

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM GESTÃO PÚBLICA
MUNICIPAL – UFRGS

Pedro Henrique Müller Amorim

UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA DOS
ARTIGOS PENAIIS DA LEI 8.666/93 FRENTE OS MUNICÍPIOS

Porto Alegre

2012

Pedro Henrique Müller Amorim

**UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA DOS
ARTIGOS PENAIIS DA LEI 8.666/93 FRENTE OS MUNICÍPIOS**

**Trabalho de conclusão de curso de
Especialização apresentado ao
Programa de Pós-Graduação em
Gestão Pública Municipal da
Universidade Federal do Rio Grande
do Sul, como requisito para obtenção
do título de Especialista em Gestão
Pública Municipal.**

Orientador: Fernando Dias Lopes

Porto Alegre

2012

Pedro Henrique Müller Amorim

**UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA DOS ARTIGOS
PENAIIS DA LEI 8.666/93 FRENTE OS MUNICÍPIOS**

**Trabalho de conclusão de curso de
Especialização apresentado ao
Programa de Pós-Graduação em
Gestão Pública Municipal da
Universidade Federal do Rio Grande
do Sul, como requisito para obtenção
do título de Especialista em Gestão
Pública Municipal.**

Orientador: Dr. Fernando Dias Lopes

Conceito final:.....

Aprovado em dede.....

BANCA EXAMINADORA

Prof. Msc. Arie Behr - Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Msc.Lílian Weber - Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Orientador - Prof. Dr. Fernando Dias Lopes – Universidade Federal do Rio Grande do
Sul

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus.

Agradeço aos meus pais, minha noiva, minha sogra, meu sogro e meus irmãos por tudo que me proporcionaram e me ensinam a cada dia que convivo com eles.

Aos demais amigos que estiveram presente na minha vida antes e durante a conclusão da especialização e com certeza vão estar presentes ainda muitas vezes.

Agradeço aos demais familiares que por muitas vezes me proporcionaram conforto e hospitalidade em alguns momentos.

Agradeço aos professores que me proporcionaram muito conhecimento. Enfim, agradeço a todos que acreditaram em mim e nunca me deixaram desistir.

RESUMO

UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA DOS ARTIGOS PENAIS DA LEI 8.666/93 FRENTE OS MUNICÍPIOS

Autor: Pedro Henrique Müller Amorim
Orientador: Prof. Dr. Fernando Dias Lopes

As licitações são muito utilizadas nos dias de hoje em toda a sociedade, para a utilização destas ferramentas existe um procedimento cuidadoso em todas as unidades dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, com destaque para os Municípios. Mas as licitações antes de consistência em lei própria sofreram na dúvida de quem seria o seu ente competente para regulá-la, a doutrina resolveu esta questão. A licitação apresenta em seu procedimento vários elementos para resguardar os interesses do bem comum e os princípios inerentes ao procedimento licitatório, exigindo que os atos dos agentes públicos e agentes privados sejam amparados a Lei. Neste intuito estudou os artigos de crimes da lei 8.666/96 das licitações, suas peculiaridades, aplicação frente aos envolvidos e eficiência na busca dos resultados, utilizando-se da lei, doutrina e principalmente da consulta documental em jurisprudências. Por fim conclui-se que varias são as tentativas de ilícitos dentro dos procedimentos licitatórios nos Municípios e que os artigos penais previstos na lei necessitam de revisão em seu texto e nas suas penas, para que tenham maior abrangência e eficiência na defesa do bem comum nos Municípios.

PALAVRAS-CHAVE: Município. Artigos Penais. Doutrina. Jurisprudências.

ABSTRACT

AN ANALYSIS OF ARTICLES JURISPRUDENCE AND DOCTRINAL 8.666/93 FACE CRIMINAL LAW MUNICIPALITIES

Author: Pedro Henrique Amorim Müller

Advisor: Prof. Dr. Fernando Lopes Dias

Bids are widely used today throughout society, for the use of these tools there is a careful procedure in all units of the Judicial, Executive and Legislative branches, especially the municipalities. But before bidding consistency in the law itself suffered in doubt who would be responsible for their loved regulate it, the doctrine solve this issue. The bidding procedure presents in its various elements to protect the interests of the common good and the principles inherent in the bidding process, requiring that the acts of public and private agents are supported to this end he studied Law Articles crimes law 8.666/96 of bids, their peculiarities, compared to the application and efficiency involved in the search results, using the law, doctrine, and especially of the consultation document in jurisprudence. Finally it appears that several are unlawful attempts within the bidding procedures in the municipalities and that the articles provided for in criminal law require revision in its text and its feathers, giving them greater scope and efficiency in defense of the common good in municipalities.

KEYWORDS: Municipality. Articles Criminal. Doctrine. Jurisprudence.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	08
1	QUADRO TEÓRICO	10
1.1	LICITAÇÕES	10
1.2	PRINCÍPIOS DAS LICITAÇÕES	12
1.3	LICITAÇÃO SUA OBRIGATORIEDADE E SUAS EXCEÇÕES	13
1.4	PROCEDIMENTOS DA LICITAÇÃO E EXTINÇÃO	14
1.5	TIPOS E MODALIDADES DAS LICITAÇÕES	17
1.6	CRIME DO ART. 89 DA LEI 8.666/93	20
1.7	CRIME DO ART. 90 DA LEI 8.666/93	24
1.8	CRIME DO ART. 91 DA LEI 8.666/93	26
1.9	CRIME DO ART. 92 DA LEI 8.666/93	28
1.10	CRIME DO ART. 93 DA LEI 8.666/93	32
1.11	CRIME DO ART. 94 DA LEI 8.666/93	35
1.12	CRIME DO ART. 95 DA LEI 8.666/93	37
1.13	CRIME DO ART. 96 DA LEI 8.666/93	39
1.14	CRIME DO ART. 97 DA LEI 8.666/93	42
1.15	CRIME DO ART. 98 DA LEI 8.666/93	44
1.16	AS PENAS	45
2	PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	47
3	APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS RESULTADOS	48
	CONCLUSÃO	51
	REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

É sabido das inúmeras ferramentas que a gestão pública municipal utiliza para desenvolver seus atos e intervenções, bem como para construção do meio em que vivem as pessoas em sociedade. A licitação, não diferente das demais ferramentas, tem uma grande importância para o desenvolvimento da sociedade, contribuindo na construção de um Estado Democrático de Direito, as licitações estão ligadas tanto no ramo do Direito Público como de Direito Privado.

O presente trabalho vem no intuito de analisar o funcionamento dos artigos de crimes na lei de licitações na gestão pública municipal, quais seriam os atos dos agentes públicos municipais, ainda os agentes privados envolvidos frente aos crimes previstos na lei de licitações, analisando suas atuações e responsabilidades.

Primeiramente deve-se ter ideia do que é licitação do seu surgimento, como ela se desenvolve, as várias fases e atos levam a indicação de quem está capacitado para a celebração de um contrato com a Administração Pública Municipal.

As licitações são de grande importância para a gestão pública municipal, pois regulam atos que os gestores públicos municipais devem seguir para a aquisição de bens e serviços. Estes atos e aquisições que por vezes passam despercebidos em jornais através de publicações legais e na sua prática também, isso se deve aos leigos da sociedade que muitas vezes pensam que os atos dos gestores são conforme suas próprias intenções e não percebem que existem uma série de peculiaridades em um simples ato de conservação, construção e até serviços de limpezas, que parecem pequenos e sem grande importância, podem envolver grandes contratos com a Administração Pública Municipal e estes contratos envolvem geralmente valores elevados.

O grande fator que leva os agentes a praticarem atos ilícitos é a ganância o enriquecimento ilícito que pode ser conquistado facilmente devido à posição que ocupam utilizando-se da ferramenta das licitações para cometerem estes atos indevidos.

Assim apresenta-se a análise dos dez artigos penais da lei de licitações através de uma pesquisa documental no intuito de saber se há aplicação efetiva de sua redação frente os municípios, ou se os artigos estão apresentados de forma complexa ou defasados na lei. A análise será feita também em analisando preferencialmente jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, como

complemento ainda aponta-se o que pensam grandes doutrinadores a respeito destes artigos incriminantes.

1 QUADRO TEÓRICO

Antes mesmo de se falar dos crimes em licitações deve-se ter ideia primeiramente do que é a licitação e suas peculiaridades, a conduta dos agentes públicos e agentes privados enquadradas nos artigos de crime com as suas respectivas penas devido aos seus próprios atos praticados no procedimento licitatório, será visto que poderá ser a qualquer momento do procedimento licitatório e as penas são bem semelhantes, se verificará como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aplica os artigos de crime e a pena de multa em suas decisões, segundo os textos previstos na lei 8.666/93.

1.1 LICITAÇÕES

Para fazer uma abordagem sempre consistente de um tema deve-se ter noção onde está sua natureza, ou seja, onde tem sua origem, como surgiu, foi criado para que fim ou assim Filho, M. (2005, p. 11) afirma:

No Brasil a licitação obrigatória foi imposta por diversos diplomas legislativos, ao longo do tempo. Sistemática similar não foi adotada por grande número de países, no Direito Comparado, sendo usual atribuir a escolha discricionária da Administração Pública a realização de licitação.

Como se vê no Brasil a licitação até ser um ato obrigatório teve vários entendimentos segundo sua forma de realizar. Muitos também foram os países que não optaram pela licitação deixando a decisão de praticar ato de licitação na Administração Pública a própria Administração, para se falar em licitação deve se ter bem por base os contratos administrativos, por ser este um instrumento essencial à licitação. Nessa linha, Meirelles (2002, p.205) contextualiza: “O contrato administrativo no Brasil não teve um tratamento orgânico e Sistemático até o advento do Dec.-lei 200/67. A Lei 8.666, de 21.6.93, revogou o Dec.-lei 2.300/86 e institui novo regime jurídico das licitações e dos contratos administrativos”.

As licitações e os contratos administrativos surgem como forma de fomentar o Estado em matéria de instrumentos democratizantes, auxiliando na aplicação e apreciação dos interesses públicos sobre interesses privados, com a própria ajuda das

iniciativas privadas, esta série de fatores juntamente com fatores de economia, sociedade e desenvolvimento social, justifica o surgimento das licitações e dos contratos administrativos.

A licitação se resume de forma genérica em contratar a melhor opção na aquisição de algo ou execução de algo. Frente a isto, Meirelles (2007, p. 273) assevera: “Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”.

A lei 8.666/93 em seu artigo 1º disciplina: “Esta Lei estabelece as normas gerais sobre licitação e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e alocações no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. Já na Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XXI, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificações técnicas e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Durante muito tempo não havia uma coerência em quem possuía a competência legislativa na licitação, quanto às formas que evoluiu este processo no Brasil, tem-se Gasparini (2007, p. 500):

Sobre essa questão não paira qualquer dúvida. Cada entidade política (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município) tem competência para legislar sobre licitação, visto tratar-se de matéria da cura do Direito Administrativo. Apesar disso, cabe a União fixar as normas gerais sobre essa matéria. Consoante estabelece o inciso XXVII do Art. 22 da Constituição da República. Assim, essa fixa as normas gerais, enquanto os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios estatuem as normas particulares de seus respectivos interesses. Por esse mecanismo, ou seja, juntando esses dois conjuntos, tais entidades passam a ter suas respectivas leis sobre licitação e contratos administrativos, observando, naturalmente, o devido processo legislativo. Sendo assim, é evidente que os proponentes devem conhecer a lei regente da licitação de que devem participar. Essa lei regente é federal, estadual, distrital ou municipal, conforme a licitante seja, respectivamente, a Administração Pública Federal, Estadual, Distrital ou Municipal. Normalmente, vem indicada no instrumento licitatório.

Definida a competência de quem emite as normas gerais e quem define o que quer licitar, deve-se saber que toda licitação possui um objeto e é isso que deverá ser obtido nas melhores condições conforme o edital sejam obras, serviços, compras, alienação, concessão, permissão ou locação contratada junto a particulares, frente a isto

Meirelles (2002) afirma: “Objeto da licitação é a obra, o serviço, a compra, a alienação, a concessão, a permissão e a locação que, afinal, será contratada”.

1.2 PRINCÍPIOS DAS LICITAÇÕES

A lei 8.666/93 tem seu artigo 3º considerado o texto mais importante da referida lei por diversos doutrinadores, pois apresenta e dá sentido a conduta aliada ao princípio, dando tratamento direto dos agentes com a licitação, dentro desta importância Bittencourt (2010, p. 41): “os princípios, como informa Livia Maria Zago, além de se constituírem num rumo seguro e na própria bússola de interpretação de Direito, têm o mote de suprir as lacunas e as imperfeições das leis.” Verifica-se então que uma lei pode ser no direito positivo algo indispensável, mas que sempre deve estar amparada por princípios, caso não exista esse resguardo surgem as famosas lacunas no Direito.

Visto que os princípios são a base do Direito é necessário destacar os princípios considerados mais importantes para a Administração Pública Municipal por estarem vinculados a qualquer ato que seja praticado pela mesma e que tem o seu reconhecimento constitucional no artigo 37 da Carta Magna. Bem como apresentar os princípios esparsos essenciais para a realização do procedimento licitatório legal, sendo essa a continuidade do estudo.

Como se verifica a Constituição Federal em seu artigo 37 caput, observa cinco princípios em seu texto sendo legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, ainda no artigo 37, XXI, da Constituição Federal faz previsão ao princípio da igualdade, estes princípios são norteadores da grande maioria de ações não somente da Administração Pública, mas também dos agentes públicos.

É grande o número de doutrinadores que divergem a respeito dos princípios aplicáveis no procedimento licitatório, principalmente àqueles que não estão positivados pela Constituição Federal de 1988. Dentre os princípios não regulamentados pela Constituição, destacam-se três, sendo eles: o princípio da probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivos. Hely Lopes Meirelles destaca mais dois princípios que são o do sigilo na apresentação das propostas e o da adjudicação compulsória.

Estudados os princípios essenciais ao procedimento licitatório, faz-se necessário explorar a inexigibilidade, dispensa e obrigatoriedade de licitação, como forma de entender e analisar os crimes de licitação previstos na lei 8.666/93.

1.3 LICITAÇÃO SUA OBRIGATORIEDADE E SUAS EXCEÇÕES

No artigo 175 da Constituição Federal está previsto que ao Poder Público incumbe a prestação dos serviços público, sendo de forma direta ou sob regime de concessão, permissão, sempre através de licitação.

Meirelles (2002) alega que a diversidade de tratamento ocorre devido a empresas estatais que possuem personalidade jurídica de Direito Privado como sociedades de economia mista, empresas públicas e outras entidades controladas direta ou indiretamente pelo poder público possuem regulamento próprio, mas em conformidade com as normas gerais da lei 8.666/93, estas operam em regime de direito privado, como prevê a Constituição Federal em seu artigo 173º, §1º, inciso II.

Ainda para reforçar a ideia do autor supracitado têm-se os artigos 118 e 119 da lei 8.666/93, condicionando o funcionamento dos regulamentos a aprovação da autoridade superior e a devida publicação na imprensa oficial, para ilustrar melhor vale exemplificar quem são as sociedades de economia mista e empresas públicas Wikipédia (2011, fonte: http://pt.wikipedia.org/wiki/Empresa_de_economia_mista) traz o seguinte:

A sociedade de economia mista é uma [sociedade anônima](#), e seus funcionários são regidos pela CLT. Normalmente são efetivados na empresa depois de um prazo. Frequentemente têm suas ações negociadas em [Bolsa de Valores](#) como, por exemplo, o [Banco do Brasil](#), [Petrobrás](#), [Banco do Nordeste](#), e [Eletrobrás](#). São exemplos de empresas públicas no Brasil a [Caixa Econômica Federal](#), o [Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social](#), o [Serviço Federal de Processamento de Dados](#) e a [Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos](#).

De forma geral a licitação é obrigatória e a condição está ligada a sua pessoa jurídica de direito público ou privado, cumpre analisar as questões das dispensas de licitação, que basicamente são inexigibilidade de licitação, licitação dispensável e licitação dispensada.

Na dispensa de licitação, diferente da inexigibilidade da licitação, existe a possibilidade de licitação, porém a lei autoriza a não realização da licitação, Meirelles

(2002) aponta que a lei diversificou os casos em que a administração pode ou deve deixar de realizar licitação, tornando-a dispensada, dispensável ou inexigível.

Inicialmente a inexigibilidade de licitação representa a não ocorrência de licitação por ser, segundo Paulo e Alexandrino (2007), juridicamente impossível, essa impossibilidade jurídica da licitação decorre por não haver possibilidade de competição em razão de não existir potenciais proponentes ou concorrentes. Ainda quanto à inexigibilidade Mazza (2009) apontam como exemplo a: “contratação de um jurista famoso para emitir parecer, contratação de renomado artista para show de prefeitura”.

A licitação dispensada está estabelecida no artigo 17, inciso I e II, da lei de licitações que engloba uma série de oportunidades, a licitação dispensada se dá quando não se faz licitação, frente esta possibilidade de licitação Schneider (2010, p. 155) afirma:

Essas figuras têm como característica a impossibilidade de se obter um procedimento competitivo, pois em alguns casos, inclusive, já se tem o destinatário certo do bem, como por exemplo, na dação em pagamento. Por fim, um fator importante a ser considerado na aplicação desse permissivo é que qualquer alienação, tanto de bens imóveis, deve ser precedido de uma avaliação prévia da administração, com a definição de um valor mínimo, para fins de orientar os procedimentos sem ferir o interesse público.

Como se percebe todas as possibilidades previstas no artigo 17, inciso I e II da lei 8.666/93 são caracterizadas pela impossibilidade de competição ou concorrência e esse fator justifica a licitação dispensada, destaque ainda para a avaliação prévia que é um dever da Administração Pública nas questões de alienação.

A licitação dispensável ocorre quando for conveniente a Administração Pública, essa dispensa está prevista no artigo 24 da lei 8.666/93, consoante esta ideia Bittencourt (2010) traz que o artigo 24 elenca as únicas hipóteses de dispensa de licitações não podendo a lei estadual ou municipal ampliá-las, assim é clara a subordinação e dependência que existe entre as leis municipais e estaduais para com a lei de licitações, com isso esclarecido é possível partir a uma abordagem demonstrativa de como funciona o procedimento da licitação.

1.4 PROCEDIMENTOS DA LICITAÇÃO E EXTINÇÃO

O procedimento da licitação tem sua previsão no artigo 38 da lei 8.666/93, onde ocorre com a abertura do processo administrativo, autuação, protocolo, enumeração, autorização e indicação do objeto, junto com o recurso para a despesa, para reforçar o afirmado destaque para Bittencourt (2010, p. 308):

Feita a requisição pelo interessado e procedido à estimativa de valor inicia-se o procedimento licitatório com a abertura do devido processo administrativo, após a expedição do ato formal do ordenador contendo a autorização para instauração de licitação o qual será “autuado”. (pôr-lhe capa, com precisas indicações do que se trata, data de instauração e assinatura do servidor designado para tal), “protocolado” (registro em livro próprio) e “numerado” (número que o identificará dali em diante), além da indicação resumida do objeto e do recurso para cobertura da posterior despesa.

Demonstra o autor de forma mais clara como é a abertura do procedimento licitatório, importante entendimento demonstrado é da indicação do recurso para cobrir a despesa, entende-se como à origem de onde sairá este dinheiro a ser investido, depois de demonstrar a origem do procedimento licitatório cabe analisar como se desenvolve até a finalização da escolha melhor proposta.

O artigo 43 da lei 8.666/93 apresenta como a licitação será processada e julgada, quais as devidas observações e apresenta passos obrigatórios aos concorrentes e a Administração Pública Municipal, Alexandro e Paulo (2007, p. 564) trazem:

São os seguintes atos da fase externa (art.43):

- 1º Publicação do edital ou envio da carta-convite (abertura da fase externa do procedimento);
- 2º Abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;
- 3º devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recursos, ou após o indeferimento destes.
- 4º abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados desde que transcorrido o prazo, ou tenha havido desistência expressa destes, ou após o julgamento dos recursos interpostos;
- 5º Verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes incompatíveis;
- 6º julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;
- 7º deliberação da autoridade competente quanto a homologação e adjudicação do objeto de licitação.

Além desses atos, nas concorrências de valor especialmente elevado, acima de cento e cinquenta milhões de reais, há a exigência de que ocorra uma audiência pública antes da publicação do edital de licitação, conforme prevê o artigo 39 da lei 8.666/93. Na citação anterior faz-se necessário observar que o autor considerou este procedimento como fase externa, este entendimento se dá devido à publicidade ao procedimento da licitação, outro ponto a destacar é a possibilidade de recurso na licitação onde até a

devida apreciação destes ficam retidas as cartas inabilitadas, por fim a forma de valor estimado está definida de forma conjunta pelo artigo 39, caput e artigo 23, inciso I, alínea “c” da lei 8.666/93, onde o artigo 39 traz que será necessária a audiência pública quando o valor for 100 vezes o limite previsto no artigo 23, inciso I, alínea “c” que é de R\$ 150.000.000,00 na modalidade concorrência, ainda a audiência pública será concedida pelo responsável com no mínimo 15 dias úteis da data prevista para publicação do edital e divulgada 10 dias antes de sua realização.

A extinção de uma licitação se considera em dois momentos, a revogação e a anulação, diante disto Schneider (2010, p. 177) destaca:

A anulação significa invalidar o processo licitatório em qualquer tempo ou fase. Desde que for encontrada ilegalidade. Pode ser feita pela própria administração ou pelo poder judiciário.

A revogação significa invalidade o processo licitatório por interesse público. O ato é privativo da administração. A revogação tem de compreender toda a licitação e não parte dela.

A anulação e revogação têm seus fundamentos no artigo 49 e seus parágrafos da lei 8.666/93, as diferenças entre as duas possibilidades está na condição de uma ser em parte ou no fim e a outra com um todo, ainda a anulação é possível no antigo vício do ilícito, devendo a anulação ser de ofício ou provocada por terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. A anulação por ilegalidade não gera obrigação de indenizar e logo há a nulidade do contrato, tudo isto com base no artigo 59 da lei 8.666/93, que em seu parágrafo único, traz uma ressalva na questão da indenização, nesta questão delicada Bittencourt (2010, p.473) afirma:

Ora, ainda que tenha ocorrido a anulação do contrato e as consequências do ato que a efetivou não podem substituir em relação aos chamados “terceiros de boa-fé”. Daí além da óbvia obrigação de pagar pelo já executado. (que ocorrerá através de indenização e não com fulcro em contrato inexistente), poderá subsistir a obrigação de indenizar por danos e lucros futuros possíveis, caso o contrato fosse executado normalmente, não sendo admissível à administração locupletar-se como prejuízo alheio. Em consequência, ocorrendo como o narrado, conclui-se que estará o contratado acobertado pelos direitos subjetivos podendo acionar diretamente o Estado.

Verifica-se assim que a legislação foi cuidadosa quanto aos resultados da anulação, pois, os pontos a serem observados são a não possibilidade da Administração Pública Municipal não locupletar-se da situação de anulação, outra questão é o direito subjetivo do licitante devendo este mesmo acionar o município judicialmente referente à indenização.

Quanto à possibilidade da revogação Alexandre e Paulo (2010, p.605) apresentam em duas hipóteses:

- A) Por motivo de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovada, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado (art.49);
- B) a critério da administração, quando o adjudicatário, tendo sido por ela convocado, no prazo e condições estabelecidos no edital, para assinar o termo de contrato ou aceitar ou retirar o instrumento equivalente, recusar-se a fazê-lo, ou simplesmente não comparecer (art.64, §2º).

A revogação é em toda e não em parte ou parcial, deve ser observado que depois de assinado o contrato, não poderá mais ser revogada a licitação podendo somente anulá-la, em ambos os casos identifica-se resguardo do direito do contraditório e da ampla defesa, presentes no artigo 49, § 3º da lei 8.666/93.

1.5 TIPOS E MODALIDADES DAS LICITAÇÕES

Antes de apresentar as modalidades de licitação é preciso saber quais são os tipos de licitação que são aplicáveis a todas as modalidades de licitação exceto a modalidade concurso, pois o certame do concurso implica na aceitação do concorrente ao prêmio oferecido, os tipos de licitação se apresentam em menor preço, melhor técnica ou técnica e preço e maior lance ou oferta. De início cumpre destacar a definição usada por Meirelles (2002, p. 290) sobre o tipo de licitação menor preço:

A licitação de menor preço é a comum; os demais tipos atendem os casos especiais da administração. É usual na contratação de obras singelas, de serviços que dispensam especialização, na compra de materiais ou gêneros padronizados, porque, nesses casos o que a administração procura e simplesmente a vantagem econômica.

Desse modo Meirelles aponta este tipo de licitação como a mais usada por se tratar de obras e serviços mais fáceis de executar e por ser mais corriqueiras, pois englobam as obras, serviços, locações e fornecimento de materiais em todas as unidades federativas, quanto ao tipo melhor técnico e preço é primordial destacar o que Alexandrino e Paulo (2010, p. 580) apontam:

Estabelece a lei que os tipos de licitação “melhor técnica” ou “técnica e preço” serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos (art.46)

Esta ideia do artigo 46 que o autor apresenta no referido artigo em seu caput há ressalva do § 4º do artigo 45 da lei 8.666/93, que diz respeito à contratação de bens e

serviços de informática o que chama a atenção é a possibilidade de contratação dos mesmos bens e serviços ser feitos através de outro tipo de licitação nos casos específicos em decretos, isto a torna contraditória, Alexandrino e Paulo (2010, p. 580) trazem também outra situação frente esta norma:

Para piorar o mesmo § 4º do art. 45 manda observar “o disposto no art. 3º da lei 8.248 de 23 de outubro de 1991”. Esse art. 3º da lei 8.248/1991 autorizou o uso da modalidade de pregão de licitação para a “aquisição de bens e serviços de informática e automação” desde que possam ser enquadrados como bens e serviços comuns. Ocorre que a modalidade pregão adota o tipo menor preço (art. 4º, inciso X, da lei 10.520/2002).

Percebe-se que o apontamento das chamadas lacunas da lei, ou seja, a norma dá chance à norma, pois a norma que aponta e determina o uso da técnica e preço, remete a outra norma que possibilita o uso da modalidade pregão que por sua vez utiliza o tipo de licitação menor-preço.

Por fim nos tipos de licitação se tem o tipo maior lance ou oferta, que segundo Bittencourt (2010) se configura num autentico leilão, este tipo só é aceito em alienação de bens ou concessão de direito real de uso. Analisados os tipos de licitação direciona-se o estudo às modalidades de licitação para fim de apresentar o funcionamento destas no procedimento licitatório.

Quanto às modalidades de licitação no artigo 22 da lei 8.666/93 estão a concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão, o pregão surgiu da medida provisória de 2000, e hoje é regida pela lei 10.520/02. A escolha da modalidade está condicionada ao valor estimado do objeto pretendido, no artigo 23, inciso I e II alíneas a, b, e c da lei 8.666/93 estão previstas as modalidades para obras e serviços de engenharia e as compras e serviços não previstos no inciso I do referido artigo, frente a este pensamento, destaca Coelho (2009, p. 67):

Quando o preço dos bens a serem adquiridos ou dos serviços a contratar não ultrapassarem um determinado valor, a licitação torna-se dispensável. O limite de dispensa de licitação é de R\$ 15.000,00 para a contratação de obras e serviços de engenharia, e de R\$ 8.000,00 para a aquisição de bens e contratação de outros serviços. Esses limites foram determinados em 1998, continuam vigentes até hoje, e correspondem a 10% do limite máximo permitido para a utilização da modalidade convite.

Convite é a modalidade de licitação por meio da qual uma unidade administrativa envia cartas convite a no mínimo três empresas do ramo, solicitando a compra de bens ou a prestação de serviços. A utilização dessa modalidade é permitida para a contratação de obras e serviços de engenharia com valor estimado até R\$ 150.000,00, e para a compra e contratação de outros serviços até o valor de R\$ 80.000,00.

A tomada de preços passa a ser exigida quando os limites de valor permitidos na modalidade convite tenham sido ultrapassados, sendo permitida para a contratação de obras e serviços de engenharia com valor estimado em até R\$ 1.500.000,00, e para a compra e contratação de outros serviços até o valor de

até R\$ 650.000,00. Essa modalidade consiste na licitação entre interessados devidamente cadastrados no sistema de fornecedores e prestadores de serviço do órgão público, envolvendo, portanto, um número bem maior de potenciais fornecedores ou prestadores.

Já a concorrência é uma modalidade aberta à participação de todos os que comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto, tornando-se obrigatória para a contratação de obras e serviços de engenharia cujo valor estimado seja superior a R\$ 1.500.000,00, e para a compra e contratação de outros serviços que ultrapassem o valor de R\$ 650.000,00.

Observa-se que a lei aperfeiçoou o funcionamento de suas modalidades colocando classificações de qual modalidade a ser usada, através do objeto da licitação, já em outra modalidade de licitação tem-se o concurso esta modalidade segundo Filho (2005) é aplicada entre os interessados para a escolha de trabalho técnico, científico e artístico mediante a instituição de prêmio ou edital. Deve ter pelo menos quarenta e cinco dias de antecedência do dia da escolha, é necessário ainda conter informações, regulamentos, que podem ser obtidos pelos candidatos em local indicado no edital. O julgamento deve ser por uma comissão especial composta por pessoas de reputação ilibada e com conhecimento na matéria, observando que se for projeto deve o vencedor autorizar a Administração Pública a utilização, execução e divulgação.

A modalidade Leilão é usada para venda de bens móveis insensíveis ou produtos legalmente apreendidos ou penhorados, Filho, G. (2007, p.22) afirma que:

Sua característica é a venda de bens por projetos que oferecem o maior lance (vendedor), desde que seja igual ou superior ao da avaliação (diferentemente do leilão judicial), podendo ser realizado por leiloeiro oficial ou por servidor designado pela Administração (art.53).

Cada leilão de bens deve ser previamente avaliado pela Administração Pública, para fixar preço mínimo para a arrematação, os bens arrematados são pagos à vista ou no percentual nunca inferior de 5% o qual terá um prazo para o pagamento do restante, sob pena da perda do valor já pago se não cumprir o estabelecido, aqui se percebe o esforço do princípio da publicidade, pois o edital do leilão deve ser amplamente divulgado.

A última modalidade é o pregão, um dos mais usados nos dias de hoje pela Administração Pública, esta modalidade vale para todas as esferas federativas, aplicada na União, Estados, Distrito Federal e Municípios, consoante a isto destaca Alexandre e Paulino (2007, p. 587 e 588) que afirmam:

O pregão é modalidade de licitação passível de utilização, por todos os entes federados (União, Estado, Distrito Federal e Municípios), para a aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação. A

disputa entre os licitantes é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.

O fator que define a possibilidade de utilização da modalidade pregão é a natureza do objeto da contratação - aquisição de bens e serviços comuns -, não o valor do contratado.

Apontados os fatores que definem o pregão ainda cabe destacar o que Mazza (2009, p.100) afirma:

A característica fundamental do pregão é uma inversão nas fases naturais do procedimento licitatório, pois nele, primeiro são julgadas as propostas e, depois, são analisados os documentos. Desse modo, no pregão, a fase de classificação antecede a de habilitação.

Realmente, tal inversão passou a ser aplicável também às concorrências que antecedem a concessão de serviço público.

Destaque importante do autor lembrando também, o que acontece na modalidade concorrência, definida e apresentada à modalidade pregão mesmo em lei diferente, encerra-se nesse momento a questão do procedimento licitatório, devendo-se partir agora a apreciação a análise e aplicação dos artigos penais da lei de licitações através da jurisprudência e da doutrina.

1.6 CRIME DO ART. 89 DA LEI 8.666/93

Consta para este artigo 89 da lei a seguinte redação:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Como se verifica neste artigo em seu caput o legislador se preocupou em resguardar as hipóteses de dispensa de licitação e de inexigibilidade, presentes nos artigos 24 e 25 da lei, o que há de incriminador no caput é o procedimento como é feito não pode o agente deixar de observar os casos específicos da possibilidade de dispensa e inexigibilidade de licitação. No seu parágrafo único do referido artigo afirma que tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade ou se beneficie da dispensa ou inexigibilidade legal com intuito de celebração de contrato com o poder público, esta concorrência significa dizer que aquele que auxilie, ajude, ou seja, beneficiado tendo ciência do ato ilícito responderá pelo crime que cometeu Filho, G.

(2007) exemplifica tal artigo da seguinte forma “ocorrerá à infração, por exemplo, se o administrador afirma emergência, mas ela não existe, ou se afirma notória especialização do concorrente e não tem esse esta qualidade”.

Note que este exemplo personifica o artigo em questão, ainda cumpre destacar sujeitos que englobam esta norma, sendo o sujeito ativo no caput o administrador ou agente publico, pois, é um ato ilícito deste, no parágrafo único do artigo o sujeito ativo é agente privado que ajudou no ilícito, pois este é o contratante ou pretendente à licitação ilícita, o sujeito passivo é o Município, pois este sofre o dano ou atentado ao dano, respondem o crime com dolo os sujeitos ativos por praticarem os atos com vontade própria buscando o resultado ilícito.

A norma veio como forma de prevenir, resguardar e evitar os atos ilícitos, logo nesse intuito há uma proteção feita por esta norma, para melhor representação do artigo em questão aponta-se Filho, G. (2007, p. 60) que afirma:

O bem jurídico protegido é em termos gerais a moralidade administrativa e, em termos específicos, a estrita excepcionalidade dos casos de inexigibilidade ou dispensa de licitação.

Trata-se de crime de perigo abstrato, ou seja, não se indaga se o contrato celebrado ou a ser celebrado com a Administração venha causar-lhe prejuízo.

A proteção procurada pelo artigo 89 da lei destaca o autor o princípio da moralidade, ao abordar em sua afirmação que se trata de crime de perigo abstrato é que está à conduta tipificada em um ato, foi relapso o legislador ao não observar a necessidade de prejuízo da Administração Pública, ou seja, somente a conduta incriminadora caracteriza o crime e não havendo cumulo de prejuízo em pecúnia com o resultado, percebe-se que no caput do artigo há necessidade de ato de agente público e no parágrafo único há necessidade da presença do agente privado.

Por fim cumpre apresentar de forma prática a aplicação dos tribunais quanto a este artigo, para isso observam-se as jurisprudências a seguir do Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul (TJRS – 2012, fonte: www.tjrs.jus.br):

A mera conduta de deixar de realizar a licitação, ainda que reprovável, não enseja a condenação penal, se não associada ao dolo específico de contratar de forma direta, com o fim de obter vantagem em prejuízo ao patrimônio da administração pública. Ademais, tais irregularidades constituíam práticas repetitivas nas administrações municipais, como comprovado.

Como referido em decisão deste relator - Processo-Crime nº 70029382769, julgado em 11.11.2010, sobre o delito do artigo 89 da Lei nº 8.666/93, Marçal Justen Filho, em Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: não parece viável exigir apenas o dolo genérico. Se a vontade consciente e livre de praticar a conduta descrita no tipo fosse suficiente para concretizar o crime, então teria de admitir-se modalidade culposa. Ou seja, quando a conduta descrita no dispositivo fosse concretizada

em virtude de negligência, teria de haver a punição. Isso seria banalizar o direito penal e produzir criminalização de condutas que não se revestem de reprovabilidade.

É imperioso, para a caracterização do crime, que o agente atue voltado a obter um outro resultado, efetivamente reprovável e grave, além da mera contratação direta. Conforme mencionado em decisão proferida pelo colendo Superior Tribunal de Justiça: a dúvida sobre se o agente atuou com dolo eventual ou culpa, restando o delito punível tão-somente a título de dolo, na forma de jurisprudência da Corte e da doutrina do tema, impõe a aplicação da máxima *in dubio pro reo* posto decorrente dos princípios da reserva legal e da presunção de inocência. Sob esse ângulo, a doutrina e a jurisprudência preconizam: no processo criminal, máxime para condenar, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica. Condenação exige certeza (...), não bastando a alta probabilidade (...), sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio (in RT. 619/267, sobre o escólio de CARRARA) (...) (Apn .226/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/08/2007, DJ 08/10/2007, p. 187).

Inobstante o fato de ter deixado de cumprir o devido procedimento licitatório, o dolo na conduta do réu não restou evidenciado pelo contrário, a situação retratada aponta que seu agir foi visando o interesse da coletividade local, gerando emprego e renda, sem lesar os cofres públicos.

Como se percebe o entendimento do desembargador é que se aplicado o artigo de forma pura seria causador de uma arbitrariedade muito grande, visto que as condutas já eram feitas em outras gestões segundo afirmações dos réus, foi inteligente o desembargador destacando que o prefeito aplicou o princípio do interesse público em suas atitudes uma vez que segundo o desembargador não lesou os cofres públicos, assim visto esta jurisprudência quanto a não caracterização do crime, cumpre analisar uma jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul (TJRS – 2012, fonte: www.tjrs.jus.br): apontando ocorrência do previsto no artigo 89 da lei de licitações:

8.Número:70037066271Inteiro Teor:dohtml; Tribunal: Tribunal de Justiça do RS; **Seção:** CRIME; **Tipo de Processo:** Apelação Crime; **Órgão Julgador:** Quarta Câmara Criminal; **Decisão:** Acórdão; **Relator:** Constantino Lisbôa de Azevedo; **Comarca de Origem:** Comarca de Marau; **Ementa:** EX-PREFEITO MUNICIPAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. Comete o crime contido no art. 89, caput, da Lei 8.666/93, o Prefeito Municipal que dispensa licitação para aquisição de materiais de construção, fora das hipóteses previstas em lei, realizando fragmentações de obras que deveriam ser realizadas conjuntamente, bem como incorre nas sanções do parágrafo único do mesmo artigo o sócio-gerente de empresa que concorre para a consumação deste crime, beneficiando a si e ao corréu. Condenação mantida. PENA. Se duas das operadoras do art. 59 do CP são desfavoráveis aos réus, a pena-base não pode ser fixada no mínimo legal. Apelo ministerial provido. (Apelação Crime Nº 70037066271, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Constantino Lisbôa de Azevedo, Julgado em 05/05/2011); **Data de Julgamento:** 05/05/2011; **Publicação:** Diário da Justiça do dia 17/05/2011.

Esta decisão se refere à condenação do Prefeito e do beneficiado pela inexigibilidade ou dispensa de licitação, uma vez que a empresa conforme jurisprudência possuía como sócia a mulher do prefeito, esta decisão demonstra bem a

devida aplicação do caput e parágrafo único do artigo em questão, percebe-se isso nos relatos e decisão do DES. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto do dia 05 de maio do ano de 2011 como demonstrado a seguir:

Não há como chegar à conclusão diversa senão a de que Jaime Casagrande possuía vínculos com a empresa contratada, pois embora essa tivesse em nome de pessoas diversas, sempre possuíam ligação de parentesco, principalmente através de sua esposa Leadiane Casagrande, com a qual era casado pelo regime de comunhão universal de bens, sendo dessa forma era beneficiado diretamente pelo seu agir.

Não convence a tese de que as compras eram feitas em pequena quantidade e o deslocamento para cidade diversa, ou mesmo o estabelecimento de licitação se mostrava prejudicial ao Poder Público. Sem dúvida que a ocorrência das compras eram possíveis de previsão, de modo que a compra de mercadorias para formar o estoque era possível de ser realizado, e, diga-se, de melhor aproveitamento econômico da Administração, ante a possibilidade de aumento de preços no decorrer do ano. Aliás, a tese só vem a justificar o injustificável, porquanto que era possível a previsão de uso de material durante, por exemplo, de um ano.

Percebe-se também que o gestor culminava em fraudar este artigo varias vezes, devido ao seu agir relapso, pois como bem demonstra o desembargador, poderia este gestor ter feito previsão para maior duração sem a necessidade de se tornarem corriqueiras e diárias as aquisições indevidas. Outra situação encontra-se no acórdão do TJ – RS (2011):

Nos anos exercícios de 2005, 2006, 2007 e 2008, em vários dias e horários, na sede da Prefeitura Municipal de Forquetinha-RS, os denunciados LAURI DARCI GISCH, no exercício do cargo de Prefeito Municipal de Forquetinha, e SILVANO JOSÉ SCHMITT, no exercício do cargo de Secretário Municipal da Administração de Forquetinha, em comunhão de vontades e conjunção de esforços, dispensaram a realização de licitação fora das hipóteses previstas no art. 24 da Lei nº. 8.666/93, bem como deixaram de observar as formalidades pertinentes à dispensa de licitação previstas no art. 26, “caput”, e seu parágrafo único, ambos da mesma Lei nº. 8.666/93, contratando, de forma direta, a Mecânica Schwatz Ltda., de propriedade dos irmãos Milton Ademar Dauernheimer e Osmar Dauernheimer, para a realização permanente de serviços gerais e aquisição de peças destinadas à frota de veículos, incluindo conserto de pneus, lavagem, chapeação, pintura e lubrificação de veículos e máquinas, em valores fracionados que, somados, ultrapassam os R\$8.000,00 (oito mil reais) fixados como valor limite para se admitir a dispensa de licitação, consoante adiante especificado.

Além de indevidamente dispensado o procedimento licitatório para a contratação da Mecânica Schwatz Ltda., não houve processo administrativo de dispensa ou inexigibilidade de licitação, em que pese a Lei nº. 8.666/93, prevendo tais possibilidades, imponha certos cuidados para que a contratação direta não seja prejudicial ao ente público.

A prática de dispensa indevida de licitação para a contratação desses serviços se repetiu nos quatro anos de gestão dos denunciados na administração do Município de Forquetinha.

Está decisão apresenta que de forma errônea o gestor público contratou os serviços de mecânica uma vez que não obedeceu aos limites das dispensa de licitação e nem observou os casos de dispensa de licitação.

Percebe-se neste sentido que o artigo 89 da lei tem sua aplicação consistente com sua redação definida, a única falha a ser apontada encontra-se na redação do parágrafo único quando se refere “tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade”, ou seja, somente cometerá o crime quem comprovadamente contribuiu para a licitação sem dispensada ou inexigida, como ficaria quem, tendo ciência do ato ilícito e não tendo concorrido para o mesmo e fosse licitante vencedor para celebração do contrato com a Administração Pública Municipal. Este vácuo ou lacuna da lei da idéia de uma necessidade de uma pequena alteração no seu texto ficando assim mais aplicável aos agentes privados licitados pelo município.

É notório que as jurisprudências do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quanto à dispensa e inexigibilidade de licitação são muito corriqueiras, pois os gestores ao que indicam as jurisprudências desconsideram as observações dos limites da Lei de Licitações.

1.7 CRIME DO ART. 90 DA LEI 8.666/93

O presente artigo possui o seguinte texto:

“Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

De início neste artigo já é possível à identificação do crime em forma de dolo, pois a expressão intuito de obter demonstra a vontade necessária ao dolo, à proteção que este artigo tenta impor está bem claro nas palavras de Freitas (2010, p.97):

Num primeiro plano, localizamos como bem jurídico a ser resguardado por esta norma penal a moralidade administrativa e a regularidade do procedimento licitatório. Pode-se visualizar, contudo, particular atenção do legislador para a proteção do princípio da competitividade ínsito. A licitação, em razão do emprego da expressão “caráter competitivo do procedimento licitatório”.

O uso de norma penal pelo autor não pode ser confundido como norma do Código Penal, mas pode ser sim norma penal, pois consta na seção III, dos crimes e das penas na lei 8.666/93, foi cuidadoso também o autor a se referir quanto a proteção do princípio da competitividade que encontra aporte no artigo 3, inciso I, § 1º com a

expressão caráter competitivo no que diz respeito a conduta ilícita do artigo, Bittencourt (2010, p. 573) assevera:

As condutas puníveis são: frustrar (tornar inútil) ou fraudar (burlar) a licitação, mediante ajuste (combinação) com alguém, com o intuito de vantagem na adjudicação (ou seja, na atribuição do objeto da licitação). A tipificação do crime se dá com a configuração do prejuízo e da competitividade.

Nota-se assim que, diferente do artigo 89, no artigo 90 não existe a necessidade da participação exclusiva do agente público uma vez que frustrar, fraudar ou ajustar, pode ser efetivada entre o próprio agente privado nos casos de frustração e fraude, e entre agentes privados na questão da combinação outro expediente pode ser unilateral ou bilateral, aqui neste artigo é necessário o prejuízo da competitividade como destaca o autor Filho, G. (2007) que traz como exemplo o ajuste e combinação onde o acordo entre empresas que predefinem os valores das ofertas ou mesmo coordenam a forma da proposta para, previamente, estabelecer o vencedor, no exemplo de outro expediente estaria a hipótese de divulgação de notícia falsa para afastar concorrente.

Os sujeitos ativos neste artigo são agentes públicos e agentes privados, podem ser só privados, pois somente estes são capazes de atentar contra a competitividade do procedimento licitatório, demonstrado o teor oculto do funcionamento do artigo em questão, quanto à aplicação do referido artigo destaca-se a decisão que consta no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS – 2012, fonte: www.tjrs.jus.br):

1.Número:70045285145Inteiro Teor:dohtml; Tribunal: Tribunal de Justiça do RS; **Seção:** CRIME; **Tipo de Processo:** Apelação Crime; **Órgão Julgador:** Quarta Câmara Criminal; **Decisão:** Acórdão; **Relator:** Constantino Lisbôa de Azevedo; **Comarca de Origem:** Comarca de Getúlio Vargas; **Ementa:** FRAUDE NA LICITAÇÃO. Cometem o delito previsto no art. 90 da Lei 8.666/93 os agentes que, mediante ajuste, fraudam o caráter **competitivo do procedimentolicitatório**, com intuito de obter vantagem. Condenação mantida. (Apelação Crime Nº 70045285145, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Constantino Lisbôa de Azevedo, Julgado em 19/01/2012); **Publicação:** Diário da Justiça do dia 27/01/2012.

Esta condenação auferida pelo DES. Constantino Lisbôa de Azevedo no dia 19 de janeiro do ano de 2012, se baseia nos fatos muito esclarecedores expostos a seguir:

A empresa da qual é sócio-proprietário simularia a participação no processo licitatório apresentando as certidões negativas e formulando proposta fictícia em valor superior àquele que seria apresentado pela Vittal Assessoria Pública Ltda., para que esta fosse a vencedora. O ajuste feito para frustrar e fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório restou comprovado através das comunicações telefônicas, interceptadas com a devida autorização judicial.

Bem demonstra esta passagem da decisão a tentativa de fraudar o certame licitatório e bem observa o desembargador à aplicação do artigo em questão foi muito bem feita, não dando brecha para dúvidas, vale também destacar o uso de forma licita da quebra do sigilo telefônico, ainda para reforçar a idéia coerente da aplicação do presente artigo cabe destacar outra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS – 2012 fonte: www.tjrs.jus.br) com as seguinte passadas:

O Ministério Público sustenta que o denunciado Leandro elaborou o projeto para a realização da obra, licitou como particular e venceu. Adiante, fiscalizou o cumprimento da própria obra, tarefa interrompida pela intervenção do Tribunal de Contas do Estado. A preservação da moralidade, impessoalidade e isonomia não escapou à equipe de auditoria do TCE que adjetivou a situação de modo muito severo “O fato é gravíssimo, e evidencia a falta de lisura no processo licitatório”. E foi adiante: “Pior, verifica-se, claramente, que todas as quatro propostas apresentadas foram preenchidas com a mesma grafia”. Tal licitação foi aberta com a subscrição do denunciado Moisés, o qual não poderia deixar de saber que seu empregado Leandro era o autor do projeto e vencedor da licitação.

Percebe-se neste sentido que não somente o Ministério Público faz denúncias, mas também o Tribunal de Contas do Estado fazem apontamentos para as licitações que se encontram de forma errada, assim como demonstra a decisão este artigo é bem aplicado em seu caput por alcançar a defesa de princípios inerentes a Administração Pública Municipal, ainda dando ideia que está bem contemplado o texto do artigo cabe o que apresenta outra decisão jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS – 2012 fonte: www.tjrs.jus.br):

Este delito, diferentemente do que acontece com o crime do art. 89, *caput*, da mesma lei, é crime de dano material. O dano material indispensável à existência do delito não é em desfavor da Administração Pública, no entanto. O prejuízo material haverá de ocorrer em detrimento de um dos concorrentes, ao menos, podendo a Administração Pública resultar beneficiada, economicamente. Como, aliás, aconteceu na espécie. Tanto que em tese o crime pode ocorrer sem a participação do agente público.

É importante essa dispensa de prejuízo ao erário, pois assim deixa o artigo mais amplo neste crime, sendo mais fácil o enquadramento do mesmo a conduta. Assim identificado à aplicação coerente do artigo passa-se ao estudo do artigo seguinte.

1.8 CRIME DO ART. 91 DA LEI 8.666/93

Consta na lei a seguinte redação para o artigo 91:

Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

O artigo 91 traz um texto sucinto, mas não menos importante aos demais, primeiramente percebe-se a necessidade de agente público, pois quem patrocina ou defende é um agente público, esta forma de patrocínio está no ato de intentar a instauração de uma licitação para benefício de interesse privado ou agente privado.

Uma observação importantíssima é que o legislador colocou como requisito para a ilicitude da conduta a invalidação decretada pelo poder judiciário, ora e frente a isto Filho, G. (2007, p. 82 e 83) apresenta uma curiosidade em sua afirmação:

A definição do momento da consumação apresenta também dificuldades. Isso porque a conduta do agente consiste em patrocinar, e o resultado é a instauração da licitação ou celebração do contrato. Aqui estaria consumada a infração, mas depende a existência do crime de licitação ou o contrato virem a ser invalidado pelo poder judiciário, evento futuro e incerto.

Observe que o doutrinador dá destaque a um elo importante entre a ação e o resultado, pois não sendo invalidada pelo poder judiciário, figurará com legalidade o patrocínio a causa e à instauração de licitação ou contrato celebrado, quanto à proteção que a presente norma oferece ao procedimento licitatório Freitas afirma (2010, p. 112 e 113):

O que a presente norma veda não é que haja o patrocínio de interesses privados perante a administração pública, e sim que isso seja feita por alguém valendo-se da qualidade de servidor público. Veja, o simples fato de o agente ser servidor público por si só não caracteriza este crime, deverá ser observado se este utilizou sua função pública para obter algum benefício, em favor de interesse privado, no âmbito da Administração Pública.

Bem observado por Freitas que o simples fato do defensor ser funcionário público não configura crime, pois, deve este patrocinar em interesse privado. O sujeito ativo neste artigo pode ser agente público e agente privado, o primeiro no papel de defensor e o segundo no papel de particular interessado ou beneficiado o sujeito passivo é o Município quem sofre o dano ou o prejuízo.

Frente à aplicação do presente artigo em jurisprudências o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não apresente nenhuma ementa que relacione o artigo 91 da lei de licitações, mas a aplicação deste tem amparo em decisões de tribunais de outros Estados quanto a este artigo, destaque para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (TJRN - Apelação Criminal: ACR 87278 RN 2010.008727-8):

g) "(...) mesmo que se entenda que o Apelante agiu em patrocínio de interesse próprio, induzindo de forma dolosa a não realização de licitação, o que se

cogita apenas para efeito de argumentação, ao Apelante há de ser aplicada a penalidade cominada no art. 91, da Lei n. 8.666/93 (...)"

Apresenta-se uma nova maneira de ver o artigo em tela, pois hora a argumentação apresentada na citação acima é uma interpretação de que se o agente que patrocina de forma ilícita algo, com o intuito para a não realização do certame licitatório lícito, estaria sujeito a pena do artigo 91 da lei de licitação.

De forma geral o que apresenta o artigo é que para configurar o crime, deve ter havido a invalidação da licitação ou do contrato administrativo pelo Poder Judiciário, o que dificulta bastante à imposição desta pena, fazendo com que a norma se torne pouco usada devido a sua redação.

1.9 CRIME DO ART. 92 DA LEI 8.666/93

Neste artigo consta a defesa das licitações com a seguinte redação:

Art. 92. 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, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:
Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

O artigo 92 em seu caput apresenta duas formas de crime observe que quando a norma afirma prorrogação contratual está se referindo a alteração contratual indevida em favor do vencedor da licitação, diante disto alega Filho, G. (2007, p. 87):

Procura-se evitar as tão comuns prorrogações ou aditamentos contratuais que fazem com que o contrato original acabe sendo ampliado grande número de vezes. Em parte essas situações são devidas à falta de planejamento da administração, que nem sempre tem condições, ao licitar e contratar, de dimensionar corretamente, em todos os seus aspectos, a obra ou serviço, mas também, em muitos casos, tanto o administrador quanto o contratado sabem que o contrato original é inviável, mas celebram-nos contando com prorrogações, alterações e aditamentos, evidentemente com burla do procedimento licitatório e sacrifício do interesse público e da moralidade administrativa.

A lei 8.666/93 prevê os casos de alterações contratuais do artigo 65, unilateralmente por parte da administração ou por acordo das partes; o artigo 57, por sua vez prevê a duração dos contratos, admitida a prorrogação nos

casos específicos. A prorrogação também é admitida ser prevista no instrumento convocatório, nas mesmas condições originais.

Bem observa Filho, G. a falta de organização da Administração Pública Municipal, que acaba pagando por isso, estes contratos só podem ser prorrogados mantendo a sua originalidade, o artigo 65 traz em seus incisos I e alíneas e Inciso II e alíneas, sendo o inciso I com possibilidade unilateral pelo interesse da Administração Pública Municipal e no segundo por acordo das partes sempre em favor de interesse público, o artigo 57 se refere às possibilidades legais de prorrogação de contrato.

Seguindo a ordem das formas de crime, ainda consta no caput do artigo em questão do pagamento de fatura com preferência e burlando a ordem cronológica de pagamentos tem previsão no artigo 5º da lei 8.666/93, frente a estes delitos Freitas (2010, p.122) afirma:

O administrador deverá obedecer à ordem de exigibilidade não a ordem de apresentação, pois a fatura, quando apresentado, não se torna imediatamente exigível, sendo, necessário, ainda, que seja verificado, por parte da Administração Pública, o efetivo cumprimento da obrigação contratual cuja contraprestação financeira está sendo cobrada através da mencionada apresentação. Uma vez atestado tal feito pela Administração, o crédito respectivo tornar-se-á exigível e será este momento que estabelecerá uma ordem temporal, que deverá ser respeitada para o pagamento dos credores.

Constata-se que antes do pagamento há a necessidade do atestado do cumprido pelo agente público competente e somente após isso se torna exigível o pagamento pelo adjudicatário, ainda cabe destacar que o artigo 5º da lei faz ressalvas legais, para alterar a ordem cronológica quando presente razões relevantes de interesse público e prévia justificativa da autoridade competente, para Bittencourt (2010) as razões de interesse público devem ser previamente justificadas e publicadas na imprensa oficial, não devendo ser entendidas como discricionárias nem simplórias, pois a lei requer que sejam dotados de razões relevantes, ficando assim condicionada a ordem cronológica a interesses do bem comum e não de gestores municipais partidaristas.

O parágrafo único do artigo 92 faz referência à contribuição do agente contratado, para as condutas ilícitas, estas que só poderão ser cometidas por agente público no caput do artigo e no parágrafo único sendo o agente privado o único a cometer o delito, verifica-se que o agente privado e o agente público figuram no papel de sujeito ativo e o Município como sujeito passível, pois sofre o dano.

No caput do referido artigo é aceita a tentativa de crime visto que o que necessita da conduta delituosa é o resultado, entende-se que um contrato alterado ou um pagamento indevido é o resultado, mas caso venha a ser feita a alteração ou tentado o

pagamento ilícito e a autoridade superior a competente cancele, o vencedor não retire, estará em situação de tentativa de forma consumada o crime, pois necessita a atuação prévia do agente público, para o resultado, os atos cometido em todo o artigo 92 e seu parágrafo único só ocorrem com dolo, pois é da vontade do agente infrator, este artigo buscou a proteção da moralidade administrativa e o devido funcionamento da Administração Pública. Quanto à aplicação deste artigo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS – 2012, fonte: www.tjrs.jus.br):

9.Número:[70001368422](#)**Inteiro Teor:**[dohtml](#); **Tribunal:** Tribunal de Justiça do RS; **Seção:** CRIME; **Tipo de Processo:** Processo Crime; **Órgão Julgador:** Quarta Câmara Criminal; **Decisão:** Acórdão; **R** precedente. Unânime. (Processo Crime Nº 70001368422, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em **0****elator:** Aristides Pedroso de Albuquerque Neto; **Comarca de Origem:** Comarca de Camaquã; **Ementa:** PROCESSO-CRIME. PREFEITO MUNICIPAL. Art. 1º, I, Decreto-lei 201/67. Desvio de renda pública em proveito alheio. Emendatiolibelli. Art. 383 do CPP. Conduta descrita na denúncia. Art. 92, caput e parágrafo único da Lei 8.666/93. Favorecimento de empresa vencedora da licitação, durante a execução do contrato. Ação penal julgada 2/10/2003); **Data de Julgamento:** 02/10/2003.

Bem aplica o artigo o DES. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, pois em sua decisão cabe destacar a justificativa para esta afirmação a seguinte passagem encontrada no inteiro teor do processo:

[...] valendo-se do cargo de Prefeito, admitiu, possibilitou e deu causa à modificação e vantagem, em favor do adjudicatário, durante a execução do Contrato nº 177/98 celebrado com o Poder Público Municipal, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou no respectivo instrumento contratual (art. 92, *caput* da Lei 8.666/93), determinando o antecipado pagamento, através da Nota de Empenho nº 15904, emitida e autorizada pelo Prefeito desde 21/12/98, conferida pelo departamento de contabilidade em 28/12/98, tudo isto antes mesmo da assinatura, em 29/12/98, do Contrato nº 177/98.

É notório o favorecimento através da alteração contratual e também quem foi o responsável a dar causa a esta modificação ou vantagem alheia. Ainda reforçando a ideia que este artigo tem seu texto e funcionamento de forma congruente com a lei cabe destacar outra passagem em outra jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS – 2012, fonte: www.tjrs.jus.br):

Na própria sentença consta que a licitação era para telhas de oito milímetros de espessura, mas foram entregues telhas de seis milímetros. Contudo, para compensar foi entregue um número maior de telhas de seis milímetros, totalizando o mesmo valor contratado na licitação. Assim, como salientado nas razões recursais, a troca na espessura das telhas não resultou prejuízo nem vantagem indevida para ninguém, nem para a empresa contratada, nem para a Prefeitura Municipal. O próprio Edidem, Prefeito Municipal na época, explicou em juízo o que aconteceu (fls. 276/278): “*o fornecedor vencedor do certame não dispunha da totalidade das telhas de 08 mm para entrega*”

imediate, mas dispunha de telhas de 06 mm. Em face disso, a equipe técnica da Prefeitura consultou o interrogando sobre a possibilidade de receberem e utilizarem telhas 06 mm. (...) Como obteve parecer favorável, o interrogando autorizou fossem recebidas telhas de 06 mm em lugar de telhas de 08 mm na obra.”

Para que se configure o delito do art. 92 da lei de licitações, é mister que o licitante seja beneficiado com a modificação contratual, pois está previsto no tipo “*admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário*” (sublinhei). A respeito desse dispositivo, Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 1998, fl. 595) comenta que “*o crime se configura pela ação ou omissão que produzam vantagem indevida para o contratado*”. Mais adiante, explica que “*é necessário que o descumprimento da norma administrativa seja orientado pelo intento de atribuir vantagem indevida ao licitante*.” No caso, entretanto, não há nenhuma prova no sentido de que Edidem e Paulo Roberto tenham modificado o contrato para, deliberadamente, favorecer a licitante Rose Mari, parecendo que o motivo foi mais a conveniência da construção do que dolosa vontade de beneficiar qualquer contratante.

Percebe-se bem a atuação do gestor público municipal, onde para manter a paridade entre a licitação e a execução da licitação aceitou algo para suprir a falta do valor devido, e como bem destaca o Desembargador não houve prejuízo ao município, nem houve vantagem indevida a ninguém, portando não caracterizado o artigo 92 da lei 8.666/93, isto reforça que é o artigo tem sua aplicação de forma direta em cima das situações que esteja prevista no artigo, destaque para outra jurisprudência Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS – 2012, fonte: www.tjrs.jus.br):

A proposta vencedora da licitação, consubstanciada no documento de fls. 518, traz, expressamente, que o preço da hora do serviço médico seria de R\$ 39,80 (trinta e nove reais e oitenta centavos), resultando num valor mensal de R\$ 796,00 (setecentos e noventa e seis reais), pelo pagamento de 20 horas semanais. Contudo, o documento de fls. 521 aponta que a proposta foi “inflacionada” para que mensalmente totalizasse R\$ 3.980,00 (três mil, novecentos e oitenta reais), que corresponde a cinco semanas de serviço e não quatro, como é do calendário. Tal valor igualmente ficou registrado no contrato de prestação de serviços de fls. 524/525, acordado entre a Prefeitura e o médico, o réu Edson Coltro. O relatório do Tribunal de Contas (fl. 31) apontou o erro no cálculo e o pagamento indevido ao médico, explicando que a municipalidade deveria pagar somente o equivalente ao total de horas efetivamente trabalhadas em cada mês, não um valor fixo e independente do efetivo desempenho do serviço. Assim, o Município acabou pagando por horas de serviço que não foram prestadas, beneficiando injustamente a clínica do médico Edson Coltro.

Embora a defesa afirme que o Tribunal de Contas apontou que teria havido mero “erro” no cálculo, tal relatório não se presta para análise do elemento subjetivo da conduta, que deve considerar todas as provas colhidas durante a fase instrutória, para que seja possível uma conclusão acerca do “animus” dos denunciados. No caso, o dolo está presente, pois inverossímil que os denunciados Amarildo, Deise e Alexandra – integrantes da comissão de licitações - fossem tão incompetentes a ponto de se equivocarem no cálculo da remuneração do médico, no momento de converter a proposta de pagamento por hora em pagamento mensal. Não resta dúvida que intencionavam beneficiar o médico Edson Coltro, pagando-lhe valor superior àquele verdadeiramente devido, calculando um pagamento mensal por cinco semanas, para aumentar o total a ser pago.

Apesar da defesa alegar que nenhum elemento relaciona os denunciados Amarildo e Deise ao crime denunciado, o fato de serem membros da comissão de licitação milita em desfavor deles, pois cancelaram a proposta a maior da clínica do médico, ao invés de apontar o erro e corrigir o cálculo nitidamente tendencioso. Isso demonstra a existência de dolo, pois como responsáveis pelo processo licitatório, os denunciados não poderiam deixar passar um equívoco que, de tão grosseiro que é, indica a existência de interesses escusos na realização desse contrato. Da mesma forma, o denunciado Inácio Capelari, na condição de assessor jurídico do município, certamente tinha conhecimento dos termos da avença, pois ratificou o parecer da comissão de licitação que julgou vencedora a proposta do réu Edson.

Por óbvio que o Prefeito Municipal, na época, Mauro Mignoni, igualmente estava ciente dessa manobra, pois o município de Protásio Alves tinha pouco mais de dois mil habitantes no ano de 2000, segundo informações do IBGE. Num diminuto município desses, é claro que o Prefeito está à testa de todos os projetos, inclusive a contratação de médico e a fixação do salário correspondente, devendo ser afastada a tese de desconhecimento da irregularidade, pois assinou o contrato de prestação de serviços de fls. 524/525.

Em ação de execução, o denunciado Mauro devolveu o valor a maior indevidamente pago pelos serviços médicos contratados, conforme o documento de fls. 858. Porém, tal iniciativa não afasta a acusação, uma vez que o crime está configurado pela ação ou omissão que produza vantagem indevida para o contratado, independente de posterior restituição. Sem falar que o ressarcimento ocorreu somente em setembro de 2006, após o recebimento da denúncia contra os réus e a decisão do Tribunal de Contas, apontando o Prefeito Municipal como devedor do valor pago a maior pelos serviços do médico.

Tendo em vista todo o contexto, está comprovada a existência de dolo na conduta dos réus, sendo o fato descrito, portanto, típico, ao contrário do que alega a defesa. Assim, impositiva a condenação de todos os denunciados, como incurso nas sanções do art. 92 da lei de licitações, subsumindo-se ao caput as condutas dos réus Mauro, Amarildo, Deise, Alexandra e Inácio e, ao parágrafo único, a conduta do réu Edson Coltro.

Esta decisão apresenta muito bem nesta passagem o envolvimento da aplicação do presente artigo e uma conduta típica da lei, pois apontou os ilícitos do caput do artigo e também do parágrafo único, provando os elementos caracterizadores do ilícito na gestão pública municipal, pois demonstra o envolvimento do agente responsável pela licitação, o gestor público municipal e o agente particular beneficiado pelo ato ilícito.

1.10 CRIME DO ART. 93 DA LEI 8.666/93

Apresenta-se este artigo com uma pequena redação na lei das licitações contendo o seu texto da seguinte forma “Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

Este artigo sucinto em seu texto tem como conduta ilícita o impedimento, perturbação e fraude em qualquer ato do procedimento licitatório, de acordo com isso Bittencourt (2010) afirma que em qualquer momento da licitação, incriminando as condutas de impedir (obstruir, obstar), perturbar (atrapalhar, tumultuar) ou fraudar (burlar), estas condutas quando cometidas prejudicando o procedimento licitatório estará cometido o crime.

O que procurou proteger este artigo foi a regularidade do procedimento licitatório tentando coibir os atos indevidos descritos, os sujeitos ativos podem ser agentes públicos e agentes privados, pois qualquer pessoa é passível de cometer os atos com características de dolo, o crime é de consumação, pois só havendo o ato ilícito concreto como conduta que resultem em impedimento, perturbação ou fraude do procedimento licitatório a qualquer momento haverá o crime, sujeito passivo o Município apesar de curto tem decisão referente a isto em nossos tribunais, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS – 2012, fonte: www.tjrs.jus.br):

2.Número:70008114134**Inteiro Teor:**[dohtml](#); **Tribunal:** Tribunal de Justiça do RS; **Seção:** CRIME; **Tipo de Processo:** Apelação Crime; **Órgão Julgador:** Quarta Câmara Criminal; **Decisão:** Acórdão; **Relator:** Gaspar Marques Batista; **Comarca de Origem:** Comarca de Getúlio Vargas; **Ementa:** LEI 8666/93 ART. 93 **PERTURBAÇÃO DE ATO DA LICITAÇÃO** - CRIME NÃO CARACTERIZADO. Consignação em ata, entendida pelo acusado como provisória, de pontos que estariam em desacordo com o edital, não caracteriza o delito do art. 93 da lei 8666/93. (Apelação Crime Nº 70008114134, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 01/04/2004); **Data de Julgamento:** 01/04/2004.

Esta jurisprudência apresenta a decisão de não aceitação da denúncia do Ministério Público por entender que não houve a perturbação no procedimento licitatório como a passagem a seguir demonstra na relatoria do DES. Gaspar Marque Batista:

A defesa sustentou que o réu foi autorizado a consignar sua insatisfação, uma vez que se tratava de ata provisória e outra seria confeccionada. O tipo do art. 93 da Lei 8666/93 incrimina a ação que impede, perturba ou fraudada a realização do procedimento licitatório. O apelado foi enquadrado na conduta perturbar, vez que rasurou a ata e outra teve de ser redigida. O elemento subjetivo do tipo é o dolo genérico, qual seja, a vontade livre de dificultar a realização da licitação, perturbando algum ato desta. Segundo Marçal Justen Filho, *“perturbar”* consiste na conduta que dificulta a prática de ato da licitação, por exemplo, impedindo ou dificultando o acesso de potenciais interessados ao recinto onde seriam realizados os atos do procedimento licitatório. *In casu*, o apelante não buscava impedir ou dificultar a realização de ato da licitação, mas que, simplesmente, constassem os pontos que entendia estarem em desacordo com o edital. Há prova nos autos de que o réu teria sido autorizado a consignar sua insatisfação, pois, se tratava de ata provisória. Além disso, o réu foi um dos vencedores do procedimento e tinha

interesse na proclamação do resultado. Como bem salientou a Dra. Procuradora de Justiça a atitude do réu em nada prejudicou o andamento da licitação, tendo sido redigida e assinada nova ata. Por tais fundamentos, voto no sentido de improver o recurso ministerial.

Bem observa esta decisão que o apelado tinha interesse na licitação e foi reformulada uma nova ata, a conduta do agente teve por interesse aditar algo na ata por isso teve esta atitude, mas não lesou a realização da licitação, este é um dos motivos para que não se caracterize o crime do presente artigo, quanto a efetiva aplicação do artigo em uma decisão jurisprudencial destaque para o que é encontrado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS – 2012, fonte: www.tjrs.jus.br):

“Com efeito, ao reconhecer a prática delituosa tipificada no art. 93 da Lei 8666/93, que ocorreu por seis vezes e em ocasiões distintas, durante o processamento de certames deflagrados no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul e da Central de Licitações (CELIC), o douto magistrado firmou o entendimento de que *houve uma tentativa de fraude aos procedimentos de tomada de preços, já que os meios empregados para buscar fraudar a licitação não atingiram o seu fim por circunstâncias alheias à vontade dos agentes*. Visando ao alicerçamento doutrinário de sua assertiva, o Juízo *a quo* colacionou trecho da doutrina de **Alberto Silva Franco**, conforme segue:

‘*Consumação e tentativa:*

Na primeira modalidade o delito consuma-se com o efetivo impedimento, perturbação ou fraude da licitação, razão pela qual admite-se a tentativa.

Na segunda modalidade o delito se perfaz com o emprego do meio de execução tipificado.

Ocorre que, ao analisar as condutas descritas na peça inaugural, o insigne magistrado, por um lapso, deixou de levar em consideração que, ao terem apresentado os documentos constantes das fls. 16, 17 e 35 dos autos e os protocolados com o escopo de habilitarem-se em processos licitatórios levados a efeito no âmbito da Administração Pública, os denunciados consumaram o delito tipificado no art. 93 da Lei nº 8666/93. Isso porque, para que o tipo penal se aperfeiçoe, momento em que a conduta punível se encaixa nos moldes ditados pelo legislador, de mister apenas a ocorrência de fraude em qualquer dos atos que compõem o procedimento licitatório; despidendo, pois, seja identificado eventual prejuízo a ser suportado pela Administração Pública ou por outro concorrente. Atente-se para os termos em que foi vazado o tipo penal:

“*Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:*

Pena: detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”

A interpretação teleológica do dispositivo demonstra que a simples apresentação dos documentos falsificados, de pronto, já é o suficiente para se ter como materializada a hostilização à ordem jurídico-penal, uma vez que, ao serem entregues à Comissão de Licitação, importam em fraude ao ato para o qual se prestaram. Gize-se que aqui não encontra guarida o entendimento do magistrado no sentido de que *os meios empregados para buscar fraudar a licitação não atingiram seu fim por circunstâncias alheias à vontade dos agentes*. A bem da verdade, o que pretende punir o legislador, ao considerar crime a fraude intentada contra ato de procedimento licitatório, é a fraude perpetrada ainda que em relação a ato isolado, visto como uma das peças fundamentais que, atrelada aos demais atos, engendra um todo, qual seja, o certame em geral.

O tipo descrito no artigo 93 da Lei nº 8666/93 prescinde de um dano material, dano este que ocasione verdadeiro prejuízo ao erário público ou de empresa

participante do competitivo público. O escopo do legislador é punir o ato de fraudar e não o ato que implique eventual prejuízo econômico-financeiro suportado em decorrência de disputa eivada de vícios.

Bem percebe-se a aplicação de fato no exposto acima onde foram varais as tentativas de fraudar as licitações dos agentes envolvidos que por vezes concorreram com empresas fantasmas e declarações falsas, o magistrado bem reconheceu a aplicação direta do artigo 93 da lei 8.666/93, comprovando este artigo ser útil a Administração Pública Municipal, na tentativa de evitar o prejuízo do procedimento licitatório e prejuízo pecuniário ao erário.

1.11 CRIME DO ART. 94 DA LEI 8.666/93

Consta no artigo em tela a seguinte redação “Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa”.

O crime não depende de prejuízo efetivo, basta simplesmente cometer o ato para estar caracterizado o crime e este pode se dar em dois momentos como se vê no texto do artigo quando se devassa ou propicia a devassa a outrem, o ato do texto nota-se a famosa quebra de sigilo da proposta na licitação, este sigilo é importantíssimo ao procedimento licitatório como determina o artigo 3º, parágrafo 3º da lei 8.666/93, pois, assim garante a competitividade da licitação, referente ao artigo 94 Bittencourt (2010, p. 578) assevera:

Devassar, na hipótese, diz respeito a violar o envelope onde está contida a proposta comercial, de alguma forma, de modo que seja possível o conhecimento do valor proposto antes da sua abertura, em ato público. Outra maneira que, da mesma forma tipificaria o crime de devassa, seria inteirar-se do valor mediante qualquer tipo de informação segura.

O artigo tenta impedir a violação das propostas, ainda proteger o funcionamento regular do procedimento licitatório, afirma o autor que o conhecimento prévio das propostas concorrentes seria vantagem para aquele beneficiado, os crimes têm características de dolo e como dito acima necessita do ato no procedimento licitatório e não do prejuízo efetivo pecuniária, quanto aos sujeitos envolvidos no crime Filho, G. (2007, p. 105) afirma: “A doutrina considera que o sujeito ativo é o agente público que

tem a guarda das propostas até o momento da abertura previsto no ato convocatório, porque este tem o dever de sigilo”.

Assim o agente público surge como sujeito ativo em segundo plano na redação do artigo, surge à presença do agente particular ou agente público, pois o proporcionamento que o artigo se refere é que pode ser outro agente público não responsável pelo procedimento licitatório, ainda o agente privado através de um ato que dê oportunidade a um concorrente ou ele mesmo beneficiar-se, o agente passivo é o Município, pois o prejuízo diz respeito ao procedimento licitatório da Administração Pública Municipal, por fim vale destacar o que apresenta a jurisprudência Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS – 2012, fonte: www.tjrs.jus.br):

6.Número:[70004371548](#)**Inteiro Teor:**[dohtml](#); **Tribunal:** Tribunal de Justiça do RS; **Seção:** CIVEL; **Tipo de Processo:** Apelação Cível; **Órgão Julgador:** Primeira Câmara Cível; **Decisão:** Acórdão; **Relator:** Carlos Roberto Lofego Canibal; **Comarca de Origem:** COMARCA DE BENTO GONCALVES; **Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO. ENVELOPE GRAMPEADO. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE. Não fere o disposto na Lei 8.666/93, tampouco o edital de convocação, o envelope que utiliza grampos como forma de lacre, mormente quando o termo lacrado não é definido, não se podendo concluir que somente a cola é que serve como lacre, para fins de garantir o **sigilo** das propostas. Prova dos autos que concluem pela legalidade do proceder da comissão de **licitação** que habilitou a empresa que lacrou o envelope com grampos, ao invés de colá-los. Depoimentos que garantem o **sigilo** e a não-violação dos envelopes. Apelo improvido. (Apelação Cível Nº 70004371548, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 11/12/2002); **Data de Julgamento:** 11/12/2002.

Esta decisão se refere a questão do sigilo onde não conseguiu o apelante comprovar que houve crime na conduta, a Administração Pública Municipal que enseja-se anulação do certame cabe destacar o relato do inteiro teor de decisão do Des. Carlos Roberto Lofego Canibal relator da decisão do dia 11 de dezembro do ano de 2002:

De fato, a Lei de Licitações (Lei n ° 8.666/93) não especifica a forma de apresentação dos envelopes, apenas limitando-se a exigir que seja preservado o sigilo do conteúdo dos mesmos. O Edital da Licitação - Modelo Carta Convite nº 005/01, por sua vez, exigiu que os envelopes fossem lacrados (item 4.1). Todavia, não especificou o termo lacrado, ou seja, não determinou que somente os envelopes colados é que estariam devidamente lacrados. Assim, forçoso, a meu sentir, concluir que infringiu o edital a empresa Posto Casa Nostra tão-somente por ter grampeado o seu envelope, como forma de lacrá-lo, como prevê o próprio edital. Logo, o que deve, sim, ser preservada, é a inviolabilidade dos envelopes. E quanto a isto, a meu ver, não fez qualquer prova a autora, que se limitou a contestar o modo como lacrado o envelope da empresa concorrente.

Desse modo bem demonstra o desembargador que a lei não especificou quais seriam as formas de se considerar uma quebra de sigilo em uma proposta, e na presente decisão não parece haver quebra de sigilo pelo simples fato de não estar lacrado por cola e sim por grampos, o bem jurídico tutelado pelo presente artigo é maior que

situações fúteis como essa, ainda dentro do acontecimento de quebra de sigilo o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS – 2012, fonte: www.tjrs.jus.br) apresenta a seguinte jurisprudência:

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo MUNICÍPIO DE VISTA ALEGRE DO PRATA, contra decisão em que, nos autos do mandado de segurança impetrado por JOÃO GUSTAVO BATISTEL e PEDRO JACIR ANTONIOLLI contra ato da Comissão de Licitações do Município, ordenou-se a determinação de nova data para o recebimento e julgamento das propostas de certame em andamento, tornando-se sem efeito a anteriormente realizada até o julgamento do *writ*. Sustentou o agravante, preliminarmente: 1. a ilegitimidade ativa dos impetrantes, por serem pessoas físicas, sócios e proprietários das empresas supostamente prejudicadas, quando estas seriam as partes legítimas; 2. impossibilidade jurídica do pedido, por não ter havido recurso da exclusão dos impetrantes, que não entregaram documentos e propostas, já tendo sido abertas as últimas apresentadas pelos demais licitantes, conhecidos os preços ofertados. No mérito, advogou que os atos administrativos e os procedimentos adotados foram praticados conforme o edital. Assinalou que a falta de citação dos demais licitantes como litisconsortes necessários implicaria nulidade da decisão proferida e da que viesse a ser proferida. Postulou a concessão de efeito suspensivo ao recurso, pugnando pelo seu provimento ao final.

Está decisão consta de que os agravados tentaram em decisão anterior em primeiro grau, pedir retificação do edital da licitação alegando que a forma como o processo foi conduzido feriu o sigilo das propostas apresentada, mas como demonstra a decisão a Administração Pública Municipal não pode ser responsável pelo atraso dos concorrentes.

Contudo é visível que a aplicação deste artigo se dá de forma coerente nas situações apresentadas, mas como contribuição a sua redação poderia ser previsto punibilidade a aquele ao agente que sabendo da devassa e não sendo concorrente, não tentou evitá-la.

1.12 CRIME DO ART. 95 DA LEI 8.666/93

O presente artigo assim se apresenta na lei:

Art. 95. Afastar ou procura afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

Este artigo pode ser considerado entre os artigos de crimes previstos na lei de licitações de maior facilidade no seu entendimento, e para a redação do mesmo destaque para Filho, G. (2007, p. 109):

Licitante é aquele que participa da licitação, e, se o agente afasta alguém do certame, este não o é. Mas entende-se o significado legal. A ação deve dirigir-se a alguém que tem condições de licitar, que poderá participar, em princípio, da licitação. Se aquele que é afastado ou se tenta afastar não tem, interesse, qualificação para licitar, há crime impossível.

Observe que o autor lembra bem que para estar enquadrado ao crime deve o concorrente ter qualificação necessária, ou seja, estar apto a participar da licitação, pois não estando, não há crime na lei de licitação e sim tipificação da conduta, por exemplo, ao Código Penal. No presente artigo se percebe em seu texto que procurou proteger a regularidade do procedimento licitatório, igualdade, moralidade.

Quanto aos sujeitos do ativo envolvidos no caput do artigo é qualquer pessoa agente público ou agente privado, pois os atos que prevêem o caput podem ser cometidos por qualquer pessoa.

No parágrafo único do artigo está prevista a ação daquele que se omite em participar devido ao famoso suborno, neste caso o sujeito ativo é agente privado, pois este pode ser concorrente na licitação, no caput e no parágrafo único do artigo o sujeito passivo é o Município, pois sofre o dano, lembrando que este dano se justifica no caput se o licitante afastado estava totalmente apto à concorrência, pois o dano do Município é o de perder a chance de contratação com a proposta mais vantajosa.

Os atos praticados estão caracterizados com dolo, pois no caput os sujeitos ativos procuram afastar concorrente, no parágrafo único o agente privado se favorece de vantagem que a lei considera ilícita, este termo afastar concorrente é o resultado esperado para a prática do crime no caput e no parágrafo único o ato de receber suborno para se obstar ou desistir de concorrer desde que já houvesse se inscrito, visto isto cabe analisar o pensamento jurisprudencial do nosso Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS – 2012, fonte: www.tjrs.jus.br):

5.Número:[70017422346](#)**Inteiro Teor:**[dohtml](#); **Tribunal:** Tribunal de Justiça do RS; **Seção:** CRIME; **Tipo de Processo:** Processo Crime; **Órgão Julgador:** Quarta Câmara Criminal; **Decisão:** Acórdão; **Relator:** Constantino Lisbôa de Azevedo; **Comarca de Origem:** Comarca de São Luiz Gonzaga; **Ementa:** PREFEITO MUNICIPAL. GRAVE AMEAÇA E OFERECIMENTO DE VANTAGEM EM LICITAÇÃO. Comete o delito previsto no art. 95 da Lei 8.666/93 o agente que procura **afastarlicitante**, por meio de grave ameaça e oferecimento de vantagem. Ação julgada procedente. (Processo Crime Nº 70017422346, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Constantino Lisbôa de Azevedo, Julgado em

08/10/2009); **Assunto:** Prefeito Municipal. Crime de responsabilidade. Grave ameaça. LF-8666 DE 1993 ART-9;. **Referências Legislativas:** CP-71 LF-8666 DE 1993 ART-95; **Data de Julgamento:** 08/10/2009; **Publicação:** Diário da Justiça do dia 20/10/2009.

A decisão é referente a uma ameaça cumulada com vantagem indevida onde o prefeito da cidade ameaçou licitante com o intuito de evitar sua participação no certame ainda ofereceu-lhe vantagem em outra licitação futura, estes atos caracterizaram-se muito bem no inteiro teor a aplicação do presente artigo em discussão, destaque ainda para novamente a utilização de ferramentas importantíssimas que auxiliaram para a decisão dos desembargadores a quebra de sigilo telefônico e o testemunho, ainda frente ao artigo em tela o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS – 2012, fonte: www.tjrs.jus.br) consta a seguinte jurisprudência:

Cláudio Wagner foi denunciado como incurso nas sanções do art. 95 da Lei 8.666/93, por ter o denunciado afastado o licitante Danilo Aloysio Ott ME da tomada de preços nº 001/2003, promovida pelo Município de Chapada, no dia 17 de fevereiro de 2003, no prédio da Prefeitura Municipal, mediante grave ameaça ao preposto Alexandre Ott. Na ocasião, o denunciado e a vítima encontravam-se na Prefeitura Municipal, onde seria realizada a abertura dos envelopes de documentação e proposta de licitação para a contratação do serviço de transporte escolar no interior do Município, na modalidade “menor preço”. O denunciado Cláudio Wagner, preposto da empresa Teixeira, Johann & Cia. Ltda., ao saber que a empresa Danilo Aloysio Ott ME apresentara proposta para a contratação da linha nº 05, para a qual o denunciado também havia se habilitado, procurou o preposto daquela empresa, Alexandre Ott, e passou a ameaçá-lo, dizendo-lhe que, se não fosse retirada a proposta de licitação, “não sairiam inteiros dali”, que “ele iria se arrepender”, e que “tu entra lá dentro e tira a proposta da minha linha senão tu não sabe o que vai acontecer, eu quebro tudo isso aqui”. Como resultado da ameaça, Alexandre Ott assinou a declaração de desistência quanto à contratação da linha nº 05, a qual terminou adjudicada à licitante Teixeira, Johann e Cia. Ltda.

Este artigo contempla bem a agressão ou ameaça em um procedimento licitatório, e isto é passível a qualquer agente público ou privado, pois a intenção destes ou ato prejudica os interesses do Município, o porém deste artigo é a questão da aplicação da multa como se chegar a um valor para esse ato.

1.13 CRIME DO ART. 96 DA LEI 8.666/93

O grande artigo da lei na seção de crimes aparece com o seguinte texto

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:
I - elevando arbitrariamente os preços;

- II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;
 - III - entregando uma mercadoria por outra;
 - IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;
 - V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato;
- Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Este artigo é o mais extenso elencando uma série de atos ilícitos, apresenta novamente o ato fraudar, o que se entende inicialmente é a necessidade de prejuízo pecuniário, ou seja, este artigo se aplica quando a o chamado dano ao erário público, antes de apresentar as peculiaridades deste artigo, cabe destacar Freitas (2010, p. 158 e 159) quanto a uma curiosidade:

As condutas prevista neste artigo penal assemelham-se às estabelecidas no art. 7º da lei 8.137/90 - Crimes Contra as Relações de Consumo -, porém a presente norma penal prevalece sobre aquela pelo princípio da especialidade, bem como em razão de a Administração Pública não firmar relação de consumo na qualidade de consumidora, pois não é destinatário final dos produtos ou serviços que lhe são fornecidos (art. 2º da lei 8.078/90 – CDC) mas sim os administrados.

Percebe-se aqui um princípio do Direito, onde norma especial revoga norma geral, ou seja, a norma incriminadora da lei de licitação é lei especial. Este artigo elenca cinco situações em seus incisos como forma de fraude, de antemão nota-se que estes atos estão a qualquer momento da licitação, pois, no caput refere-se em licitações instauradas e contrato celebrado, quanto aos incisos, apresenta Bittencourt (2010, p.581 e 582):

A lei, de forma taxativa, elenca as condutas que consumarão a lesão:

- a) Elevação arbitrária de preços, caracterizando-se o denominado preço superfaturado, desde que venha a ser o vencedor da licitação e, em função disso, celebrar o contrato com a administração;
- b) Venda, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada ou deteriorada, ocorrendo em função da licitação e/ou do contrato, mas só se perfazendo no momento da entrega, diante da necessidade de configurar-se a tradição.
- c) Entrega de uma mercadoria pela outra, desatendendo o compromisso assumido na proposta. No caso ressalva-se a entrega de mercadoria diversa em razão de desenvolvimento e evolução técnica – como ocorre com os computadores, por exemplo -, desde que comunicado e aceito pela administração;
- d) Alteração de substancia, qualidade ou quantidade de mercadoria fornecida, evidentemente, para pior (no que se refere a substancia e qualidade) e para menos (no que tange a qualidade);
- e) Tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato, desde que evidentemente, cause real prejuízo a Administração, uma vez que a proposta, em sede de licitação, pode não ser a vencedora do certame.

Verifica-se na alínea c, a exceção já abordada na questão dos computadores, o que nota-se também nestas normas em comum é a finalidade de prejuízo da fazenda

pública como diz o caput, ou seja, o Município em si é o sujeito passivo da norma, o sujeito ativo é agente privado licitante, pois este cometerá a infração em caso de ocorrência do prejuízo, com o pagamento da fatura ao contratado, pois em não ocorrendo este crime estará na forma tentada.

O crime se dá de forma dolosa, pois há vontade de causar prejuízo erário, fica a dúvida quanto à forma culposa, uma vez que entregue e consumado o objeto da licitação, onde contratante não teve intenção de provocar o dano, e as formas que levaram a tal situação não são devido sua vontade os doutrinadores e a norma em si, não fazem apontamento quanto a isso ficando a dúvida, a norma de forma feral procurou proteger patrimônio público tentando evitar prejuízos resultantes da conduta da norma, por fim parte-se para a análise da jurisprudência Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS – 2012, fonte: www.tjrs.jus.br):

8.Número: 70024943094 **Inteiro Teor:** dor html; **Tribunal:** Tribunal de Justiça do RS; **Seção:** CRIME; **Tipo de Processo:** Apelação Crime; **Órgão Julgador:** Quarta Câmara Criminal; **Decisão:** Acórdão; **Relator:** Aristides Pedroso de Albuquerque Neto; **Órgão Julgador:** Quarta Câmara Criminal; **Decisão:** Acórdão; **Ementa:** APELAÇÃO-CRIME. LICITAÇÃO PÚBLICA. **Art. 96da Lei** 8.666/93. Fraude do licitante. Apresentação de preços de combustíveis que não condiziam com a realidade do mercado, tornando onerosa a execução do contrato. Condenação mantida. Apelo improvido. Unânime. (Apelação Crime Nº 70024943094, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em 18/09/2008); **Data de Julgamento:** 18/09/2008; **Publicação:** Diário da Justiça do dia 01/10/2008.

O Ministério Público foi feliz na narrativa do fato para apresentação da acusação com a seguinte narrativa constante do inteiro teor:

Em dia e horário não perfeitamente explicitados nos documentos anexados, mas certamente no período compreendido entre os dias 19 de janeiro de 2004 e 12 de abril de 2005, nesta cidade de Teutônia, o denunciado fraudou, em prejuízo da Fazenda Pública Municipal de Teutônia, contrato oriundo de licitação para a aquisição de bens, in casu combustível gasolina para os veículos oficiais do município, tornando, injustamente, mais onerosa a execução do contrato. Na oportunidade, o denunciado, vencedor da licitação para o fornecimento do combustível gasolina para o município de Teutônia no ano de 2004, informou ao Município, por intermédio de notas fiscais, valores de reajuste do combustível que não condiziam com os valores praticados no mercado, auferindo vantagem indevida, tornando injustamente mais onerosa a execução do contrato, lesando os cofres públicos em aproximadamente R\$ 2.432,06 (dois mil, quatrocentos e trinta e dois reais e seis centavos).

Nota-se que é fácil a caracterização da conduta do crime através da narrativa, pois está ação na questão dos combustíveis apresenta os elementos caracterizadores do artigo em questão, por isso a manutenção da condenação, ainda reforçando a aplicação

deste artigo no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS – 2012, fonte: www.tjrs.jus.br) apresenta a seguinte jurisprudência:

Não há falar em ausência de prejuízo ao erário face à utilização do material, como bem referido na douta sentença: “o próprio réu afirmou em seu interrogatório que os postos de saúde estavam precisando com urgência de gases, sob pena de fecharem, justificando a utilização. E o prejuízo ao erário houve, sim, porquanto o réu recebeu o valor referente a produto mais caro (gaze de 13 fios) e forneceu outro de valor inferior (gaze de 9 fios), diferença que ele próprio definiu em 5%” (fl. 191).

Assim, por existir contexto probatório seguro e pleno sinalizando o cometimento do delito pelo apelante, mantenho a sentença condenatória.

A pena foi bem dosada. Pena-base fixada no mínimo legal e substituída por restritivas de direitos. Nada a modificar.

A pena de multa, contudo, merece reparo.

Há previsão expressa na lei de licitações. Como bem referido pelo eminente Procurador de Justiça, “no caso, deve ser observado o valor total da mercadoria contratada (R\$ 16.800,00 – fls. 21 e 27) em cálculo mais benéfico ao réu, resultando em montante inferior ao da multa aplicada na sentença (10 dias-multa, à razão unitária de um salário mínimo nacional)” (fl. 227).

Assim, fixo a pena de multa em 2% sobre o valor das mercadorias contratadas (fls. 21 e 27), nos termos do art. 99, § 1º da Lei nº 8.666/93. Os valores das multas devem ser revertidos à Fazenda Municipal, conforme o disposto no § 2º do referido artigo.

Dou parcial provimento ao apelo para fixar a pena de multa em 2% sobre os valores das mercadorias contratadas, que deverão ser revertidos à Fazenda Municipal, mantida quanto ao restante a douta sentença recorrida.

Bem se percebe a aplicação do presente artigo, pois este contempla muitos elementos que facilitam a identificação e relação entre ato e funcionamento do artigo, nota-se também que a decisão retificou a aplicação da pena de multa.

1.14 CRIME DO ART. 97 DA LEI 8.666/93

Possui o artigo o seguinte texto:

Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.

Este artigo traz uma característica peculiar ao licitante que é a questão da inidoneidade, para ser declarado o licitante deve se enquadrando art. 87, IV e o art. 88 da lei, para melhor entendimento Filho, G. (2007, p. 122 e 123) afirma:

Uma das penalidades que podem ser impostas às empresas ou profissionais é a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurem os motivos da punição ou até que seja promovida

a reabilitação. Os motivos da sua declaração de inidoneidade podem ser a inexecução total ou parcial do contrato, considerando-se com tal a recusa do adjudicatário em assinar com o contrato (art.81), a condenação definitiva em fraude fiscal, a prática de atos ilícitos visando frustrar os objetivos da licitação e outros atos ilícitos, tudo relativamente aos contratos regidos pela lei.

Uma vez declarada a inidoneidade, fica a empresa ou o profissional proibido de licitar ou contratar, e se o administrador, tendo conhecimento dessas circunstâncias, deixa de desclassificá-lo, admitindo-o à licitação, ou o contrato com inexigibilidade ou dispensa, incide na incriminação.

Denota-se assim o cuidado do legislador em afastar e corrigir, concorrentes que figurem como inadimplentes com suas obrigações frente à Administração Pública. O artigo em questão dos sujeitos apresenta em seu caput a ação do agente público (agente ativo), em contratar com licitante que não devia, já no parágrafo único está como sujeito ativo aquele que sabendo da sua incompatibilidade, tente licitar ou assinar contrato com a Administração Pública, cabe aqui apresentar novamente Filho, G. (2007, p. 123) com o seguinte questionamento: “Mas se o licitante ou contratado, no momento da licitação ou do contrato, está declarado como tal e, depois, tem revogado ou anulada a declaração de inidoneidade ou se reabilita nos termos da lei?”.

Na questão existem duas situações uma quando o licitante está declarado inidôneo, e consegue posteriormente a revogação ou anulação desta declaração, e esta sendo administrativa ou judicial, faz desaparecer o elemento caracterizador do que crime que é empresa ou profissional declarado inidôneo, assim desaparece o crime. Na segunda situação o agente está declarado inidôneo e consegue a reabilitação, esta não exclui o crime, este após o ressarcimento como previsto no artigo 87 da lei de licitações, não poderá celebrar contrato ou concorrer em licitação anterior à reabilitação, pois esta não exclui crime anterior à licitação.

No caput do artigo em questão como já visto o sujeito ativo é funcionário público, parágrafo único é agente privado, o sujeito passivo é o Município, pois sofre prejuízo a moralidade pública, o bom funcionamento do procedimento licitatório e a segurança de contratar empresa ou profissional idôneo com a Administração Pública. Os sujeitos ativos figuram com dolos nos seus atos, pois têm a intenção ou à vontade e conhecimento do exigido para o crime, a única jurisprudência encontrada se faz no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP - http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev6/files/JUS2/TJSP/IT/HC_1884097720118260000_SP_1322420885403.pdf):

Segundo consta, os pacientes foram denunciados como incurso no art. 97, *caput*, da Lei nº 8.666/93. Narra a denúncia que no mês de junho de 2008, Antônio Carlos Saran, Prefeito da Cidade de Casa Branca, e Amauri Silva

Palma, Presidente da Comissão Permanente de Licitações, teriam admitido à licitação e declarado vencedora a empresa "Nutricionale Comércio de Alimentos Ltda.", sucessora da firma "Alimentar Comércio de Produtos Alimentícios Ltda.", tendo como sócios os corrêus Ale MussiFaitarone Júnior e Edna Maria da Cruz, a qual havia sido declarada inidônea.

Alega o impetrante, em apertada síntese, ausência de justa causa para a persecução penal, tendo em vista a atipicidade da conduta. Pretende, assim, o trancamento da ação penal.

Como se vê é de difícil acontecimento, porém acontece à violação deste artigo como bem demonstra a jurisprudência citada acima, está muito bem contemplada a redação deste artigo com fácil aplicação, mas que geralmente é evitado pelos gestores e responsáveis na Administração Pública Municipal.

1.15 CRIME DO ART. 98 DA LEI 8.666/93

Por fim o último artigo na seção de crimes da lei 8.666/93 consta da seguinte forma:

Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Este artigo que prevê crime na lei de licitação verifica proteção à oportunidade de se ter o maior número possível de propostas e contratar com a melhor proposta, protege também o Direito subjetivo de particular do certame, esta norma envolve o procedimento licitatório, pois o registro é feito no momento da concorrência, para aludir melhor, Filho, G. (2007, p. 128 e 129):

O Registro cadastral tem por finalidade substituir a documentação necessária à habilitação, e, para modalidade de tomada de preços, somente podem apresentar propostas os previamente cadastrados ou que atenderem a todas exigências do cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas. quanto ao convite, o cadastrado que não foi convidado pode participar se demonstrar interesse até 24 horas antes da apresentação das propostas.

Assim, a inscrição no registro cadastral é de interesse público na medida em que facilita aos cadastrados a apresentação de propostas e amplia o universo de possíveis concorrentes, que ficam sendo do conhecimento da Administração.

Importante este cadastro, para agilizar o procedimento licitatório e também dar oportunidade a quem queira concorrer desde que observado o prazo de 24 horas e a devida habilitação legal. Quanto aos sujeitos, têm-se os sujeitos ativos do crime agentes

públicos e agentes privados, pois, estes são capazes de cometer os atos previstos no artigo, já os sujeitos passivos são os Municípios que tiverem seu Direito e interesse prejudicados, ainda os agentes privados que forem prejudicados, o crime como pode ser em dois momentos, o primeiro momento pode ocorrer no cadastro e acaba acontecendo algum ato ilícito para que não seja perfeito esse cadastro e no segundo já existe o cadastro e sofre o ato ilícito posteriormente para prejudicar o licitante, frente a este artigo não foi encontrada aplicação jurisprudencial, com o todo apresentado até agora parte-se para o entendimento e análise das penas dos artigos vistos.

1.16 AS PENAS

Assim apresenta-se a redação das penas na lei 8.666/93:

Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.

§ 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.

§ 2º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.

Em todos os artigos é possível identificar semelhanças como a pena em forma de detenção, a multa, antes de falar em pena de multa, vale esclarecer o que é pena detenção, esta é uma pena restritiva de liberdade e não pode ser trocada pela multa, pois, estas surgem juntas na norma de forma cumulada entre as duas, mas, porém pode haver a troca da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito assim se apresenta Freitas (2010, p.184):

Não tendo a lei de licitação estabelecido a disciplina para substituição da pena privativa de liberdade imposta por pena restritiva de direitos, aplicar-se a, nos termos do art.12 do CP, as regras correspondentes previstas na parte geral do Código Penal, quais sejam os art. 43 a 48 deste codex.

Abstratamente, constata-se que, com exceção de algumas modalidades típicas do art. 95, todos os crimes licitatórios admitem a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O artigo 12 do Código Penal entende que como a lei de licitação (lei especial) não previu o benefício da substituição de pena, esta é regida pelo Código Penal que é considerada a lei geral dos crimes.

Cumpra analisar a pena de multa do artigo 99 da lei de licitações, segundo maioria dos autores é um artigo confuso na sua aplicação das dez normas penais da lei, pois ao aplicar a multa aos crimes é dificultoso definir os valores em pecúnia da multa, se constata que alguns artigos nem necessitavam do termo multa em sua redação da pena, bem demonstra, ficando um mecanismo estranho à sistemática penal, pois, o sistema penal define o ato como crime e prevê a pena e a multa, mas estas são de difíceis definições, pois as bases para cálculos ficaram anexas às vantagens conseguidas pelos agentes criminosos dos artigos, e não conseguindo definir um valor exato por isso se prejudica a sistemática penal e daria brecha para após mesmo comprovado o ilícito pelos agentes frente aos Municípios de não indenizarem na medida e forma equivalente a violada.

2 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A pesquisa se fez encima de uma abordagem qualitativa na forma documental com um caráter exploratório, analisando um total de 398 ementas relacionadas a crimes de licitação no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sendo 27 jurisprudências em seu inteiro teor, uma jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em seu inteiro teor, ainda trazendo os apontamentos de grandes doutrinadores frente aos crimes em licitações cometidos no âmbito dos Municípios, o trabalho se desenvolveu analisando a passagens constantes nas jurisprudências e doutrinas, analisando atos dos agentes públicos e agentes privados no intuito de fraudar ou prejudicar as licitações municipais e com isso procurou - se averiguar a efetiva aplicação dos artigos penais da lei de licitações nesses atos ilícitos em licitações, ainda se a norma e as suas penas estão coerentes aos atos ilícitos.

3 APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS RESULTADOS

Muitos são os apontamentos a serem feitos frente aos artigos penais das licitações frente a atos ou tentativas dos agentes públicos ou agentes privados envolvidos nos processos licitatórios municipais.

No artigo 89 da lei 8.666/93 muitos são os casos de gestores municipais e outros agentes públicos e agentes privados que a jurisprudência tipifica segundo o crime do artigo 89, este artigo veda bem a oportunidade de se criar o clientelismo e a influência de gestores municipais em concorrentes de licitações, porém um acréscimo poderia ser feito na redação e cobertura do presente artigo, se aditasse com um inciso em seu parágrafo primeiro onde se prevê que na mesma pena incorreria aquele que não tenha participado da licitação, mas tendo ciência do ato ilícito tenha se omitido, assim conseguiria o artigo uma cobertura mais segura, percebe-se que a aplicação da pena de multa no caput e no parágrafo primeiro do artigo não se dá efetiva, pois o ato ilícito se cometido sem superfaturamento não tem uma aplicação segura de um valor equivalente ao ato. No artigo 90 da lei notou-se que é de fácil entendimento e aplicação quanto à conduta nas jurisprudências um ponto a destacar é que este artigo é bem amplo dando maior tutela as licitações, o ponto a necessitar de revisão neste artigo é a sua pena de multa uma também, pois está tem que ser acima da vantagem obtida e não acima do valor do contrato, porém não há esta previsão de forma mais clara. O artigo 91 da lei traz a necessidade de invalidação pelo poder judiciário, esta invalidação anterior em caso de patrocínio de licitação indevida, dificulta e muito a aplicação deste artigo, visto que caso não haja esta invalidação interior uma licitação ostentará caráter de legalidade para acontecer no âmbito do município, a pena de multa é confusa visto que neste artigo não faz referência a vantagem obtida, a não ser que reste comprovado suborno ao agente público único passível de cometer este ilícito, ainda paira a dúvida se a pena em seus limites em cima deste suborno seria suficiente a evitar estes tipos de conduta. Artigo 92 que prevê a alteração contratual ilegal e alteração na ordem de pagamento está o artigo muito bem abrangido, o porém de sua aplicação fica quanto a pena de multa pois como condicionadas as penas dos artigos ao artigo 99 da lei 8.666/93, que deve ser acima da vantagem obtida, fica a dúvida quanto ao segundo ato previsto pelo artigo, qual seria a vantagem financeira na troca ilegal da ordem para pagamentos das licitações, como calcular esta multa. No artigo 93 tem-se uma redação bem protetiva ao procedimento

licitatório conduzindo vários os atos que caracterizam este artigo, fácil aplicação jurisprudencial, porém falha na aplicação da pena de multa, não se consegue identificar elemento que auxilie para a definição do valor da multa. O artigo 94 faz referencia a devassa do sigilo de propostas como visto é de difícil acontecimento este caso pelas jurisprudências, uma contribuição à melhoria deste artigo, seria a inclusão de um parágrafo único onde na mesma pena incorreria que se beneficia da devassa estando ciente da mesma, e neste caso a aplicação da pena de multa deveria ser encima do valor do contrato, ficando as porcentagens condicionadas aos valores do contrato, ou retirar a pena de multa deste, pois a partir do momento da comprovação legal da irregularidade a licitação será revogada. No artigo 95 da lei cumula a conduta do código penal, este artigo como se percebe-se é difícil aplicação da sua pena de multa, porém uma inclusão que poderia ser feita para assim dar maior potencial de proteção aos Município é de agravar a multa para o agressor licitante, outra questão é quanto a vantagem oferecida não se sabe o que é a vantagem oferecida para que um concorrente a licitação desista. No artigo 96 o mais completo dos artigos penais, tem fácil aplicação, pois como é de especifica situações de dano ao Município e de fácil identificação da vantagem auferida. O artigo 97 também tem sua interpretação de forma fácil, e o fato de saber qual o valor do contrato bastava tentar identificar qual o lucro auferido pelo licitante inidôneo, quanto ao acontecimento deste frente à Administração Pública Municipal pouco acontece tamanha a dificuldade para achar jurisprudência frente a isto. O artigo 98 aponta bem a conduta, mas poderia fazer previsão para aquele que tendo ciência deste ato omitiu-se, a pena de multa do artigo de forma equivocada pois nem mesmo a um contrato a ser considerado, para base de um valor.

Percebe-se que a doutrina traz a necessidade de revisão dos na grande maioria dos artigos penais, assim como apontado acima, nota-se que os desembargadores fazem um esforço imenso na tentativa de aplicação da norma para a defesa dos municípios e na tentativa de evitar o prejuízo do erário, porém em alguns casos, as famosas lacunas do direito fazem com que os artigos não tenham uma aplicação consolidada às condutas.

Por fim ainda constatou-se que são inúmeros os casos que os agentes públicos e agentes privados utilizam-se das licitações como forma de enriquecimento ilícito, os Municípios por serem em maioria são os mais propensos aos atos de gestores criminosos e demais interessados tirar vantagem ilícita das licitações, por isso a necessidade de revisão de algumas normas em sua redação e pena de multa, para com isso dar tutela maior a Administração Pública Municipal, isto ocorrendo será possível

refazer um estudo encima do presente tema dos crimes de licitações para averiguar suar eficiência.

CONCLUSÕES

O presente trabalho teve por objetivo o estudo da lei 8.666/93 das licitações, analisando especificamente, os crimes previstos na lei, as licitações têm sua concretização e procedimentos muito bem definidos, elencando uma série de peculiaridades a serem seguidas. Estas peculiaridades auxiliam para que os Municípios possam, através desta ferramenta, possam atender demandas frente à sociedade, como forma de manter um mercado econômico mais equilibrado, por vezes fica propício a interferência de agentes públicos e agentes privados através de atos indevidos nos procedimento licitatórios.

Desenvolveu-se um estudo em cima do agente municipal no papel geralmente de gestor municipal, para o entendimento e aplicação dos dez artigos de crime previstos, considerando a atuação dos gestores municipais e autoridades competentes, observou-se que o surgimento da lei e a incorporação dos artigos a própria lei veio como forma de sistematizar uma forma penal própria da lei, mas perante isso se conclui que há certa defasagem quanto à forma expressa da norma e sua previsão de pena, uma vez que alguns artigos não se incorporam a pena por inteiro e até os próprios tribunais encontram dificuldades na sua aplicação soberana, corriqueiros também são atos de gestores com tentativa de desnortear a norma, como demonstrado nas jurisprudências.

Muito embora o procedimento licitatório seja praticamente autoexplicativo quanto à forma de participação e como ocorrerá o certame, existe a necessidade de revisão pelos legisladores nos artigos que tratam sobre os crimes na lei para que estes tenham mais consonância com as demais seções da lei, assim será mais fácil inibir e comprometer os gestores públicos municipais e autoridades competentes em seus atos, para que atendam as necessidades dos municípios sem desatenção a norma penal prevista em lei.

A população municipal geralmente desconhece a previsão dos crimes estudados e de quão é importante sua participação na fiscalização efetiva para verificar o que está ocorrendo nos processos licitatórios, de outra banda a reforma da lei para obter penas mais fortes e multas quantitativas que sejam mais fáceis de ser aplicadas trará a oportunidade de ação a gestão pública municipal e assim inibirá a ação ilícita de qualquer agente que queira burlar a lei.

O gestor público municipal que utilizar as licitações de forma ilícita além de ficar a mercê da justiça, terá em seus atos uma forma de termômetro a confiança que foi depositada nele pelas pessoas do município, uma vez que a população ao tomar conhecimento dos atos irregulares geralmente se indigna e acaba optando pela renovação na sua gestão municipal.

Por fim a gestão pública municipal necessita das licitações como forma de desenvolvimento municipal e melhores condições na qualidade de vida local, mas principalmente para a manutenção do interesse do bem comum é uma maior tutela da lei com o erário municipal necessita-se a revisão dos artigos penais da lei e o artigo da pena, para facilitar a identificação e aplicação destes pelos juízes e desembargadores, aos atos ilícitos cometido no âmbito do Município.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Básico de Direito Acquaviva**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 14ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: impetus, 2007.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 17ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: impetus, 2009.

BITTENCOURT, Sidney. **Licitação Passo a Passo**. 6ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Ricardo Corrêa. **O Público e o Privado na Gestão Pública**. Florianópolis: CAPES/UAB/UFSC, 2009.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Crimes na Lei de Licitações**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 1ª ed. 2ª tira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECCO FILHO, Vicente. **Dos Crimes da lei de Licitações**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LESSA, Sebastião José. **Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância**. 5ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MATTOS, Ana Maria; FRAGA, Tânia Marisa de Abreu. **Normas para apresentação de trabalhos acadêmicos da Escola de Administração**. Porto Alegre, 2011.

MAZZA, Alexandre. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MORAES, Alexandre. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Ed. 38ª. São Paulo: Atlas, 2009.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 20ª ed. reimp. São Paulo: Atlas, 2007.

PINTO, Antônio Luiz de; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos. CÉSPEDES, Livia. **Legislação Administrativa**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PLANALTO. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**.

Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm

Acessado em: 01/01/2012

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual Prático das Licitações**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SCHNEIDER, Yuri. **Direito Administrativo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

SOUZA, Luiz Antônio de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). **Jurisprudências**.

Disponível: www.tjsp.jus.br/

Acessado em: 08/06/2012 às 17h00min

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS).

Jurisprudências. Disponível: <http://www.tjrs.jus.br/site/>

Acessado em: 05/06/2012 às 11h00min

WIKIPEDIA. **Empresa de economia mista**.

Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Empresa_de_economia_mista

Acessado em: 16/01/2012 às 23h24min

WIKIPEDIA. **Empresa Pública**.

Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Empresa_P%C3%BAblica

Acessado em: 16/01/2012 às 23h28min