

A tipificação penal do superfaturamento de obras públicas

Leonardo Andrade Macedo

Como citar este artigo: MACEDO, Leonardo Andrade. A tipificação penal do superfaturamento de obras públicas. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 4, p. 211-251, 2019. DOI: [10.46274/1809-192XRICP2019v4p211-251](https://doi.org/10.46274/1809-192XRICP2019v4p211-251).



A TIPIFICAÇÃO PENAL DO SUPERFATURAMENTO DE OBRAS PÚBLICAS

CRIMES ASSOCIATED TO PUBLIC WORKS OVERCHARGING

Leonardo Andrade Macedo

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador da República.

Recebido em: 30/06/2019

Aprovado em: 17/09/2019

Última versão do autor em: 23/09/2019

Área: Direito Penal

Resumo:

Neste trabalho são examinados os principais tipos de superfaturamento e os tipos penais a eles associados. Ao final, analisa-se propostas para aperfeiçoamento da legislação brasileira.

Palavras-chave:

Superfaturamento. Sobrepreço. Obra pública. Corrupção. Fraude em licitação.

Abstract:

This study analyzes the common types of public works overcharging, as well as the crimes usually associated to this practice, including suggestions for improving the Brazilian legislation.

Keywords:

Overcharging. Overprice. Public works. Corruption. Public bid fraud.

Sumário: 1. Introdução. 2. Definição. 3. Tipos de superfaturamento. 3.1 Superfaturamento por quantidade e qualidade. 3.2 Superfaturamento por sobrepreço. 3.3 Superfaturamento por jogo de planilha. 3.4 Superfaturamento por alteração de cláusulas financeiras e superdimensionamento. 4. Tipificação penal. 4.1 Peculato. 4.2 Crimes da lei de licitações. 4.3

Estelionato. 4.4 Proposta de tipificação do crime de “superfaturamento”.
5. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Para além de uma conduta moralmente condenável, que corrói a capacidade dos Estados de prover as necessidades básicas de sua população (saúde, educação, segurança, habitação, infraestrutura, serviços públicos em geral),¹ a corrupção é um fenômeno que compromete a legitimidade política, enfraquece as instituições democráticas e cria graves distorções de mercado, com impacto direto na vida dos cidadãos.²

Um dos mecanismos associados à corrupção mais importantes para desvio de recursos públicos é o superfaturamento de obras públicas.³ Essa espécie de prática corrupta, por vezes, conta com o envolvimento de agentes políticos, funcionários públicos e empresas privadas, que se aproveitam da complexidade técnica inerente a cada empreendimento e dos expressivos montantes de recursos envolvidos. Como resultado disso, o preço pago pelo Estado para execução de obras de interesse da coletividade é injustamente elevado, gerando considerável prejuízo ao erário e desperdício de dinheiro público.

Não há maiores dúvidas de que o superfaturamento em obras públicas pode ensejar, na esfera administrativa, a aplicação de penalidades aos agentes públicos responsáveis (art. 121 da Lei 8112/1990) e às empresas privadas beneficiadas indevidamente,⁴ bem como configurar ato

¹ Nesse sentido, reportando-se a Sutherland, Sanchis Mir e Garrido Genovés destacam que “*los delitos de cuello blanco ocasionan más daños físicos y muertes que los delitos comunes, a pesar del carácter no violento de los primeros*”. SANCHIS MIR, José Ricardo; GARRIDO GENOVÉS, Vicente. *Delincuencia de 'Cuello Blanco'*. Madrid: Instituto de Estudios de Policía, 1987, p. 73-78.

² Sobre os variados efeitos da corrupção, vide, por todos, Rose-Ackerman, Susan. *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. Cambridge University Press, 1999.

³ O superfaturamento aparece como uma das irregularidades mais identificadas nas auditorias de obras públicas realizadas pelo TCU. Em um universo de 1.688 fiscalizações realizadas no período de 2008 a 2018, o TCU verificou que as três principais ocorrências no período são: “Sobrepço/Superfaturamento”, com 1.331 achados; “Projeto básico deficiente, inexistente ou desatualizado”, com 1.158; e “Falhas na composição de custos expressos na planilha orçamentária”, com 751 achados. TCU, *Fiscobras 2018 consolida auditorias em obras por todo o Brasil*. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/fiscobras-2018-consolida-auditorias-em-obras-por-todo-o-brasil.htm>. Acesso em 24.07.2019.

⁴ São exemplos de sanções aplicadas às pessoas jurídicas multa sobre o faturamento (art. 6º da Lei 12.846/2013), suspensão e impedimento do direito de licitar e contratar

de improbidade administrativa para imposição de sanções de natureza político-civil-administrativa aos agentes públicos e privados envolvidos,⁵ além da obrigação de ressarcimento do prejuízo ao erário.⁶ Entretanto, no campo da responsabilidade penal, a subsunção das práticas de superfaturamento aos tipos penais previstos na legislação brasileira não é tarefa fácil, mormente em face dos princípios da legalidade e da taxatividade.⁷

O superfaturamento em obras públicas funciona como indício da prática de vários crimes, relacionados a bens jurídicos diversos, como corrupção ativa e passiva (art. 317 e 333 do Código Penal), tráfico de influência (art. 332 do Código Penal), associação e organização criminosa (art. 288 do Código Penal e art. 2º da Lei 12850/2013), lavagem de dinheiro (Lei 9613/1998), cartel (art. 4º da Lei 8137/1990), frustração ao caráter competitivo e fraude à licitação (art. 90 e 93 da Lei 8666/1993). Porém, para a configuração de cada um desses delitos, é necessário o preenchimento de requisitos específicos, que não se esgotam na mera demonstração da prática fraudulenta e do prejuízo ao erário.

Na verdade, não se vislumbra atualmente no direito brasileiro um único tipo penal que, de forma exata, abrangente e uniforme, criminalize as diversas práticas de superfaturamento em obras públicas. Em geral, a

com a administração pública (art. 87 da Lei 8666/1993). De modo especial, o art. 5º, inciso IV, da Lei 12.846/2013 prevê como atos típicos lesivos à Administração Pública várias condutas associadas a superfaturamento de obras públicas (alíneas “d”, “f” e “g”).

- ⁵ O superfaturamento se amolda perfeitamente a atos de improbidade administrativa descritos nos arts. 9º (incisos I, II, VI e X) e 10 (incisos I, V, IX, X, XI e XII) da Lei 8429/1992, ensejando a aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei 8429/1992.
- ⁶ O ressarcimento do prejuízo ao erário pode ser buscado na própria via administrativa (art. 122, §1º da Lei 8112/1990, art. 80, III e IV da Lei 8666/1993, art. 13 da Lei 12.846/2013) ou na esfera judicial, por meio de ação por ato de improbidade administrativa ou ação civil de ressarcimento, sendo tal pretensão de natureza imprescritível (art. 37, §§4º e 5º da Constituição da República).
- ⁷ O princípio da taxatividade, inerente ao princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX da Constituição da República), exige que a lei penal seja certa, precisa, isto é, que ela contenha, tanto quanto possível, a descrição pormenorizada de seus elementos para que se compreenda a proibição inquestionável de determinada conduta. BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 41-42. BITENCOURT, C. R. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 332-333. Esse foi o fundamento que ensejou, por exemplo, a rejeição de denúncia pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal no Inquérito n. 3776, por maioria, ao considerar atípica, e não como peculato, a conduta de parlamentar que usou os serviços de funcionário público para realização de atividades de interesse particular (DJe-216 04.11.2014).

depender do tipo de superfaturamento, das circunstâncias do fato, das condições pessoais e do *animus* dos agentes envolvidos, essa conduta pode se amoldar aos crimes de peculato (art. 312 do Código Penal e art. 1º, I do Decreto Lei 201/1967), crimes da lei de licitações (art. 92 e 96 da Lei 8666/93) e estelionato (art. 171, §3º do Código Penal). Contudo, como se verá, há algumas limitações e dificuldades na aplicação desses tipos para adequada responsabilização penal do superfaturamento em obras públicas.

Autores consagrados no estudo da corrupção, como Rose-Ackerman e Klitgaard, apontam a impunidade como um fator decisivo na escolha do agente entre praticar ou não o ato de corrupção.⁸ Nessa análise racional de custo-benefício, entre outros elementos dissuasórios, são consideradas a probabilidade de punição e a gravidade da sanção.

Da mesma forma, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção estabelece a obrigação dos Estados de criminalizar condutas dolosas que impliquem malversação ou qualquer outra forma de apropriação ou desvio de bens por funcionários públicos (art. 17).⁹

Assim, a par das repercussões na esfera administrativa e no campo da improbidade administrativa, não se pode prescindir da sanção penal como importante instrumento de prevenção e repressão ao superfaturamento em obras públicas, sob pena de descumprimento dos compromissos internacionais do país e ofensa ao princípio da proporcionalidade, no viés da proibição de proteção deficiente do patrimônio público e da moralidade administrativa.

Este trabalho, baseado em uma pesquisa propositiva e valendo-se de levantamento doutrinário e jurisprudencial, busca contribuir para aperfeiçoar o sistema jurídico-penal em relação ao fenômeno do superfaturamento. Inicialmente, serão abordados a definição e os principais tipos de superfaturamento em obras públicas. Em seguida, serão examinados os tipos penais nos quais essa prática é comumente classificada e apontadas as dificuldades e limitações para essa subsunção.

⁸ ROSE-ACKERMAN, Susan. *The political economy of corruption*. In Institute of International Economics, Corruption and the Global Economy, 1997, p. 40-50. KLITGAARD, R. *A corrupção sob controle*. Rio de Janeiro: editora Jorge Zahar, 1994.

⁹ Assinada em Mérida, em 31.10.2003, e promulgada no Brasil por meio do Decreto n. 5687/2006. No mesmo sentido, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, assinada em 29/03/1996 e promulgada no Brasil por meio do Decreto 4.410/2002. Sobre mandados de criminalização expressos e implícitos, vide GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988*. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

2. Definição

A expressão “superfaturamento” é definida nos dicionários como uma “fraude contra o fisco, caracterizada pela diferença a mais entre o preço da fatura e o preço de mercado” ou uma “venda feita por preço superior ao normal ou ao de mercado.”¹⁰

De forma similar, MARQUES NETO afirma que:

O superfaturamento de um contrato administrativo consiste em procedimento doloso no sentido de lesar o erário público, por meio do expediente da prática de preços acima dos padrões de mercado, com desrespeito aos princípios da economicidade e razoabilidade, que devem nortear a avença administrativa. Dito de outro modo, superfaturamento implica a emissão de fatura em valor superior ao valor efetivo do bem, visando – no mais das vezes – a um locupletamento de alguma das partes através da apropriação desta diferença.¹¹

Esses conceitos parecem restringir o superfaturamento apenas à prática conhecida como sobrepreço, em que há cobrança de preços excessivos, superiores à média do mercado.¹² Porém, o sobrepreço é apenas um dos tipos possíveis de superfaturamento. Assim, de acordo com uma definição mais abrangente, inspirada no inciso V do art. 96 da Lei 8666/1993, LOPES assinala que “superfaturamento é um conjunto de práticas ilegais que tornam, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato para a Administração.”¹³

Por outro lado, sob uma perspectiva técnico-jurídica, pode-se dizer que o superfaturamento consiste em um conjunto de certas práticas fraudulentas que propiciam a obtenção de vantagem indevida ao contratado e causam dano ao erário em contratos administrativos, destacando-se, nesse conceito, três elementos essenciais: a fraude, o contrato administrativo e o dano ao erário.

¹⁰ Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/>. Acesso em 24.07.2019.

¹¹ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *A impossibilidade de redução unilateral de preços pela Administração por alegação de superfaturamento*. Boletim de licitações e contratos, v. 10, n. 11, p. 539, nov. 1997.

¹² Igualmente, na única menção expressa a superfaturamento na Lei 8666/1993, aplicável às hipóteses de inexigibilidade e dispensa de licitação (art. 25, §2º), o termo parece ter sido utilizado nesse sentido mais restrito, como equivalente de sobrepreço.

¹³ LOPES, Alan de Oliveira. *Superfaturamento de obras públicas*. São Paulo: Pronto, 2011, p. 60.

A fraude consiste em uma prática enganosa, um engodo para iludir outrem, induzindo-o ou mantendo-o em erro, para lesar ou por em risco o bem jurídico.¹⁴ É o que ocorre, por exemplo, quando se fornece um bem ou se presta um serviço em quantidade ou qualidade inferior àquela contratada e se cobra por sua integralidade; ou quando se pratica preço excessivo como se fosse correspondente ao de mercado; ou, ainda, quando, por meio do chamado jogo de planilhas, se altera o equilíbrio econômico-financeiro inicial e a obra se torna injustamente mais onerosa para a Administração.

Contrato administrativo, nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei 8666/1993, é “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.” Neste trabalho, o foco é o contrato administrativo para execução de obra,¹⁵ entendida como “toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução (...) indireta”, ou seja, por terceiros, sob os regimes de tarefa, empreitada por preço global, unitário ou integral.¹⁶

¹⁴ “Fraude é todo e qualquer meio enganoso, que tem a finalidade de ludibriar, de alterar a verdade dos fatos ou a natureza das coisas, e deve ser interpretada como gênero, que pode apresentar-se sob várias espécies ou modalidades distintas, tais como o artifício, ardid ou qualquer outro meio fraudulento.” BITENCOURT, C. R. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 323.

¹⁵ Sobre os conceitos de obra e serviços de engenharia, vide a Orientação Técnica do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP OT – IBR 002/2006. Disponível em <http://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/06/OT-IBR-02-2009-Ibraop-01-07-10.pdf>. Acesso em 24.07.2019. Cláudio Altounian aponta a insuficiência da Lei 8666/1993 para distinção entre obra e serviço de engenharia, afirmando que “a legislação procurou definir serviços como aquelas atividades em que há predomínio do emprego de mão de obra em relação ao de material e, no caso de obra, o contrário.” ALTOUNIAN, Cláudio. *Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização*. 4ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014, p. 34. Vide, ainda, ABDUCH SANTOS, José Anacleto. *Contratos Administrativos: formação e controle interno da execução, com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 325-328.

¹⁶ Art. 6º, I e VIII da Lei 8666/1993. Embora o foco desta análise sejam os contratos celebrados com base na Lei 8666/1993, nada impede que estes apontamentos sejam também aplicados a outros tipos de contratos administrativos que envolvam execução de obras e serviços de engenharia, tais como os contratos de concessão (Lei 8987/1995), de parceria público privada (Lei 11.079/2004) e os celebrados a partir do regime diferenciado de contratações (Lei 12.462/2011) e por empresas

Por fim, dano ao erário consiste em uma redução patrimonial indevida suportada por uma entidade da Administração Pública, seja por meio de “desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres” (art. 10 da Lei 8429/1992). A licitação que, em regra, deve preceder a celebração de contratos administrativos, tem, entre seus objetivos, garantir a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º da Lei 8666/1993). Essa finalidade acaba frustrada quando, seja ainda na fase da licitação ou durante a execução do contrato, se admite, por exemplo, a prática de preços excessivamente superiores aos correntes no mercado ou se paga por itens não executados conforme contratado, ficando, assim, configurado prejuízo ao patrimônio público.

Mesmo explicitados os elementos do conceito de superfaturamento, esse complexo fenômeno somente pode ser bem compreendido a partir da análise de seus diversos tipos. Tanto que a definição de superfaturamento adotada pela Diretoria Técnico-Científica da Polícia Federal e pelo Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP se confunde com a própria descrição dos tipos de superfaturamento.¹⁷

Essa definição técnica acabou sendo adotada pela chamada Lei das Empresas Estatais (Lei 13.303/2016), que, de certa forma, passa a ser a principal referência legal em matéria de superfaturamento:

Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se (...) a evitar operações em que se caracterize *sobrepreço* ou *superfaturamento* (...).

§ 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:

estatais (Lei 13.303/2016), com os devidos ajustes em razão das peculiaridades de cada regime jurídico.

¹⁷ Diretoria Técnico-Científica da Polícia Federal. Instrução Técnica n. 001/2010-DITEC e Orientação Técnica n. 001/2010-DITEC; Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP OT – IBR n. 005/2012. Disponível em http://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/04/OT_-_IBR_005-2012.pdf. Acesso em 24.07.2019.

- 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.

Assim, passa-se à análise dos vários tipos de superfaturamento, conforme a classificação adotada nessa lei e nas normas técnicas citadas, a saber: por quantidade e qualidade, por sobrepreço, por jogo de planilha, por alteração de cláusulas financeiras e superdimensionamento.

3. Tipos de superfaturamento

O superfaturamento em obras públicas compreende uma variedade de práticas fraudulentas, geralmente identificadas apenas por meio de trabalhos periciais ou de auditoria.

Tais práticas devem ser examinadas de forma separada e específica, uma vez que os tipos de superfaturamento possuem *modus operandi* próprios, ocorrem em fases diversas do processo de contratação e execução e podem envolver diferentes grupos de pessoas, públicas e privadas, com participações e *animus* distintos. Esse tratamento analítico das modalidades de superfaturamento é necessário para a adequada subsunção da conduta aos tipos penais, a correta aplicação das regras sobre concurso de crimes e a definição da autoria, entre outros elementos, de modo a assegurar a justa responsabilização penal.

3.1. Superfaturamento por quantidade e qualidade

O superfaturamento por *quantidade* se caracteriza pela medição e pagamento por itens da obra (serviços e materiais) em quantidades superiores às efetivamente executadas, gerando, com isso, prejuízo ao erário.

Por exemplo, em obras de pavimentação viária o projeto prevê base do pavimento com certa espessura total (15 cm), mas o contratado executa a obra com espessura inferior (5 cm). Assim, contando com a deficiência ou o

conluio da fiscalização, o contratado apresenta boletim de medição e fatura como se tivesse executado o serviço por inteiro, recebendo o pagamento na integralidade, apesar de ter fornecido bem menos do que deveria.¹⁸

Para identificar o superfaturamento por quantidade em obras públicas, basta comparar os quantitativos de itens constantes das medições (que, em tese, devem corresponder àqueles previstos nos documentos que compõem o projeto básico,¹⁹ com os ajustes relativos a eventuais aditivos contratuais) com as quantidades desses mesmos itens efetivamente executadas, levantadas mediante análise documental (diário de obras, notas fiscais de fornecedores e subcontratados) ou em exame direto do local, com vistoria da obra.²⁰ Uma vez apurada diferença de quantitativos, para encontrar o valor do dano ao erário é só multiplicar essa diferença pelo preço unitário dos itens correspondentes.²¹

Já o superfaturamento por *qualidade* consiste na medição e pagamento integral por itens da obra executados de forma deficiente ou mediante substituição de materiais por outros de qualidade pior e custo menor, resultando, assim, em diminuição da qualidade, vida útil ou segurança da obra.

Como exemplos pode-se citar, em obra de saneamento, a troca do sistema de fossa de alvenaria por pré-moldada ou a substituição de

¹⁸ Nesse exemplo, além do dano já materializado em razão do fornecimento a menor, como não foi executado fielmente o projeto, é bastante comum que na primeira temporada de chuvas comecem a aparecer defeitos no pavimento, exigindo desembolso de novos recursos para recapeamento ou refazimento de trechos da via. Outro exemplo frequente de superfaturamento por quantidade, de difícil identificação *a posteriori*, ocorre com serviços de terraplenagem e movimentação de terra. LOPES, Alan. *Perícia em obras rodoviárias: a experiência da fiscalização concomitante do lote 07 da BR 101/NE*. Encontro Técnico Nacional de Auditoria de Obras Públicas – ENAOP – Palmas/TO, 2012.

¹⁹ Sobre a definição de projeto básico e seu conteúdo técnico, vide a orientação técnica do IBRAOP OT – IBR 001/2006. Disponível em http://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/06/orientacao_tecnica.pdf. Acesso em 23.07.2019.

²⁰ O superfaturamento por quantidade pode ocorrer mesmo que a vistoria indique que a obra foi devidamente concluída, por exemplo, quando há sobreposição de objetos contratuais (a mesma obra, em parte ou por inteiro, faz parte do escopo de mais de um contrato) ou quando a obra, embora contratada de terceiro, é executada com equipamentos e pessoal da própria Administração, casos em que se terá pago duas vezes pelo mesmo serviço.

²¹ Para cálculo do prejuízo ao erário em razão de superfaturamento por quantidade, vide a metodologia prevista na Instrução Técnica n. 001/2010-DITEC e na Orientação Técnica n. 001/2010-DITEC (art. 20). Vide, ainda, a OT – IBR do IBRAOP n. 005/2012, seção 5.1.

tubulação metálica por PVC; na implantação de revestimento vegetal à margem de rodovias, o plantio de capim ao invés de grama; em obra de habitação popular, a utilização de materiais de qualidade inferior em instalações hidráulicas e elétricas.

Assim como no caso do superfaturamento por quantidade, para detecção do superfaturamento por qualidade é preciso comparar as especificações constantes dos documentos do contrato (projetos, memorial descritivo, planilhas, etc) com aquelas efetivamente executadas, identificadas por meio de levantamento documental e exame direto do local, inclusive, se necessário, com ensaios de laboratório para análise das características do material empregado.²² Já para cálculo do valor do dano ao erário, “o serviço previsto na planilha contratual cuja qualidade especificada não foi atendida deve ter zerada a quantidade” e “o serviço efetivamente executado deve ser criado como serviço extracontratual, com seu respectivo preço de referência sem a incidência do desconto original.”²³

Esses dois tipos de superfaturamento, por quantidade e qualidade, ocorrem, essencialmente, durante a fase de execução contratual. Antes da liberação de cada parcela é realizada uma medição fraudulenta, em que se produz um documento divergente da realidade, com base no qual a Administração efetua o pagamento. A fraude se consuma e o prejuízo se materializa a cada parcela paga em contraprestação a itens executados em quantidades inferiores às medidas ou com qualidades diferentes das contratadas.

Assim, cada parcela paga contendo itens superfaturados corresponde a uma ação ilícita autônoma. Havendo múltiplas parcelas indevidamente medidas e pagas, não existirá um ato ilícito único, mas uma pluralidade de atos ilícitos autônomos, praticados no contexto de uma mesma obra, cabendo, assim, a aplicação das regras da continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal).

A prática do superfaturamento por quantidade ou qualidade decorre, por um lado, da atuação de pessoas ligadas à empresa contratada, responsáveis pela execução da obra e pela apresentação ao Poder Público de documentos de medição e faturamento fraudulentos. Embora

²² LOPES, Alan. *Perícia em obras rodoviárias*. ENAOP – Palmas/TO, 2012.

²³ Art. 21 da Orientação Técnica n. 001/2010-DITEC. Na mesma linha a OT – IBR do IBRAOP n. 005/2012, seção 5.2. Nesse cálculo do dano ao erário também deverão ser considerados o custo de reparo ou refazimento dos serviços defeituosos, o valor presente líquido da perda de receita decorrente da menor qualidade e a perda econômica decorrente da redução da vida útil.

materialmente essas condutas possam ser praticadas por funcionários e subalternos da contratada, tais como o engenheiro residente da obra, o responsável técnico, o supervisor, o gestor do contrato, empregados das áreas administrativa e financeira ou mesmo terceiros subcontratados, são os administradores e sócios controladores da pessoa jurídica quem, em geral, possuem o controle das ações e o domínio final dos fatos, orientando e determinando seus subordinados a praticar a conduta ilícita.²⁴ Mesmo que essas lideranças visitem a obra apenas ocasionalmente, é esperado que elas participem de reuniões com os funcionários diretamente envolvidos nas atividades para discutir a execução dos trabalhos, a evolução do cronograma físico-financeiro, as medições e pagamentos, bem como recebam regularmente relatórios sobre o andamento da obra. Assim, todos os agentes privados que concorreram para a fraude, de forma consciente e voluntária, podem figurar como coautores de eventual delito.

O êxito da fraude depende, ainda, da atuação dos funcionários públicos responsáveis por atestar as medições falsas e ordenar o pagamento das parcelas, tais como o fiscal da obra (servidor público ou terceirizado),²⁵ o gestor do contrato e o ordenador da despesa.

Para apuração da responsabilidade dos funcionários públicos envolvidos, uma questão usualmente tormentosa é a determinação do *animus* do agente. Se o funcionário tinha conhecimento da fraude e quis beneficiar indevidamente a contratada ou assumiu o risco do superfaturamento, poderá vir a responder por crime doloso (art. 18, I, do Código Penal), em concurso com os agentes privados. Por outro lado, se o funcionário público, embora não conluiado com a contratada, atestou a medição fraudulenta ou viabilizou pagamentos a maior, em razão de imprudência, negligência ou imperícia, poderá responder por crime culposo, se houver (art. 18, II, do Código Penal).

²⁴ Sobre a teoria do domínio do fato, por meio da qual é possível responsabilizar aqueles que, embora não tenham executado materialmente a conduta delituosa, tinham consciência e vontade de realizá-la, além de poderes para determinar que outros a fizessem, vide ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. 7. ed. Madrid: Marcial Pons. No âmbito do direito brasileiro, indica-se a análise do caso mensalão (STF, Ação Penal n. 470).

²⁵ Quando o acompanhamento e fiscalização da obra são delegados a terceiro, não integrante dos quadros da Administração (art. 67 da Lei 8666/1993), ele se equipara a funcionário público para fins penais, por força do disposto no art. 327, §1º do Código Penal, uma vez que é contratado para execução de atividade típica da Administração Pública.

O *animus* do funcionário público de beneficiar a contratada fica evidente quando há prova de que ele recebeu vantagem indevida, incorrendo, dessa forma, também na prática de corrupção passiva. Mas muitas vezes essa análise se dá por meio de elementos indiciários e circunstanciais. Como ignorar a substituição de uma caixa d'água, prevista originalmente, por outra de volume substancialmente inferior? Ou a troca de esquadrias de alumínio por ferro? Ou a execução de um sanitário com dimensões notoriamente reduzidas em relação ao projeto, com torneiras de plástico ao invés de metal? Diante de situações grosseiras de superfaturamento por quantidade ou qualidade será inegável o conhecimento da fraude e a atuação dolosa (ao menos por dolo eventual) por parte dos funcionários públicos que visitavam a obra e tinham por dever de ofício justamente evitar que tais situações ocorressem.

3.2. Superfaturamento por sobrepreço

O superfaturamento por *sobrepreço* se configura pela prática de preços manifestamente superiores à tendência praticada pelo mercado ou incompatíveis com os fixados em sistemas oficiais. Essa modalidade de superfaturamento tem origem ainda na fase de licitação (embora também possa surgir durante a execução com a celebração de aditivos contratuais), cuja seleção é baseada em orçamento contendo preços inflados artificialmente.

Em um cenário de concorrência plena, com a participação de um número relevante de potenciais fornecedores,²⁶ a licitação propicia a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, reduzindo a possibilidade de pagamento de preços abusivos. Entretanto, são comumente usados vários artifícios ilegais para eliminar a concorrência e viabilizar a contratação de preços mais elevados, como o conluio entre os licitantes, a redução da publicidade do certame e o direcionamento da licitação para determinado fornecedor, mediante previsão no edital de exigências de habilitação restriti-

²⁶ Análise estatística feita por perito criminal federal, a partir de dezenas de licitações realizadas pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, indicou que, em licitações com participação de até cinco competidores, o desconto médio contratado em relação ao valor máximo admitido é de cerca de 6%, ao passo que, quando o número de concorrentes sobe para nove ou mais, esse desconto alcança uma média de 35%. LIMA, M. C. *Sobrepreço de preços de referência e conluio – comparação de custos referenciais do DNIT e Licitações bem sucedidas*. V Seminário de Perícias de Engenharia Civil. Anais, p. 97-104. Brasília: outubro de 2009. No mesmo sentido, PEREIRA, Gustavo Pimentel da Costa. *O mercado da construção civil para obras públicas como instrumento de auditoria: uma abordagem probalística*. Dissertação de mestrado, Recife. Universidade Federal de Pernambuco, out. de 2002.

vas.²⁷ Independentemente da ocorrência de eventual prejuízo para o erário, tais condutas, por si sós, podem configurar crimes da lei de licitações (arts. 90 e 95 da Lei 8666/1993) e cartel (art. 4º da Lei 8137/1990).

Antes de realizar qualquer contratação, a Administração deve fazer uma estimativa de preços,²⁸ a fim de assegurar a aquisição por preço compatível com o de mercado.²⁹ Esse levantamento pode ser realizado de várias formas, desde que tecnicamente justificadas, como cotações junto a fornecedores locais,³⁰ pesquisas na internet e a publicações técnicas especializadas, visitas *in loco* para checar o preço de balcão e consultas a bancos de preços e sistemas de referência oficiais.

No caso de obras, a Lei 8666/1993 exige que seja elaborado “orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários” (art. 7º, §2º, II). Essa composição de preços unitários (CPU) deve abranger os insumos básicos (areia, cimento, aço, etc) e compostos (concreto, vigas e pilares, redes de água e esgoto, etc), mão de obra, encargos sociais, máquinas e equipamentos, coeficientes de consumo e de produtividade,³¹ não se admitindo a utilização de itens genéricos, descritos apenas como “verba”.³²

²⁷ Sobre exigências de habilitação restritivas, recomenda-se a análise dos precedentes do TCU em CAMPELO, Valmir. CAVALCANTI, Rafael Jardim. *Obras públicas: comentários à jurisprudência do TCU*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 273-340.

²⁸ O art. 6º, XI, “f” da Lei 8666 prevê que o projeto básico deve conter “orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.”

²⁹ Nesse sentido, a Lei 8666/1993 estabelece que na licitação deverá haver a “verificação da conformidade de cada proposta com (...) os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços (...)” (art. 43, IV), não se admitindo “proposta que apresente preços global ou unitários (...) incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado” (art. 44, §3º), caso em que a proposta será desclassificada (art. 48, II).

³⁰ Uma fraude bastante comum para propiciar o sobrepreço em licitações é a coleta de três orçamentos com preços combinados para serem bem superiores aos verdadeiros de mercado. Nesse caso, para identificar a fraude, basta comparar o preço desse orçamento apresentado à Administração com aqueles praticados para outros clientes do mesmo fornecedor.

³¹ Sobre orçamento para obra pública, vide BAETA, André Pachioni. *Orçamento e controle de preços de obras públicas*. São Paulo: Pini, 2012, p. 305-322. ALTOUNIAN, *op cit.*, p. 71-130 e 403-434. MENDES, André. *Aspectos polêmicos de licitações e contratos de obras públicas*. São Paulo: Ed. Pini, 2013, p. 30-68. Secretaria de Estado da Administração e Patrimônio. *Manual de obras públicas - edificações: Práticas de Projeto, Construção e Manutenção de Edifícios Públicos Federais*. Disponível em www.comprasnet.gov.br/publicacoes/manual.htm. Acesso em 24.07.2019.

³² Acórdãos do Plenário do TCU n. 2373/2013, 3210/2013, 2049/2008 e 1091/2007.

Em obras custeadas com recursos federais, mesmo que executadas por Estados e Municípios, o Decreto n. 7983/2013 estabelece que, salvo situações excepcionais, justificadas tecnicamente (art. 8º),³³ os custos unitários do orçamento base não poderão exceder aqueles correspondentes à mediana do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – Sinapi,³⁴ para obras e serviços de engenharia civil em geral (art. 3º), bem como os custos previstos no Sistema de Custos Referenciais de Obras – Sicro,³⁵ para obras de infraestrutura de transportes (art. 4º).³⁶

Segundo LOPES, estudos da criminalística da Polícia Federal têm demonstrado que tais sistemas de custos oficiais apresentam preços bem superiores ao custo real suportado pelos fornecedores (de 15 a 30%), especialmente em obras de grande porte, sendo, assim, conservadores o

³³ O Decreto n. 7983/2013 também admite a possibilidade de cada órgão desenvolver sistemas próprios de referência de custos (art. 5º) e prevê que, para itens não encontrados no SINAPI e SICRO, sejam utilizadas outras tabelas e sistemas de referência, publicações técnicas especializadas e pesquisa de mercado (art. 6º).

³⁴ O SINAPI é um sistema de referência oficial mantido pela Caixa Econômica Federal, segundo definições técnicas de engenharia da CEF (especificação de insumos, composições de serviços e orçamentos de referência) e de pesquisas mensais de preços realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE nas capitais de Estados. Disponível em <http://www.caixa.gov.br/poder-publico/apoio-poder-publico/sinapi/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 24.07.2019.

³⁵ O SICRO é mantido pelo DNIT, com atualizações periódicas e adaptadas à realidade de cada Estado. Disponível em <http://www.dnit.gov.br/custos-e-pagamentos/custos-e-pagamentos-1>. Acesso em: 24.07.2019.

³⁶ A exigência de uso do Sinapi para precificação de obras custeadas com recursos federais surgiu, pela primeira vez, na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) de 2003. Nessa época, a regra era de que os custos unitários não poderiam ser superiores a 30% em relação àqueles constantes do Sinapi. A partir de 2004, as LDOs passaram a prever que os custos unitários deveriam ser iguais ou menores que a mediana de seus correspondentes no SINAPI. Em 2010, além do SINAPI, as LDOs passaram também a exigir o uso do SICRO para licitações de obras rodoviárias. Contudo, desde 2014, os dispositivos das LDOs que previam a obrigatoriedade de uso do SINAPI e do SICRO têm sido vetados, apesar das críticas dos órgãos de controle. Assim, atualmente, o fundamento para se exigir a observância daqueles sistemas de referência é o Decreto n. 7983/2013, ato normativo relativamente precário, que pode ser modificado ou revogado, a qualquer tempo, por ato do Executivo. Mais recentemente, a previsão do uso da mediana do SINAPI e do SICRO passou a constar também da Lei das Empresas Estatais (Lei 13303/2016, art. 31, §2º) para obras e serviços de engenharia contratadas por empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias.

bastante para satisfazer o nível de exigência da responsabilidade penal. Isso se deve, entre outras causas, a fatores de produtividade minorados nas composições de insumos e aos efeitos denominados barganha (vantagem decorrente de aquisições em grande quantidade) e cotação (diferença entre a mediana de preços e o menor preço pesquisado).³⁷

Evidentemente, as propostas dos licitantes e a planilha que vier a compor o contrato não precisam coincidir com os preços unitários do orçamento base, podendo o custo de cada item variar para mais ou menos, desde que o preço global ofertado seja inferior ao orçado. Contudo, é dever do gestor público definir no edital critérios de aceitabilidade dos preços ofertados, conforme as especificidades do mercado correspondente, com fixação dos preços máximos, tanto unitários como global,³⁸ até como forma de prevenir o jogo de planilhas.³⁹

Além do custo direto, o preço final da obra pública deve contemplar a taxa de BDI (ou LDI) – Bonificações (ou Lucros) e Despesas Indiretas, um índice percentual incidente sobre o custo de cada item da planilha, que corresponde à remuneração do empreendimento associada ao risco de sua execução.⁴⁰ Estão abrangidos no BDI despesas relativas à administração central, o lucro do empreendedor, tributos e as taxas de risco, seguro e garantia.⁴¹ A taxa de BDI, cuja composição deve ser explicitada tanto no orçamento base como nas propostas dos licitantes,⁴² varia de acordo com cada tipo de obra pública, tendo o TCU desenvolvido parâmetros de referência, que situam o BDI na faixa de

³⁷ LOPES, Alan de Oliveira. *Op. cit.*, p. 100-101. Vide, ainda, SILVA FILHO, Laércio de Oliveira e; LIMA, Marcos Cavalcanti; MACIEL, Rafael Gonçalves. *Efeito barganha e cotação: fenômenos que permitem a ocorrência de superfaturamento com preços inferiores às referências oficiais*. Revista do Tribunal de Contas da União. Brasil. ano 42. n. 19, 2010.

³⁸ Art. 40, X da Lei 8666/1993, art. 11 e 13 do Decreto n. 7983/2013 e Súmula TCU n. 259/2010.

³⁹ ALTOUNIAN, *op cit.*, p. 273-278. CAMPITELI, Marcus Vinicius, *Medidas para evitar o superfaturamento decorrente dos “jogos de planilha” em obras públicas*. Dissertação. Universidade de Brasília. Brasília, 2006, p. 71-73.

⁴⁰ CAMPELO, Valmir. CAVALCANTI, Rafael Jardim. *Op. cit.*, p. 71-90.

⁴¹ Art. 9º do Decreto n. 7983/2013. Há viva polêmica sobre a inclusão na taxa de BDI das despesas relativas à administração local e mobilização-desmobilização, o que, contudo, na atualidade, não vem sendo admitido pelo TCU, segundo o qual tais parcelas devem estar explicitadas entre os custos diretos. Lopes, A. *op cit.*, p. 109-122.

⁴² Súmula TCU n. 258/2010.

20% a 30%⁴³ (salvo para certos materiais, de natureza específica, que devem ter BDI reduzido).⁴⁴

Para identificar o superfaturamento por sobrepreço original e mensurar o potencial dano ao erário, que se concretizará durante a execução contratual, basta comparar o preço contratado com o preço paradigma.⁴⁵ Em seguida, é preciso analisar se essa divergência é significativa ou se decorre de imprecisões intrínsecas ao método de orçamentação utilizado.⁴⁶

Um tema que gera certa celeuma no cálculo do dano relativo ao sobrepreço é se deve ser adotado como paradigma o custo de referência, obtido por meio do SINAPI, SICRO e outras fontes, ou o custo real, obtido a partir das notas fiscais das mercadorias e serviços adquiridos pelo contratado. De fato, como se viu, tais sistemas de custos oficiais apresentam preços superiores ao real, não correspondendo, efetivamente, ao preço de mercado. Por outro lado, argumenta-se que, para fins legais, esses sistemas refletem o preço de mercado e eventual economia decorreria da eficiência do contratado. Na realidade, se não existe vício no contrato que comprometa sua validade, não há justificativa para

⁴³ Atualmente, tais parâmetros são os indicados no acórdão do Plenário do TCU n. 2622/2013. Vide, ainda, os acórdãos do TCU n. 325/2007 e 2369/2011, bem como o trabalho TCU, *Estudo sobre taxas referenciais de bdi de obras públicas e de equipamentos e materiais relevantes*. Brasília, maio de 2013. O Serviço de Perícias de Engenharia do Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal também desenvolveu um interessante modelo para cálculo da taxa de BDI com base no porte e localização da obra. Os textos explicativos e a planilha modelo estão disponíveis em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/noticias-1/eventos/audiencia-publica/audiencia-publica-obras-publicas>. Acesso em 24.07.2019.

⁴⁴ Art. 9º, §1º do Decreto n. 7983/2013 e Súmula TCU n. 253/2010. São exemplos de itens com BDI reduzido materiais betuminosos utilizados em obras rodoviárias (acórdão TCU n. 3273/2013).

⁴⁵ A OT – IBR do IBRAOP n. 005/2012 detalha na seção 4 a forma de obtenção dos preços paradigma (custos e BDI) para análise do orçamento de obra pública. Sobre a metodologia de análise de preços para identificação de sobrepreço original (método do balanço), vide art. 14 a 17 da IT n. 001/2010-DITEC e art. 10 a 17 da OT n. 001/2010-DITEC, e a seção 5.3 da OT – IBR do IBRAOP n. 005/2012.

⁴⁶ A OT n. 001/2010-DITEC sugere a adoção do parâmetro de 10% para definir a margem de segurança na análise da significância da divergência devida ao preço global inicial. Se a divergência for inferior a esse parâmetro, recomenda-se realizar análises mais detalhadas (art. 14 e 15). Na mesma linha a OT IBRAOP n. 004/2012, que dispõe sobre a precisão do orçamento de obras públicas. Disponível em http://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/04/OT_IBR0042012.pdf. Acesso em 24.07.2019. Vide, ainda, MENDES, André, *op. cit.*, p. 201-203 e BAETA, André. *op. cit.*, p. 51-53.

adotar outro preço senão aquele ali previsto. Contudo, se o contrato está eivado de alguma ilegalidade que enseja sua nulidade (tais como os casos de fraude à licitação, conluio, cartel e corrupção), a solução será mesmo a adoção do preço real, assegurando-se ao contratado tão somente o ressarcimento pelos seus custos, na forma preconizada no art. 59, parágrafo único, da Lei 8666/1993.

Como o superfaturamento por sobrepreço usualmente tem origem ainda na fase de licitação, essa fraude, de modo geral, contará com o envolvimento de agentes públicos, tais como aqueles responsáveis pela elaboração da planilha orçamentária (orçamentista ou engenheiro de custos), membros da comissão de licitação que participaram do julgamento das propostas e a autoridade superior que autorizou a deflagração do certame e homologou a proposta vencedora com preços majorados. A manifestação favorável do órgão de consultoria jurídica não afasta a responsabilidade dos gestores públicos, uma vez que tal análise, de modo geral, se restringe a aspectos formais do processo licitatório, não abrangendo a avaliação dos preços praticados e outros aspectos técnicos da licitação.

Os particulares que se beneficiam do superfaturamento por sobrepreço também podem ser responsabilizados, uma vez que concorrem para a fraude ao submeter à Administração, de forma consciente e voluntária, proposta contendo preços abusivos e celebram contrato com preços sabidamente superiores à média do mercado.

3.3. Superfaturamento por jogo de planilha

O superfaturamento por jogo de planilha é caracterizado pelo rompimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em desfavor da Administração por meio da alteração de quantitativos e/ou preços durante a execução da obra.

Nesse tipo de fraude, já vislumbrando a necessidade de alteração de quantitativos da planilha orçamentária (geralmente para correção de erros de projeto, melhor adequação técnica ou por insuficiência de recursos públicos), a contratada vence a licitação ofertando preço global com desconto significativo em relação ao preço de referência. Porém, durante a fase de execução, são celebrados aditivos contratuais em que os itens com maiores descontos acabam eliminados ou reduzidos, enquanto os itens com menores descontos (ou mesmo com sobrepreço) têm sua quantidade aumentada. O resultado disso é que, ao final, a contratada garante uma remuneração mais elevada, com a qual não teria vencido

o certame, e a Administração deixa de obter a proposta mais vantajosa, gastando mais do que deveria.⁴⁷

Para evitar o jogo de planilhas e preservar o equilíbrio econômico financeiro inicial do contrato, a Administração deve assegurar que, em caso de alterações contratuais, seja mantido o percentual de desconto original obtido na licitação,⁴⁸ de modo que o preço global pago após os aditivos não seja superior ao preço global de referência (ajustado em razão das modificações de quantitativos) abatido do percentual de desconto original.⁴⁹

O dano ao erário nesse caso é calculado por meio do chamado “método do desconto” e corresponde exatamente a essa diferença entre o preço global final pago ao contratado e o preço global de referência (ajustado em razão das modificações de quantitativos) com a incidência do percentual de desconto original.⁵⁰

No caso de jogo de planilhas, podem figurar como autores da fraude tanto pessoas ligadas à contratada (geralmente, os administradores, engenheiros e funcionários da área comercial), que concorreram para a ilegalidade, como também agentes públicos (em geral, o fiscal da obra, o gestor do contrato e a autoridade superior), que, de forma consciente e voluntária, admitiram a modificação do contrato e deram causa a vantagem indevida em favor do contratado.

3.4. Superfaturamento por alteração de cláusulas financeiras e superdimensionamento

Os tipos de superfaturamento abordados até aqui (por quantidade, qualidade, sobrepreço e jogo de planilha) são os mais comuns e de maior

⁴⁷ CAMPITELI, Marcus Vinicius, *Op. cit.*, p. 5-8 e 39-42. MENDES, André. *op. cit.*, p. 184-192.

⁴⁸ Art. 37, XXI da CRFB 1988 e art. 65, II, “d” e §1º da Lei 8666/93; art. 14 do Decreto n. 7983/2013.

⁴⁹ Esse reequilíbrio deve ser ajustado por acordo entre as partes e formalizado por meio de termo aditivo (art. 65, II, “d” e §1º da Lei 8666/1993). Não havendo consenso e subsistindo sobrepreço após as alterações contratuais, restará à Administração rescindir o contrato (art. 78, XII da Lei 8666/1993) ou mesmo promover sua anulação (art. 59 da Lei 8666/1993).

⁵⁰ O “método do desconto” para cálculo do dano ao erário em razão de superfaturamento por jogo de planilhas vem sendo adotado pelo TCU a partir do Acórdão n. 1755/2004, embora também se admita o chamado “método do balanço”. CAMPELO, Valmir. CAVALCANTI, Rafael Jardim. *Op. cit.*, p. 361-374. Metodologia similar está prevista na OT n. 001/2010-DITEC (art. 34 e seg.) e na OT – IBR do IBRAOP n. 005/2012 (item 5.4). Vide, ainda, BAETA, André Pachioni. *Op. Cit.*, p. 305-322, 401-414.

impacto no desvio de recursos públicos. Contudo, há outras práticas que, embora menos frequentes e de menor potencial lesivo ao patrimônio público, também são consideradas modalidades de superfaturamento.

O superfaturamento por alteração de cláusulas financeiras compreende quatro práticas ilegais, que ocorrem durante a execução contratual, usualmente com a colaboração de agentes públicos, e que propiciam vantagem indevida ao contratado em prejuízo do erário: (a) recebimentos contratuais antecipados; (b) distorção do cronograma físico-financeiro; (c) reajustamentos irregulares de preços; e (d) prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a Administração.

Segundo as regras do direito financeiro, os pagamentos somente podem ser realizados pela Administração após o regular empenho e liquidação da despesa.⁵¹ Assim, em regra, é vedada a antecipação de pagamentos ao contratado sem efetiva comprovação de sua prévia contrapartida. Nos casos excepcionalíssimos em que essa antecipação é admitida,⁵² deve a Administração realizar descontos para compensar o custo de oportunidade dos recursos pagos antecipadamente.⁵³ Os pagamentos antecipados, não previstos em edital e sem a prévia contrapartida do contratado, representam diminuição da parcela de custos financeiros inicialmente previstos para a execução da obra, normalmente já abrangidos na composição do BDI, e configuram, portanto, superfaturamento. Para mensurar o dano ao erário nesse caso, “os valores antecipados deverão ser descontados pela taxa Selic desde a data da efetiva prestação dos serviços até a data da antecipação ilegal do pagamento”.⁵⁴

Por sua vez, a distorção do cronograma físico-financeiro configura uma variação um pouco mais sofisticada de pagamento antecipado, com um toque de jogo de planilhas. A fim de obter ganhos maiores no início do empreendimento para financiar as próximas etapas às custas da Administração, o contratado organiza a planilha orçamentária que acompanha sua

⁵¹ Art. 62 e 63 da Lei 4320/1964, art. 40, XIV, “a” e art. 65, II, “c” da Lei 8666/1993.

⁵² Segundo precedentes do TCU, o pagamento antecipado somente é admitido diante da existência de interesse público devidamente demonstrado no processo licitatório (por exemplo, uma prática reconhecida no mercado para aquisição de determinado equipamento especial), com previsão no edital e exigência de garantias (acórdãos 1442/2003, 606/2006, 1726/2008, 1016/2013, 2805/2013, 3614/2013, 2234/2013).

⁵³ Art. 40, XIV, “d” da Lei 8666/1993.

⁵⁴ Item 5.7 da OT – IBR do IBRAOP n. 005/2012 e art. 42 da OT n. 001/2010-DITEC.

proposta de modo que os itens executados na fase inicial da obra tenham preços unitários superiores aos de mercado, compensando essa diferença com preços unitários menores nos itens executados na fase final. Se a obra for concluída tal como previsto, o dano ao erário nesse caso será proporcionalmente pequeno, se restringindo apenas a parte do custo financeiro. Contudo, “o seu real perigo é que isso seja um ‘alerta’ de que a contratada irá abandonar a obra ou querer aditivos alterando os itens desfavoráveis.”⁵⁵

Outra forma de superfaturamento por alteração de cláusulas financeiras é a utilização de prazos de reajustamento de preços em período inferior a 12 meses ou a adoção de índices que não reflitam a variação dos custos da obra da melhor forma.⁵⁶ Também se considera que há superfaturamento quando ocorre reajuste de preços em decorrência da prorrogação injustificada do prazo contratual, gerando custos adicionais indevidos para a Administração.

Por fim, o superdimensionamento se caracteriza pela previsão de quantidades ou qualidades de materiais ou serviços muito além das necessárias, segundo práticas e normas de engenharia vigentes, causando, assim, desperdício de dinheiro público, com ofensa os princípios da economicidade e eficiência.⁵⁷ Por exemplo, em obra de saneamento, indica-se tubulação de certa dimensão ou extensão em montante muito superior ao necessário para o atendimento dos objetivos pretendidos. Esse fenômeno geralmente é acompanhado de superfaturamento por quantidade ou qualidade, já que a contratada acaba empregando apenas os materiais e serviços estritamente necessários ao cumprimento da finalidade da obra, mas é remunerada segundo o projeto superdimensionado.

Em todos esses casos, além dos particulares vinculados à empresa que concorrem para a ilegalidade e se beneficiam das fraudes, também poderão ser responsabilizados os agentes públicos envolvidos, tais como o autor do projeto superdimensionado, membros da comissão de licitação que aceitam proposta de cronograma financeiro distorcida, o fiscal do contrato e o ordenador de despesa que admitem pagamentos antecipados, bem como a autoridade superior que celebra aditivos para reajustamento de preços de forma irregular.

⁵⁵ LOPES, Alan de Oliveira. *op. cit.*, p. 185.

⁵⁶ Art. 40, XI, e 55, III da Lei 8666/1993; art. 28 da Lei 9069/1995; art. 2º da Lei 10192/2001. Para análise dos precedentes do TCU sobre o tema, vide CAMPELO, Valmir. CAVALCANTI, Rafael. *Op. cit.*, p. 551-568.

⁵⁷ Sobre o cálculo da divergência devida ao superdimensionamento, vide art. 46 da OT n. 001/2010-DITEC.

4. Tipificação penal

Na atualidade, não há no direito brasileiro um tipo penal específico que criminalize, de forma exata e abrangente, as várias práticas de superfaturamento em obras públicas. A depender do tipo de superfaturamento, das circunstâncias do fato, das condições pessoais e do *animus* dos agentes envolvidos, essa conduta pode ser enquadrada nos crimes de peculato (art. 312 do Código Penal), crimes da lei de licitações (art. 92 e 96 da Lei 8666/1993) e estelionato (art. 171, §3º do Código Penal), que serão analisados a seguir.

4.1. Peculato

A expressão peculato, derivada do latim *pecunia*, significa, literalmente, enriquecimento.⁵⁸ Em linhas gerais, o crime consiste no fato de o funcionário público apropriar-se ou desviar, em proveito próprio ou alheio, uma coisa alheia móvel (dinheiro, valor ou qualquer outro bem) que possui em razão do cargo. Essa modalidade é conhecida como *peculato-próprio*, com previsão no art. 312, *caput* do Código Penal, abrangendo o *peculato-apropriação* (primeira parte do *caput*) e o *peculato-desvio* (segunda parte do *caput*).

O crime também se configura quando, mesmo não tendo a posse do bem, o funcionário público, valendo-se dessa condição, o subtrai ou concorre para que seja subtraído por outrem. Esse é o chamado *peculato-furto*, previsto no §1º do art. 312.⁵⁹

Há, ainda, previsão de modalidade *culposa* (§§2º e 3º do art. 312),⁶⁰ quando o funcionário público, deixando de observar um dever objetivo de cuidado, permite que “terceiro pratique outro crime contra o patrimônio público que, em razão do seu cargo, deveria proteger.”⁶¹

⁵⁸ O termo *pecunia* extrai suas raízes da palavra *pecus*, que significa gado, principal expressão da riqueza antes da invenção da moeda. PAGLIARO, Antônio; COSTA JR., Paulo José da Costa. *Dos crimes contra a Administração Pública*. 4ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2009, p. 30-32.

⁵⁹ Diferentemente do peculato-desvio, o peculato-apropriação e o peculato-furto são considerados delitos funcionais impróprios, uma vez que, afastada a qualidade de funcionário público, sobrevém mera desclassificação ou atipicidade relativa, passando o fato a configurar outros crimes (art. 168 e 155 do CP). BALTAZAR JÚNIOR, José P. *Crimes Federais*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 282.

⁶⁰ Contudo, a modalidade culposa do peculato é de pouca utilidade prática, em razão da pena irrisória cominada ao delito (detenção de três meses a um ano), o que, na maioria dos casos, leva à prescrição.

⁶¹ BITENCOURT, César Roberto, *Tratado de Direito Penal*, vol. 5, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 50. Bitencourt ensina que essa hipótese não se trata de participação

NUCCI aponta que o funcionário público insere-se na figura do garante, prevista no art. 13, §2º, I do CP, tendo “o dever de agir, impedindo o resultado de ação delituosa de outrem; não o fazendo, responde por peculato culposo.”⁶² Existe certa divergência se o peculato culposo está restrito apenas às situações em que um funcionário público concorre culposamente para o crime de peculato doloso de outro funcionário⁶³ ou se abrange qualquer espécie de crime doloso praticado contra a Administração, ainda que não funcional e cometido por particular, posição que tem prevalecido na doutrina.⁶⁴

A doutrina classifica o peculato como crime pluriofensivo, pois, além de atentar contra o patrimônio público, o funcionário abusa de seu cargo, trai a confiança nele depositada e viola os deveres de fidelidade e probidade para com a Administração.⁶⁵

culposa em crime doloso, o que seria contrário à teoria monista adotada no concurso de pessoas no direito brasileiro (art. 29 do CP). Segundo o autor, não há qualquer vínculo ou liame subjetivo entre o funcionário público que agiu culposamente e o autor do crime doloso, mas uma espécie de “autorias colaterais”.

⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 10ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 1099. Na realidade, no crime omissivo impróprio (ou comissivo por omissão), a aplicação da regra prevista no art. 13, §2º, I do Código Penal ao funcionário público que não impediu o crime contra a Administração ensejaria sua equiparação ao verdadeiro causador do resultado, respondendo ele como coautor daquele crime e não por crime culposo autônomo. BITENCOURT, César Roberto, *Tratado de Direito Penal*, vol. 1, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 295-296.

⁶³ Nessa linha de entendimento, vide PAGLIARO, A.; COSTA JR., Paulo. *op cit.*, p. 56.

⁶⁴ Nesse sentido, STOCO argumenta que “estranho seria que a lei visse peculato no concurso culposo de funcionário, dando oportunidade a que outro se apoderasse de valores da repartição e se quedasse indiferente quando, no mesmo caso, a subtração fosse executada por particular, evidente, assim, maior culpa do funcionário.” STOCO, Rui et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*: parte especial. 8ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 3.832. Adotam o mesmo entendimento os seguintes autores: BITENCOURT, César Roberto, *Tratado de Direito Penal*, vol. 5, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 50. NUCCI, Guilherme de Souza. *op cit.*, p. 1099. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte especial, v. IV, 5ª ed., Niterói: Impetus, 2009, p. 372. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: parte especial, v. 2, 2ª ed, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 813. CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*: parte especial. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 743. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *op cit.*, p. 309. MONTEIRO, Marcelo Valdir. *Crime de peculato e suas espécies*. In: CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. Crimes contra a administração pública: aspectos polêmicos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 95-107.

⁶⁵ HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, vol. 9, Rio de Janeiro: Forense, p. 343.

O sujeito ativo do peculato, necessariamente, haverá de ser um funcionário público,⁶⁶ tais como, no caso de obras públicas, os servidores que elaboram ou aprovam os projetos e orçamentos, membros da comissão de licitação, fiscais e gestores do contrato. Isso não significa, porém, que particulares que tenham concorrido para o ilícito não possam ser coautores do peculato, uma vez que, por ser elementar do crime, a condição de funcionário público a eles se comunica (art. 30 do CP). Quando há a autoria de Prefeito Municipal (ou de quem o substitua ou suceda na chefia do Executivo Municipal), em razão do princípio da especialidade, a conduta passa a se enquadrar no crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, que não difere substancialmente do art. 312 do CP.⁶⁷

Assim, uma primeira conclusão a que se pode chegar é que, no superfaturamento de obras públicas, fica afastado o crime de peculato se não houver algum funcionário público que tenha concorrido de forma dolosa para o ilícito. Seria o caso, por exemplo, de particulares ligados à empresa contratada que, sem contar com o auxílio de funcionários públicos, utilizam documentos falsos ou outros artifícios fraudulentos para enganar a Administração e obter a vantagem indevida relativa ao superfaturamento. Nessa hipótese, poderá restar configurado crime de estelionato ou mesmo algum crime da lei de licitações por parte dos particulares.⁶⁸

Tendo em vista as três modalidades de peculato doloso, seria possível enquadrar as condutas que propiciam o superfaturamento de obras públicas em alguma delas?

No *peculato-apropriação* o funcionário público apodera-se indevidamente do bem, que está em seu poder em razão da função exercida,

⁶⁶ Foi adotada no Brasil a teoria extensiva na definição de funcionário público, para fins penais. Segundo o art. 327 do Código Penal, considera-se como tal “quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública” (*caput*), ou ainda, “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” (§1º). Esse conceito está de acordo com a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (art. 2º, “a”).

⁶⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Crimes de responsabilidade dos prefeitos*. São Paulo: Atlas, 2009.

⁶⁸ Além disso, se a vantagem indevida do contratado decorreu de conduta culposa do funcionário público (ex: fiscal da obra que, por negligência e imperícia, não conferiu a qualidade ou quantidade do serviço executado, comparando-o com as medições), poderá ele responder por peculato culposo.

passando a agir como se fosse dono (*animus rem sibi habendi*). Tal modalidade parece não se aplicar a nenhum dos tipos de superfaturamento de obras públicas, uma vez que, em todos eles, o dinheiro é repassado a um terceiro (o contratado), não permanecendo na posse do funcionário. Ainda que parte desses recursos retorne posteriormente para o funcionário público, na forma de propina paga pelo contratado para obter vantagem indevida, essa é uma fase posterior, uma decorrência do poder de disposição que o particular passa a ter sobre os recursos recebidos da Administração. Logo, entende-se que não haverá peculato-apropriação, mas os crimes de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal), por parte do funcionário público, e corrupção ativa (art. 333 do Código Penal), por parte das pessoas ligadas ao contratado.

Também não se vislumbra a precisa adequação do superfaturamento de obras públicas à conduta do *peculato-furto*. O verbo núcleo do tipo “subtrair” (ou “concorrer para que seja subtraído”) tem o sentido de “retirar, surruperar, tirar a coisa da vítima”, geralmente de forma furtiva, clandestina, sem depender de qualquer colaboração da vítima.⁶⁹ Ora, no superfaturamento de obras públicas é a própria Administração quem entrega o dinheiro à contratada, em montante indevido, mas por ato voluntário, de forma consentida, segundo o rito e a forma previstos em lei (mediante empenho, liquidação e pagamento).⁷⁰

⁶⁹ Discorrendo sobre o crime de furto, PIERANGELI esclarece o sentido de subtrair: “Observamos que, se não houver subtração, mas entrega da coisa, ainda que contra a vontade do sujeito passivo, não haverá furto, mas outro delito. E mais, se a entrega se realiza como decorrência de uma conduta fraudulenta do agente, haverá estelionato, e não furto. Aqui se estabelece uma clara distinção entre o furto com fraude e o estelionato: no furto, há subtração; no estelionato, entrega voluntária, ainda que esta esteja viciada pelo engodo.” PIERANGELI, José Henrique. *op cit*, p. 202-203.

⁷⁰ Há vários precedentes, principalmente envolvendo o chamado “estelionato previdenciário”, em que se reconhece que não há subtração da coisa quando, ludibriada pela fraude, a própria vítima entrega espontaneamente a coisa para o agente, ainda que haja o envolvimento de funcionário público: STJ, 5ª T, RESP 200602687993, Rel. Gilson Dipp, DJ 06/08/2007; TRF4, 4ª Seção, RVC R 200304010306299, Rel. Tadaaqui Hirose, DJ 04/05/2005; TRF3, 1ª T., ACR 00045749420014036181, Rel. Márcio Mesquita, e-DJF3 04/04/2013; TRF 1, 3ª T., RSE 2007.39.00.001188-4, Rel. Assuete Magalhães, e-DJF1 29/04/2011, TRF1, 3ª T., RSE 2001.35.00.007014-0, Rel. Jamil Rosa de Jesus, e-DJF1 04/12/2009. Em sentido contrário, entendendo configurado o peculato-furto quanto há coautoria de funcionário público para obtenção de benefício previdenciário, há alguns precedentes da 4ª Turma do TRF1 relatados pelo juiz convocado Klaus Kuschel: ACR 2001.39.00.009802-

Portanto, não há que se falar em subtração por parte do funcionário público ou do particular.⁷¹

O crime que, sem dúvida, melhor reflete o que acontece no superfaturamento de obras públicas, quando há o envolvimento de funcionário público na trama, é o peculato-desvio. Segundo NORONHA, “desviar é desencaminhar e distrair; é a destinação diversa que o agente dá à coisa, em proveito seu ou de outrem.”⁷² Como exemplo de peculato-desvio, PIERANGELI menciona justamente a hipótese “do funcionário que, conscientemente, efetua pagamento pela administração por serviço não prestado ou por mercadoria não recebida.”⁷³ É exatamente o que ocorre no superfaturamento por quantidade e qualidade: os recursos públicos que deveriam ser destinados ao pagamento de itens efetivamente executados pelo contratado são desviados indevidamente em seu benefício, mediante pagamento por serviços não prestados.⁷⁴

1, e-DJF1 29/01/2010; ACR 2002.39.00.004089-0, e-DJF1 18/07/2008; ACR 2000.39.00.008594-7, DJ 26/09/2007.

⁷¹ Todavia, em pesquisa de jurisprudência na Justiça Federal, encontrou-se precedente no qual o superfaturamento de obra é classificado como peculato-furto: TRF5, 2ª T., ACR 00045805719944058100, Rel. Francisco Barros Dias, DJE 03/11/2011.

⁷² NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*, v. 4, 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 222.

⁷³ PIERANGELI, José Henrique. *op cit*, p. 202-203. O mesmo exemplo é citado por BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *op cit*, p. 301.

⁷⁴ Em pesquisa de jurisprudência dos Tribunais Superiores e da Justiça Federal foi possível encontrar vários precedentes em que se reconheceu que o superfaturamento configura o crime de peculato-desvio, alguns deles, contudo, com referência ao crime do art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, em razão da coautoria de Prefeitos Municipais: STJ, 5ª T., AGRESP 201300595672, Rel. Jorge Mussi, DJE 02/12/2015; STJ, Corte Especial, APN 200602588679, Rel. Eliana Calmon, DJE 04/04/2013; TRF5, 1ª T., ACR 00001428520134058402, Rel. Manoel Erhardt, DJE 25/08/2016; TRF5, 3ª T., ACR 200983030011301, Rel. Cid Marconi, DJE 12/07/2016; TRF5, 3ª T., ACR 00035829520134058400, Rel. Janilson Bezerra de Siqueira, DJE 01/07/2016; TRF5, 2ª T., ACR 200984000109714, Rel. Vladimir Carvalho, DJE 07/12/2015; TRF5, Pleno, PIMP 00045930820144050000, Rel. Cid Marconi, DJE 20/10/2015; TRF5, 2ª T., ACR 200984000087792, Rel. Ivan Lira de Carvalho, DJE 06/10/2015; TRF5, Pleno, APN 00002503220134058300, Rel. Ivan Lira de Carvalho, DJE 12/01/2015; TRF5, 2ª T., ACR 00039909120104058400, Rel. Vladimir Carvalho, DJE 04/09/2014; TRF5, Pleno, INQ 00003779420134058000, Rel. Francisco Cavalcanti, DJE 27/05/2014; TRF5, 1ª T., ACR 200984000100462, Rel. Niliane Meira Lima, DJE 13/06/2013; TRF5, 2ª T., ACR 200405000078434, Rel. Francisco Dias, DJE 07/06/2012; TRF1, 3ª T., ACR 2008.43.00.001467-6, Rel. Klaus Kuschel, e-DJF1 15/04/2016; TRF3, 1ª T., ACR 00011983720004036181; acórdãos do caso TRT/SP citados.

Já nos demais tipos de superfaturamento (por sobrepreço, por jogo de planilhas, por alteração de cláusulas financeiras e superdimensionamento), embora na acepção comum da expressão ocorra também um “desvio de recursos públicos”, tecnicamente fica mais difícil defender que existe uma mudança de direção, uma alteração do destino planejado para o dinheiro. Nesses casos, os serviços são executados, mas a Administração paga um preço maior do que deveria. Por isso, tais espécies de superfaturamento em obras públicas parecem melhor se adequar à conduta descrita em outros tipos penais, como se verá adiante.⁷⁵

No caso do peculato-desvio (como no peculato-apropriação), um pressuposto da conduta é que o funcionário público tenha a posse legítima da coisa móvel desviada. Segundo Fragoso, “a posse aqui deve ser entendida em sentido amplo, compreendendo não só o poder material de disposição sobre a coisa, como também a chamada disponibilidade jurídica, isto é, a possibilidade de livre disposição que ao agente faculta (legalmente) o cargo que desempenha.”⁷⁶ O poder de disposição sobre o orçamento público, em geral, cabe ao funcionário público designado como ordenador de despesa,⁷⁷ bem como à autoridade superior do órgão ou entidade (secretário, superintendente, diretor, presidente, etc), embora a ação possa ser materialmente executada por um subordinado. Em casos de superfaturamento de obras públicas, são eles quem realizam a conduta descrita no tipo penal de “desviar dinheiro de quem tem a posse, em proveito alheio”, incorrendo, assim, no crime em questão, desde que, conscientes da ilegalidade, atuem com vontade ou assumam o risco de desviar os recursos.

Entretanto, mesmo que o ordenador de despesa não tenha agido com dolo, outros funcionários públicos envolvidos na trama poderão

⁷⁵ Em sentido contrário, Freitas entende que o aumento arbitrário de preços configura peculato-desvio. FREITAS, André G. Tavares. *Crimes na lei de licitações*. 3ª ed., Niterói: Impetus, 2013, p. 136.

⁷⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de Direito Penal*: parte especial. v. 3, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 392. No mesmo sentido, PAGLIARO, A.; COSTA JR., Paulo. *op cit.*, p. 36. Na jurisprudência, vide os seguintes precedentes: STJ, HC 10845, Dipp, 5ª T, DJ 23.4.01, TRF4, AC 20007100022098-3, Penteado, 8ª T., 20.06.07.

⁷⁷ O art. 80, §1º do Decreto-lei n. 200/1967 estabelece que “ordenador de despesa é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimimento ou dispêndio.” Definição similar está presente no Manual da Despesa da União, constante do anexo da Instrução Normativa n. 10/91, do Departamento do Tesouro Nacional.

incidir no crime de peculato-desvio. Em geral, os pagamentos à contratada são autorizados com base na planilha orçamentária integrante do contrato e segundo os serviços atestados nos boletins de medição firmados pela fiscalização. O ordenador de despesas age, muitas vezes, confiando na regularidade desses atos. Salvo situações absurdas ou claramente discrepantes, não se espera que, a cada parcela, o ordenador de despesa verifique se há sobrepreço na planilha orçamentária ou vá a campo confirmar a medição atestada pelos fiscais. Assim, se o ordenador de despesa desconhecia a ilegalidade do pagamento, será caso de erro de tipo (art. 20 do Código Penal), podendo ele, se agiu sem o cuidado devido, vir a responder por peculato culposo.⁷⁸ Já os terceiros que, com a finalidade de desviar recursos públicos, determinaram o erro do ordenador de despesas – como, por exemplo, servidores que elaboraram e aprovaram projetos e orçamentos com sobrepreço, membros da comissão de licitação que admitiram proposta com distorção do cronograma físico-financeiro e fiscais da obra que firmaram boletins de medição falsos – poderão responder pelo crime de peculato-desvio (ou outros, dependendo da tipificação), na condição de autores mediatos (art. 20, §2º do Código Penal).⁷⁹

Finalizando, cumpre assinalar algumas observações úteis para aplicação desse tipo penal, mencionadas por PIERANGELI:⁸⁰

“Não assume maior relevância penal o fato de não ter o agente se beneficiado do crime, nem que se determine o montante dos valores desviados. Também não é indispensável à caracterização do delito a tomada ou a prestação de contas, nem se exige, salvo casos excepcionais, o exame pericial para a comprovação do delito, principalmente quando os documentos existentes atestam a materialidade do fato.

⁷⁸ Por outro lado, se o erro de tipo era inevitável (escusável), fica excluída a tipicidade, por carência do tipo subjetivo. BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal*, Parte Geral, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 448.

⁷⁹ A doutrina admite a autoria mediata em crimes próprios, desde que “o autor mediato reúna as qualidades ou condições exigidas pelo tipo” (BITENCOURT, C. R., *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 489). Assim, não se vislumbra óbice à configuração de peculato-próprio se há, ao menos, um funcionário público entre os coautores mediatos. Vale lembrar que exigência de que o funcionário público tenha a posse legítima da coisa móvel desviada é um pressuposto da conduta (realizada por aquele que agiu em erro) e não uma condição do sujeito ativo.

⁸⁰ PIERANGELI, José Henrique. *op cit*, p. 811.

(...)

A falsidade documental e a ideológica [por exemplo, boletins de medição discrepantes da realidade], quando constitui elemento essencial para o desvio, é absorvida pelo peculato (RT 402/87, 501/283, 513/357)”.

Com relação ao preceito secundário, o crime em questão possui penas cominadas de reclusão, de dois a doze anos, e multa, que podem ser aumentadas da terça parte quando o funcionário público envolvido for ocupante de cargo em comissão ou de função de direção ou assessoramento (art. 327, §2º do CP).⁸¹ Além disso, na fixação da pena (art. 59 do CP), haverão de ser analisados, entre outros elementos, o montante dos recursos desviados,⁸² a importância da obra para a população e os riscos e prejuízos para terceiros gerados pela execução da obra em quantidade ou qualidade inferior à esperada. Deverão também ser adequadamente aplicadas as regras sobre concurso de crimes, observando-se, por exemplo, o eventual concurso entre o peculato-desvio e a corrupção ativa e passiva no caso de pagamento de propina ao funcionário público que concorreu para o superfaturamento, bem como a continuidade delitiva na hipótese de pagamento de várias parcelas superfaturadas, no contexto de uma mesma obra.⁸³ Por fim, a condenação do funcionário público poderá ter como efeito a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo (art. 92, I do Código Penal).

⁸¹ Contudo, tal causa de aumento não se aplica aos coautores que não ostentam aquela condição, por se tratar de circunstância não elementar do crime (art. 30 do CP). Nesse sentido: STJ, HC 32106/PR, Carvalhido, 6ª T., 25.8.04.

⁸² O PLC n. 27/2017 (PL n. 4850, de 2016), aprovado em 26.06.2019 no Senado e remetido de volta à Câmara dos Deputados, prevê, entre outras medidas, o aumento da pena mínima cominada ao peculato doloso para 4 anos de reclusão, e sua inclusão entre os crimes hediondos quando o valor da vantagem ou prejuízo é igual ou superior a dez mil salários mínimos.

⁸³ Nesse sentido, vide os acórdãos do caso das obras do TRT/SP: TRF3, 5ª T., Rel. Suzana Camargo, AC 20006181001198-1/SP, j. 3.5.06; TRF3, 1ª T., ACR 0003274-34.2000.4.03.6181/SP e 00011983720004036181, Rel. Luiz Stefanini, 7.10.2013 e e-DJF3 16/11/2015; STJ, 6ª T., RESP 1.183.134-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 21.6.2012. Mais recentemente, no STF, 2ª T., HC 111553/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 16/12/2014, e no STJ, Corte Especial, APn 536, Rel. Eliana Calmon, DJE 04/04/2013; TRF4, AC 19990401034886-7, Rel. Vladimir Freitas, 7ª T., j. 6.8.02. Em sentido contrário, considerando a corrupção absorvida pelo peculato: TRF2, AC 19990201032217-9, Rel. Paulo Barata, 3ª T., 4.12.01; TRF5, 4ª T., ACR 00011646020124058000, Rel. Edilson Nobre, DJE 02/07/2015; TRF5, Pleno, APN 8905063330, Rel. José Maria Lucena, DJ 30/03/1999.

4.2. Crimes da lei de licitações

As normas penais previstas na lei de licitações (Lei 8666/1993) têm por finalidade “resguardar a moralidade administrativa, o bom funcionamento da Administração Pública, a lisura dos procedimentos licitatórios [e] a idoneidade das contratações efetivadas pela Administração Pública.”⁸⁴

Embora boa parte das condutas ali incriminadas já estivesse abrangida por tipos previstos no Código Penal,⁸⁵ entendeu-se necessário “um tratamento amplo e sistemático destinado a reprimir as possíveis e reprováveis condutas praticadas no âmbito da licitação (...) e da execução dos contratos administrativos.”⁸⁶ Entretanto, GRECO FILHO aponta que a lei de licitações é um exemplo do que chama de “inflação legislativa penal”, apresentando graves defeitos de técnica e conceito, que comprometem sua eficácia.⁸⁷

Entre os tipos penais previstos na lei de licitações, há dois nos quais, aparentemente, podem ser classificados atos praticados no superfaturamento de obras públicas.

O primeiro é o do art. 92, que tipifica como crime a conduta de “admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais.” Apesar de certas imprecisões no texto, algumas impressões podem ser extraídas.

Assim como no caso do peculato, exige-se que o sujeito ativo seja funcionário público,⁸⁸ mais precisamente um servidor no exercício da

⁸⁴ FREITAS, André G. Tavares. *op. cit.*, p. 31.

⁸⁵ PRADO, Luiz Regis. CASTRO, Bruna Azevedo de. *Delito licitatório e bem jurídico-penal: algumas observações*, Revista dos Tribunais, vol. 957/2015, p. 259-272, jul. 2015.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 1998, 5ª ed., p. 590.

⁸⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitações*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2-3. Tal opinião é compartilhada por BITENCOURT, que faz severas críticas à redação dos tipos penais da Lei 8666/1993. BITENCOURT, C. R. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 230. No mesmo sentido, OLIVEIRA, Matheus Miranda. *Os crimes na lei de licitações como consequência da expansão do direito penal*. In ALEIXO, Klelia Canabrava. FONSECA, Pedro H. C., *Perspectivas garantistas para as ciências criminais*. Belo Horizonte: DPlácido, 2016, p. 97-108.

⁸⁸ A Lei 8666/1993 apresenta no art. 84 uma definição própria de funcionário público, que, embora com redação ligeiramente diferente, é substancialmente idêntica ao conceito amplo previsto no art. 327 do Código Penal. FREITAS, André G. Tavares. *op. cit.*, p. 28-30.

função e com competência legal para favorecer o contratado. Como essa qualidade especial é elementar do tipo, ela se comunica a quaisquer outras pessoas que tenham concorrido para o delito, agentes públicos ou privados, que, portanto, podem figurar como coautores do crime.⁸⁹ No caso do “contratado”, para sua responsabilização penal, não basta ter ele “concorrido para a consumação da ilegalidade”; é preciso que ele tenha “obtido vantagem indevida” ou se “beneficiado, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais”, conforme previsto no parágrafo único do art. 92.⁹⁰

Outra característica desse crime é que ele se dá “durante a execução do contrato”. Logo, condutas que se restringem à etapa de formação do contrato, ainda que o resultado se verifique posteriormente, não estão abarcadas pelo tipo penal. É o caso, por exemplo, do superfaturamento por sobrepreço original, em que a adoção de preços abusivos ocorre ainda na fase da licitação/contratação, sendo o pagamento ao contratado de valores superiores à tendência de mercado mero resultado dos atos anteriormente praticados.

Os verbos núcleos do tipo empregados na norma (admitir, possibilitar e dar causa) alcançam as mais variadas condutas comissivas e omissivas adotadas pelo funcionário público para favorecer indevidamente o contratado. O dispositivo também abrange quaisquer espécies de modificações contratuais ilícitas ou vantagens indevidas concedidas ao contratado. Esse âmbito de incidência alargado da norma permite

⁸⁹ Em crimes de autoria coletiva, como geralmente ocorre em casos de superfaturamento, permite-se uma imputação geral aos acusados, reservando-se à fase instrutória a delimitação precisa da conduta de cada um deles. Nesse sentido, os seguintes precedentes dos Tribunais Superiores: STF, 1ª T., HC 118891 / SP, Rel. Min. Edson Fachin, j. 01/09/2015; STF, 2ª T., HC 98840/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 30/06/2009; STJ, 5ª T., RHC 64073 / PI, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 28/06/2016; no mesmo sentido e do mesmo relator, o RHC 50595 / RS, j. 01/03/2016, e RHC 55163/RS, j. 03/11/2015; STJ, 5ª T., RHC 55171/SP, Rel. Leopoldo de Arruda Raposo, j. 16/06/2015.

⁹⁰ Alguns autores apontam que a obtenção da vantagem indevida seria uma limitação à responsabilidade do contratado, uma espécie *sui generis* de condição objetiva de punibilidade para esse partícipe. Porém, por contratado deve ser entendida “a pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública” (art. 6º, XV da Lei 8666/93), e não as pessoas naturais ligadas à empresa (diretores, engenheiros, encarregados), que poderão responder como coautores na forma do caput, em concurso com o funcionário público. FREITAS, André G. Tavares. *op. cit.*, p. 107. BITENCOURT, C. R. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 232-233 e 255.

abarcas as diversas práticas de superfaturamento que ocorrem durante a execução contratual, como o jogo de planilhas e a alteração de cláusulas financeiras, em que há celebração de aditivos ilegais ou se aceita situações irregulares em benefício do contratado.⁹¹

O elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente do funcionário público de agir de forma ilegal, em detrimento do erário e em favor do particular.⁹² Embora se entenda que “o dolo exigido para a configuração do delito do *caput* do art. 92 da Lei de Licitações é o genérico, não se exigindo um fim especial no agir do sujeito ativo”,⁹³ há precedente do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o tipo penal inadmite “culpa ou dolo eventual, posto dirigido ao administrador desonesto e não ao supostamente inábil.”⁹⁴

A exemplo dos demais crimes licitatórios, a pena cominada ao delito é apenas de detenção e multa, e em patamar ínfimo,⁹⁵ desproporcional à relevância dos bens jurídicos tutelados e ao potencial de lesividade da infração penal. Como em outros crimes funcionais, há previsão de aumento da terça parte para os ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança (art. 84, §2º) e perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo (art. 83).

O outro delito a ser analisado é aquele previsto no art. 96 da Lei 8666/1993, cuja redação, ao mencionar as expressões “fraudar”, “prejuízo da Fazenda Pública”, “licitação (...) ou contrato dela decorrente” e tipologias de fraude similares às que ocorrem no superfaturamento (“elevando arbitrariamente os preços”, “alterando substância, qualidade

⁹¹ Nesse sentido: TRF2, 5ª T., ACR 199851010348981, Rel. Vera Lúcia Lima, DJU 02/09/2004; TRF4, 1ª T., ACR 199804010681283, Rel. Eloy Bernst Justo, DJ 24/05/1999.

⁹² COSTA JR., Paulo. *Direito Penal das Licitações*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 34.

⁹³ TRF5, 3ª T., ACR 00096297020104050000, Rel. Cid Marconi, DJE 16/11/2015; TRF1, 3ª T., ACR 2006.30.00.000116-4, Rel. Ney Bello, e-DJF1 31/10/2014; TRF4, 4ª Seção, APN 200404010170436, Rel. Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 03/02/2010.

⁹⁴ STJ, Corte Especial, APN N.º 200201653178, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 08 out. 2007; TRF5, 3ª T., ACR 00052754220124058500, Rel. Janilson Bezerra de Siqueira, DJE 01/07/2016.

⁹⁵ Além da elevada probabilidade de prescrição, mesmo em caso de condenação, dificilmente haveria cumprimento de pena de prisão, tendo em vista a adoção de regime aberto (art. 33 do CP), a possibilidade de substituição por penas restritivas de direito (art. 44 do CP) e suspensão condicional da pena (art. 77 do CP). Não seria admitida sequer interceptação telefônica (art. 2º, III da Lei 9296/96).

ou quantidade da mercadoria fornecida”, “tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou execução do contrato”),⁹⁶ sugere que esse tipo penal foi criado exatamente para abarcar as várias espécies de superfaturamento.⁹⁷ Além disso, esse é o delito da lei de licitações com maior pena cominada (detenção, de 3 a 6 anos, e multa), dada a gravidade e o elevado potencial lesivo da conduta incriminada.

Entretanto, como outras normas da lei de licitações, o art. 96 possui defeitos de redação que dificultam sua aplicação.⁹⁸ O mais grave deles, certamente, é mencionar no *caput* apenas os contratos “para aquisição ou venda de bens ou mercadorias”, sem fazer referência a obras e serviços, que possuem regulamentação própria na lei (art. 7º e seguintes).

Até já se considerou, mediante interpretação extensiva, que o referido crime pode abranger fraudes praticadas em contratos para prestação de serviços ou execução de obras,⁹⁹ mormente aqueles em regime de execução indireta por empreitada, em que há não apenas uma prestação de serviços, mas, essencialmente, o fornecimento, pelo particular à Administração, de todos os bens (materiais, insumos e equipamentos) empregados na construção. Porém, diante da literalidade da lei e dos princípios da legalidade e taxatividade, tende a prevalecer que a incidência do art. 96 está restrita aos casos de aquisição e venda de mercadorias.¹⁰⁰

⁹⁶ Essas tipologias de fraudes são similares àquelas previstas nos art. 171, §2º e art. 175 do Código Penal e art. 7º da Lei 8137/1990, porém, específicas para os casos em que a Fazenda Pública é vítima.

⁹⁷ Baltazar Júnior chega a denominar esse tipo penal de “superfaturamento ou fraude na execução do contrato”. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *op cit*, p. 918. Outros autores, como Hely Lopes Meirelles, o chamam de “estelionato licitatório”, pela menção a “fraude” e “prejuízo”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 190.

⁹⁸ Entre tais defeitos de redação, Bitencourt menciona a menção a “Fazenda Pública”, expressão menos abrangente do que “Poder Público” ou “Administração Pública”, que não incluiria as empresas estatais. BITENCOURT, C. R. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 319-321.

⁹⁹ STF, 1ª T., HC n. 102063/ES, Rel. Marco Aurélio, j. 5.10.2010; TRF4, AC 20000401024978-3, Rel. Germano, 7ª T, 18.3.2003.

¹⁰⁰ Nesse sentido, Greco Filho afirma que: “A delimitação da lei à aquisição ou venda de bens deve ser respeitada tendo em vista o princípio da tipicidade (...), mas não se justifica, porque o mesmo tipo de conduta e de prejuízo pode ocorrer relativamente a contratos de prestação de serviços e, com maior frequência, em contratos de obras. GRECO FILHO, Vicente. *op cit.*, p. 116. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *op cit*, p. 918. FREITAS, André G. Tavares. *op cit*, p. 138. BITENCOURT, C. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 335. Na jurisprudência, há decisão da 1ª Turma do STF, relatada pelo Min. Edson Fachin, publicada em 4/4/16, no

4.3. Estelionato

Segundo PIERANGELI, “o emprego da fraude é uma forma evoluída de se apoderar do bem alheio”, utilizada desde os tempos mais remotos. No direito romano, o crime de estelionato integrava o *dolus malus*, definido como “toda astúcia, falácia ou maquinação empregada para surpreender, enganar ou iludir a outrem.”¹⁰¹

Além da vantagem ilícita e do prejuízo alheio, comuns a outros delitos patrimoniais, o elemento que aproxima o superfaturamento do crime de estelionato é justamente a fraude, o meio enganoso destinado a induzir ou manter a vítima em erro, fazendo com que ela entregue espontaneamente a coisa para o agente.¹⁰²

A fórmula genérica adotada no art. 171, *caput*, do Código Penal (“qualquer outro meio fraudulento”) permite alcançar quaisquer tipos de fraudes, inclusive aquelas próprias do superfaturamento, como as medições falsas, as planilhas orçamentárias com sobrepreço e as alterações contratuais contendo jogo de planilha. Ademais, não se exige qualidade especial do sujeito ativo e a expressão “para si ou para outrem” torna irrelevante, para caracterização do delito, que o proveito esteja dirigido a terceira pessoa, diversa do agente.

Diante dessas características abrangentes, pode-se dizer que o estelionato funciona como um “soldado de reserva” para situações de superfaturamento que não possam ser enquadradas em outros tipos penais aplicáveis em razão do princípio da especialidade, como o peculato e os crimes da lei de licitações.¹⁰³

Inquérito 3331/MT, de cuja ementa se extrai o seguinte excerto: “Em razão do princípio da taxatividade (art. 5º, XXXIX, da CR), a conduta de quem, em tese, fraudula licitação ou contrato dela decorrente, cujo objeto é a contratação de obras e serviços, não se enquadra no art. 96, I, da Lei 8.666/93, pois esse tipo penal contempla apenas licitação ou contrato que tem por objeto aquisição ou venda de bens e mercadorias”. No mesmo sentido, TRF4, 4ª Seção, RC n. 2005.04.01.006340-5, Rel. Paulo Afonso Vaz, j. 23.11.2006; TRF4, AC 0016264-72.2003.404.7200, Rel. Baltazar Jr., 7ª T, 18.5.2013.

¹⁰¹ PIERANGELI, José Henrique. *op cit*, p. 297.

¹⁰² É justamente essa característica que distingue o peculato do furto mediante fraude (art. 155 do CP) e do estelionato-furto (art. 312, §1º do CP), em que o bem é obtido mediante subtração. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *op cit*, p. 227.

¹⁰³ No caso envolvendo a obra do edifício-sede do TRT/SP, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região fez interessante distinção entre os crimes de peculato e estelionato em condutas relacionadas ao superfaturamento da obra. Para o período inicial, em que houve liberação de verbas, sem que sequer tivesse havido a assinatura

Contudo, a pena cominada ao estelionato (reclusão, de um a cinco anos, e multa), mesmo com o aumento de um terço previsto no §3º para crimes contra entidades públicas, parece desproporcional em relação à lesividade do superfaturamento de obras públicas.

4.4. Proposta de tipificação do crime de “superfaturamento”

Tendo em vista a relevância do superfaturamento de obras públicas como mecanismo de desvio de recursos públicos, bem como a ausência de tratamento técnico adequado e uniforme desse tema no direito penal brasileiro, mostra-se conveniente a construção de uma proposta de tipificação penal.¹⁰⁴

Apesar do superfaturamento estar incluído entre as condutas abrangidas pelo crime de “malversação de recursos públicos”, cuja tipificação se pretende por meio do PL 6735/2006, considera-se que a seara mais apropriada para disciplinar a matéria é a lei de licitações e contratos administrativos, seja mediante modificação da atual Lei 8666/1993 ou inclusão de dispositivo em novo diploma sobre o tema,¹⁰⁵ uma vez que o superfaturamento está estreitamente ligado às fases e atos do processo de contratação pública e implica violações às normas que regem esse processo e aos bens jurídicos ali tutelados.

do contrato e o início da execução dos serviços, considerou-se configurado o crime de peculato-desvio (art. 312, caput, do CP), por parte do presidente do TRT/SP, que tinha disponibilidade jurídica sobre os recursos, e dos demais coautores, funcionários públicos e pessoas ligadas às empresas. Para as etapas subsequentes, já durante a execução da obra, em que os pagamentos eram feitos com base em relatórios, laudos e medições forjados, não compatíveis com a evolução da construção, entendeu-se configurado o crime de estelionato contra entidade de direito público (art. 171, §3º do CP) por parte do presidente da comissão de obras, dos engenheiros responsáveis pelas medições e demais pessoas envolvidas na fraude.

¹⁰⁴ Em relatório aprovado na sessão plenária de 15 de março de 2018, a Comissão de Peritos do MESICIC-OEA recomendou “1.2.3.22. Considerar tipificar, de maneira específica, o crime de sobrepreço e superfaturamento na atividade contratual, atribuindo-lhe uma sanção pertinente à gravidade de tal conduta”. Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção, 30ª Reunião da Comissão de Peritos, Relatório Final – Brasil, OEA/Ser.L, SG/MESICIC/doc.518/17 rev. 4, Washington, D.C., disponível em http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5_bra_rep_por.pdf, Acesso em: 24.07.2019.

¹⁰⁵ Após aprovação no Senado Federal em 13/12/2016 (PLS 559/2013), encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados o PL n. 6814/2017 (apensado ao PL n. 1292/95), que visa instituir uma nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, em substituição às atuais Leis n. 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações), n. 10.520/2002 (Pregão) e n. 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações), além de compilar temas hoje tratados por normas infralegais.

Assim, propõe-se a tipificação do crime de “superfaturamento” como uma forma especial autônoma de estelionato, com a seguinte redação:

Art. __. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo da Administração Pública, mediante sobrepreço ou superfaturamento em contrato administrativo ou seus aditivos.

Pena: reclusão, de quatro a doze anos, e multa, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.

Essa opção por um crime autônomo justifica-se pelo fato de a própria Administração Pública (na sua moralidade, eficiência, imparcialidade) ser ofendida, e não apenas seu patrimônio. Além disso, a interpretação do crime de estelionato está consolidada no Direito brasileiro, o que facilita sua aplicação. A proposta traz o agente econômico para o centro da imputação, como autor de um crime comum contra a Administração Pública, e não como partícipe ou coautor de peculato. Ademais, o tipo passa a punir o atentado principal contra o erário, e não o crime acessório (fraude à licitação), que ocorre quase como um ato preparatório corriqueiro nesses casos.

As definições de contrato administrativo e Administração Pública seguem o disposto na legislação atual (art. 2º, parágrafo único, art. 6º, XI da Lei 8666/93), bastando acrescentar, em outro dispositivo, as definições de sobrepreço e superfaturamento, com descrição das práticas fraudulentas correspondentes,¹⁰⁶ tal como já previsto na Lei das Empresas Estatais (Lei 13.303/2016).¹⁰⁷ A exemplo de outras normas penais da Lei de Licitações, o tipo proposto se vale de elemento normativo especial da ilicitude (“vantagem ilícita”) e demanda a integração de outras normas da própria lei, constituindo espécie de norma penal em branco.

A proposta busca contemplar os diferentes tipos de superfaturamento e as diversas espécies de contratos administrativos e seus aditivos firmados pela Administração Pública (fornecimento de bens e mercadorias, execução de obras, prestação de serviços, concessões, parcerias

¹⁰⁶ Vale destacar que não é o mero descumprimento contratual que configura a fraude, mas o engodo, o meio ardiloso, destinado a enganar a Administração e viabilizar a obtenção da vantagem indevida. Sobre a distinção entre fraude civil e fraude penal, vide BITENCOURT, C. R. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 186-188, 335; BALTAZAR JÚNIOR, José P. *op cit*, p. 204.

¹⁰⁷ Apesar do sobrepreço caracterizar um tipo de superfaturamento, optou-se por mencioná-lo de forma separada, tendo em vista o tratamento distinto que acabou sendo adotado na Lei 13.303/2016.

público-privadas, contratos sob o regime diferenciado de contratações públicas, etc).

A norma penal incriminadora tem como sujeito passivo a Administração Pública, direta e indireta, abrangendo todas as pessoas citadas no art. 85 da Lei 8666/93, e como sujeito ativo qualquer pessoa que concorra para o superfaturamento, seja funcionário público ou particulares ligados ao contratado. O elemento subjetivo é o dolo, consistente na vontade consciente de obter vantagem ilícita em prejuízo do erário, mediante superfaturamento ou sobrepreço no contrato administrativo.

O preceito secundário segue o patamar proposto no PLC n. 27/2017 (PL n. 4850/2016), em vista da reconhecida gravidade e lesividade das práticas destinadas ao desvio de recursos públicos. Havendo o envolvimento de funcionário público, cabível a aplicação da agravante prevista no art. 61, II, “g” do Código Penal ou da causa de aumento do parágrafo 2º do art. 84 da Lei 8666/93, considerando a maior reprovabilidade de sua conduta, em razão do abuso de poder e do rompimento do vínculo de confiança com a Administração.

Por fim, como o tipo proposto está em estreita conexão com outros crimes contra a Administração, foi incluída uma cláusula de subsidiariedade expressa, para evitar dupla punição pelo mesmo fato e já resolver eventual concurso aparente de normas em favor do crime mais grave.

O Ministério Público Federal chegou a apresentar, em abril de 2018, uma Nota Técnica à Comissão Especial instituída na Câmara dos Deputados, destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 6814/2017 (apensado ao PL n. 1292/95), que visa instituir uma nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.¹⁰⁸ Entre as propostas apresentadas estava justamente a tipificação do crime de superfaturamento em obras públicas, com redação similar ao texto proposto neste trabalho. Embora a proposta tenha sido acolhida em uma das versões do parecer apresentado pelo relator à Comissão Especial, ela acabou sendo excluída no texto final (subemenda substitutiva global),¹⁰⁹ que, no momento, aguarda deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados.

¹⁰⁸ Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%20PL%206814%20-%20versao%20final.pdf>, Acesso em: 24.07.2019.

¹⁰⁹ Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1765896&filename=Parecer-PL129295-17-06-2019 . Acesso em 24.07.2019.

O texto proposto no PL até corrige a redação do *caput* do art. 96 da Lei 8666/1993, ao eliminar a restrição a licitações e contratos para aquisição de bens e mercadorias, porém os incisos continuam mencionando apenas bens e serviços, sem fazer referência a obras,¹¹⁰ mantendo, assim, a problemática ora existente acerca da tipificação penal do superfaturamento de obras públicas.

5. Conclusão

O superfaturamento de obras públicas é um dos instrumentos mais utilizados para desvio de recursos públicos no Brasil, com elevado potencial de lesividade para o erário.

Apesar disso, são escassas na doutrina jurídica nacional análises sobre as repercussões criminais das condutas relacionadas ao superfaturamento. O exame mais aprofundado desse tema tem ficado restrito ao campo da engenharia de custos, havendo, no máximo, algumas referências por parte de autores da área de direito administrativo, ao tratar de dispositivos da lei de licitações e precedentes dos Tribunais de Contas.

Este trabalho transitou entre essas várias searas com a finalidade de contribuir para aperfeiçoar o sistema jurídico-penal brasileiro em relação ao fenômeno do superfaturamento.

Na primeira parte, para adequada definição de superfaturamento (conjunto de certas práticas fraudulentas que propiciam a obtenção de vantagem indevida ao contratado e causam dano ao erário em contratos administrativos) e compreensão de seus tipos (por quantidade e qualidade, por sobrepreço, por jogo de planilha, por alteração de cláusulas financeiras e superdimensionamento), recorreu-se, predominantemente, à doutrina da

¹¹⁰ O art. 182 do PL propõe a inserção na Parte Especial do Código Penal, em um novo capítulo denominado “Dos crimes em licitações e contratos administrativos”, do art. 337-L (fraude em licitação ou contrato), com a seguinte redação: “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 quantidades 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) a 8 (oito) anos, e multa.

área de engenharia de custos, ao exame de textos legais e normas técnicas e à análise de precedentes do Tribunal de Contas da União.

Na segunda parte, focada na análise de tipos penais associados ao superfaturamento de obras públicas (peculato, crimes da lei de licitações e estelionato), foi realizado amplo levantamento da doutrina brasileira a respeito desses crimes, bem como pesquisa jurisprudencial, restrita aos Tribunais Superiores e aos Tribunais Regionais Federais, de ações penais envolvendo o superfaturamento de obras públicas e questões correlatas.

Percorridas essas etapas, é possível concluir que o tema do superfaturamento de obras públicas, embora bem desenvolvido no campo da engenharia de custos, carece de sistematização e adequado tratamento no âmbito do Direito Penal brasileiro. Por essa razão, foi apresentada proposta de redação para tipificação do crime de superfaturamento, como uma forma especial autônoma de estelionato, a ser incluído, preferencialmente, no novo diploma legal sobre licitações e contratos administrativos.

Referências

ABDUCH SANTOS, José Anacleto. *Contratos Administrativos: formação e controle interno da execução, com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015.

ALTOUNIAN, Cláudio. *Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização*. 4ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014.

BAETA, André Pachioni. *Orçamento e controle de preços de obras públicas*. São Paulo: Pini, 2012.

BALTAZAR JÚNIOR, José P. *Crimes Federais*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*, São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Tratado de Direito Penal*, vol. 5, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

CAMPELO, Valmir. CAVALCANTI, Rafael Jardim. *Obras públicas: comentários à jurisprudência do TCU*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CAMPITELI, Marcus Vinicius, *Medidas para evitar o superfaturamento decorrente dos “jogos de planilha” em obras públicas*. Dissertação. Universidade de Brasília. Brasília, 2006.

COSTA JR., Paulo. *Direito Penal das Licitações*, São Paulo: Saraiva, 1994.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte especial*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

Diretoria Técnico-Científica DA POLÍCIA FEDERAL, *Instrução Técnica n. 001/2010-DITEC*;

Diretoria Técnico-Científica DA POLÍCIA FEDERAL. *Orientação Técnica n. 001/2010-DITEC*;

FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de Direito Penal: parte especial*. v. 3, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FREITAS, André G. Tavares. *Crimes na lei de licitações*. 3ª ed., Niterói: Impetus, 2013.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988*. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitações*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, v. IV, 5ª ed., Niterói: Impetus, 2009.

HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, vol. 9, Rio de Janeiro: Forense.

Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP. *Orientação Técnica OT – IBR 001/2006*. Disponível em http://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/06/orientacao_tecnica.pdf. Acesso em 24.07.2019.

_____. *Orientação Técnica OT – IBR 002/2006*. Disponível em <http://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/06/OT-IBR-02-2009-Ibraop-01-07-10.pdf>. Acesso em 24.07.2019.

_____. *Orientação Técnica OT – IBR do IBRAOP n. 005/2012*. Disponível em http://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/04/OT_-_IBR_005-2012.pdf. Acesso em 24.07.2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 1998, 5ª ed.

KLITGAARD, R. *A corrupção sob controle*. Rio de Janeiro: editora Jorge Zahar, 1994.

LIMA, M. C. *Sobrepreço de preços de referência e conluio – comparação de custos referenciais do DNIT e Licitações bem sucedidas*. V Seminário de Perícias de Engenharia Civil. Anais, p. 97-104. Brasília: outubro de 2009.

LOPES, Alan de Oliveira. *Superfaturamento de obras públicas*. São Paulo: Editora Pronto, 2011.

_____. *Perícia em obras rodoviárias: a experiência da fiscalização concomitante do lote 07 da BR 101/NE*. Encontro Técnico Nacional de Auditoria de Obras Públicas – ENAOP – Palmas/TO, 2012.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *A impossibilidade de redução unilateral de preços pela Administração por alegação de superfaturamento*. Boletim de licitações e contratos, v. 10, n. 11, nov. 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, André. *Aspectos polêmicos de licitações e contratos de obras públicas*. São Paulo: Ed. Pini, 2013.

Michaelis. *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/>. Acesso em 24.07.2019.

MONTEIRO, Marcelo Valdir. *Crime de peculato e suas espécies*. In: CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. *Crimes contra a administração pública: aspectos polêmicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*, v. 4, 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 10ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Matheus Miranda. *Os crimes na lei de licitações como consequência da expansão do direito penal*. In: ALEIXO, Klelia Canabrava. FONSECA, Pedro H. C., *Perspectivas garantistas para as ciências criminais*. Belo Horizonte: DPlácido, 2016, p. 97-108.

PAGLIARO, Antônio; COSTA JR., Paulo José da Costa. *Dos crimes contra a Administração Pública*. 4ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Crimes de responsabilidade dos prefeitos*. São Paulo: Atlas, 2009.

PEREIRA, Gustavo Pimentel da Costa. *O mercado da construção civil para obras públicas como instrumento de auditoria: uma abordagem probabilística*. Dissertação de mestrado, Recife. Universidade Federal de Pernambuco, out. de 2002.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte especial*, v. 2, 2ª ed, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. CASTRO, Bruna Azevedo de. *Delito licitatório e bem jurídico-penal: algumas observações*, Revista dos Tribunais, vol. 957/2015, jul. 2015.

ROSE-ACKERMAN, Susan, *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. Cambridge University Press, 1999.

_____. *The political economy of corruption*. In Institute of International Economics, *Corruption and the Global Economy*, 1997.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SANCHÍS MIR, José Ricardo; GARRIDO GENOVÊS, Vicente. *Delincuencia de 'Cuello Blanco'*. Madrid: Instituto de Estudios de Policia, 1987.

SECRETARIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO E PATRIMÔNIO (SEAP). *Manual de obras públicas - edificações: Práticas de Projeto, Construção e Manutenção de Edifícios Públicos Federais*, disponível em www.comprasnet.gov.br/publicacoes/manual.htm. Acesso em 24.07.2019.

SILVA FILHO, Laércio de Oliveira e; LIMA, Marcos Cavalcanti; MACIEL, Rafael Gonçalves. *Efeito barganha e cotação: fenômenos que permitem a ocorrência de superfaturamento com preços inferiores às referências oficiais*. Revista do Tribunal de Contas da União. Brasil. ano 42. n. 19, 2010.

STOCO, Rui et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial: parte especial*. 8ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, *Estudo sobre taxas referenciais de bdi de obras públicas e de equipamentos e materiais relevantes*. Brasília, maio de 2013.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, *Fiscobras 2018 consolida auditorias em obras por todo o Brasil*. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/fiscobras-2018-consolida-auditorias-em-obras-por-todo-o-brasil.htm>. Acesso em 24.07.2019.