

O Manejo da Prova Indiciária nos Crimes em Licitações Públicas¹

Francisco das Chagas de Vasconcelos Neto²

RESUMO

O presente trabalho chama atenção para a relevância dos indícios, ou provas indiretas, reconhecidos como meios de provas legítimos pelo artigo 239 do Código de Processo Penal, possuindo a mesma força de valoração que as provas diretas. Os indícios são indispensáveis ao combate à impunidade de agentes criminosos, sobre os quais impera o benefício da dúvida, geralmente por fatos de difíceis provas, principalmente na perquirição da comprovação do elemento subjetivo nos crimes de colarinho branco. Ao final, enumeram-se alguns exemplos de provas indiciárias mais frequentes na rotina do combate à corrupção por meio das fraudes em licitações.

Palavras-chave: *Fraudes em licitações. Meios de prova. Valoração dos indícios.*

1 INTRODUÇÃO

Os crimes praticados em licitações públicas possuem naturais dificuldades quanto ao levantamento dos elementos de prova suficientes para uma condenação criminal. Diferentemente dos crimes de rua, e junto aos demais crimes de colarinho branco ou delitos econômicos, os crimes praticados em licitações públicas possuem algumas características de destaque: a fraude documental, a facili-

¹ Data de recebimento: 05/03/2018. Data de aceite: 18/06/2018.

²Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Ceará. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UNISEB. Especialista em Prevenção e Repressão à Corrupção pela Estácio. E-mail: franciscodaschagas@mpce.mp.br

dade na destruição ou ocultação de provas e a lei do silêncio entre os envolvidos; muitos participantes de organizações criminosas minimamente organizadas.

Os processos licitatórios são forjados e ganham aparência de legítimos. Os envolvidos, geralmente todos beneficiados, não possuem interesse em expor o esquema criminoso. Como se trata de crime cometido dentro de gabinetes e escritórios, a dificuldade em efetivar o flagrante ou registrar prova direta é considerável. Se desvencilhar das provas comprometedoras também se torna mais fácil pelo grupo criminoso.

Naturalmente se questiona: na ausência de provas diretas, como evitar a impunidade destes crimes? Propaga-se que a condenação criminal pressupõe um juízo de certeza, após alcançada a verdade real. Conclui-se que esse cenário invalida qualquer persecução criminal no campo dos crimes de licitação: ausência de prova direta na grande maioria dos casos, busca da verdade real e da certeza para condenação, e desconsideração dos indícios como meio de prova suficiente para embasar uma condenação criminal. O código de processo penal, em seu artigo 239, traz a definição de “indício”. Mas sua redação transparece ter função meramente conceitual, não deixando suficientemente clara sua aptidão como prova criminal.

O presente trabalho, portanto, procura demonstrar que os indícios são espécie de provas por si só aptos a embasar uma condenação criminal, e que, tanto a verdade real, quanto a certeza, são valores intangíveis, conseqüentemente inadequados como *standard* probatório visado pela tese de acusação. No decorrer do texto, será demonstrado que o manejo dos indícios é um trabalho mais argumentativo que demonstrativo, e que o trabalho do acusador visa não o alcance da verdade real ou da certeza (valores inalcançáveis), mas produzir um arcabouço de provas, ainda que exclusivamente indiretas, aptas a fundamentar um juízo de valor para além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*), como ocorre no sistema do *common law*.

Ao final, procurou demonstrar a utilidade dos indícios na aferição da autoria, materialidade e elemento subjetivo nos crimes licitatórios, trazendo alguns exemplos das principais ocorrências na prática.

2 A RELEVÂNCIA DA PROVA INDICIÁRIA

O uso dos indícios ou da prova indiciária (*circumstantial evidences*) não é tão explorado pela prática jurídica, a despeito de possuir extremo valor na demonstração de elementos importantes como o dolo, principalmente em situações mais complexas, como é o caso de crimes envolvendo organizações criminosas que fraudam licitações e contratos públicos.

A condenação com base nos indícios enfrenta resistência por parte da doutrina e jurisprudência pátrias, que ainda não consideram a real importância destes elementos probatórios.

A corrente que nega a prova indiciária, assim o faz, de certo modo, em razão de um equívoco conceitual. Na verdade, o termo “indício” pode possuir vários sentidos. O próprio Código de Processo Penal fala de indícios em variados contextos e significações. Por exemplo, o código processual menciona “indícios de prova”, tratando estes como um conjunto de provas que lastreia um juízo de probabilidade e que dá ensejo ao início das investigações. Já dentro do processo judicial, o Código de Processo Penal fala em “indícios” como *standard* de prova em que se baseia o magistrado no momento de recebimento da denúncia, dentro do processo cognitivo da autoria e materialidade. O decreto de prisão cautelar ou outras medidas cautelares exige o exame também de meros “indícios” de autoria (artigos 126, 134 e 312 do Código de Processo Penal).

Todavia, o sentido que se dá ao termo “indício” como “fundada suspeita” é apenas um viés de interpretação. Isso porque os indícios também podem ser tratados como prova indireta, quando não são encarados meramente como um lastro de elementos probantes su-

perficiais, sem profundidade, em um trabalho de cognição sumária, e não exauriente.

Destarte, em se considerando a existência de outro sentido, o termo “indício” pode ser considerado como prova indireta: prova apta a embasar uma condenação criminal por possuir profundidade de cognição suficiente para tanto.

A prova de indício, portanto, é uma prova indireta, segundo a qual, partindo-se de um fato base comprovado, chega-se, por via de um raciocínio dedutivo ou indutivo, a um fato consequência, que se quer provar. A prova indiciária decorre da presunção humana (pelo juiz), em contraponto à presunção legal, que vem da lei.

Dallagnol (2015, p. 108) esclarece o tema com o elucidativo exemplo abaixo:

Assim, temos prova direta quando a testemunha João fala diretamente do delito, afirmando que Caim matou Abel. Por outro lado, a prova é indireta quando a testemunha João fala indiretamente do delito, afirmando que viu Caim fugir da cena do crime com a arma na mão após o estampido de um tiro. Neste último caso, o fato demonstrado é a fuga e é a partir dela que se inferirá, mediante uma inferência adicional, a autoria do crime. Se, ao invés do testemunho, João narrar os fatos em documento, teremos prova documental direta ou indireta. Já a prova material é direta quando o julgador examina o corpo da vítima desfalecida, e indireta quando examina o chapéu que o autor do crime deixou cair na cena do crime.

Portanto, Dallagnol (2015, p. 108) esclarece a diferença entre prova direta e prova indireta como sendo uma bifurcação da classificação da prova quanto ao conteúdo. Assim, segundo o autor, “quanto ao conteúdo, qualquer dessas provas pode ser direta, quando diz respeito diretamente ao fato delituoso, ou indireta, quando a partir do fato demonstrado é necessária uma inferência adicional para se chegar ao fato delituoso”.

O indício como prova indireta não é proibido pelo ordenamento.

Pelo contrário, há previsão expressa da permissão do seu uso no artigo 239 do Código de Processo Penal e encontra reforço com a norma do artigo 155 do mesmo código.

Henrique Ferri (*apud* Mendroni, 2013, p. 81) faz, ainda, uma interessante analogia entre a valoração de indícios para comprovação de fatos e o exame clínico para ministrar um remédio, senão vejamos:

A causa indiciária é sempre uma causa grave para a justiça humana; porque nas causas indiciárias é preciso realizar um difícil e tormentoso trabalho de consciência e de espírito; as provas do facto não estão na nossa frente: não é como o mal do corpo em que o cirurgião vê claramente a sede e determina o remédio em consequência, mas é, antes, o caso clínico, para quem a doença não se apresenta evidente e que, por isso, passando do conhecido para o desconhecido, tem de reunir os sintomas, desde os mais evidentes aos menos visíveis, e conjugá-los numa relação de causa para efeito, para chegar à conclusão, isto é, determinar o diagnóstico da doença e indicar o remédio.

A doutrina moderna também está impulsionando a melhor valoração dos indícios, a exemplo de Mendroni (2013, p. 83):

Os indícios já não podem mais ser concebidos como suficientes apenas e tão somente à propositura da ação penal, mas ingressam no âmbito de análise do contexto probatório, como influxo, para prolação da sentença de mérito. Em um Processo Criminal que verdadeiramente deve se direcionar no sentido da busca da verdade real, não se pode desprezar qualquer elemento de prova que, guardadas as proporções, correlações e formas, serve para demonstrá-la. Tudo deve ser analisado e balanceado em um exercício coerente de fundamentação, sempre lógica e sistemática. Só assim torna-se possível viabilizar ao Juiz um julgamento verdadeiramente justo. De outra parte, ao se desprezar indícios ou qualquer elemento de prova, pelo simples fato de que tenha sido juntado aos autos durante a fase pré-processual, é o mesmo que conscientemente furtar-se à sua análise ou até “esconder” a verdade. É evitar a Justiça. A sentença deve conter uma retrospectiva temporal e lógica dos fatos e suas correlações probatórias, e culminar no convencimento imparcial do juiz.

A prova indireta é reconhecida no direito internacional, mormente envolvendo delitos complexos, como crimes societários, de colarinho branco, incluindo as fraudes em licitações e contratos públicos.

Destaca-se, pois, a Convenção de Viena sobre tráfico de drogas, ratificada internamente pelo Decreto 154/1991, aduzindo que “o conhecimento, a intenção ou o propósito requeridos como elementos constitutivos de qualquer das infrações previstas no n.º 1 do presente artigo podem ser deduzidos das circunstâncias factuais objetivas”. Nestes mesmos termos, cite-se ainda a Convenção de Estrasburgo (artigo 6.2, c) e a Diretiva 91/308, da Comunidade Europeia.

Existe uma consequência mais benéfica ao processo e ao próprio réu no uso da prova indiciária porque o levantamento desta acaba por exigir uma decisão com motivação mais apurada, explicitando o raciocínio indutivo ou dedutivo, pelo qual se demonstra a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize concluir-se a existência de uma ou mais circunstâncias, como detalha Dallagnol (2015, p. 121):

[...] no caso da prova direta, o julgador se apoia na imediação da colheita da prova, em vez de expor os caminhos racionais utilizados na escolha e valoração da prova. Já na prova indireta, a segurança é bastante maior porque o juiz se sente compelido a detalhar os passos inferenciais que conduziram sua convicção a favorecer determinada hipótese fática em detrimento de suas concorrentes. A necessidade de maior fundamentação da prova indireta, para o magistrado, converte a prova indireta em mais fundamentada, e, portanto, mais garantista ao estar menos exposta a voluntarismos interpretativos.

Este raciocínio motivado precisa demonstrar razoabilidade, e quão mais coerentes forem os indícios, principalmente quando múltiplos e conjugados, ou confrontados com outras provas diretas, mais a sentença está em bons termos para condenação.

Corrente contrária à consideração dos indícios como elemento de prova pode levar, muitas vezes, à situação de impunidade ao

crime organizado, onde as provas diretas são escassas, mormente quando crimes praticados por organizações criminosas especializadas em destruir lastros probatórios. Sobre essa questão, válido citar passagem da obra de Mendroni (2013, p. 82), nos seguintes dizeres:

Trata-se de enfrentar, com igualdade de armas, em especial o poderio das organizações, montadas para a prática dos crimes, de ocultar, apagar ou simplesmente forjar contraindícios e provas falsas, mas também para melhor enfrentar os criminosos mais perigosos. São documentos falsos (material ou ideologicamente) trazidos pelos réus à apreciação do Juiz, falsas perícias ou perícias “compradas”; ameaças, intimidações e constrangimento de testemunhas; incremento de corrupções a funcionários públicos, testemunhas, intérpretes ou analistas, ou ainda *experts*; fotografias montadas etc.

Continua Mendroni (2013, p. 83), sobre a periculosidade dessas organizações do crime: “de qualquer forma, os criminosos também sabem bem como apagar evidências, sumindo com a arma do crime, incendiando veículos e até cadáveres; agindo por meio de terceiras pessoas, que desconhecem a verdadeira identidade dos mandantes; apagando rastros etc”.

O uso da prova indiciária não significa necessariamente a diminuição de direitos e garantias do réu, pois mesmo a prova indireta deve sobrepassar o estado de dúvida. Por isso, não se pode dizer que a prova indiciária viola o princípio da presunção de inocência ou é mais gravosa ao réu que as outras provas.

Reforçando a igualdade do poder de persuasão entre a prova direta e indireta, ensina Mendroni (2013, p. 82):

[...] afirmamos uma vez mais que mesmo as evidências indiretas (indícios) podem sim ter força probatória, dependendo do caso concreto. Assim como em muitos dos casos os indícios não levarão a nenhuma conclusão firme, existirão outros casos em que os indícios proporcionarão um raciocínio cujo grau de convicção seja muitas vezes

maior do que a apreciação de uma evidência que se suporia direta e que, por isso, deveria ser mais eficiente para a comprovação.

Assim sendo, o confronto entre prova direta e indiciária, na análise de sua legitimidade, é uma discussão vazia, pois a prova indiciária em nada afeta a qualidade da fonte de prova. É apenas uma forma de interpretar as circunstâncias fatídicas e inseri-las como elementos probatórios dentro do processo.

O Tribunal Supremo Espanhol, na STC 85/99 de 10 de março, sintetizou sua postura a respeito da aceitabilidade da prova indiciária arrolando alguns requisitos a serem observados, nos seguintes termos:

- a) Los indicios deben aparecer plenamente probados en virtud de prueba obtenida con todas las garantías y de cuyo resultado se desprenda inequívocamente la certeza del indicio.
- b) Entre los indicios probados y el hecho que se quiere acreditar debe existir un enlace preciso y directo de acuerdo con las reglas de la lógica.
- c) Debe expresarse el razonamiento que condujo al Tribunal sentenciador a tener como probado que el hecho delictivo y la intervención de la persona concernida han ocurrido.

A inobservância desses cuidados, ainda segundo o Tribunal espanhol (STC 85/99 de 10 de março), e a falta de razoabilidade dos indícios, fere o princípio da presunção de inocência:

Por ello la vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con la prueba indiciaria existirá cuando los indicios no estén suficientemente acreditados, o estén desvirtuados por otros de signo contrario, cuando el juicio de inferencia entre los indicios y el hecho a acreditar adolezca de falta de concordancia con las reglas del criterio humano, o en otros términos, sea irrazonable ya sea por falta de lógica o de coherencia y suficiencia por tratarse de inferencias muy abiertas o imprecisas que no conduzcan naturalmente al hecho a acreditar, ahora bien, el control a efectuar en esta sede casacional debe de versar sobre la

razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción de instancia, sin entrar a examinar otras posibles inferencias. Debe, pues, examinarse el control externo del razonamiento de la inferencia obtenida y conclusión alcanzada, sin ponderar la posibilidad de otras inferencias distintas.

No Brasil, a prova indiciária ganhou destaque pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 470 (caso “Mensalão”). Destacou-se, entre outros, o voto da ministra Rosa Weber abordando a importância do reconhecimento das presunções para servir como elemento de prova para fatos praticados às escondidas, ou, como propriamente disse a ministra, condutas que não são praticadas “sob holofotes”:

O Plenário retomou julgamento de ação penal movida, pelo Ministério Público Federal, contra diversos acusados pela suposta prática de esquema a envolver crimes de peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, gestão fraudulenta e outras fraudes — v. Informativos 673 a 676. Na sessão de 27.8.2012, os demais Ministros da Corte iniciaram a leitura de seus votos sobre o capítulo III da denúncia, atinente a “origens dos recursos empregados no esquema criminoso: crimes de corrupção (ativa e passiva), peculato e lavagem de dinheiro”. A Min. Rosa Weber, primeira a se manifestar, destacou que questões relativas a financiamento de gastos de campanha ou despesas de partido não integrariam o conjunto fático descrito na presente acusação. Salientou, ainda, que o pagamento de propina não seria feito sob holofotes, daí o realce do valor das presunções, bem como a admissão de maior elasticidade à prova acusatória nos delitos de poder, porquanto seus autores teriam mais facilidade em esconder o ilícito. Asseverou, ademais, que a manipulação do dinheiro objeto da propina caracterizaria meio para a consumação ou exaurimento das corrupções ativa e passiva. No ponto, discorreu que, na corrupção ativa, ambos os núcleos do tipo (“oferecer” e “prometer”) configurariam crime formal e que a percepção da vantagem indevida pelo corrompido constituiria exaurimento do delito. Já na corrupção passiva, o verbo “solicitar” indicaria crime formal, de maneira que o efetivo recebimento da propina representaria o exaurimento do delito, ao passo que “receber” indicaria crime material, cuja obtenção da vantagem ingressaria na fase consumativa do delito. Por outro lado, sinalizou que, na espécie, a ocultação ou dis-

simulação da lavagem de dinheiro significaria a ponta de esquema criminoso de proporções mais amplas, razão por que postergaria o exame sobre essas imputações a João Paulo Cunha e a Henrique Pizzolato para outro momento. Tendo em conta essas premissas teóricas acompanhou, em parte, o Min. Joaquim Barbosa, relator, dele divergindo em relação a João Paulo Cunha para absolvê-lo do peculado decorrente da contratação da empresa IFT. (STF AP 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, 27, 29 e 30.8.2012. Informativo 677).

Cabral (2012, *online*), comentando o julgamento da Ação Penal 470, cita a função persuasiva da prova, a complexidade das associações criminosas e a predominância da prova indiciária nesses casos:

[...] a prova não deve ser concebida numa visão cientificista, ultrarracionalista (e até certo ponto ingênua) a respeito da cognição humana. Assim era a antiga e superada compreensão da prova apenas em sua função “demonstrativa”: em se exigindo prova técnica ou a certeza de verdades apodíticas, uma condenação só seria possível se o agente público fosse filmado recebendo propina do corruptor, ou se o criminoso tivesse conversa telefônica interceptada confessando o cometimento do delito [...] a função persuasiva da prova reafirma a consolidada jurisprudência da Suprema Corte brasileira, que há décadas considera suficiente, inclusive para uma condenação criminal, um conjunto forte e sólido de indícios e circunstâncias comprovados, e que conduzam à conclusão segura de que o fato ocorreu. Posicionamento, aliás, que prevalece na jurisprudência da imensa maioria dos tribunais do mundo ocidental. Isso é especialmente importante em contextos associativos complexos — marca da criminalidade contemporânea — no qual os crimes ou infrações administrativas são praticados por muitos indivíduos consorciados e tem relevante implicação prática em casos como de formação de cartéis, organizações criminosas, quadrilhas, e crimes e infrações no mercado de capitais (como citado pelo ministro Luiz Fux), onde a prova indiciária é predominante pois é raro que se obtenham documentos e gravações dos fatos criminosos (até porque toda associação pressupõe acordos que normalmente são realizados a portas fechadas).

Com isso, reforça-se a necessidade da maleabilidade das espécies

de prova quanto ao conteúdo, afastando a exclusividade da função demonstrativa em busca de uma verdade intangível. Por outro lado, a função persuasiva dos meios de prova coloca em prática essa maleabilidade e faz a discussão processual ter mais sentido quando inexistem provas diretas. Nesse sentido, o debate persuasivo com o uso de provas indiretas faz a sentença condenatória se tornar mais plausível.

3 A EFETIVIDADE DA PROVA INDICIÁRIA NOS CRIMES DE LICITAÇÃO

3.1 Os indícios e a prova da autoria e materialidade

Ao se fazer a primeira análise dos cadernos do procedimento administrativo licitatório, a depender do grau de expertise do criminoso, é possível não inferir que houve algum conluio criminoso ou fraude. Quando não há qualquer espécie de prova direta que descortine o crime, algumas situações, inicialmente consideradas meras coincidências ou pequenas irregularidades administrativas, podem ser conjugadas para formar um corpo de indícios com robusteza.

As irregularidades administrativas e coincidências suspeitas podem ser sinais de alerta a depender da gravidade e do número de ocorrências. A profundidade e número dos indícios pode ser determinante. A probabilidade da ocorrência de autoria e materialidade, bem como do elemento subjetivo, vai se solidificar com a gravidade da irregularidade e com contraposição de um indício com outro.

Felix (2012, p. 227-228) arrola alguns exemplos de elementos indiciários importantes na investigação dos crimes em licitações, conforme se observa:

- a. Certidões relativas à regularidade jurídica (cadastro no CNPJ) e fiscal (certidões negativas) emitidas em data semelhante ou sequencial pelas empresas licitantes, ou ainda

certidões vencidas; b. Propostas de preços ou planilhas orçamentárias das empresas licitantes com muitas semelhanças do ponto de vista da formatação e/ou do preço em si; às vezes até erro de ortografia que “coincidentalmente” se repetem; c. Empresas que possuem os mesmos sócios e/ou o mesmo contador. Já surgiram casos em que uma empresa licitante pertencia ao marido e outra à esposa; d. Atas de julgamento de licitações sem assinaturas; e. Procedimentos licitatórios sem números de páginas ou erroneamente autuados; f. Empresa vencedora da licitação que apresentou documentação incompleta de habilitação e ainda assim adjudicou o objeto da licitação; g. Ausência de publicação do edital da licitação em Diário Oficial e jornais locais; h. Participação de empresas de “fachada” nas licitações. Para identificar empresas de fachada, é preciso diligenciar, no sentido de procurar a sede da empresa, consultar registros na Previdência Social para verificar se a empresa possui empregados registrados ou até mesmo pedir a quebra de sigilo bancário para verificar se existe movimentação financeira. Também é importante verificar se o participante das licitações é o sócio ou um procurador que não faz parte do quadro societário da empresa.

Vistos os exemplos acima, algumas situações, analisadas individualmente, podem não transparecer nenhuma consequência segura no campo criminal. A ata de julgamento de uma licitação sem assinatura dos licitantes pode configurar apenas uma omissão administrativa. Mas essa circunstância somada à participação de empresas de fachada traz segura probabilidade de direcionamento da licitação.

Especificamente nos ilícitos de “colarinho branco”, lembra Fux, ao proferir voto no julgamento do caso “mensalão” (AP 470):

Nesse sentido, por exemplo, a doutrina norte-americana estabeleceu a tese do “paralelismo consciente” para a prática de cartel. Isso porque normalmente não se assina um “contrato de cartel”, basta que se provem circunstâncias indiciárias, como a presença simultânea dos acusados em um local e a subida simultânea de preços, v.g., para que se chegue à conclusão de que a conduta era ilícita, até porque, num ambiente econômico hígido, a subida de preços, do ponto de vista de apenas um agente econômico, seria uma conduta irracional economicamente. Portanto, a conclusão

pela ilicitude e pela condenação decorre de um conjunto de indícios que apontem que a subida de preços foi fruto de uma conduta concertada. [...] No mesmo diapasão é a prova dos crimes e infrações no mercado de capitais. São as circunstâncias concretas, mesmo indiciárias, que permitirão a conclusão pela condenação. Na investigação de *insider trading* (uso de informação privilegiada e secreta antes da divulgação ao mercado de fato relevante): a baixa liquidez das ações; a frequência com que são negociadas; ser o acusado um neófito em operações de bolsa; as ligações de parentesco e amizade existentes entre os acusados e aqueles que tinham contato com a informação privilegiada; todas essas e outras são indícios que, em conjunto, permitem conclusão segura a respeito da ilicitude da operação.

Portanto, analisando o voto do Ministro Luiz Fux, constata-se que a prática dos cartéis em licitações públicas não é realizada por meio da formalização de um contrato, pois este explicitaria a conduta criminosa. Todavia, as circunstâncias indiciárias provadas podem induzir pela conclusão da ilicitude da conduta que se queria demonstrar.

No que diz respeito às licitações, não obstante as formalidades estarem perfeitamente obedecidas, a prática de crimes pode estar sendo concretizada por meio do procedimento licitatório, pois a fraude pode ocorrer antes da formalização, com o conchavo entre os envolvidos, com a confecção de documentação falsa, etc.

Com isso, quer-se dizer que em um procedimento licitatório fraudulento os documentos são juntados como se idôneos fossem e a competição é simulada para gerar aparência de regularidade. Todavia, a combinação de agentes é realizada em momento anterior, em um verdadeiro “jogo de cartas marcadas”, de forma que a atuação conjunta dos envolvidos e as diligências criminosas cada vez mais apuradas quase nunca deixam lastro de prova direta apta a ser usada como comprovação de autoria, materialidade e dolo.

Por conseguinte, como discorre o presente trabalho, há que se considerar a prova indireta. Assim, quando certas circunstâncias periféricas restam provadas, pode-se usar delas para efetuar um

exercício de raciocínio lógico, com o objetivo de, com base na indução, concluir que houve direcionamento em uma licitação ou que o procedimento licitatório foi dispensado indevidamente, por exemplo.

Não são raras as vezes que o procedimento licitatório está perfeitamente formalizado, mas se verificam, com fundamento nas investigações, variados indícios de direcionamento ou dispensa indevida, circunstâncias que induzem a concretização da fraude. É o caso, por exemplo, de competidores da mesma família ou integrantes comuns dos quadros societários das empresas licitantes; a configuração de cartel por meio de vencedores alternados entre municípios próximos; uso de “laranjas”; a presença de cláusulas restritivas; a comprovação de que os documentos de todos os licitantes foram confeccionados em um mesmo computador e impressos em uma mesma impressora; entre outras condutas.

Ressalta-se que, quanto mais destas circunstâncias forem eficazmente demonstradas, mais robusta será a conclusão por uma eventual condenação, pois os indícios estão na mesma hierarquia de valoração com as provas diretas.

3.2 Os indícios e a prova do elemento subjetivo

Em que pese a utilidade dos indícios na busca da autoria e materialidade, é talvez na aferição do elemento subjetivo dos crimes em licitações onde as provas indiretas se mostram ainda mais úteis e necessárias.

Os tipos penais previstos na Lei nº 8.666/93 não possuem modalidade culposa, mas somente a forma dolosa, considerando também o dolo eventual.

Alguns dos crimes previstos na lei de licitações exigem o dolo específico – o especial fim de agir –, como é o caso do tipo previsto no artigo 90, que se utiliza da expressão “com o intuito de”, ou seja, requer-se a demonstração desta especial motivação.

Esta estirpe de criminalidade é especializada em não deixar vestígios – ao menos aqueles suficientes para a comprovação do elemento subjetivo. Isso porque os atos preparatórios são tratados entre quatro paredes, sem presença de testemunhas isentas (isso se houver testemunhas). Na verdade, a materialização dos contratos e das licitações é realizada de forma a parecer que o ato administrativo é legal e legítimo. Todavia, há um acordo entre os envolvidos que não é explicitado.

A se considerar tão somente a função demonstrativa da prova, ou o mero apontamento da existência da evidência relacionando-a com o fato, sem oportunizar realizar um trabalho de inferência sobre vários outros elementos de prova, a prova do dolo se torna uma missão com insucesso garantido.

É preciso que se reconheça que a única espécie de prova apta a demonstrar o elemento subjetivo de forma razoável é a indiciária.

Citando o entendimento do Tribunal Supremo Espanhol, posicionamento nesse sentido foi transcrito na STS 33/2005:

La prueba indiciaria no es prueba más insegura ni subsidiaria. Es la única prueba disponible --prueba necesaria-- para acreditar hechos internos de la mayor importancia, como la prueba del dolo en su doble acepción de prueba del conocimiento y prueba de la intención. Es finalmente una prueba al menos tan garantista como la prueba directa y probablemente más por el plus de motivación que exige... que actúa en realidad como un plus de garantía que permite un mejor control del razonamiento del Tribunal a quo.

Para Oliveira (2010, p. 348),

Em relação especificamente à prova da existência do dolo, bem como de alguns elementos subjetivos do injusto (elementos subjetivos do tipo, já impregnado pela ilicitude), é preciso uma boa dose de cautela. E isso ocorre porque a matéria localiza-se no mundo das intenções, em que não é possível uma abordagem mais segura. Por isso, a prova do dolo (também chamado de dolo genérico) e dos elementos

subjetivos do tipo (conhecidos como dolo específico) são aferidas pela via do conhecimento dedutivo, a partir do exame de todas as circunstâncias já devidamente provadas e utilizando-se como critério de referência as regras da experiência comum do que ordinariamente acontece. É a via da racionalidade. Assim, quem desfere três tiros na direção de alguém, em regra, quer produzir ou aceita o risco de produzir o resultado morte. [...] Nesses casos, a prova será obtida pelo que o Código de Processo Penal chama de indícios, ou seja, circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução (trata-se, à evidência, de dedução), concluir-se a existência de outra ou de outras circunstâncias (art. 239).

A importante obra de Costa (2015) sistematiza um método eficaz de manejo da prova do dolo pelas evidências indiciárias. Para este autor, afastando-se a possibilidade do uso exclusivo das ciências empíricas, da confissão e da presunção, resta de grande importância o correto uso dos indícios. Para tanto, o ponto de partida de análise dessas evidências ocorre pelo raciocínio com as regras da experiência e da lógica para determinar os elementos empíricos extraídos do próprio comportamento do agente. Deve ser buscada a extração do maior grau de probabilidade de uma realidade, pois o processo penal, segundo o autor, não exige a inalcançável certeza.

Das regras da experiência podem ser retirados padrões de comportamento similares que serão confrontados com o caso em concreto. Assim, o estado mental pode ser externalizado pelo agente por meio de sua própria conduta, comparada com aquilo que normalmente ocorre, segundo juízo de valor da experiência individual do julgador.

Costa (2015) continua sua metodologia arrolando as principais hipóteses de indícios para a prova tanto do elemento intelectual, quanto do volitivo. Para o primeiro (elemento intelectual), seriam relevantes os conhecimentos mínimos do homem médio; transmissão prévia do conhecimento pelo agente ou para ele; exteriorização do próprio conhecimento pelo agente; características pessoais do agente e a cegueira ou ignorância deliberada. Para o segundo, são relevantes a

modalidade, a duração e a repetição da conduta, os comportamentos antecedentes e os sucessivos e os motivos da ação.

Nos crimes previstos na Lei 8.666/93, não se pode fugir da explicitação do elemento subjetivo. Não se defende aqui a incriminação sem demonstração do dolo, contrário aos princípios mais aceitos da moderna teoria do crime, mas a relativização da exclusividade das provas diretas como único elemento a demonstrar o elemento subjetivo, negligenciando as provas indiretas ou o uso da prova indiciária para tanto, meio mais realista de se enfrentar esses delitos.

4 CONCLUSÃO

As fraudes em licitações e contratos públicos são a forma mais recorrente de desvio de verbas públicas, protagonizadas por organizações criminosas especializadas em crimes contra a Administração Pública e lavagem de dinheiro, entre outros. A atuação conjunta desses agentes criminosos é voltada à especialização destes crimes, bem como à destruição de provas e ocultação dos rendimentos por meio do branqueamento de capitais.

Urge, então, a necessidade do uso das provas indiciárias, superando antigos preconceitos contra estas provas ditas indiretas, por não possuírem, segundo a corrente tradicional, força probatória suficiente para concluir por uma condenação, pois o processo penal exigiria uma prova cabal para respaldar uma decisão desta gravidade, com total certeza sobre os fatos analisados.

Todavia, é um equívoco exigir do magistrado e das partes do processo reproduzir os fatos em busca da certeza, aquela que afasta toda dúvida provável de ser levantada. Na verdade, todos os fatos possuem infinitas hipóteses, de certo que toda dúvida pode ser sempre especulada. Por isso, a má consequência desse modo de pensar é colocar a acusação em um grau de disparidade com a defesa, um ônus mais pesado do que qualquer humano poderia carregar, porque

esta “certeza” é intangível. Por isso, defendeu-se o entendimento no sentido de que, para uma condenação criminal, ao invés da busca pela prova da certeza, é suficiente a prova para além de dúvida razoável, o que torna o trabalho com os elementos de prova mais maleável.

A prova não deve ser concebida numa visão cientificista ou ultrarracionalista a respeito da cognição humana. Isso ocorria quando era aceitável a prova apenas com sua função demonstrativa. Em se exigindo prova técnica ou a certeza de verdades incontestáveis, uma condenação só seria possível se o delinquente confessasse, fosse filmado ou gravado em uma conversa comprometedora.

A função persuasiva da prova confirma a possibilidade de uma condenação criminal, baseada em um conjunto forte e sólido de indícios e circunstâncias, os quais, devidamente comprovados, conduzem à conclusão segura de que o fato ocorreu. Esse é o entendimento que passou a prevalecer na jurisprudência da maioria dos tribunais do mundo ocidental.

Em sendo o caso de se negligenciar a valoração dos indícios nesses casos de crime organizado, seguramente se estabelecerá uma situação de impunidade. Na verdade, as provas indiciárias são suficientes por si só, prescindindo da sua valoração conjunta com as provas diretas, não havendo sentido aceitar apenas a prova direta para demonstrar qualquer crime, pois não existe diferença de valor probatório entre prova direta e indireta.

Assim sendo, o confronto entre prova direta e indiciária, na análise de sua legitimidade, é uma discussão vazia, pois a prova indiciária em nada afeta a qualidade da fonte de prova. É apenas uma forma de interpretar as circunstâncias fatídicas e inseri-las como elementos probatórios dentro do processo.

Quanto à prova do elemento subjetivo nos crimes de licitação, os indícios são úteis no sentido de que permitem descortinar indiretamente a vontade do agente, quando a intenção deste nunca se externalizou de forma direta, para além de sua memória. Assim, os

métodos de provas capazes de indicar de forma legítima a intenção do agente são necessariamente indiretos.

Conclui-se, enfim, que é fundamental que os indícios sejam tidos como de considerável relevância quando diante do julgamento de crimes de corrupção dotados de complexidade, tais como as fraudes em licitações e contratos públicos. A utilização das provas indiretas – indiciárias – de modo mais eficaz e costumeiro garantirá o combate efetivo às práticas corruptas.

THE MANAGEMENT OF INDIRECT EVIDENCES IN BIDDING VIOLATION

ABSTRACT

The present study draws attention to the relevance of the indirect evidence, recognized as a sort of legitimate evidence by Article 239 from the Procedure Criminal Code, having the same force of assessment as a direct evidence. The evidence is indispensable to combat the impunity of criminal agents, on whom the benefit of the doubt prevails, generally due to facts of difficult evidence, especially in the examination of the subjective element in white-collar crimes. In the end, we list some examples of more frequent evidence in the routine of fighting corruption through fraud in bidding.

Key words: *Fraud in bids. Means of proof. Assessment of evidence.*

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei 3689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU** de 13.10.1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24. abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Data de Julgamento: 03, 05 e 06/09/2012, Tribunal Pleno, **DJe** 22/04/2013.

CABRAL, Antônio de Passo. **Prova e condenação no julgamento do Mensalão**. Revista Consultor Jurídico. 22 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-22/antonio-passo-cabral-prova-condenacao-julgamento-mensalao>>. Acesso em 24 abr. 2016.

COSTA, Pedro Jorge. **Dolo penal e sua prova**. São Paulo: Atlas, 2015.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **A visão moderna da prova indício**. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. (orgs.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. **As lógicas das provas no processo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

ESPANHA. Tribunal Supremo Espanhol. STS 33/2005. Fecha de Resolución: 19 de Enero de 2005. Sala Segunda, de lo Penal.

ESPANHA. Tribunal Supremo Espanhol. STC 85/2009. Fecha de Resolución: 18 de Febrero de 2009. Sección Segunda.

FELIX, Renan Paes. **Fraudes em licitações: uma abordagem pragmática**. Revista do CNMP: improbidade administrativa, Brasília, n. 5, p. 209-229, 2015.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. **Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segunda a Transparência Internacional**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Crimes na lei de licitações**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de investigação criminal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 13. Ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Franklin Brasil; SOUZA, Kleberson Roberto de. **Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.