

## Opinião: A tipicidade objetiva na nova Lei de Licitações

Recentemente, foi aprovada a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21), que estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios e revoga a antiga Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), além de alterar Código de Processo Civil, Código Penal, Lei do



ações, entre outras leis afins.

A referida lei prevê, em seu artigo 193, a revogação das

Seções III e IV da Lei nº 8.666/93 (dos crimes e das penas e do processo e do procedimento judicial), propondo, em seu lugar, novos tipos penais, capitulados no "Capítulo II-B — Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos".

Entre os novos dispositivos tratados na lei, a análise do presente artigo será restrita ao artigo 337-K (afastamento de licitante), já previsto anteriormente no artigo 95 da Lei de Licitações.

A uma primeira vista, ao realizar um comparativo entre o dispositivo previsto na lei atual e na anterior, mais especificamente no seu verbo nuclear do tipo e elemento subjetivo, é possível notar que a conduta descrita permanece praticamente idêntica, nos seguintes termos:

*"Afastamento de licitante:*

*Artigo 337-K — Afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:*

*Pena — reclusão, de três anos a cinco anos, e multa, além da pena correspondente à violência.*

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

Porém, na leitura do dispositivo acima verifica-se que permanece um problema que já era existente no tipo penal antigo e que não foi corrigido pelo legislador na nova lei.

Isso porque o tipo penal incrimina a conduta de *"afastar ou tentar afastar licitante"*. Ocorre que, ao prever a tentativa no tipo penal objetivo como conduta que consuma o crime de afastamento de licitante, o legislador parece se esquecer que a tentativa, na realidade, é causa de diminuição da pena, conforme disposto no artigo 14, parágrafo único, do Código Penal.



Analisando tal perspectiva sob o entendimento da função da norma penal, pondera-se que esta deve ser compatível com o conteúdo valorativo, ou seja, deve ser concebida como *"norma de valoração na medida em que contém um juízo de valor acerca do justo e do injusto. E essa valoração está pautada a partir da função de proteção de bens jurídicos"* [1].

E é exatamente por essa razão que, por ser a lesão menor na tentativa — ou, ainda, por não ocorrer qualquer resultado lesivo ou perigo de dano —, de acordo com nossa política criminal, o fato deve ser punido menos severamente.

Nesse ínterim, ao prever a tentativa de afastamento de licitante como conduta apta a tipificar o crime na modalidade consumada, há uma clara distorção de conceitos pelo legislador. Ao contrário da conduta incriminadora, a tipicidade da tentativa decorre da conjugação do tipo penal violado com o dispositivo que a prevê.

E, nesse ponto, necessário frisar que, embora muitos doutrinadores considerem a tentativa como crime autônomo, não há razão, vez que a tentativa se refere, na realidade, à realização incompleta de uma figura típica descrita na lei. Nas palavras de Bittencourt, *"não existe nenhuma norma incriminadora tipificando a conduta de 'tentar matar alguém', 'tentar subtrair...' etc."*.

Assim, o correto seria a adequação típica da conduta consumada quando efetivamente afastado o licitante, sendo que, nas hipóteses em que iniciada a execução, e não consumado o crime por circunstâncias alheias à vontade do agente, aplicar-se-ia a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. Isso, sim, corresponderia à conduta de *"tentar afastar licitante"* prevista no *caput* do artigo sob discussão.

Não se ignora que, no exercício de suas funções típicas de legislar, muitas vezes o legislador não possui o conhecimento técnico criminal para redigir um tipo penal sem vícios.

Tal fato decorre da constatação de que, no sistema democrático, os membros das casas legislativas representam os vários segmentos da sociedade — como não poderia deixar de ser. Assim, verifica-se a presença, no Poder Legislativo, dos mais diferentes ramos de atuação da sociedade, representados por médicos, advogados, professores, engenheiros, jornalistas, comerciantes, agricultores e empresários.

Esse fato nos permite compreender, nas palavras de Paulo de Barros de Carvalho [2], *"o porquê dos erros, impropriedades, atecniais, deficiências e ambiguidades que os textos legais cursivamente apresentam"*, na medida em que a linguagem do legislador é técnica, ou seja, se assenta no discurso natural, porém aproveita palavras e expressões de cunho determinado, pertinentes ao domínio das comunicações científicas.

Não se discute aqui que quanto maior a presença na composição dos quadros do Parlamento dos inúmeros setores da comunidade social, mais autêntica é a representatividade do povo. Porém, a função do aplicador do direito é observar os vícios que podem surgir da redação dúbia das condutas incriminadoras, a bem de adequá-las aos princípios norteadores de nosso sistema e à política criminal vigente.



Nesse esteio, para além de promover uma reflexão acerca dos conceitos presentes no tipo penal do artigo 337-K da nova Lei de Licitações, é necessário frisar que a boa ou a má execução da norma dependerá da interpretação conferida pelos juristas na aplicação do direito.

Não basta apenas teorizar acerca dos defeitos legislativos. Pelo contrário, é necessária a adoção de postura ativa dos operadores do Direito para a adequação da norma aos ditames criminais vigentes.

Se a finalidade do Direito é a promoção da Justiça, e nossa política criminal vem buscando alterar os paradigmas de um sistema unicamente inquisitorial e punitivo, é imprescindível que os intérpretes acompanhem a onda de inovações que buscam modernizar o direito e o processo penal.

Assim, mesmo não sendo o problema indicado sanado com a entrada em vigor da nova Lei de Licitações, é função do intérprete da norma adequá-la, com a finalidade de tornar todo o sistema jurídico coeso e compatível com as inovações legislativas.

[1] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. V.1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 549

[2] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

**Date Created**

22/06/2021