

**Determinação judicial da pena no crime de afastamento de
licitante (art. 95 da L. 8.666/93): *ne bis in idem* e
consequências extratípicas do delito**

*Alaor Leite
Adriano Teixeira*

Como citar este artigo: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Determinação judicial da pena no crime de afastamento de licitante (art. 95 da L. 8.666/93): *ne bis in idem* e consequências extratípicas do delito. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 9-36, 2020. DOI: [10.46274/1809-192XRICP2020v6p9-36](https://doi.org/10.46274/1809-192XRICP2020v6p9-36).



DETERMINAÇÃO JUDICIAL DA PENA NO CRIME DE AFASTAMENTO DE LICITANTE (ART. 95 DA L. 8.666/93): NE BIS IN IDEM E CONSEQUÊNCIAS EXTRATÍPICAS DO DELITO

SENTENCING ABOUT THE CRIME OF BIDDER REMOVAL (ART. 95 OF L. 8.666 / 93): NE BIS IN IDEM AND EXTRATYPICAL CONSEQUENCES OF THE OFFENSE

Alaor Leite

Docente Assistente junto à Cátedra de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Penal Estrangeiro e Teoria do Direito Penal da Faculdade de Direito da Humboldt-Universität, de Berlim; Doutor e LL.M em Direito (LMU Munique).

Adriano Teixeira

Professor da FGV Direito São Paulo; Doutor e mestre (LL.M) em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität, de Munique; estágio pós-doutoral em andamento na Humboldt-Universität, de Berlim, com bolsa da Fundação Fritz Thyssen.

Data de recebimento: 01/11/2020

Data de aceite: 05/11/2020

Última versão do autor em: 05/11/2020

Área: Direito Penal

Resumo:

A partir de um caso concreto, investiga-se se, no contexto do delito previsto no art. 95 da L. 8.666/93, pode a formalização de ajuste em negócio jurídico, garantido por nota promissória, que visa ao afastamento de outro licitante por meio de oferecimento de vantagem, ser considerada como circunstância desfavorável na determinação judicial da pena-base (art. 59 do Código Penal). Para a resposta, que resultará negativa, analisam-se as questões do *ne bis in idem* e da relevância das consequências extratípicas do delito na determinação judicial da pena, especialmente na fixação da pena-base.

Palavras-chave:

Determinação judicial da pena; *Ne bis in idem*; Consequências extratípicas do delito; Pena-base.

Abstract:

Based on a specific case, it is investigated whether, in the context of the offense stipulated in art. 95 of L. 8.666/93, the formalization of an adjustment in legal transactions, guaranteed by a promissory note, which aims to remove another bidder by offering an advantage, can be considered as an unfavorable circumstance in the judicial determination of the provisional sentence (art. 59 of the Penal Code). For the answer, which will turn out to be negative, the questions of *ne bis in idem* and the relevance of the consequences that go beyond the specific legal definition of the offense in the judicial determination of the penalty are analyzed, especially in setting the provisional sentence.

Keywords:

Setencing; *Ne bis in idem*; Extratypical consequences of the offense; Provisional sentence.

Sumário: 1. Introdução; 2. Premissas teóricas; 2.1 Aplicação da pena proporcional ao fato: *ne bis in idem* e consequências extratípicas do delito; 2.1.1 *Ne bis in idem*; 2.1.2 Consequências extratípicas do delito; 2.2 Bem jurídico protegido pelo art. 95, caput, da Lei 8.666/93; 2.3 Resumo das premissas teóricas; 3. Aplicação das premissas teóricas ao caso concreto; 3.1 Os argumentos que justificam o aumento da pena-base; 3.2 Argumento central: *a formalização, garantida por nota promissória, do oferecimento de vantagem para afastar licitante como circunstância desfavorável ao condenado*; 3.2.1 Gradação dos meios de execução do delito: oferecimento de vantagem como meio de execução estruturalmente menos grave; 3.2.2 Formalização da vantagem como fator que extrapola o *usual* ou o *normal* do delito?; a) O “caso normal” do delito; b) Formalização da vantagem como *caso anormal normativo*?; c) Formalização da vantagem como *caso anormal empírico*?; 4. Argumentos adicionais: “Movimentação da justiça” em razão do protesto da cártula e cautelar de sustação do protesto e “prejuízo ao sistema de crédito” como consequências extratípicas do delito; 5. Resumo das conclusões.

1. Introdução

O presente texto constitui versão ligeiramente modificada e anonimizada de parecer jurídico elaborado pelos autores em atendimento à

solicitação de uma sociedade de advogados. A publicação deste parecer justifica-se pela relevância, a um só tempo, teórica e prática dos problemas nele tratados. O caso concreto¹ apresentado permite e exige a discussão de problemas interessantes no âmbito da dogmática da aplicação da pena, os quais ainda não receberam a devida atenção da ciência penal brasileira, sobretudo as questões do *ne bis in idem* e das consequências extratípicas do delito na fixação da pena-base.

O texto foi formulado em resposta ao seguinte questionamento jurídico:

- No contexto do delito previsto no art. 95 da L. 8.666/93, pode a formalização de ajuste em negócio jurídico, garantido por nota promissória, que visa ao afastamento de outro licitante por meio de oferecimento de vantagem ser considerada como *circunstância desfavorável* na determinação judicial da pena-base (art. 59 do Código Penal)?

2. Premissas teóricas

Para a análise da questão jurídica concreta a ser enfrentada, é necessário que preliminarmente se assentem duas premissas teóricas básicas. A primeira diz respeito a princípios e regras fundamentais da *aplicação da pena* (abaixo 2., 2.1). A segunda relaciona-se com o *bem jurídico protegido pela norma do crime* em questão, qual a seja, a do art. 95, caput, L. 8.666/93 (abaixo 2., 2.2). Ambas as premissas se relacionam inseparavelmente e, desse modo, são conjuntamente relevantes para a resposta ao questionamento jurídico formulado.

2.1. Aplicação da Pena Proporcional ao Fato: *ne bis in idem* e Consequências Extratípicas do Delito

O moderno direito penal é regido pela seguinte máxima, formulada em linguagem cotidiana: o criminoso é punido por aquilo que ele *faz* e não por aquilo que ele *é*. Tal máxima, de enganosa simplicidade, é mais do que uma platitudo e possui consequências bastante concretas na dogmática da aplicação da pena. O foco na ação que viola a norma proibitiva, e não no que essa ação revela sobre a personalidade do sujeito, configura manifestação inequívoca da vigência de dois basilares

¹ Os aspectos fáticos do caso, constantes do parecer original, foram suprimidos para assegurar sua anonimização.

princípios jurídico-penais: o *da legalidade e o da culpabilidade*. Do primeiro decorre que o agente só pode ser responsável penalmente por aquilo que era proibido por lei de forma prévia, escrita e determinada². O segundo impõe que o autor do delito só responda por aquilo que causou, e que, ademais, poderia prever e evitar.³ Ambos os princípios têm validade não apenas no âmbito dos pressupostos de incriminação – na teoria do delito –, mas também no plano na determinação da pena: ou seja, os princípios da legalidade e da culpabilidade vigoram não só em relação ao *se*, mas também em relação ao *quanto* ou *como* da pena. Ninguém parece negar essa vigência, e a Sentença que condenou o Consulente não configura exceção: “é ilegítimo todo e qualquer fator de mensuração da pena que se lastreie no Direito Penal de autor, por ser contrário ao princípio da culpabilidade”. Assim, todos os fatores a serem considerados na aplicação da pena devem guardar relação com o fato, isto é, com *o injusto culpável realizado pelo autor*.⁴

Essa indiscutível afirmação, ainda excessivamente abstrata, possui consequências concretas. A referida máxima não deve apenas ser fari-

² Ver: LEITE, Alaor. Alteração jurisprudencial e proibição de retroatividade. In: RENZIKOWSKI; GODINHO; LEITE; MOURA. O Direito Penal e o Tempo, Instituto Jurídico. Coimbra, 2016, p. 43 e ss.; SCHÜNEMANN, Bernd. Nulla poena sine lege? – Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht, De Gruyter: Berlin, 1978, p. 2; *idem*, Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie”. In: SCHÜNEMANN, Bernd/von Hirsch, Andrew/Jareborg, Nils (org.), Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog. Uppsala Symposium 1996, Heidelberg 1998, p. 119.

³ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro, 8. ed., Rio de Janeiro, 2001, p. 102; SCHÜNEMANN, Bernd, Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland. In: Hirsch/Weigend (org.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, p. 160.

⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung, in: Eser/Cornils (org.), Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik: Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtskolloquium, 1987, p. 225; ALBRECHT, Hans-Jörg. Strafzumessung bei schwerer Kriminalität – Eine vergleichende und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes, 1994, p. 117; VON HIRSCH, Andrew. Censure and Sanctions, 1993, p. 15, p. 29 ss., *passim*; HÖRNLE, Tatjana. Tatproportionale Strafzumessung, 1999, p. 329, *passim*; VON HIRSCH, Andrew/Ashworth. Proportionate Sentencing: Exploring the Principles, 2005, p. 131 ss; sobre isso extensamente: TEIXEIRA, Adriano, Teoria da aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato, Marcial Pons: Madrid-Buenos Aires-São Paulo, 2015, p. 115 ss; ver também: STOCO, Tatiana, Personalidade do agente na aplicação da pena. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014, p. 106 ss.

saicamente anunciada, mas meticulosamente respeitada em cada fase da aplicação da pena. Por vezes, mesmo aqueles que afirmam a vigência em abstrato dos princípios da legalidade e da culpabilidade acabam, ao fim, chegando a conclusões que acabam por violá-los no caso concreto. Há, especialmente, duas questões delicadas no âmbito da aplicação da pena que, não raro, são tratadas de modo confuso ou impreciso. A primeira das questões diz com o princípio do *ne bis in idem* ou proibição de dupla valoração ou punição.⁵ A segunda diz com a valoração das chamadas *consequências extratípicas do delito*.

2.1.1. *Ne bis in idem*

Segundo o *ne bis in idem* ou a proibição de dupla valoração, é vedada a avaliação negativa da lesão abstrata ao bem jurídico, por si só, ou da presença em si mesma de uma elementar típica do delito no momento de aplicação da pena, em razão do frugal fato de que tal valoração já fora realizada pelo legislador ao estipular o marco penal previsto para o tipo penal. Por exemplo, ao magistrado é defeso aumentar a pena-base sob o argumento de que a vítima de um estelionato sofreu um dano patrimonial, eis que este é pressuposto do crime do art. 171, CP.⁶

⁵ Cf. sobre isso: CARVALHO, Salo de. O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010, p. 171 e ss.; *idem*, Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro, Saraiva: São Paulo, 2013, p. 287 ss; TEIXEIRA, Adriano. Culpabilidade e proibição de dupla valoração na determinação judicial da pena na APn 470/MG, do STF (Caso Mensalão), Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCC), vol. 106, 2014, p. 13-44; *idem*, Teoria da aplicação da pena, p. 122, passim.

⁶ Nesse sentido, corretamente, STF RHC 117488 AgR / RJ, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJE: 16.10.2013: “Agravamento regimental em recurso ordinário em habeas corpus. 2. Concussão. Condenação. Apelação. 3. Decisão que negou seguimento ao recurso, dado que a apreciação do pedido da defesa implicaria supressão de instância. 4. Alegação de que as matérias são cognoscíveis de ofício: a) policial condenado por concussão não deve ter a pena agravada por ser policial, sob pena de bis in idem; e b) *não se agrava a pena do delito de concussão pelo motivo de ganhar dinheiro fácil, por se tratar, igualmente, de elemento do tipo*. 4.a. A inserção do servidor público no quadro estrutural do Estado deve e pode ser considerada no juízo de culpabilidade. Na aferição da culpabilidade deve-se também considerar o maior ou menor grau de dever de obediência à norma. Não ocorrência de bis in idem. 4.b. Vício de fundamentação na valoração da circunstância judicial do motivo do crime. 5. Recurso provido parcialmente e concessão parcial da ordem para determinar ao Juízo sentenciante, mantidas a condenação e seus efeitos, a correção do vício na individualização da pena, mormente para afastar a elementar do tipo por ocasião da valoração dos motivos do crime.” (meu destaque); STJ REsp 1255559 / DF, Rel. Ministro Sebastião Reis

No entanto – e aqui parece residir um primeiro equívoco comum em torno desse problema –, daqui não se pode extrair que *a intensidade da lesão do bem jurídico ou a intensidade da manifestação de uma elementar típica* não possam ser considerados na dosimetria da pena, por exemplo, para aumentar a pena-base.⁷ Ninguém duvidaria de que um espancamento, que ainda não realize os pressupostos da lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, deve ser apenado com maior gravidade que um tapa no

Júnior, Sexta Turma, DJE: 25.06.2013: “PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO E EXTORSÃO. CONDUTAS DIVERSAS. CONCURSO MATERIAL. SÚMULA 96/STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE, MOTIVOS E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ANTECEDENTES, PERSONALIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MANUTENÇÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. FRAÇÃO DE AUMENTO. CRITÉRIO MERAMENTE MATEMÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. [...] 4. *Por se tratar de elementar do delito, a busca pelo lucro fácil não é apta para agravar a pena.* Precedentes. [...]” (meu destaque); STJ RHC 24472 / RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, Dje: 17.10.2011: RECORRENTE DENUNCIADO PELA SUPOSTA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO INCISO II DO ARTIGO 3º DA LEI 8.137/1990. PEÇA ACUSATÓRIA QUE PREVÊ A INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE DISPOSTA NO ARTIGO 12, INCISO II, DA LEI 8.137/1990. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA NO TEXTO LEGAL. OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. 1. Ao recorrente foi imputada a prática de crime funcional contra a ordem tributária disposto no inciso II do artigo 3º da Lei 8.137/1990, tendo o Ministério Público vislumbrado, ainda, a presença da agravante prevista no artigo 12, inciso II, da mencionada Lei. 2. O próprio artigo 12 da Lei 8.137/1990 restringe o seu âmbito de incidência aos delitos previstos nos artigos 1º, 2º e 4º a 7º da mencionada legislação, excluindo expressamente o artigo 3º de sua abrangência. 3. *Além do óbice legal à imposição da referida agravante, observa-se que a sua cominação, no caso concreto, implicaria indevido bis in idem, já que ela se refere à qualidade de funcionário público do agente, fato que constitui elementar do crime funcional previsto no artigo 3º, inciso II, da Lei 8.137/1990.* 4. Desse modo, cumpre excluir da peça acusatória a cominação da agravante prevista no artigo 12, inciso II, ao delito disposto no artigo 3º, inciso II, ambos da Lei 8.137/1990 [...]” (meu destaque); cf. ainda STF HC 83.510-4, Rel. Min. Carlos Brito, Primeira Turma, DJ: 05.12.2003; HC STF 92.274-1, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJE 07.03.2008; RHC 85.879-1, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, 02.08.2005.

⁷ Fundamentalmente, SEEBALD, Rudolf. Das mißverstandene Doppelverwertungsverbot und seine Grenzen. In: GA 1975, p. 232; HETTINGER, Michael. Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen (§§ 46 Abs. 3, 50 StGB), 1982, p. 126 ss; TIMPE, Gerhard. Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot: Untersuchungen zu den §§ 23 Abs. 2, 13 Abs. 2, 17 Satz 2, 35 Abs. 1 Satz 2 und 46 Abs. 3 StGB, 1983, p. 60 ss.

rosto, conforme o delito de lesão corporal (Art. 129, caput, CP), ou de que o uso de extrema violência justifica um incremento na pena-base do delito de estupro (art. 213, CP).⁸ A intensidade da lesão ao bem jurídico, por exemplo, deve ser avaliada, entre outras coisas, pelo meio concreto de agressão ao bem jurídico, isto é, pelo *meio de execução* do delito. Em regra, o legislador prevê, de modo abstrato, os pressupostos de incriminação em cada tipo penal e desvalora a lesão ao bem jurídico igualmente de forma abstrata, descrevendo a ação ou omissão típicas de maneira mais geral. Isso decorre da impossibilidade de detalhada previsão da intensidade da manifestação desses pressupostos no caso concreto. Outras vezes, o legislador indica o meio concreto de agressão, seguido por cláusula analógica legal, como no estelionato (art. 171 CP): “...mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”. Em outras, o legislador está em condições de ser ainda mais preciso, e, sem ainda formular formas qualificadas de realização do tipo – como faz no parágrafo único do art. 163 CP, o crime de dano –, indica expressamente meios de execução que oferecem ao magistrado *critérios gerais de orientação* no momento de determinação da pena. Esses meios de execução nem sempre estão no mesmo plano da *hierarquia normativa*, podendo ser mais ou menos graves. Ao fim, contudo, quem realmente está apto e destinado a dimensionar *in concreto* a lesão ao bem jurídico e a manifestação precisa das elementares do tipo é o magistrado no momento de aplicação da pena.

Não apenas a lesão ao bem jurídico e as elementares típicas são capazes de gradação e passíveis de consideração na aplicação da pena – sem violação do *ne bis in idem* –, mas também as categorias do delito, tal como desenvolvidas há séculos na teoria do fato punível. No plano do *injusto penal*, além das variações da culpa e do dolo, que expressam a magnitude do desvalor da ação da conduta,⁹ também as *causas de exclusão da antijuridicidade* podem ganhar relevância na fixação da pena. Em geral, essa argumentação deve servir apenas para atenuar a pena-base, já que a afirmação completa do elemento da teoria do delito é pressuposto da

⁸ Precisamente nesse sentido: BLOY, René. Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung. In: ZStW – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 107 (1995), p. 579 s.

⁹ HÖRNLE, Tatjana, Strafzumessungsrelevante Umstände der Tat”. In: Frisch (Org.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 2011, p. 115 ss.

imputação do delito. O fato de que, no caso concreto, apesar de não se reunirem todos os requisitos de uma causa de justificação, quase todos eles estarem presentes é algo que pode e deve ser considerado para atenuar a pena.¹⁰ É o caso, por exemplo, de situações próximas à real situação de *estado de necessidade* ou de *legítima defesa*,¹¹ ou ainda de casos de *consentimento* imperfeito da vítima.¹² Por exemplo, se a um paciente informa-se erroneamente a extensão de uma necessária amputação de perna, o consentimento é ineficaz, mas pode ser visto como um fator de diminuição do injusto da lesão corporal.¹³ Outro exemplo, relacionado ao estado de necessidade: A, para salvar um bem de sua propriedade de escassa importância, destrói um bem de B de maior importância. Embora a conduta de A não esteja justificada, segundo o art. 23, I, c/c art. 24, *caput*, CP, a causação do dano não é de todo arbitrária, e, por isso, essa circunstância próxima do estado de necessidade pode ser considerada relevante para a medição da pena.¹⁴

Ademais – e esse ponto nos interessa mais proximamente –, também a *culpabilidade em sentido estrito*¹⁵ é graduável e digna de consideração na fixação da sanção penal. Por exemplo, age com culpabilidade reduzida e, por isso, merece uma atenuação em sua pena, o agente que sofre uma

¹⁰ MEZGER, Edmund. *Strafrecht – Ein Lehrbuch*, 3. ed. Duncker & Humblot: München-Leipzig, 1949, p. 499; HILLENKAMP, Thomas. *Vorsatztat und Opferverhalten*, O. Schwartz: Göttingen, 1981, p. 239 ss.; FRISCH, Wolfgang. *Straftatsystem und Strafzumessung: Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Strafzumessungsentscheidung*, in: Wolter (org.), *140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1993, p. 14; PERALTA, José. *Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena*. In: DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31 (2008), p. 616–617; MEIER, op. cit, p. 167; CARVALHO, op. cit, p. 434.

¹¹ HÖRNLE, Tajana, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, p. 287 ss.;

¹² HILLENKAMP, op. cit, p. 240 ff.; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*. . . op. cit, p. 285–286; PERALTA, *Doxa* 31 (2008), p. 617; MEIER, op. cit, p. 167.

¹³ HILLENKAMP, op. cit, S. 247.

¹⁴ Nessa hipótese específica, isto é, aliás, o que prescreve a lei: o art. 24, §2º, CP (“Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços”). O mesmo exemplo, só que em referência ao CP espanhol, em: PERALTA, José. *Motivos reprochables: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 131.

¹⁵ Sobre esse conceito, em contraposição à culpabilidade em sentido amplo ou culpabilidade da aplicação da pena de que falam os arts. 29 e 59, do CP, ver TEIXEIRA, op. cit. . . RBCC 106 (2014), p. 27 ss; *idem*, op. cit. . . , Teoria da aplicação da pena, p. 115 ss, 131 ss.

grande pressão ou é induzido a cometer o delito, mas não a ponto de configurar a coação irresistível referida no art. 22, do CP.¹⁶ Adequada também se mostra a diminuição de pena para o agente que atua em *erro de proibição evitável*, conforme determina o art. 21, caput, segunda frase, segunda parte, CP. Se o juiz, não querendo fazer uso dessa causa de diminuição (caso não se entenda que o “poderá diminuir” deve ser lido como “deverá”), pode e deve ao menos levar em conta a situação de erro na formação da pena-base, na vetorial culpabilidade do art. 59 CP. É um imperativo decorrente do princípio da igualdade – e, também, do princípio da culpabilidade – punir menos severamente aquele que não possuía plena consciência da ilicitude de seu ato, em situação de quase exculpação, do que aquele que a possuía¹⁷.

2.1.2. Consequências Extratípicas do Delito

A segunda questão trata da possibilidade de valoração de circunstâncias ou *consequências extratípicas do delito* na dosimetria da pena¹⁸. É certo que, conforme o art. 59, CP, deve o juiz considerar as consequências e as circunstâncias do delito para determinar a pena-base do condenado. No entanto, não é qualquer consequência ou circunstância que pode ser objeto de consideração na dosimetria da pena. Em respeito ao princípio da legalidade e da culpabilidade, é necessário que haja uma *conexão normativa*, ainda que mínima, com o *tipo penal por cuja realização o autor está sendo processado*. De um lado, o magistrado não pode avaliar novamente circunstâncias em abstrato já valoradas pelo legislador, mas de outro pode e deve levar em conta a intensidade da lesão ao bem jurídico e também a intensidade das elementares típicas que permitem gradação, sendo-lhe vedado inserir em sua avaliação outras circunstâncias que não guardem conexão com o delito praticado pelo acusado. Doutro modo, nega-se

¹⁶ Nesse sentido MEZGER, op. cit, p. 500; HÖRNLE, op. cit... Tatproportionale Strafzumessung, p. 320 ss; CARVALHO, op. cit... Penas, p. 434.

¹⁷ Em detalhes, ver os estudos de LEITE, Alaor. Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal. 2a ed., São Paulo, 2014, p. 105 e ss.; ver também *idem*, Existem deveres gerais de informação no Direito Penal?. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 23, n. 2 (2013), p. 215 e ss.; *idem*, Der Unrechtszweifel als Verbotsirrtum, GA 2012, p. 688 e ss.

¹⁸ Sobre o assunto: TEIXEIRA, Adriano. Aplicação da pena, dogmática penal e teoria do delito: O exemplo da relevância das consequências extratípicas do delito na aplicação da pena. In: Campos/Bedê Jr. (org.), Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade, Salvador: Podium, 2017, p. 23 ss.

vigência àquela máxima enunciada logo ao início deste parecer. Em relação às consequências do delito, por exemplo, exige a doutrina alemã que haja um nexo de causalidade e previsibilidade entre a ação típica e suas consequências, de forma aproximada ao que ocorre na teoria do delito quando se avalia a conexão entre conduta e resultado. Isso quer dizer que todo aumento da pena-base deve basear-se em circunstâncias que estejam na *esfera de controle do autor* do delito: assim como não se pode imputar o delito de homicídio ao sujeito que lesiona outrem que vem a falecer no transporte ao hospital em razão de acidente de trânsito¹⁹, não se pode aumentar a pena de um condenado por fatores que não guardem qualquer nexo de imputação com o delito pelo qual ele foi condenado. Além disso, parte respeitável da doutrina, liderada por Frisch, exige que as consequências do crime estejam compreendidas no *fim de proteção da norma* do respectivo tipo penal²⁰, um conhecido critério já amplamente desenvolvido no âmbito da teoria da imputação objetiva, sobretudo por Roxin²¹. Assim, o fato de um empresário entrar em desespero e suicidar-se após sofrer um avassalador estelionato²² não pode ser tomado em consideração na fixação da pena, pois o bem jurídico protegido pelo tipo penal do art. 171, CP, é apenas o patrimônio

¹⁹ GRECO, Luís. Uma panorama da teoria da imputação objetiva, 4ª edição. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014, p. 107 s.

²⁰ FRISCH, Wolfgang. Die „verschuldeten“ Auswirkungen der Tat – Zugleich ein Beitrag zur Irrtumsproblematik im Strafzumessungsrecht, in: GA – Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1972, p. 321, 333; *idem*, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafrechtsdogmatik, in: ZStW – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Vol. 99, 1987, parte II, p. 751 ss (754); Bloy, op. cit., p. 585; HORN, Eckhard, in: WOLTER, Jürgen (Org.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Carl Heymanns: Colonia, 2001, § 46, Nm. 109; WOLTERS, Gereon, in: Comentário a BGH, Beschl. 25. 4. 2001 – 1 StR 143/01, StV – Strafverteidiger 2/2002, p. 77; JÄGER, Wege zu einer dogmatischen Behandlung des Strafzumessungsrechts, in: Jung/Luxenburger/Wahle (Org.), Festschrift für Egon Müller, Nomos: Baden-Baden, 2008, p. 303; KINZIG, Jörg; STREE, Walter. In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst (Org.). Strafgesetzbuch Kommentar. 29. Ed., 2014, C.H Beck: Munique, 2014, § 46 Nm. 26a; ESCHELBACH, op. cit., § 46 Nm. 105 (por força do princípio da legalidade) FISCHER, Thomas. Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 64. Ed., C.H Beck: Munique, 2017, § 46 Nm. 34.

²¹ ROXIN, Claus. Strafrecht, Allgemeiner Teil, band I, 4. Ed., Neck: München, 2006, p. 401 e ss., p. 417 e ss.

²² Exemplo (adaptado) retirado de SCHÄFER, Gerhard; SÄNDER, Günther; VAN GEMMEREN, Gerhard. Praxis der Strafzumessung. 5. Ed., C.H Beck: Munique, 2012, p. 167.

da vítima, e não a sua vida. O volume do dano patrimonial, contudo, pode e deve ser considerado. A jurisprudência brasileira recente não permaneceu alheia a essa exigência de respeito aos princípios da legalidade e da culpabilidade na aplicação da pena. Em recente decisão, nesse sentido, o *Superior Tribunal de Justiça* firmou a posição de que meras especulações sobre possíveis danos psicológicos sofridos pela vítima em decorrência de abusos sexuais não podem fundamentar a majoração da pena-base.²³ Esse filtro normativo no âmbito da aplicação da pena, derivado da já amplamente aceita teoria da imputação objetiva, conduz a uma outra conclusão fundamental: uma circunstância, por exemplo, que dependa do *comportamento autorresponsável de um terceiro*²⁴ – seja este vítima do delito ou não – não pode ser utilizada para aumentar a pena-base do autor. Doutro modo, haveria um *resquício de responsabilidade objetiva* no cômputo final da pena do autor, que já não guardaria mais relação com o injusto efetivamente praticado, o que violaria o princípio da culpabilidade. A forma mais arcaica – mas que sobreviveu entre nós até a edição do art. 19 CP em 1984 – dessa violação eram os crimes qualificados pelo resultado. Superado esse disparate, é preciso atentar para o fato de que toda e qualquer adição de pena deve guardar relação com a culpabilidade do sujeito, e é disso que se trata aqui. Além disso, o limite dessa conexão normativa entre fato típico e circunstâncias ou consequências delitivas se manifesta também na dimensão *temporal*. Fatos ocorridos após a realização típica permanecem, a princípio, fora da determinação da pena (ressalva feita a possíveis fatores aptos a *minorar* a pena, como a reparação do dano e a confissão²⁵), pois o substrato legítimo da determinação judicial da pena limita-se, como se disse, ao injusto culpável, compreendido temporalmente entre o início da execução e a consumação ou exaurimento do crime²⁶. São os chamados *pós-fatos*, que por vezes sequer guardam qualquer relação normativa com o delito praticado pelo autor.

²³ AgRg no AREsp 1005981/ES, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017.

²⁴ Sobre a exclusão da imputação em casos de auto-colocação em perigo, ver, por todos, GRECO, op. cit., p. 70 ss.

²⁵ Com ulteriores referências SCHÄFER; SANDER; VAN GEMMEREN. Praxis der Strafzumessung, nm. 650 ss; sobre isso cf. TEIXEIRA, Aplicação da pena, p. 145, 152.

²⁶ ZACZYCK, Rainer. in: Neumann/Paffgen/Kindhäuser (org.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch. 4. Ed., Tomo I, 2013, § 22 nm. 2.

Evidentemente, todas as considerações acima exigem um esclarecimento do bem jurídico protegido pelo art. 95, L. 8.666/93, sem o que qualquer argumentação permaneceria imperdoavelmente vaga.

2.2. Bem Jurídico Protegido pelo art. 95, caput, da Lei 8.666/93

Nas decisões judiciais do processo criminal em que o Consultante foi condenado, com lastro em parte da doutrina, afirmou-se, de forma um tanto generalista, que o *objeto de proteção* da norma penal do art. 95, caput, L. 8666/93 seria a regularidade do procedimento licitatório.²⁷ Esse ponto de vista, no entanto, não é inteiramente correto. Não se quer dizer aqui que a lisura do procedimento licitatório não deva ser objeto de proteção do direito penal. Esse é o caso, por exemplo, dos art. 94 (“Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo”), art. 93 (“Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório”), mas não do art. 95, eis que o resultado da conduta nele descrita – o afastamento do certame – diferentemente das demais condutas citadas, constitui um direito do potencial licitante que acaba por se afastar e permanece, pois, dentro de sua zona de (auto)responsabilidade, ou seja, o transcurso do procedimento licitatório, de natureza pública, não é em si afetado por ingerência externa. Em outras palavras: desistir de participar de um certame é um direito – o mesmo não se pode dizer da devassa de um procedimento já em curso –, e o que é criminalizado é o afastamento de um licitante mediante determinadas condutas (violência, grave ameaça, fraude e oferecimento de vantagem), o que ocorre em um *momento anterior*, entre atores privados. O que realmente se atinge com a conduta do tipo do art. 95 é, na verdade, o *caráter competitivo do futuro certame*, mais especificamente: a possibilidade de a Administração Pública gozar de mais e melhores ofertas que uma situação de concorrência oferece.²⁸ Essa é a opinião da doutrina dominante a respeito do delito análogo previsto no código penal alemão

²⁷ Cf. COSTA JR, Paulo José da. Direito Penal das licitações: comentários aos arts. 89 a 99 da Lei n. 8666, de 21.6.1993. Saraiva: São Paulo, 1994, p. 46; GRECO FILHO, Vicente. Dos crimes da lei de licitações. 2ª ed., Saraiva: São Paulo, 2007, p. 110.

²⁸ GRECO FILHO, op. cit., p. 110, também reconhece isso como objeto de tutela do crime do art. 95, ao lado, porém, da regularidade do procedimento licitatório.

(§ 298 StGB)²⁹, e é também a opinião que, por vias transversas, acaba sendo defendida na doutrina brasileira³⁰. Nas decisões do presente processo criminal, mesmo quando se fala em lisura do certame, não se consegue fugir da obviedade de que essa lisura visa precisamente à garantia de uma livre concorrência que conduza a uma melhor contratação – e as citações referidas nas decisões escancaram esse fato. Atingidos são igualmente, *em graus e formas diferentes conforme a modalidade típica* (sobre isso, mais adiante C. II. 1.), os *potenciais licitantes afastados* do certame.

Portanto, o art. 95, caput, da Lei 8666/1993, ostenta um *objeto de proteção duplo*: um *bem jurídico coletivo* – a concorrência ou o caráter competitivo do certame – e um *bem jurídico individual* – a liberdade econômica ou concorrencial dos potenciais licitantes, que é afetada sobretudo nos casos de violência, grave ameaça e fraude. Na interpretação do tipo penal e, mais especificamente, na aplicação da pena, ambos os bens jurídicos tutelados pela norma devem ser levados em consideração. A intensidade da lesão a esse duplo bem jurídico é, a um só tempo, necessário objeto da análise do magistrado e também o limite de sua atuação: o que escapar da órbita desse duplo bem jurídico não pode ser objeto de valoração.

2.3. Resumo das Premissas Teóricas

De tudo quanto foi dito, podem ser extraídas algumas *premissas teóricas* que deverão guiar a análise do caso:

1. Em *primeiro* lugar, a vigência dos princípios da legalidade e da culpabilidade na aplicação judicial da pena conduz à proibição de valoração de circunstâncias abstratas já valoradas pelo legislador, o chamado *ne bis in idem*. Daqui não decorre – ao contrário, passa a ser determinante – que a intensidade da lesão ao bem jurídico, expressa sobretudo na hierarquia valorativa dos meios de execução do delito, não deva ser avaliada pelo magistrado. O magistrado pode aumentar a pena-base caso a lesão ao bem jurídico se manifeste de forma especialmente intensa. O fundamental é que, caso o legislador tenha já no

²⁹ Com ulteriores referências Grützner, Thomas, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, 2003, p. 414 ss.; HEINE, Günter; EISELE, Jörg. In: Schönke/Schröder (org.), Strafgesetzbuch Kommentar, § 298 nm. 1.; MOMSEN, Carsten; LAUDIEN, Sebastian. In: Beckische Online-Kommentar StGB, § 298 nm. 3.

³⁰ COSTA JR, op. cit., p. 46; GRECO FILHO, op. cit., p. 110.

plano da tipicidade estabelecido qualquer sorte de hierarquia valorativa entre os meios de execução, esta seja respeitada e levada em consideração pelo magistrado – como se verá, é precisamente o caso do art. 95, L. 8.666/93.

2. Em *segundo* lugar, todas as circunstâncias desfavoráveis ao sujeito devem guardar conexão normativa com o delito praticado, sendo vedado ao magistrado desvalorar consequências extratípicas do delito, sobretudo aquelas que estão fora da esfera de controle do autor e as que ocorrem após a consumação do delito, os pós-fatos impuníveis.
3. Em *terceiro* lugar, para realizar plenamente as decorrências dos princípios da legalidade e da culpabilidade acima descritas, toda argumentação utilizada para aumentar a pena-base deve estar no raio de atuação do (duplo) bem jurídico que o delito do art. 95, L. 8.666/93 visa a proteger.

3. Aplicação das premissas teóricas ao caso concreto

3.1. Os Argumentos que Justificam o Aumento da Pena-Base

Objeto deste parecer é a legalidade do aumento da pena-base do Consulente, condenado pela prática do crime previsto no art. 95, caput, L. 8666/1993, sobretudo com base no *argumento central e determinante* (abaixo 3., 3.2.), mantido na decisão do Recurso Especial, segundo o qual a formalização em cártula de avença, garantida por nota promissória, que visava ao afastamento de outro licitante, tornaria a conduta mais reprovável³¹. Em outras palavras, essa *circunstância* deveria ser considerada como *vetorial desfavorável* na análise da pena-base do Consulente, nos termos do art. 59 CP, de modo que o aumento de 2 meses acima do mínimo legal de 2 anos estaria justificado. Além disso, como *argumentos adicionais* (abaixo 3., 3.2.), sustenta-se que a movimentação posterior do Poder Judiciário em razão do protesto da cártula e o anormal desprezo à legalidade e às instituições responsáveis pelo sistema de crédito seriam circunstâncias desfavoráveis ao condenado. No entanto, essa argumen-

³¹ O argumento inicialmente existente na Sentença e mantido em sede de Apelação Criminal de que o efetivo afastamento do concorrente, decorrente do oferecimento de vantagem, seria igualmente uma circunstância desfavorável parece ter sido abandonado a partir da decisão dos Embargos Infringentes e de Nulidade e não aparece na decisão do Recurso Especial.

tação, além de não levar suficientemente em conta a estrutura do tipo em questão, não convence por violar os princípios básicos da aplicação da pena acima mencionados. Os *contra-argumentos* são de grande simplicidade e de inegável força, e podem ser adiantados: diante da gradação das modalidades típicas escolhidas pelo legislador no art. 95, L. 8.666/93 (violência, grave ameaça, fraude e oferecimento de vantagem de qualquer tipo), o oferecimento de vantagem revela-se o modo estruturalmente menos grave de realização do tipo (abaixo 3, 3.2, 3.2.1); ademais, dentro da modalidade “oferecimento de vantagem” ou “corrupção”, a formalização do ajuste entre os licitantes, seguida de protesto judicial da cártula, não extrapola o normal ou usual normativo desse tipo de conduta; ao contrário, há, no caso, uma situação de quase exculpação, que indica uma avaliação favorável ao condenado (abaixo 3., 3.2, 3.2.2); a movimentação do Poder Judiciário em razão do protesto da cártula e da cautelar de sustação são escancaradamente pós-fatos impuníveis e, por fim, a consideração de que o desprezo à legalidade ou às instituições responsáveis pelo sistema de crédito revelar-se-ia como circunstância desfavorável não guarda qualquer conexão delitativa com o crime que visa a tutelar o certame licitatório (abaixo 3., 4.).

Começaremos pelo *argumento central* e seus desdobramentos.

3.2. Argumento Central: A Formalização, Garantida por Nota Promissória, do Oferecimento de Vantagem para Afastar Licitante como Circunstância Desfavorável Ao Condenado

3.2.1. Gradação dos Meios De Execução do Delito: Oferecimento de Vantagem como Meio de Execução Estruturalmente Menos Grave

O legislador decidiu criminalizar quatro formas de (procurar) afastar um potencial licitante: por meio de *violência, grave ameaça, fraude* ou *oferecimento de vantagem de qualquer tipo*. Essas modalidades típicas expressam o *desvalor de ação* do crime do art. 95, caput, da Lei 8666/1993. Ao enunciar os meios de execução, o legislador estabeleceu já no plano do tipo uma determinação mais precisa desse desvalor de ação, sem, no entanto, estipular formas qualificadas de realização do tipo. Afinal, não seria difícil imaginar que o legislador se contentasse em descrever o verbo típico “afastar” ou “procurar afastar”, sem enunciar os meios de execução. Um primeiro olhar revela que o legislador, em louvável homenagem ao mandamento da taxatividade, buscou uma descrição mais concreta da

conduta proibida. Contudo, sem muito esforço igualmente percebe-se que *essas formas de realização do tipo são qualitativa e normativamente distintas*. Essas diferenças qualitativas e normativas devem ser levadas em consideração pelo magistrado no momento de determinação da pena.

Viu-se que, ao lado do caráter competitivo da licitação, um dos bem jurídicos protegidos pela norma penal em questão é a liberdade econômica ou concorrencial do potencial licitante, que é afastado ou que se busca afastar. Essa liberdade, por sua vez, é afetada de modo distinto por cada uma das modalidades inscritas no tipo penal. Provavelmente de forma consciente, o legislador *escalonou as formas de realização do delito de maneira decrescente*, de modo que a violência é claramente a forma mais grave de se ferir a liberdade de competir e o oferecimento de vantagem evidentemente, a menos grave. Essa é a razão pela qual o legislador, ao estipular o marco penal previsto no tipo penal, ressaltou a punição adicional decorrente do uso de violência: “Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, *além da pena correspondente à violência*”. Afinal, a violência é um injusto autônomo em qualquer contexto. O oferecimento de vantagem, não (abaixo 3., 3.2., 3.2.2, b). Pode-se até discutir que não há diferença substancial entre violência, grave ameaça e fraude, mas indubitavelmente, *do ponto de vista da vítima individual*, a corrupção – o oferecimento de vantagem – é o meio de execução delitativa mais branda, e por algumas razões.

A diferença fundamental é que a “vítima” não tem sua esfera de liberdade propriamente invadida, pois a decisão de aceitar a vantagem e se afastar do certame ainda permanece dentro da *zona de autorresponsabilidade* – no caso, houve mesmo avença, negócio jurídico, expressão maior de um encontro de vontades, admitida nas decisões judiciais existentes no processo criminal que condenou o Consulente. A modalidade típica do oferecimento de vantagem é tão especial – e tão irrelevante para o bem jurídico individual do potencial licitante – que o legislador, no parágrafo único do art. 95 da Lei 8.666/1993, incrimina, com a mesma pena do *caput*, aquele que “se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida”. Nessa hipótese, o potencial licitante não é vítima, senão *autor do crime*. Apenas sujeitos autorresponsáveis podem ser autores de crimes. Não ocorreu ao legislador, como não poderia deixar de ser, prever a punição do licitante afastado mediante atos de violência ou por meio de fraude. A rigor, violência, grave ameaça ou fraude são precisamente formas de atuação que fundamentam a autoria mediata, tornando o outro sujeito um *instrumento*, enquanto que o oferecimento

de vantagem fundamenta apenas uma forma de participação em sentido estrito, a saber, a instigação³². Dessa forma, *o próprio legislador reconheceu a diferença qualitativa entre os meios de execução enunciados.*

O direito positivo fornece ainda uma outra indicação da sensível diferença entre os meios de execução do delito em questão, sobretudo no que tange à gravidade dos meios violência ou grave ameaça. A pena privativa de liberdade imposta ao Consulente foi substituída por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, CP. Ocorre que um dos requisitos negativos para a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos é, conforme o art. 44, I, CP, que o crime não seja “cometido com violência ou grave ameaça à pessoa”. Ou seja, o legislador da Parte Geral reconhece e confere efeitos práticos à distinta gravidade dos meios executórios que envolvem violência ou grave ameaça: são meios estruturalmente mais graves. *Igualar o oferecimento de vantagem a esses meios contraria não só o senso comum jurídico, mas já o direito positivo brasileiro.*

Tudo isso quer dizer que, na modalidade típica “oferecimento de vantagem”, apenas o bem jurídico coletivo “concorrência” – ou, caso assim se queira, “lisura do certame” – é atingido. O bem jurídico da liberdade econômica ou concorrencial do outro licitante permanece intacto, sobretudo em casos em que o acordo de vontade se revela de maneira clara, como é caso. Aqui há uma lesão menos intensa do duplo bem jurídico do crime do art. 95, L. 8.666/93. *O injusto, portanto, daquele que afasta ou procura afastar licitante por meio de violência, grave ameaça ou fraude, é estruturalmente maior que o injusto daquele que persegue o mesmo objetivo através do oferecimento de vantagem.* Essa discrepância tem de ser forçosamente levada em consideração na dosimetria da pena. Afinal, para dizê-lo de maneira simples, o afastamento de licitante por meio de métodos de tortura é certamente sempre mais grave do que o ajuste realizado a partir do oferecimento de vantagem de qualquer tipo. Como é possível haver casos de afastamento do certame cometidos por violência cuja pena-base aplicada permanece no mínimo legal, o magistrado deve sempre avaliar com cuidado qualquer aumento da pena-base para casos de oferecimento de vantagem, em que o outro licitante atua autorresponsavelmente, sem ter a sua esfera individual invadida.

³² A esse respeito, em detalhes, ver GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato*, Marcial Pons: São Paulo/Madri/Barcelona/Buenos Aires, 2014, sobretudo p. 25 e ss, p. 58 e ss., p. 65 e ss.

Dessa argumentação pode-se extrair uma relevante conclusão: *qualquer aumento da pena-base em caso de oferecimento de vantagem deve se basear em circunstâncias que se revelem graves ao ponto de justificar uma certa equiparação com os outros meios de execução estruturalmente mais graves*. O afastamento de licitante por meio de violência, ainda que leve, é *ceteris paribus* e estruturalmente mais grave que o que ocorre por meio de oferecimento de vantagem. Concretamente: o magistrado que aumentar a pena-base do afastamento de licitante por meio de oferecimento de vantagem deve estar disposto a dizer que este caso pode ser equiparável a um caso de afastamento por meio de violência, ainda que leve. Doutro modo, nega-se vigência à *hierarquia valorativa da própria ordem jurídica brasileira*. As circunstâncias do oferecimento da vantagem devem ser de tal maneira graves que operem uma *compensação da ausência de lesão ao bem jurídico individual*, sempre *eo ipso* lesionado quando o crime é cometido por violência, grave ameaça ou fraude. A verificação da intensidade da presença das elementares típicas – no caso, dos meios de execução enunciados –, não é vedada ao magistrado, como se viu (acima 2., 2.1, 2.1.1.). Mais do que isso, essa análise constitui o relicário do penoso mister judicial. O fundamental é que essa análise respeite os critérios de orientação oferecidos pelo legislador.

Nesse caso, é possível formular a seguinte regra: o *oferecimento de vantagem de qualquer tipo tende, como ponto de partida, à permanência no mínimo legal*, a não ser que o caso apresente circunstâncias tão anormais que justifiquem um aumento de pena-base. Esse aumento, de todo modo, deve respeitar o *ne bis in idem* e a proibição de valoração de consequências extratípicas que não estejam compreendidas no fim de proteção da norma do respectivo tipo penal (acima 2., 2.1, 2.1.1. e 2.1.2).

3.2.2. Formalização da Vantagem como Fator que Extrapola o Usual ou o Normal do Delito?

Como visto, o argumento utilizado para o aumento da pena-base do Consultante baseia-se na inferência de que o *modo de execução do delito, a formalização em avença garantida por nota promissória, extrapolou o usual ou o normal deste crime*. Na decisão de Apelação Criminal lê-se: “Com efeito, os fatos ora em análise *destoam*, consideravelmente, do que se observa nos crimes da mesma espécie, merecendo maior reprimenda, tendo em vista que não só houve o oferecimento de vantagem indevida, como foi formalizada em contrato e garantida por título de crédito” (p. 26; grifa-

mos). Na decisão dos Embargos Infringentes e de Nulidade pode-se ler que se estaria diante de um “*anormal* trato à legalidade e às instituições responsáveis pela defesa do crédito” (p. 1; grifamos). Antes de analisar a validade material do argumento (abaixo b), deve-se definir o que, no âmbito da aplicação da pena, se entende por “usual” ou “normal” e qual sua importância para a construção da sanção penal (abaixo a).

a) O “Caso Normal” do Delito

Constitui um *corolário da proibição de dupla valoração* que circunstâncias do fato delitivo que constituem o caso-regra ou o caso normal daquele delito (“Regeltatbild” ou “Normalfall”) não podem ser evocadas para majorar a pena, pois já foram pensadas e “usadas” pelo legislador quando estabeleceu a incriminação e a pena nos limites do marco penal. Assim se posiciona de forma majoritária jurisprudência e doutrina alemãs, desde o Tribunal do Império (Reichsgericht).³³ Circunstâncias concretas do delito que comumente se apresentam na prática e representam, assim, o caso normal do respectivo crime, não podem ser utilizadas para majorar a pena.³⁴ Logo, para fundamentar uma exasperação de pena é necessário que se indique que o caso em questão extrapole o usual – imaginado pelo legislador ao confeccionar o tipo – inerente àquele delito. O caso deve ser *anormal*, não apenas no sentido de destoar, mas de destoar de maneira a intensificar a lesão ao bem jurídico ou o desvalor de ação. Deve ser *anormal em sentido negativo*. Por exemplo, o Tribunal Federal da Alemanha – o Bundesgerichtshof (BGH), equivalente ao nosso STJ – declarou ser inaceitável que se considere, no crime de roubo, o temor causado na vítima como fator de majoração da pena.³⁵ O próprio BGH e a literatura reconhecem ser quase impossível determinar positivamente qual é o “caso normal” de um determinado delito, de modo que o essencial é buscar, negativamente, o que destoa sensivelmente da regra.

³³ RGSt 70, p. 292; BGH StV 1987, p. 62; BGH StV 1994, p. 370; BGH StV 1998, p. 656; BGH StV 1998, p. 657; TIMPE, op. cit., p. 54 ss; FRISCH, Wolfgang. Über die “Bewertungsrichtung” von Strafzumessungstatsachen: Ein Beitrag zur Problematik komparativer Aussagen im Strafrecht, in: GA 1989, p. 361; HETTINGER, op. cit., p. 159; NEUMANN, Ulfrid. Anmerkung zu BGH, Urt. v. 14.8.1990 . I StR 62/90, in: StV 1991, p. 257; STRENG, Franz. Strafrechtliche Sanktionen, 3. Ed., 2012, nm. 705.

³⁴ FRISCH, op. cit..GA 1989, p. 361.

³⁵ BGH StV 1982, p. 70 s; BGH NJW 1990, p. 2570; BGH StV 1997, p. 520; BGH StV 1998, p. 656, mais referências em STRENG, op. cit., nm. 706.

Seria possível falar em duas formas de caso normal: o *empírico ou estatístico* e o *normativo*. Utilizar o chamado “*caso normal empírico ou estatístico*”³⁶, ou seja, aquele que ocorre com mais frequência na prática, mostra-se não só irrealizável diante de sua difícil constatação³⁷, mas também indesejável: imagine-se, que em uma determinada cidade, casos mais violentos de estupro, com mutilação da vítima, fazem parte do dia-a-dia forense; um estupro com extrema violência não pode ser considerada o “caso normal” do tipo penal correspondente. Desse modo o uso exagerado de violência não poderia ser considerado na dosimetria da pena.³⁸ Por outro lado, igualmente difícil é determinar o “*caso normal normativo*”, ou seja, aquele que o legislador tinha em mente ao elaborar o tipo e o marco penal deste, pois o tipo é naturalmente aberto e comporta mais diversas formas de realizações típicas, as quais dificilmente se podem prever na vida real.³⁹ De toda sorte, embora de difícil concretização, o magistrado, ao minorar ou majorar a pena, caso a caso, tem de mostrar que os fatos ou as circunstâncias tomadas em consideração ficam aquém ou extrapolam o “caso normal normativo” *do tipo penal em questão*.⁴⁰ Isso quer dizer que o desvio do caso normal tem de ser verificado à luz das *valorações normativas já realizadas pelo legislador*. O trabalho deste é complementado pelo magistrado quando do inevitável confronto do caso concreto.⁴¹ Como ressalta *Neumann*, o “caso normal normativo” não é capaz de gerar um valor numérico que corresponda em termos de tamanho da sanção, mas fornece ao juiz um ponto de apoio para a valoração das particularidades do caso concreto no plano

³⁶ Favoralmente a esse método MEIER, Bernd-Dieter. *Strafrechtliche Sanktionen*, 3. Ed, 2009, p. 209.

³⁷ HETTINGER, op. cit., p. 149; FRISCH, op. cit..GA 1989, p. 352.

³⁸ Criticamente ao „caso normal estatístico“ HETTINGER, op. cit, p. 149 ss.; FRISCH, Wolfgang. *Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik – Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz Pallin (Teil II)*, in: *ZStW* 99 (1987), , p. 791 ss; *idem*, in: GA 1989, p. 352 ss.

³⁹ Nesse sentido: MONTENBRUCK, Axel. *Strafrahmen und Strafzumessung*, 1983, p. 34; HETTINGER, Michael, *Zum Geltungsbereich des Doppelverwertungsverbot und zum Begriff des “normalen Erscheinungsbild”*, in: GA 1993, p. 14 ss; MEIER, op. cit, p. 205, 209; STRENG, op. cit., nm 709 ss.

⁴⁰ Assim, FRISCH, op. cit...GA 1989, p. 361; NEUMANN, op. cit., 1991, p. 258 s; HETTINGER, op. cit...GA 1993, p. 18.

⁴¹ Sobre a divisão de trabalho entre legislador e juiz no âmbito da aplicação da pena cf. TIMPE, op. cit., p. 32 ss.

da fixação da pena.⁴² Com efeito, sem uma base de comparação, não é possível falar em atenuação ou majoração da pena.⁴³ Voltando ao caso objeto deste parecer, é preciso verificar, portanto, se a formalização do oferecimento de vantagem e a garantia da avença em nota promissória, desde um ponto de vista *normativo*, revelam-se um caso anormal mais grave de realização típica do art. 95, caput, da Lei 8.666/1993.

b) Formalização da Vantagem como *Caso Anormal Normativo?*

A maior ou menor reprovabilidade de um meio de execução de um crime tem de ser analisada à luz do bem jurídico protegido e também a partir das decisões previamente tomadas pelo legislador.⁴⁴ A incerteza quanto a definição do bem jurídico, ou a confortável hipostasiação de uma grandeza abstrata – “normal funcionamento da Administração” – possuem o efeito de autorizar a valoração negativa de uma série de circunstâncias que não guardam conexão com o delito específico, violando os princípios basilares da legalidade e da culpabilidade: a regularidade do procedimento licitatório, por exemplo, é garantida pela L. 8.666/93 *como um todo*. A especificação de injustos relacionados à licitação é corolário do mandamento de taxatividade que decorre do princípio da legalidade. Diante disso, tendo em vista que o bem jurídico protegido é a concorrência – com o que implicitamente concordam mesmo aqueles que negam ser esse o bem jurídico (ver acima 2., 2.2) –, é de se duvidar que a formalização da entrega da vantagem o afete em menor ou maior grau. O que poderia, sim, ser levado em conta é o valor exorbitante da vantagem oferecida ou a situação de extrema fragilidade do outro licitante – algo próximo à usura –, eis que quanto maior a vantagem, maior o risco que o agente passivo venha efetivamente se corromper e, com isso, afastar-se da licitação, diminuindo o número de concorrentes à disposição da Administração Pública. De todo modo, esse valor deve ser alto a ponto de negar a liberdade de vontade daquele que recebe a oferta, de maneira a que se possa equiparar esse caso com os casos de violência, grave ameaça ou fraude, em que a liberdade do outro licitante é *eo ipso* negada.

⁴² NEUMANN, op. cit., p. 259.

⁴³ HETTINGER, op. cit...GA 1993, p. 15.

⁴⁴ Assim TIMPE, op. cit., p. 60; nesse sentido também HETTINGER, op. cit...GA 1993, p. 26.

Nesse caso, o fundamental é levar em conta a gradação entre os meios de execução, acima mencionada (ver 2., 2.2). O meio de execução do crime do art. 95, da Lei de Licitações, no presente caso é o oferecimento de vantagem, ou seja, a *corrupção*. A corrupção é criminalizada a depender do contexto em que ocorre: Não há um delito de mero oferecimento de vantagem a outro sujeito.⁴⁵ Por exemplo, a corrupção praticada por um funcionário público, em razão de sua função, é um injusto penal em praticamente todos os ordenamentos jurídicos do mundo. A corrupção praticada, no entanto, em ambiente exclusivamente privado, por exemplo, entre representantes ou funcionários de uma empresa (ex: o diretor de uma empresa fornecedora se dirige ao gerente de compras de uma outra empresa e oferece-lhe uma porcentagem do valor do contrato caso o gerente opte por comprar o produto desse fornecedor) não constitui um crime no ordenamento jurídico brasileiro, embora vários países europeus, como a Alemanha desde 1909, já conheçam o delito de corrupção privada, atualmente previsto no § 299 StGB.

A corrupção sempre envolve, no mínimo, três atores: um agente, um principal e um cliente. O agente é corrompido pelo cliente, contrariando os interesses do principal pelos quais deveria zelar.⁴⁶ Assim, os efeitos nocivos da corrupção dependerão do contexto em que ocorre e de quais interesses estão em jogo. Na corrupção pública, os interesses afetados são da Administração e da população em geral (os principais) que se fazem representar e depositam confiança no trabalho do funcionário público (o agente). Como visto, na hipótese do art. 95, L. 8.666/93, o concorrente ao qual é oferecida a vantagem não é agente de ninguém, ou seja, a princípio ele representa e defende apenas os próprios interesses.

⁴⁵ VOLK, Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihrer Bekämpfung. In: Gössel/Triffterer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, 1999, p. 428; KINDHÄUSER, Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft, in: ZIS 2011, p. 468.

⁴⁶ PHILIPS, Michael. Bribery. In: Ethics, Vol. 94, No. 4, 1984, p. 624; GROENENDIJK, Nico. A principal-agent model of corruption. In: Crime, Law & Social Change 27 (1997), p. 210, 218; MEYER, Olaf. Combating Corruption by Means of Private Law – The German Experience. In: MEYER (Hrsg.). The Civil Law Consequences of Corruption, 2009, p. 152; KINDHÄUSER, op. cit., p. 463; SALIGER, Frank. Das Unrecht der Korruption. In: ALBRECHT; NEUMANN; KIRSCH; SINNER (Hrsg.). Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, 2015, p. 498; com ulteriores referências TEIXEIRA, Adriano. Das Unrecht der privaten Korruption im geschäftlichen Verkehr. 2018, p. 85 ss.

Viu-se também que, nessa hipótese, o que é potencialmente afetado pelo ato de corrupção é o caráter competitivo do futuro certame licitatório, que não mais contará com o maior número de propostas. Aqui, exceto, como já se mencionou, pelo altíssimo valor da vantagem como índice de um maior ou menor risco de corrupção, ou em face de situação próxima à usura, a forma da tratativa ou do ajuste pouco importa para a análise da intensidade da lesão ao bem jurídico protegido pelo art. 95, caput, da Lei de Licitações: o caráter competitivo do certame não é afetado pela *forma* como se combinou o modo de entrega da vantagem, mas pela própria oferta. Ainda que se queira dizer, como preferem alguns autores, que o que está em jogo é a regularidade do procedimento licitatório, ter-se-ia que concluir da mesma maneira: essa regularidade não é afetada pela *forma* – se telefônica, se via email, se pessoalmente – do oferecimento da vantagem.

A partir do que foi dito acima (3., 3.2, 3.2.1), não parece ser possível dizer que o ajuste formalizado em negócio jurídico, garantido por nota promissória, esteja no mesmo plano dos outros meios de execução do delito (violência, grave ameaça ou fraude), de modo que *a tendência à permanência no mínimo legal do afastamento de licitante por meio de oferecimento de vantagem deve ser aqui confirmada*: não há nada que indique, em sentido negativo, que se está diante de um *caso anormal normativo* de afastamento de licitante. Ou seria esse caso mais grave do que o afastamento por meio de um caso normal cometido por violência, como por exemplo o afastamento por meio de seguidos de agressões físicas e ameaças graves?

c) Formalização da Vantagem como Caso *Anormal Empírico*?

Todavia, deixando de lado esse fundamental aspecto *normativo*, também do ponto de vista *empírico*, não se pode dizer que a formalização em cártula da vantagem representa um meio de execução especial da corrupção do art. 95. Pois, mesmo em comparação com outros casos, a formalização do contrato não torna a ação mais grave, eis que modos muito mais sofisticados de corrupção fazem parte do dia-a-dia forense, como o uso de empresas fantasmas, laranjas, contratos simulados etc. *A rigor, é o grau de sofisticação – e não a ingenuidade – do estratagema que em regra serve como circunstância desfavorável ao condenado, no sentido do art. 59 CP.*

Essa posição é confirmada por decisões do *Supremo Tribunal Federal*. Emblemático nesse sentido é o caso que foi objeto da Ação Penal 470/MG STF, nacionalmente conhecido sob o epíteto de “Mensalão”.

Repare-se que nos seguintes trechos extraídos da inabarcável sentença a real sofisticação dos meios de execução da corrupção serviu como fundamento para a elevação da pena-base dos réus desse processo: “Conspurcou certos símbolos do poder político, ao utilizar o gabinete da Casa Civil da Presidência da República, no Palácio do Planalto, para manter reuniões com os operadores do esquema criminoso e também com outros corréus, valendo-se, assim, da segurança de conversas reservadas e clandestinas que só vieram a público em razão das declarações do corréu ROBERTO JEFFERSON, que deu notícia da existência de mais de uma dezena de visitas de MARCOS VALÉRIO à Casa Civil no período dos fatos. Além disso, JOSÉ DIRCEU também se utilizou da estrutura empresarial oferecida pelos réus MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ, RAMON HOLLERBACH e ROGÉRIO TOLENTINO, de modo profissional, reiterado, rotineiro, duradouro, para que os pagamentos a parlamentares pudessem ser realizados de maneira camuflada e com extrema eficiência, especialmente às vésperas de importantes votações, como as reformas Tributária, Previdenciária e outros projetos citados ao longo deste voto” (STF-fl. 57908); “No caso, o acusado recebeu repasses vultosos, sob o manto dos contratos assinados por sua empresa, simulando a prestação dos serviços” (STF-fl. 57940); “No caso, MARCOSVALÉRIO utilizou-se de sua estrutura empresarial para funcionar como grande central de distribuição de recursos em espécie para Deputados Federais, logrando distribuir, com eficiência, recursos milionários aos parlamentares. Vale salientar que os pagamentos, em relação a cada crime de corrupção ativa, foram efetuados ao longo dos anos de 2003, 2004 e 2005. No ano de 2005, o acusado ROBERTO JEFFERSON afirmou que pediu a JOSÉ DIRCEU o cumprimento do acordo pelo qual, em 2004, os réus acertaram pagamentos no montante de R\$ 20 milhões, cuja primeira parcela foi entregue por MARCOS VALÉRIO em 2004, no valor de R\$ 4 milhões. Para dar cumprimento a esse acordo, foi realizada a viagem dos corréus MARCOSVALÉRIO, EMERSON PALMIERI e ROGÉRIO TOLENTINO a Portugal, realizada em janeiro de 2005. Isso para ficar em apenas um dos casos. Cuida-se de circunstâncias graves e que também conduzem à elevação da pena-base a patamar superior ao mínimo legal” (STF-fl. 57947-48).

Da mesma forma pode-se ler no HC 117719/RN, julgado igualmente pelo *Supremo Tribunal Federal*, o trecho do voto do Min. Teori Zavascky, p. 3: “Vê-se, pois, que não há nenhum vício apto a justificar

o redimensionamento da pena-base fixada na sentença condenatória. São idôneos os fundamentos que consideraram elevada a *culpabilidade* do paciente, especialmente porque evidenciam que ele, justamente por possuir amplo discernimento sobre a ilicitude dos atos praticados, considerados, ainda, seu nível de instrução intelectual e sua condição social, orientava seus comparsas a agirem de forma rápida para não serem flagrados pela polícia, o que revela uma maior audácia; *a existência de um “sofisticado esquema montado para a prática dos ilícitos” e o fato de as “doações” serem entregues em datas próximas às eleições, como forma de garantir um maior número de votos, igualmente, são circunstâncias do crime que justificam a exasperação da pena-base*” (grifamos).

A sofisticação dos meios de corrupção é promovida comumente, portanto, no sentido da *ocultação* da transação. No caso dos autos, trata-se exatamente do oposto. A formalização em cartula e o posterior protesto tornam pública e transparente a transação e revelam, antes, *uma certa ingenuidade da ação criminosa, muito próxima das situações em que o sujeito não possui a certeza da proibição de sua conduta, ou seja, de erro de proibição evitável*. Quem, afinal, ingressaria em juízo para litigar em torno de uma nota promissória que, a rigor, funda-se em crime⁴⁷? Difícil imaginar sujeitos dispostos a levar à justiça a prova da autoria de materialidade de um crime por eles próprios cometidos. Como já afirmado, além da intensidade da lesão ao bem jurídico, também as categorias da teoria do delito são graduáveis e podem ser valoradas em favor ou em desfavor do condenado (ver acima 2., 2.1, 2.1.1). As situações de quase exculpação, por exemplo, sinalizam uma diminuição da reprovabilidade, ou seja, uma diminuição da pena-base. Elas indicam uma espécie de *caso anormal positivo*.

Diante disso, pode-se chegar a duas conclusões: *também a partir do ponto de vista empírico, ou a formalização da vantagem não representa qualquer incremento no injusto do delito de afastamento de licitante ou indica um fator redutor da culpabilidade e, por consequência, da pena*. Isso foi corretamente

⁴⁷ Note-se que, nesse caso, a nota promissória sequer circulou, de modo que permaneceu vinculada a uma avença com objeto ilícito, não perfazendo verdadeira “garantia”; ver ULHÔA COELHO, Fábio. Curso de Direito Comercial. Vol. 1, 9 ed., 2005, Saraiva: São Paulo, p. 377: “Pelo subprincípio da abstração, o título de crédito, quando posto em circulação, se desvincula da relação fundamental que lhe deu origem. Note-se que a abstração tem por pressuposto a circulação do título de crédito. Entre os sujeitos que participaram do negócio originário, o título não se considera desvinculado deste”.

percebido pelo Des. Federal, revisor da Apelação Criminal do processo em análise, cujas considerações merecem ser reproduzidas: “O fato, na minha concepção, Sr. Presidente, aqui com a vênua devida, de ter sido formalizada em contrato e garantida por título de crédito não indicaria uma vetorial negativa porque exatamente por ter sido formalizada em contrato e garantida por título de crédito e o título de crédito ter sido trazido em execução e por decorrência ao conhecimento público é que se dá a descoberta da própria infração penal, isso então não seria uma circunstância negativa, muito ao contrário, com a vênua devida” (Apelação, p. 34).

4. Argumentos adicionais: “Movimentação da justiça” em razão ao protesto da cártula e cautelar de sustação do protesto e “prejuízo ao sistema de crédito” como circunstância extratípica do delito

Os argumentos adicionais, inicialmente constantes da decisão dos Embargos Infringentes e de Nulidade, e aparentemente mantidos na decisão do Recurso Especial para majorar a pena-base repousam, além de na formalização da vantagem em si, na *indevida movimentação da Justiça promovida pelos licitantes*, o que teria, ademais, causado “*prejuízo ao sistema de crédito*”. Esses argumentos não podem justificar qualquer elevação da pena-base, por duas razões, para não mencionar o fato de que tal movimentação da Justiça é que proporcionou a notícia do cometimento do crime, em confortável lance de autoincriminação: o litígio judicial para cobrança da nota promissória, cujo impulso inicial foi dado não pelo Consulente, mas pelo outro licitante, é mero *pós-fato* (abaixo I); além disso, trata-se evidentemente de uma *circunstância extratípica, completamente alheia ao tipo penal do art. 95, Lei 8.666/1993* (abaixo II), nos termos das premissas teóricas assentadas ao início deste parecer (acima 2., 2.1, 2.1.1. e 2.1.2.).

- I. O delito do art. 95 *consuma-se* já com a oferta da vantagem, ou seja, não é nem sequer necessário o efetivo afastamento do potencial licitante⁴⁸. No caso em questão, contudo, o concorrente de fato se afastou. No momento em que ele se afastou, logo, o crime *exauriu-se*. O protesto da cártula ocorreu em momento muito posterior ao *iter criminis*, após a *consumação*

⁴⁸ GRECO FILHO, op. cit., p. 111.

e mesmo ao *exaurimento* do crime⁴⁹. Ignora-se, assim, que há uma dimensão temporal que opera como limitadora na aplicação da pena (acima 2., 2.1, 2.1.2). Tem-se aqui um exemplo límpido e incontroverso do que se conhece por mero *pós-fato*⁵⁰, como foi corretamente reconhecido pelo relator Des. Federal no julgamento dos Embargos Infringentes.

- II. Ainda, o protesto da cártula e a consequente movimentação da Justiça não guardam qualquer *relação normativa* com o tipo penal do art. 95, que não quer proteger a Administração da Justiça. Pode-se até dizer que movimentar a Justiça desnecessariamente ou por motivos escusos constitui uma imoralidade ou até, reunidos requisitos, uma ilicitude. Há delitos que protegem a Administração da Justiça. No entanto, esse fato não possui qualquer ponto de contato com o *fim de proteção da norma* do delito pelo qual o Consulente está sendo processado. Não se pode puni-lo em virtude de uma indesejável movimentação da Justiça por via transversa, qual seja, por meio da majoração da pena do crime do art. 95, caput, da L. 8666/93. *O protesto da cártula constitui, portanto, além de um pós-fato, uma circunstância extratípica impunível* (acima 2., 2.1, 2.1.2) Ademais – e isso parece decisivo – a movimentação da Justiça deu-se por impulso inicial do outro licitante, que protestou a cártula. Como já afirmado acima, não se pode punir por uma circunstância sob o controle *autorresponsável de um terceiro*. Que o “sistema de crédito” nada tem a ver com esse delito licitatório parece ser desnecessário dizer.

5. Resumo das conclusões

É possível resumir as conclusões a que chegou este parecer ao aplicar as premissas teóricas ao caso concreto:

1. O argumento central utilizado para fundamentar a fixação da pena-base do Consulente acima do mínimo, segundo o qual a formalização, garantida por nota promissória, do oferecimento de vantagem para afastar licitante atuaria como circunstância

⁴⁹ Sobre essas fases do delito ver SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**, Parte Geral. 7. Ed., Curitiba, p. 373 e ss.

⁵⁰ SCHÄFER; SANDER; VAN GEMMEREN, op. cit., nm. 669 ss.

desfavorável ao condenado, não se sustenta sobretudo por duas razões: contrariando valorações já existentes no direito positivo brasileiro – violando-o, assim –, o argumento ignora a gradação das modalidades de realização do tipo do art. 95, L. 8.666/93, nas quais o oferecimento de vantagem se apresenta como o meio de execução menos grave, se comparado à violência, à grave ameaça e à fraude. O oferecimento de vantagem só poderia fundamentar uma pena acima do mínimo caso, no caso concreto, se revelasse tão grave a ponto de se igualar valorativamente a um ato de violência, grave ameaça ou fraude. Viu-se, no entanto, que a corrupção presente neste caso não extrapola nem normativa nem empiricamente o “normal” desse meio de execução do delito. Antes, diante de uma situação de rara ingenuidade – o protesto de cártula produto de avença com objeto criminoso – próxima a um erro de proibição evitável, o oferecimento de vantagem neste caso concreto destoa positivamente do usual, ou seja, indica uma culpabilidade atenuada.

2. Ademais, o argumento adicional trazido no julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade relacionado à indevida movimentação da Justiça por parte dos licitantes, que teria causado “prejuízo ao sistema de crédito” tampouco é apto a justificar um incremento da pena-base, pois se trata de um mero pós-fato, ocorrido após a consumação e o exaurimento do delito e de uma circunstância extratípica completamente descolada do fim de proteção da norma do art. 95, L. 8.666/93.
3. A conclusão não pode ser outra, senão a de que o aumento da pena-base do Consulente em 2 meses pela prática do crime previsto art. 95 da L. 8.666/93 constitui uma *aplicação ilegal* do art. 59, caput, CP.