas administrativas normais nos procedimentos de quantificação e precificação das demandas e os atos do caso investigado desviantes do padrão prático estabelecido e diagnosticado.

Desta forma, potencializam-se as chances de uma mais segura identificação dos responsáveis imediatos pela prática do expediente fraudulento, abrindo-se caminho para se chegar também a agentes criminosos alocados em extratos superiores da burocracia pública e, portanto, mais afastados da materialidade ilícita, ou mesmo de agentes criminosos atuantes na informalidade, sem vínculos formais com os entes públicos.

Por sua vez, o superfaturamento encontra seu espaço-tempo consumativo mais adiante, na linha do tempo do macroprocesso orçamentário, mais precisamente na fase das execuções contratuais: trata-se, em síntese, de fraude na execução da prestação, quantitativa e/ou qualitativamente defeituosa. O expediente fraudulento ocorre, portanto, no específico local da prestação (por exemplo, trecho de estrada a ser pavimentada ou obra a ser construída), eventualmente contando com o envolvimento ou omissão conivente dos agentes públicos encarregados de acompanhar e fiscalizar contemporaneamente a execução contratual. Consuma-se com a emissão, pelo prestador, da respectiva fatura ou nota fiscal ideologicamente falsa e sua apresentação para processamento e posterior pagamento como se perfeita houvesse sido a execução.

Vale lembrar que, para se consumir o crime de peculato e, pois, o dano doloso ao erário, o efetivo pagamento superestimado por sobrepreço e/ou superfaturamento depende ainda, em tese (segundo a normatividade do macroprocesso), da aprovação em procedimentos de verificação de legitimidade e regularidade do gasto público, os processos de pagamento, no bojo dos quais as despesas devem ser liquidadas e em seguida ordenadas. A experiência tem revelado ser comum fiscalizações precárias ou mesmo de fachada (montadas, por vezes retroativamente), ou seja, intencionalmente falseadas em seu conteúdo a fim de maquiar os desvios (pagamentos

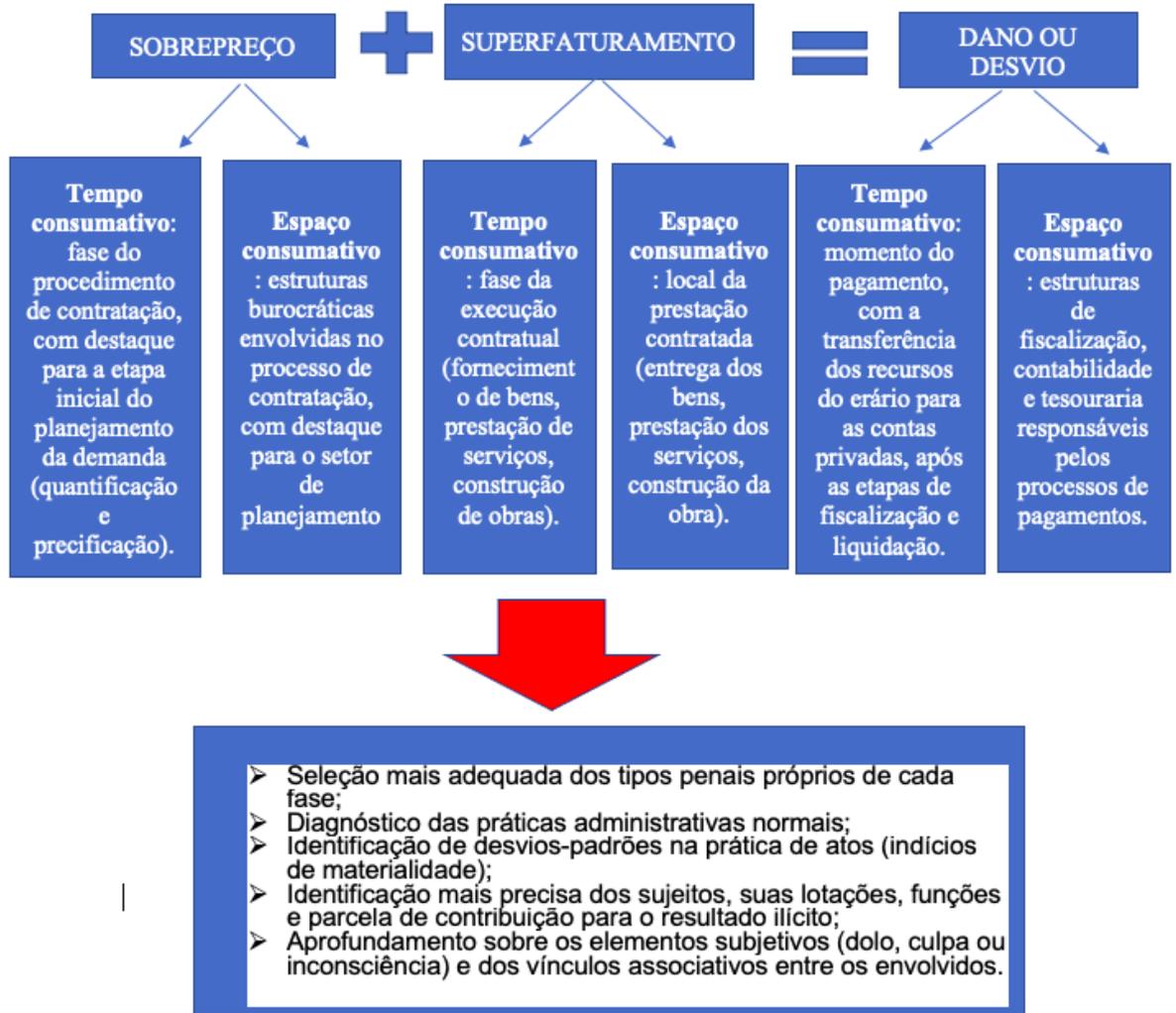
integrais por prestações defeituosas ou até inexistentes) por meio de procedimentos fiscalizatórios forjados.

Assim, para atingir o seu objetivo – desvio ou transferência indevida de recursos públicos -, os esquemas fraudulentos precisam, ainda, garantir a inefetividade dos processos de pagamento, que, tal como os demais expedientes, se desenvolvem em espaço-tempo consumativo próprio.

Nesse sentido, em razão de ocorrerem em espaços-tempos consumativos distintos, referidas frações da materialidade delitiva (ela mesma um dos elementos fracionários constituintes do crime) são providenciadas por agentes igualmente distintos, cada qual responsável por uma parte relevante da conduta criminosa concretizada em momento próprio e local distinto da burocracia estatal.

Ilustrando esquematicamente à luz da compreensão normativo-cronológica e estrutural-espacial do macroprocesso de execução orçamentária aliada à apropriação das regras de negócio pertinentes:

Figura 6 - Compreensão normativo-cronológica e estrutural-espacial do macroprocesso de execução orçamentária



Fonte: Elaborado pelo autor, 2021.

Portanto, a compreensão das condutas (lícitas e criminosas) no tempo e espaço e seu cotejo com os paradigmas normativos e práticos tem se revelado, na experiência institucional do MPBA, um método facilitador da organização do raciocínio investigativo e, por conseguinte, da condução otimizada de investigações de fenômenos complexos de corrupção. Para potencializar as chances de êxito na repressão a tais casos, sugere-se, pois, seguir os trilhos da despesa pública em seu processo de constituição e efetivação – o macroprocesso de execução orçamentária - que nada mais é do que o dinheiro público em movimento nas entranhas da burocracia estatal, buscando a porta de saída das contas do erário.

Destarte, de modo muito simplificado, sugere-se a incorporação à prática institucional, nas investigações de casos mais expressivos de crimes de corrupção, do seguinte iter procedimental:

Passo 1: identificação do tipo de despesa pública envolvida na suspeita de desvio (no caso deste trabalho, fraudes na contratação de fornecedores da administração pública);

Passo 2: diagnóstico e apropriação das normas regentes do correlato processo de execução orçamentária (no caso deste trabalho, as normas administrativas de contratação pública de fornecedores, as normas de direito financeiro e contábil, além das regras próprias do negócio de fundo envolvido: saúde, educação, engenharia, saneamento etc.);

Passo 3: análise do fato objeto de investigação na dupla perspectiva do macroprocesso – cronológica e espacial -, localizando-o no espaço-tempo administrativo;

Passo 4: seleção dos tipos penais mais adequados à proteção dos bens jurídicos protegidos pelas normas de gestão violadas;

Passo 5: diagnóstico das estruturas burocráticas envolvidas, identificação dos agentes públicos a elas vinculados, de suas respectivas funções e de suas práticas administrativas normais ou ordinárias;

Passo 6: cotejo do fato investigado com seus paradigmas normativos e prático, a fim de identificar os desvios-padrões ou indícios de materialidade;

Passo 7: identificação precisa dos aparentes responsáveis pela ação ou omissão na prática dos atos desviados, aprofundando as investigações rumo a seu grau de consciência e vontade de contribuir com o resultado criminoso;

Passo 8: aprofundar as investigações no sentido do estabelecimento de relações entre os aparentes responsáveis diretos pela prática dos atos desviados, deles com particulares implicados nos processos, com outros agentes públicos formalmente mais distanciados dos indícios de ilicitudes identificados ou mesmo com pessoas envolvidas a despeito da existência de qualquer relação formal com a administração pública.

Enfim e em suma: 1) se apropriar dos arcabouços normativos específicos incidentes sobre o macroprocesso de execução orçamentária e das regras próprias de cada negócio subjacente; 2) promover o diagnóstico estrutural objetivo e subjetivo da estrutura burocrática por onde flui o macroprocesso orçamentário em cada uma de suas fases; 3) seguir, no tempo e no espaço administrativos, os trilhos percorridos pela despesa pública em seu processo de nascimento/constituição, desenvolvimento e morte/efetivação, estabelecendo-se as relações entre sujeitos e atos desviados de seu padrão e significativos para a produção do resultado danoso.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho foi motivado pela percepção, na vida diária do enfrentamento à corrupção nos últimos seis anos, de um problema ainda tão presente quanto prejudicial à já árdua missão de investigação, demonstração, processamento e responsabilização dos diversos ilícitos de corrupção praticados e estimulados pelos ambientes complexos.

Muitos são os obstáculos que se colocam à efetiva responsabilização desses crimes, tendo o presente trabalho se debruçado sobre apenas um deles, que reside não nas deficiências estruturais do sistema persecutório, mas de formação da generalidade dos profissionais que o conduz.

Em nossa cultura acadêmica, o conhecimento teórico – em especial o jurídico – é ministrado de forma amplamente disciplinarizada, segmentada e estanque, desfavorecendo abordagens relacionais e holísticas. Mesmo as disciplinas de natureza prática, ao menos nas faculdades de Direito, não preparam suficientemente para a análise de **realidades** complexas, como o são os crimes de corrupção praticados em contexto associativo criminoso, por meio das estruturas e fluxos administrativos dos entes públicos: de um modo geral, os manuais tradicionais seguem reproduzindo os exemplos tradicionais, tratados com as lentes de uma doutrina tradicional, erigida a partir de uma legislação essencialmente pensada para uma realidade social da primeira metade do século passado.

Como é de se esperar, o resultado observado ao longo da experiência prática é o despreparo da generalidade dos profissionais do sistema de justiça – juízes, membros do Ministério Público, policiais, advogados públicos e privados – para lidar eficientemente com realidades complexas.

Este específico problema reside, portanto, na própria compreensão do fenômeno de corrupção que se tenta enfrentar, o que impacta negativamente – do início ao fim – todas as fases da persecução estatal.

Os agentes corruptos desejam se apropriar criminosamente do dinheiro público e dele usufruir sem riscos de serem responsabilizados. Graças à evolução tecnológica e à ampliação dos mecanismos de transparência sobre a gestão pública, o alcance desse objetivo já não é mais possível - como outrora - através do simples ato de sacar recursos do erário, sem que esta conduta ostensiva se exponha demasiadamente aos órgãos de controle, à imprensa e ao controle social difuso.

Assim, atualmente, a fraude tornou-se o *modus operandi* básico e o macroprocesso de execução orçamentária o campo de incidência dos incontáveis expedientes fraudulentos: é por meio (e não ao largo) dele que operam os grandes esquemas de corrupção. Em decorrência, esses fenômenos ilícitos assumem as mesmas características de complexidade dos entes públicos e de seus processos administrativos, o que repercute também na sua análise jurídico-criminal e na correlata atividade probatória.

Neste contexto, entendemos a despesa pública como sendo a pedra de toque para a compreensão do fenômeno criminoso e, por conseguinte, para a estruturação de investigações mais eficientes.

Como visto, de forma bastante simplificada, a despesa pública é o dinheiro público em movimento nas estruturas burocráticas rumo à satisfação das necessidades estatais, a única forma legítima de efetivar os gastos públicos. Logo, compreendendo-se os processos normais (normativos e práticos) de sua constituição e realização (nascimento, desenvolvimento e morte), reúnem-se melhores condições de hipotetizar as possibilidades de desvios-padrões significativos cronologicamente, em cada fase (espaço-tempo) do macroprocesso de execução orçamentária, potencializando-se as chances de identificar, com maior precisão, os diversos responsáveis e fixar mais adequadamente as cotas-partes de responsabilidade.

Seguir os rastros da despesa pública: essa é, portanto, a contribuição – residente essencialmente num plano lógico - que se pretendeu trazer à reflexão por meio deste trabalho.

Para possibilitar ao leitor, sobretudo aquele desprovido de conhecimento técnico-jurídico, compreender o cerne do trabalho – como o estabelecimento de relações entre os ilícitos de corrupção e os processos de execução orçamentária pode orientar logicamente as investigações desses fenômenos complexos -, estruturou-se os objetivos específicos numa lógica de generalidade para a especificidade: primeiro, descrevendo-se a atividade de persecução criminal para a generalidade dos crimes, bem como apresentando noções básicas dos principais institutos penais a ela relacionados; na sequência, passou-se à descrição especificamente do crime de peculato-desvio (eleito por sua relação mais estreita e direta com a proteção da despesa pública), revisitando-se a questão-problema, qual seja, a dificuldade de representação da mecânica desses crimes enquanto fenômeno quando praticados em ambientes complexos; uma vez patenteada a referida dificuldade de representação; passou-se, então, à explicitação das lógicas comuns aos fenômenos lícitos e ilícitos do macroprocesso de execução orçamentária, estabelecendo-se suas recíprocas relações e condicionamentos, bem como essa simbiose repercute, igualmente, sobre a correlata atividade probatória, seja em nível teórico (valorização

da prova indiciária), seja em nível prático (condução às noções lógicas de espaço-tempo administrativo, “espaço-tempo consumativo e espaço-tempo investigativo).

Uma vez de posse desse instrumental teórico, da compreensão da lógica cronológica seguida pela execução orçamentária e de suas relações com as condutas criminosas que sobre ela incidem, passou-se à exposição esquemática da aplicação do raciocínio orientador e estruturante da compreensão e planejamento investigatório sobre o processo de prática do crime de peculato-desvio, no contexto da contratação de fornecedores, propondo-se, em seguida, o iter procedimental a ser considerado em casos semelhantes.

Contudo, por suas características, o trabalho encontra limites no espaço-tempo deste mestrado e no próprio particular contexto deste discente, de sorte que muitas possibilidades de estudos se abrem ao aprofundamento e aperfeiçoamento dessas reflexões, seja em nível teórico, seja em sua aplicabilidade prática a partir de análises e novas aplicações em casos concretos. Com efeito.

No intuito de instrumentalizar a compreensão do cerne do trabalho (as relações, no plano lógico, entre o macroprocesso de execução orçamentária da despesa pública e os fenômenos ilícitos sobre ele incidentes, e as repercussões daí decorrentes para a atividade probatória estatal), revelou-se especialmente desafiadora a tentativa de equilibrar a necessária concisão na exposição do vastíssimo universo teórico de institutos jurídicos penais, processuais penais e financeiro-orçamentário com os riscos de uma exagerada superficialidade no seu trato.

De fato, a teoria penal não apenas é vastíssima, mas especialmente profunda, fruto de séculos de evolução dogmática, de modo que se revelou especialmente difícil a tarefa de pinçar dessa vastidão seus institutos e conceitos mais básicos, simplificando sua exposição a fim de que fossem igualmente contemplados leitores técnicos e não-técnicos.

De modo semelhante, a exposição bastante simplificada da intrincada atividade de execução orçamentária dos entes públicos representou também um grande desafio, sendo seus conceitos e institutos pouco conhecidos até mesmo da comunidade jurídica de um modo geral.

Em decorrência desses dificultadores, como advertido na introdução deste trabalho, outras perspectivas epistemológicas de natureza econômica, social, política e cultural – ínsitas ao complexo fenômeno dos peculatos e demais crimes de corrupção relacionados - poderiam ser abordadas.

De igual modo, questões teóricas de extrema relevância prática deixaram de ser enfrentadas por não se comportarem nos estreitos limites deste trabalho, a exemplo do estudo

da divisão das atribuições e competências entre os sistemas de justiça estadual e federal à vista da natureza dos recursos públicos envolvidos. Trata-se de tema fundamental para uma atuação eficiente de enfrentamento aos grandes esquemas de desvios de dinheiro público, mal compreendido em sua complexidade e relação com o ciclo das políticas públicas no Brasil à luz de seu modelo federativo de financiamento, sobre o qual pairam antigas e prejudiciais controvérsias, gerando insegurança jurídica, dando azo a anulações de grandes investigações complexas com desperdício de altas somas de recursos públicos, gerando descrédito nas instituições e aumentando a sensação de impunidade.

Ainda, outra possibilidade de estudos que se abre é, a nosso sentir, a possibilidade de análise de investigações com esse nível de aprofundamento sob uma perspectiva econômica de seus custos e benefícios em perspectivas institucionais, econômicas, políticas e sociais.

Todavia, apesar de tais dificuldades, pensamos que, ao cabo, a mensagem central logrou ser transmitida com êxito: existe uma lógica na prática desses ilícitos complexos e, portanto, uma lógica a ser seguida na estruturação das correspondentes investigações e demais atos da sua persecução criminal.

Esperamos que, apesar das limitações e deficiências, o presente trabalho possa contribuir ao menos com o despertar de consciências e impulsionar a realização de novos e mais aprofundados estudos acadêmicos sobre o tema do enfrentamento eficiente da corrupção, bem como com o aperfeiçoamento da atividade persecutória estatal de responsabilização pela prática de ilícitos complexos contra a Administração Pública, especialmente aqueles voltados ao desvio profissionalizado de grandes montas de recursos públicos.

REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, M. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- ASSONI FILHO, S. Capítulo III: Da despesa. In: CONTI, J. M. (org.) **Orçamentos Públicos: a Lei 4.320/1964 comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 179–204.
- BADR, E.; WU, M. V. R. Prova Indiciária no Processo Criminal Conforme a Hermenêutica de Heidegger e Gadamer. In: PEREIRA, D.; CARNEIRO, M. **Investigação científica nas ciências sociais aplicadas** 3, v. 3, p. 218–232. Ponta Grossa - PR: Editora Atena, 2019.
- BALEEIRO, A. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 16. ed. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 19^a ed. re ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 5: Crimes Contra a Administração Pública e Crimes Praticados por Prefeitos**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BRANDÃO, C. Teorias da conduta no direito penal. **Revista de Informação Legislativa**, v. 37, n. 148, p. 89–95, 2000.
- BRANDÃO, C. Tipicidade e Interpretação no Direito Penal. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 35, n. 68, p. 59, 2014.
- BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código penal. Rio de Janeiro: 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 4 dez. 2021.
- BRASIL. **Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 4 dez. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e contrôle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm. Acesso em: 4 dez. 2021.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a responsabilidade de Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Brasília, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm. Acesso em: 4 dez. 2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 dez. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da

Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 4 dez. 2021.

BRASIL. **Lei 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 4 dez. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 4 dez. 2021.

BRASIL. **Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm.

Acesso em: 4 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, 2016. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 4 dez. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 961, de 6 de maio de 2020**. Autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos, adequa os limites de dispensa de licitação e amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Brasília, 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv961.htm.

Acesso em: 4 dez. 2021.

BRASIL. **Lei 14.065, de 30 de setembro de 2020**. Autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos realizados no âmbito da administração pública; adequa os limites de dispensa de licitação; amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020; e altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Brasília, 2020b.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14065.htm. Acesso em: 4 dez. 2021.

BRASIL. **Lei 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm.

Acesso em: 4 dez. 2021.

BURKE, A. Crimes de colarinho branco: um desafio ao direito processual penal white collar crimes : a challenge to contemporary criminal. **REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL - UFRGS**, v. 8, n. 1, p. 201–216, 2020.

CÂMARA MUNICIPAL DE ILHÉUS. **Decreto Legislativo Nº 0048/2021** - Dispõe Acerca Da Concessão Do Título De Cidadão Honorário. Ilhéus, 2021. Disponível em: <https://www.camarailheus.ba.gov.br/Handler.ashx?f=diario&query=1213&c=328&m=0>. Acesso em: 21 nov. 2021.

CARVALHO FILHO, E. V. Tipologias de blindagem patrimonial, formas de atuação de "laranjas", empresas offshore e técnicas de investigação. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 81, n. 4, p. 35-40, out./dez. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE (CFC). **RESOLUÇÃO CFC Nº. 1.207/09**. Aprova a NBC TA 240 – Responsabilidade do Auditor em Relação a Fraude, no Contexto da Auditoria de Demonstrações Contábeis. Brasília, 2009. Disponível em: https://www1.cfc.org.br/sisweb/SRE/docs/Res_1207.pdf. Acesso em: 4 dez. 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). **RELATÓRIO CONCLUSIVO CORREIÇÃO GERAL**. Brasília: 2019.

DALLAGNOL, D. M. **As lógica das provas no processo: prova direta, indícios e presunções**. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2015.

DALLAGNOL, D. M. A Visão Moderna da Prova Indício. In: SALGADO, D. R.; QUEIROZ, R. P. **A Prova no enfrentamento à Macrocriminalidade**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 105–128.

DALLAVERDE, A. K. Capítulo I: Da programação da despesa. In: CONTI, J. M. **Orçamentos Públicos: a Lei 4.320/1964 comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 152–164.

ESTEFAM, A.; GONÇALVES, V. E. R. **Direito Penal Esquematizado** - Parte Geral. 9. ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2020.

FANTÁSTICO. Esquema de licitações entrega carne vencida para merenda em Ilhéus, BA. **Cadê o dinheiro que estava aqui?** 14 mai. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/quadros/Cade-O-Dinheiro-Que-tava-Aqui/noticia/2017/05/esquema-de-licitacoes-entrega-carne-vencida-para-merenda-em-ilheus-ba.html>. Acesso em: 21 nov. 2021.

FAZZIO JÚNIOR, W. **Corrupção no poder público: peculato, concussão, corrupção passiva e prevaricação**. São Paulo: Atlas, 2002.

FERREIRA, L. H. C.; FERREIRA, N. J. C. **Investigação Criminal** - um estudo metodológico. Salvador: Sicurezza, 2011.

GARCIA, E.; ALVES, R. P. **Improbidade Administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GRECO, L.; LEITE, A. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: GRECO, L. *et al.* (Ed.). **Autoria como domínio do fato: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume 1**. 21. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2019.

HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal** - Vol. IX: Arts. 250 a 361. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

IBGE. **Produto Interno Bruto - PIB**. [s.d.]. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>. Acesso em: 22 ago. 2021.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

LEAL, Á. J. La justificación del contrato público y el control del expediente de contratación como formas de prevenir los delitos de corrupción. **Revista internacional de transparencia e integridad**, n. 9, p. 13, 2019. Disponível em: <https://www.worldcomplianceassociation.com/2453/noticia-la-justificacion-del-contrato-publico-y-el-control-del-expediente-de-contratacion-como-formas-de-prevenir-los-delitos-de-corrupcion.html>. Acesso em: 4 dez. 2021.

LEITE, H. **Manual de Direito Financeiro**. 8. ed. rev ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

LIMA, L. H. Sobrepreço e superfaturamento. **Artigos**. Tribunal de Contas do Mato Grosso. 11 abr. 2016. Disponível em: <https://www.tce.mt.gov.br/artigo/show/id/222/autor/6>. Acesso em: 4 dez. 2021.

LOBO DA COSTA, H. R. Autoria e participação na denominada Operação Lava Jato: aplicação da teoria do domínio do fato. In: AMBOS, K. *et al.* (Org.). **Corrupção: ensaios sobre a operação lava jato**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons; CEDPAL, 2019. p. 233–248.

LYRA, O. “O Estado não foi feito para enriquecer seus agentes”, diz Augusto Aras. **Política**. Jornal A Tarde. 4 jan. 2021. Disponível em: <https://atarde.uol.com.br/politica/noticias/2152418-o-estado-nao-foi-feito-para-enriquecer-seus-agentes-diz-augusto-aras>. Acesso em: 4 dez. 2021.

MARQUES, J. F. **Elementos de direito processual penal** - V. 1. Campinas: Editora Millennium, 2009.

MASSON, C. **Direito Penal: parte especial (arts. 213 a 359-H)** - vol. 3. 9. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Gen; Editora Método, 2019.

MENDRONI, M. B. **Crime Organizado: Aspectos gerais e Mecanismos Legais**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDRONI, M. B. **Curso de Investigação Criminal**. São Paulo: Atlas, 2013.

MORO, S. F. Prevenindo a Corrupção Sistêmica no Brasil. **Daedalus**, v. 147: 3, p. 157–168, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA (MP-BA). **Programação curso regular de investigação de ilícitos complexos de corrupção (com ênfase em fraudes em**

contratações públicas) e lavagem de dinheiro. Salvador, 2020. Disponível em: https://infomail.mpba.mp.br/index.php/2020/07/07/programacao_curso-regular-de-investigacao-de-ilicitos-complexos-de-corrupcao-com-efase-em-fraudes-em-contratacoes-publicas-e-lavagem-de-dinheiro/. Acesso em: 21 nov. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA (MP-BA). Operação Citrus: Empresário e ex-secretários têm penas mantidas pelo TJBA. **Notícia.** 9 fev. 2021. Salvador, 2021a. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/noticia/55800>. Acesso em: 21 nov. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA (MP-BA). Operação Basura: Empresários e agente público são presos no sudoeste baiano. **Notícia.** 19 nov. 2021. Salvador, 2021b. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/noticia/59888>. Acesso em: 21 nov. 2021.

PACELLI, E. **Curso de processo penal.** 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

POLASTRI LIMA, M. **Curso de processo penal.** Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014.

SANTOS, F. B.; SOUZA, K. R. **Como combater a corrupção em licitações:** detecção e prevenção de fraudes. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SHELLER D'ANGELO, A.; SILVA MAESTRE, S. La corrupción en la contratación pública: operatividad, tipificación, percepción, costos y beneficios. **Revista VIA IURIS**, n. 23, p. 1–36, 2017.

SUTHERLAND, E. H. **Crime de colarinho branco:** versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **ADI6537 - Ação Direta de Inconstitucionalidade.** Brasília, 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206357%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 4 dez. 2021.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de direito processual penal.** 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO - ILHÉUS (TCM-ILHÉUS). **Instrução Normativa 01**, de 01 de agosto de 2014. Ilhéus, 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA (TJ-BA). **Apelação nº 0501050-78.2017.8.05.0103.** Salvador, 2017.

VASCONCELOS NETO, F. C. O Manejo da Prova Indiciária nos Crimes em Licitações Públicas. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, p. 79–98, 2018.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral.** 13. ed. re ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.