

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
Escola de Lisboa



**CONTRIBUTO PARA A ANÁLISE DO NOVO
CRIME DE RECEBIMENTO INDEVIDO DE
VANTAGEM**

Rita Maria Meira Niza

Dissertação realizada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos
Mestrado Forense

Orientação: Professor Doutor Germano Marques da Silva

Lisboa, Março de 2012

Índice

Lista de siglas e abreviaturas.....	3
Introdução.....	4
1. Evolução histórico – legislativa.....	9
2. A influência de sistemas penais estrangeiros.....	13
2.1. A influência do sistema penal alemão.....	13
2.2. A influência do sistema jurídico espanhol.....	18
3. Trabalhos preparatórios e processo legislativo – Da discussão à tipificação do crime de recebimento indevido de vantagem.....	20
4. A comparação do tipo legal co crime de recebimento indevido de vantagem com tipos legais de crime próximos.....	23
4.1. O crime de corrupção passiva.....	23
4.2. Corrupção sem demonstração do acto concretamente pretendido..	26
5. O crime de recebimento indevido de vantagem.....	29
5.1. Uma primeira análise.....	29
5.2. Determinação e definição do bem jurídico.....	29
5.3. Classificação do tipo legal como um crime de dano ou de perigo abstracto e do crime de mera actividade ou de resultado.....	32

Contributo para a análise do novo crime de recebimento indevido de vantagem

5.4. A conduta típica.....	34
5.4.1. O sujeito activo: o funcionário.....	34
5.4.2. A solicitação e aceitação da vantagem.....	34
5.4.3. O plano da funcionalidade: “no exercício das funções ou por causa delas”	35
5.4.4. A vantagem – natureza e características e o carácter “indevido”	39
6. A causa de exclusão da tipicidade: o comportamento socialmente adequado.....	41
6.1. O critério do valor (diminuto).....	46
7. Reflexão sobre as repercussões processuais do crime de recebimento indevido de vantagem.....	50
Conclusão.....	54
Referências bibliográficas.....	60

Lista de siglas e abreviaturas

Art.	Artigo
C.P.	Código Penal
CDS – PP	Cento Democrático Social - Partido Popular
Cfr.	Conferir
N.º	Número
Ob. cit.	Obra citada
P.	Página
PS	Partido Socialista
PSD	Partido Social Democrata

Introdução

Na presente dissertação é nosso propósito tentar compreender e analisar o crime de recebimento indevido de vantagem numa perspectiva que se pretende global mas que incida, principalmente, sobre a problemática criminal da venalidade no exercício das funções públicas, tarefa que não será nada fácil, não só devido à novidade do tipo legal de crime mas também aos limites impostos no que concerne à elaboração da dissertação, daí que, e por isso mesmo, e perspectivando esta dissertação como uma viagem, é com toda a oportunidade que aqui citamos as palavras de Vasco da Gama ao Rei de Melinde «*Por mais que diga, mais me há-de ficar inda por dizer*» (Luís de Camões, Os Lusíadas, III, 5).

Assim, e animados do propósito de alcançar tais objectivos e de enriquecer o tema com algumas posições próprias, abordaremos, num primeiro momento, e de forma mais desenvolvida, o referido tipo legal de crime, numa perspectiva de direito substantivo e, num segundo momento, ainda que de forma mais sintética, efectuaremos uma reflexão sobre as suas repercussões processuais.

A corrupção, como já variadíssimas vezes foi afirmado, é um fenómeno de elevada danosidade social, que percorre transversalmente todas as épocas e nações, havendo assim que reconhecer como suas principais características, a transversalidade, a universalidade e a intemporalidade.

Aliás, e tal como LUÍS DE SOUSA refere «*A corrupção é um problema mundial, comum a todas as sociedades, regimes e culturas e detectável em diferentes períodos da História da Humanidade. A corrupção não tem fronteiras. Não se trata de um fenómeno circunscrito a um tipo de cultura ou grau de desenvolvimento. É uma realidade transcultural. Não se trata de um fenómeno identificável apenas em regimes democráticos*»¹.

Noutro passo, e como sabiamente refere MOURAZ LOPES², nos últimos anos, face à incapacidade do sistema penal tratar adequada e eficazmente o fenómeno da corrupção, tem-se assistido também em Portugal a um transvaze da corrupção, ao ponto

¹ SOUSA, Luís de, «Corrupção», Fundação Francisco Manuel dos Santos e Luís de Sousa, Relógio D'Água Editores, Abril 2011, p. 11.

² LOPES, José Mouraz, «Os novos crimes urbanísticos no Código Penal», *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 1.ª Edição, Abril 2011, p.66-67.

do discurso jurídico-político ter tomado as rédeas do fenómeno da corrupção e de ter enveredado, também, pelo fomento de políticas preventivas e criação de estruturas preventivas, como foi o caso do Conselho de Prevenção da Corrupção que apesar de já ter tomado diversas iniciativas, tem, ainda, muito trabalho pela frente e um longo caminho a percorrer, no entanto, esperamos que não venha a ter um fim semelhante ao que em 1993 teve a Alta Autoridade Contra a Corrupção que tinha sido criada em 1983, numa altura em que, como agora, os fumos da corrupção eram mais que muitos.³

Além disso, várias instituições internacionais como o Banco Mundial, a União Europeia, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, bem como alguns organismos não governamentais como a Transparência Internacional, têm defendido a imposição de padrões normativos de exigência comportamental que vão muito para além da criminalização das condutas, daí que diversos documentos internacionais tratem, por isso mesmo, na actualidade, a corrupção como um conceito que vai para além da dimensão criminal.

Assim, e a par do sistema penal da corrupção, na área da governação e administração pública foi desenvolvido e estabelecido, tanto a nível nacional como internacional, um conjunto de princípios e boas práticas em prol de um exercício responsável da condução do serviço público e de uma transparência na actuação do funcionário público.

Por outro lado, a discussão política que se travou em 2009 em redor da criação do crime de enriquecimento ilícito⁴, bem como o facto de Portugal ter baixado da 23.^a para a 35.^a posição e de se ter colocado entre os piores da União Europeia no que respeitou ao ranking mundial da transparência e percepção da corrupção, relativamente ao período de 2000 a 2009, fizeram com que diversas entidades e individualidades reclamassem a adopção de diversas medidas legislativas.

Nesse seguimento, em 10 de Dezembro de 2009, a Assembleia da República aprovou a constituição da “Comissão eventual para o acompanhamento político do fenómeno da corrupção e para a análise integrada de soluções com vista ao seu combate”, sendo que, coube a tal Comissão, a discussão e aprovação, na especialidade, dos projectos de lei que estiveram na base da Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro que, por sua vez, e no que concerne ao novo tipo legal de crime, se inspirou no sistema alemão,

³ Sobre esta problemática, ver CABRAL, José Santos, «Uma Incursão pela Polícia», Almedina, 2007, p. 186.

⁴ Veja-se o artigo sobre corrupção publicado no Jornal Expresso, primeiro caderno, de 18 de Abril de 2009, p. 5.

implementado já há cerca de vinte anos e que alguns penalistas portugueses já reclamavam desde 1991, enquanto que, para outros penalistas, como veremos, nem sequer estamos perante a criação de um novo tipo de crime.

Porém, se atentarmos no conjunto de crimes relacionados com a má governação da coisa pública e que colidem com uma gestão adequada, imparcial e transparente do interesse público, constata-se que não obstante em momentos anteriores, o crime de corrupção, como crime típico matricial, ter sido ultrapassado, gradualmente e em diversas reformas penais, pela pulverização de diversos crimes conexos (por exemplo, o tráfico de influências, o peculato, a concussão, a participação em negócio, o abuso de poder e o branqueamento de capitais), com a edição da Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro, assistiu-se a um fenómeno de expansão e de reconfiguração dos tipos legais de crime que envolvem quer os crimes de corrupção *strito sensu* (sentido restrito), quer os crimes de corrupção *lato sensu* (sentido amplo).

No entanto, e pese embora tal intervenção legislativa, e dando a palavra a CLÁUDIA SANTOS, há que referir que, apesar de Portugal dispor de um vasto leque de infracções que tipificam os crimes de corrupção (*strito e lato sensu*), o que faz do nosso país um dos países com soluções mais punitivas no seu combate jurídico - penal⁵, mesmo assim, Portugal continua a carecer de determinadas ferramentas penais para combater eficazmente a corrupção, assistindo-se a uma «*fragilidade e (...) falta de flexibilidade do sistema repressivo em lidar com a complexidade dinâmica do fenómeno*»⁶.

Assim sendo, mostra-se necessário e urgente prevenir, investigar e reprimir a corrupção, até porque se assiste, actualmente, a uma disseminação do fenómeno corruptivo no âmbito da Administração Pública.

E uma das práticas corruptivas mais frequente que ocorre quer no seio da Administração Pública, quer no exercício das funções públicas em geral, consiste na aceitação habitual de vantagens indevidas por parte dos funcionários, prática que poderá propiciar, por exemplo, o desenvolvimento de «*uma relação privilegiada de confiança (estratégica)*»⁷ entre um cidadão/empresa e um funcionário público, que poderá lesar, eventualmente, a imparcialidade e a credibilidade que a Administração Pública tem de merecer junto de todos os cidadãos.

⁵ SANTOS, Cláudia Cruz, «Notas breves sobre os crimes de corrupção de agentes públicos», *Revista Julgar*, n.º 11, Maio - Agosto de 2011, p. 52.

⁶ SOUSA, Luís de, *ob. cit.*, p. 20.

⁷ *Idem*, p. 23.

Ora, não obstante tal tipo de práticas beneficiar de grande aceitação social e caracterizar sócio-culturalmente «*as relações quotidianas entre os cidadãos e a sua administração*»⁸, tais práticas não deixarão de ser prejudiciais para o Estado e de provocar uma degradação acelerada do prestígio da Administração Pública, na medida em que, e como melhor se desenvolverá, a aceitação de vantagens indevidas por parte dos funcionários é uma das práticas que mais fere a transparência e integridade dos funcionários e, conseqüentemente, a imparcialidade da Administração Pública.

Deste modo, verifica-se a necessidade de proteger a actividade pública desenvolvida pelo Estado, mediante a implementação de um conjunto de princípios de boas práticas, assente em critérios de objectividade, isenção e imparcialidade nas suas decisões, ideia que se encontra também desenvolvida na exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 220/XI (apresentado pelo grupo parlamentar do Partido Socialista) quando refere - «*(...) trata-se da defesa do próprio Estado de Direito, repondo na comunidade a garantia de que o exercício de funções públicas está vinculado a uma ética de responsabilidade e transparência, em que o interesse público é o único valor que pode vincular a sua actuação*», afirmando-se assim a «*necessidade de estimular uma nova atitude social apoiada nos valores que traduzem a imparcialidade e a transparência da Administração Pública*».

Torna-se, assim exigível também em Portugal «*uma autêntica movida em prol de maior transparência, rigor e honestidade no domínio da república, designadamente da governação e dos actos da administração*»⁹.

Neste sentido, e respondendo à urgência do combate ao fenómeno da corrupção afirmado na exposição de motivos do mencionado Projecto de Lei n.º 220/XI quando refere que «*a formas que este tipo de criminalidade tem assumido, com a conseqüente danosidade na nossa estrutura social, impõe o recurso a todos os instrumentos que, num quadro do Estado de Direito, possam ser esgrimidos com vista à sua eliminação*»-, o artigo 372.º do Código Penal passou a consagrar o novo tipo legal de crime de recebimento indevido de vantagem, que foi introduzido no ordenamento jurídico criminal pela mencionada Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro, que procedeu à 25ª alteração ao Código Penal.

⁸ *Idem*, p. 39.

⁹ SIMÕES, Euclides Dâmaso, «Contra a corrupção – As Leis de 2010», *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 1ª edição, Abril 2011, p. 45.

Após esta sucinta nota introdutória sobre uma das condicionantes que levou à criação do novo tipo legal de crime, cumpre ainda analisar outras preocupações e motivos que estiveram subjacentes à referida criação legal.

O crime de recebimento indevido de vantagem consiste numa subespécie do crime de corrupção, correspondendo a uma «*corrupção em razão das funções*» ou à denominada «*corrupção sem acto*», destinando-se a sancionar as vantagens solicitadas ou aceites (art. 372.º, n.º 1 do Código Penal) dadas ou prometidas (art. 372.º, n.º 2 do C.P.), sendo que, o seu preenchimento abdica da necessidade de relacionamento da peita ou suborno com um particular acto ou omissão do funcionário, contrapondo-se assim à «*corrupção para determinado acto*», o que possibilita um alargamento da perseguição penal da corrupção em sentido amplo.

A justificação do crime de recebimento indevido de vantagem encontra-se no facto de ser possível demonstrar que um funcionário recebeu uma determinada vantagem indevida mas não ser possível realizar a prova da interdependência da vantagem e do concreto acto ou omissão visada, que possa ter servido como contrapartida, o que conduzia a decisões absolutórias consideradas materialmente injustas.

Este novo crime visa assegurar mais eficácia à repressão, suprimindo as dificuldades probatórias na demonstração da existência de uma conexão entre a dádiva ou promessa de uma vantagem e a prática ou a omissão de determinado acto, pois, tal como afirma CLÁUDIA SANTOS «*é com frequência complexa ou impossível a prova do acto pretendido tendo em conta (...) o carácter velado e subtil das práticas corruptivas*»¹⁰.

O legislador, confrontado com dificuldades de detecção, de relacionamento da peita ou suborno com um particular acto ou omissão do funcionário e de punição do fenómeno da corrupção, entendeu criar o novo crime de recebimento indevido de vantagem, que alargou consideravelmente o espectro de condutas puníveis no âmbito da corrupção em sentido amplo.

Assim sendo, foi intenção do legislador ultrapassar as dificuldades de prova que derivavam do facto de, tratando-se de altos funcionários e com amplas competências,

¹⁰ SANTOS, Cláudia Cruz, «Os crimes de corrupção de funcionários e a Lei nº 32/2010, de 2 de Setembro (É preciso mudar alguma coisa para que tudo continue na mesma?)», *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 1ª edição, Abril 2011, p. 15.

ser tanto mais difícil de estabelecer a correlação da peita ou suborno com um particular acto ou omissão do funcionário.

Com a criação do crime de recebimento indevido de vantagem, registou-se um endurecimento do sistema repressivo no combate à corrupção, na medida em que se dotou o sistema de reacção penal, de instrumentos de maior robustez, potenciando a sua perseguição penal, através da detecção e da punição do maior número possível de casos de corrupção em sentido amplo.

Assim, e após esta breve introdução ao tema que nos compete desenvolver na presente dissertação, propomo-nos responder a determinadas questões que se colocam, a nosso ver, com toda a acuidade: Será o «*crime de recebimento indevido de vantagem*» suficiente para aqueles que advogam uma maior eficácia no combate à corrupção? Será que o «*crime de recebimento indevido de vantagem*» facilitará a perseguição penal do fenómeno da corrupção?

1. Evolução histórico-legislativa

«*A corrupção é um fenómeno milenar*», podendo-se encontrar «*referências a este tipo de prática (...) em códigos de antigas civilizações*»¹¹, pois como EUCLIDES SIMÕES correctamente refere «*vem da noite dos tempos o conhecimento da propensão do homem para a venalidade, para a aceitação de vantagens indevidas pelo exercício de poderes públicos, para o recebimento do que, na sugestiva expressão francófona, se designa por “pots de vin”*»¹².

Por isso é que é de todos os tempos a preocupação em obstar ou limitar a venalidade no exercício das funções públicas, sendo que só perceberemos o sistema penal presente se tivermos uma percepção da evolução do sistema ao longo dos tempos.

Assim, e fazendo uma abordagem jurídico-penal do passado¹³ e começando pelo direito romano¹⁴, constatamos que o mesmo já proibia a aceitação de quaisquer vantagens, «*tanto de um valor pecuniário, como de qualquer outra “utilidade” (i. é, de*

¹¹ SOUSA, Luís de, «Corrupção», *ob. cit.*, p. 13.

¹² SIMÕES, Euclides Dâmaso, *ob. cit.*, p. 43.

¹³ MOURA, Souto de, «Corrupção (para uma abordagem jurídica e judiciária)», *Textos*, 2, 1991-2, 1992-3, Centro de Estudos Judiciários, p. 67 e ss.

¹⁴ ALMEIDA COSTA, António de, «Sobre o Crime de Corrupção», *Separata do número Especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Coimbra, 1987, p. 56 e 57 («*Neste contexto, merece referência particular o direito romano (...) por motivo da perfeição relativa da sua disciplina, cujas soluções se projectaram de forma considerável no futuro, continuando (...) a constituir as traves mestras da generalidade das legislações europeias*»).

natureza não-patrimonial)»¹⁵ através da criação de diversas normas legais de forte pendor preventivo destinadas a salvaguardar a actividade pública desenvolvida pelo Estado e os valores de isenção e imparcialidade que a devem caracterizar.

Deste modo, incriminava-se a simples aceitação de vantagens ou da promessa das mesmas pelos magistrados como renumeração de funções públicas, independentemente de não se exigir uma necessária correspondência com a prática ou omissão de quaisquer actos relacionados com o seu «*múnus*», visando tutelar-se assim a «*gratuidade*» do exercício daquelas funções.

A ser assim, enquanto no modelo de raiz romana, o núcleo do delito assentava na «*gratuidade*» do exercício das funções públicas, no modelo de raiz germânica, o núcleo do delito assentava na simples «*transacção com o cargo*».

Da incriminação romana exceptuava-se apenas a aceitação de dádivas de alimentos, presentes de familiares próximos ou amigos íntimos relativamente aos quais o magistrado estava, por esse facto, impedido de julgar.

No que respeita à sanção, numa primeira fase, esta esgotava-se na mera restituição das vantagens indevidas – estes processos ficaram conhecidos por «*repetundae*» -, passando a aplicar-se mais tarde, na época imperial, sanções como o banimento, a confiscação de património ou a pena de morte.

O direito romano veio claramente a influenciar o direito português, sendo que durante a idade moderna, nomeadamente, as Ordenações Filipinas, proibiam, de forma genérica, os funcionários de aceitarem para si, seus filhos ou «(...) *pessoas, que de debaixo de seu poder e governança stêm (...) quaisquer peitas e serviços, independentemente de quem os ofereça, (...) postoque com elles, não traga requerimento de despacho algum*», e também de aceitarem a simples promessa de donativos ou serviços.

Assim, também aqui sancionava-se a simples aceitação de dádivas ou presentes, ou da promessa dos mesmos, ainda que não se tratasse de obter ou retribuir a prática de actos de funcionários.

Fora da órbita da incriminação encontravam-se, tal como no direito romano, as dádivas de certos familiares, as que consistissem em «*cousas de comer*», e os presentes dos indivíduos com quem mantivesse uma relação de estreita amizade, existindo nestes casos também impedimento de os julgar.

¹⁵ ALMEIDA COSTA, António de, *ob. cit.*, p. 61.

Mais tarde, o Código Penal de 1886, no seu art. 322.º, incriminava também o suborno indirecto, que consistia no seguinte - «*se o empregado público aceitar por si ou por outrem oferecimento ou promessa, ou receber dádiva, ou presente de pessoa (...) que tenha negócio ou pretensão dependente do exercício das suas funções públicas*» -, abrangendo, assim, as hipóteses em que o particular não tinha pendente qualquer pretensão concreta mas apenas visava a criação de um clima de permeabilidade ou de simpatia para o futuro.

Com a entrada em vigor do Código Penal de 1982, seguiu-se um longo período em que o direito português passou a excluir «*a hipótese de punir, a título de corrupção passiva, as dádivas realizadas, não com o objectivo imediato de conseguir um acto determinado, mas tão-só com a finalidade de criar um clima de “permeabilidade” ou de “simpatia” para eventuais diligências que venham a requerer-se no futuro*»¹⁶. Ou seja, exigia-se que a promessa ou a entrega ao funcionário da vantagem indevida visasse uma contrapartida que se consubstanciasse num exacto ou imediato acto ou omissão relacionada com o cargo.

No entanto, ALMEIDA COSTA, já no âmbito de aplicação da versão originária do Código Penal de 1982, admitiu a possibilidade de punição a título excepcional, quando «*à luz dos critérios da experiência comum, a simples dádiva – considerados, de forma cumulativa, o seu exagerado valor e, por outro lado, as circunstâncias em que ocorreu ou a pessoa de que proveio – não se mostre justificável de outro modo, assumindo, inequivocamente, o aludido significado de criar um clima de “permeabilidade” ou “simpatia” para posteriores diligências*»¹⁷, represente «*a contrapartida “virtual” de eventuais actos do funcionário a realizar no futuro, pelo que a sua aceitação implica, também uma “transacção” com o cargo*»¹⁸, decorrendo assim do âmbito de aplicação das normas tipificadores dos crimes de corrupção uma interpretação mais ampla.

Deste modo, independentemente de não ser possível realizar a prova do concreto acto ou omissão que seria objecto da «*transacção*», se da consideração cumulativa dos vários elementos referidos resultasse inequivocamente que a única razão para o “oferecimento” era o exercício do cargo do funcionário, considerar-se-ia como ilícito típico o mero recebimento ou solicitação de qualquer vantagem por funcionário público,

¹⁶ *Idem*, p. 174 e 175.

¹⁷ *Idem*, p. 175.

¹⁸ *Idem*, p. 176.

mesmo que não fosse demonstrado que essa vantagem visava a compensação de uma concreta conduta.

Na linha deste entendimento doutrinal, através das alterações introduzidas no Código Penal pela Lei n.º 108/2001, de 28 de Novembro, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2002, alargaram-se as margens de punição, criminalizando-se expressamente a «*corrupção sem demonstração do acto concreto pretendido*» com o louvável intuito de pôr fim à querela jurisprudencial que se vinha travando no que respeitava à exigência do sinalagma entre a vantagem e o acto praticado, clarificando-se que a factualidade típica não integra qualquer relação sinalagmática entre o suborno (ou a sua promessa) e o acto ou omissão, ou seja, não se exige a prova daquilo que em concreto essa vantagem visa retribuir.

Neste sentido, o n.º 2 do art. 373.º, na redacção dada pela Lei n.º 108/2001, de 28 de Novembro, consagrava que «*na mesma pena (a pena de prisão até dois anos ou a pena de multa até 240 dias, previstas no n.º 1 do artigo 373.º do Código Penal para a corrupção passiva imprópria – em que se logra demonstrar qual é o acto que a vantagem pretende compensar e é um acto lícito) incorre o funcionário que por si, ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial de pessoa que perante ele tenha ou venha a ter qualquer pretensão dependente do exercício das suas funções públicas*».

Da análise deste preceito legal, constata-se que o legislador optou pela solução de equiparação ao nível punitivo da «*corrupção sem demonstração do acto concreto pretendido*» como subespécie não autónoma da corrupção passiva para acto lícito, o que na opinião de PINTO DE ALBUQUERQUE «*deve-se ao facto de no momento da solicitação ou aceitação do suborno o agente desconhecer ainda se os futuros actos são lícitos ou ilícitos, pelo que seria desproporcionado submeter o funcionário a uma moldura penal que supusesse o exercício futuro das suas funções públicas de modo contrário aos deveres do cargo*»¹⁹.

Deste modo, alargou-se a tipicidade à mera solicitação ou aceitação de vantagem (ainda que com os limites da adequação social) que esteja relacionada com o exercício das funções, ou seja, aos casos em que aquela só pode ser explicada no contexto das competências funcionais, o que implica que o mercadejar do cargo tenha subjacente

¹⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, «*Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*», Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, p. 885.

uma relação funcional privilegiada entre o funcionário público e determinada pessoa, tal como resulta do imperativo de que a vantagem advenha de pessoa que mantém uma qualquer relação funcional com o funcionário público, possibilitando-se a criação de um clima de viciação da objectividade decisional.

Contudo, os traços essenciais da «*corrupção sem demonstração do acto concreto pretendido*», serão objecto de uma discussão mais aprofundada no ponto respeitante à comparação do tipo legal do crime de recebimento indevido de vantagens com os tipos legais de crime próximos, analisando os pontos em que se assemelham mas também aqueles em que se distinguem.

2. A influência de sistemas penais estrangeiros

Pese embora os trabalhos preparatórios não nos fornecerem, com evidência e detalhe, todas as fontes de direito que foram mobilizadas e acolhidas pelo legislador, temos como certo que, em termos de fontes de direito comparado, atendeu particularmente aos sistemas suíço²⁰, alemão e espanhol, sendo que, na presente dissertação, faremos apenas incidir a nossa atenção sobre os sistemas alemão e espanhol, na medida em que se nos apresentam já mais estudados pela nossa doutrina.

2.1. A influência do sistema penal alemão

O crime de recebimento indevido de vantagem inspirou-se na *Vorteilsannahme*, prevista e punida no § 331.º do StGB alemão, que prevê que as condutas em que «*um funcionário, alguém especialmente obrigado ao serviço público ou um militar exige, permite que se lhe prometa ou aceita uma vantagem (Vorteil), para si ou para terceiro, para o exercício do serviço*»²¹, sejam punidas com pena de prisão até 3 anos ou com multa. Do lado activo, a oferta ou promessa de vantagem abrange as situações em que o particular oferece, promete ou concede a um funcionário, a alguém especialmente obrigado ao serviço público ou a um militar uma vantagem, para si ou para terceiro,

²⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, «Comentário ao Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem», Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, pág. 979 refere que o tipo nacional vai mais além do tipo da lei alemã e sobrepõe-se ao tipo da lei suíça.

²¹ MENDES, Paulo de Sousa, «Os novos crimes de recebimento e oferta indevidos de vantagem», *Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, Centro de Estudos Judiciários*, Coimbra Editora, 1ª Edição, Abril 2011, p. 31.

para o exercício do serviço, sendo punido com prisão até 3 anos ou multa (§ 333 Abs. 1 StGB).

Assim, e a partir de alguns casos já tratados pela jurisprudência alemã e devidamente referenciados pelo Professor PAULO DE SOUSA MENDES²², é possível retirarmos tópicos interpretativos que nos podem auxiliar na interpretação no que concerne aos elementos da factualidade típica do dito crime.

O que merece ser destacado das normas incriminadoras alemãs, vistas à luz da dita jurisprudência, é que seja inequívoco que a vantagem vise o serviço do funcionário, ou seja, que a vantagem se destine ao exercício do serviço (für die Dienstausbübung), e não ao acto de serviço (Diensthandlung), como anteriormente se verificava.

Por outro lado, exige-se a necessidade de prova de um «acordo ilícito» (Unrechtsvereinbarung), ainda que meramente intencionado, entre o funcionário e o corruptor activo, sendo este um elemento nuclear para o preenchimento de cada um dos dois tipos de ilícitos referidos (§§ 331 e 333 StGB), cujo foco do referido acordo é o exercício do serviço.

Numa tentativa de transposição de tais ensinamentos para o nosso sistema penal, PAULO DE SOUSA MENDES sustenta que é necessário que entre a vantagem e o exercício do serviço se estabeleça «uma “relação de reciprocidade (“Gegenseitigkeitsverhältnis”), no sentido de o acordo ilícito desejado, expresso ou tácito, encontrar a sua razão de ser precisamente nesse exercício do serviço, função ou cargo»²³.

Assim, e em relação ao crime de recebimento indevido de vantagem, na sua forma passiva, a solicitação ou aceitação exigem que se verifique um «acordo ilícito», que se assume como elemento de conexão (intencionado) entre o recebimento vantagem e o exercício do serviço, havendo que existir uma relação de reciprocidade, mas não qualquer sinalagma ou nexu causal.

²² Referimo-nos ao leading case dos vales para o Campeonato do Mundo de Futebol de 2006 – A ENBW, patrocinadora do Alemanha 2006, recebeu como contrapartida catorze mil vales de entrada para os jogos do Alemanha 2006, sendo alguns juntos como prendas a postais de boas festas em Dezembro de 2005, podendo ser trocados por bilhetes para os camarotes dos estádios de Berlim e Estugarda. O arguido subscreveu postais de boas – festas para 36 pessoas, nomeadamente, para o Primeiro – Ministro, cinco Ministros do Estado Federado de Bade – Wurtemberg e para o Secretário de Estado Federal do Ambiente, Conservação da Natureza e Segurança de Reactores Nucleares, que tinham a seu cargo dossiês de elevada importância para a política comercial e desenvolvimento económico da empresa, sendo do seu conhecimento que os 7 beneficiários faziam parte de um círculo de altos representantes a considerar - (Acórdão do 1º Senado do Supremo Tribunal Federal de 14 de Outubro de 2008).

²³ *Idem*, p. 38.

Por outro lado, a entrega ou promessa da vantagem por parte do particular, é feita para o exercício do serviço, visando influenciar o exercício do serviço no futuro ou gratificar tal exercício no passado.

Assim, e partindo da análise do sistema jurídico alemão, PAULO DE SOUSA MENDES entende que o crime de recebimento indevido de vantagem exige como elemento do tipo a demonstração de um «*acordo ilícito intencionado*», pois no seu entendimento, «*o Estado de Direito não prescinde da construção dos tipos de crime segundo um rigoroso princípio de máxima determinação possível dos elementos da infracção (princípio da tipicidade), ao qual se junta a exigência de que o desenho das infracções respeite critérios da legitimidade e da necessidade da tutela penal. Não seria, portanto, legítimo punir a mera promoção de boas-vontades na Administração*»²⁴.

Segundo PAULO DE SOUSA MENDES, a interpretação do novo tipo legal de crime exige que se proceda a uma interpretação teleológica, ou seja, não obstante, o tipo legal de crime não referir expressamente que a conduta tenha subjacente um acordo ilícito intencionado para o exercício do serviço, este deve ser considerado como um dos seus elementos, estando assim excluídas da norma as situações de simples promoção de um clima geral de boas-vontades na Administração.

Esta posição parece-nos ser também sufragada por RICARDO LAMAS, que, relativamente à solicitação ou aceitação do tipo legal do recebimento indevido de vantagem, afirma que «*o termo “aceitação” comporta a aceitação da oferta ou de promessa, visto que, em qualquer dos casos, é celebrado um acordo ilícito*», não sendo «*mais do que o “firmar de um acordo” proposto por outrem*» e que a solicitação é «*uma tentativa de “firmar” esse acordo, a qual é da iniciativa do funcionário*»²⁵.

Em contrapartida, CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA²⁶, discorda da necessidade de prova de qualquer acordo ilícito intencionado e entende que basta provar somente uma conexão genérica com o cargo, argumentando que o art. 372.º, nº 1 do C.P. não menciona expressamente que o recebimento de vantagem seja «*para o exercício do serviço*».

A ser assim, facilitar-se-á a perseguição penal do fenómeno da corrupção em sentido amplo, já que a prova será mais fácil de se realizar, enquanto se for necessário a

²⁴ *Idem*, p. 39.

²⁵ LAMAS, Ricardo Rodrigues da Costa Correia, «O recebimento indevido de vantagem – Análise substantiva e perspectiva processual», *Revista do Ministério Público*, nº 126, Abril/Junho 2011, p.75.

²⁶ MENDES, Paulo de Sousa, *ob. cit.*, p. 40.

verificação de um «*acordo ilícito intencionado*» para o preenchimento do actual art. 372.º, n.º 1, esse será mais difícil de comprovar.

Este entendimento é também perfilhado por EUCLIDES SIMÕES²⁷, que considera a tese interpretativa acima descrita demasiado redutora, usando o mesmo argumento que CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, ou seja, que a exigência da necessidade de prova de um «*acordo ilícito intencionado*» não decorre da literalidade da lei. Embora, como já foi *supra* referido, PAULO DE SOUSA MENDES apele a uma interpretação teleológica da norma, EUCLIDES SIMÕES considera que, «*a (...) interpretação redutora não será teleologicamente fundada. Com efeito, a “ratio” da Lei 32/ 2010 foi claramente a de endurecer o combate à corrupção (...) ver aqui configurada a aludida solução, a qual representaria um retrocesso, um amolecimento previsional face a normas anteriores, mormente ao já citado art. 373.º, n.º2*»²⁸.

Tendemos, também, a concordar com a segunda tese que foi exposta, sendo que um outro argumento que podemos utilizar também para contrapor à posição de PAULO SOUSA MENDES, quando refere que, «*não seria, portanto, legítimo punir a mera promoção de boas-vontades na Administração*»²⁹, resulta da exposição de motivos do Projecto de Lei nº 220/XI, do grupo parlamentar PS, que salienta a «*necessidade de estimular uma nova atitude social apoiada nos valores que traduzem a imparcialidade e a transparência da administração pública*».

Entendemos também que a necessidade da tutela penal no contexto de um direito penal mínimo ou de *ultima ratio*, que na opinião de PAULO SOUSA MENDES não se verifica, é legitimada pela particular danosidade do fenómeno da corrupção em sentido amplo.

Por outro lado, o art. 372.º, n.º 1, do C.P. Português difere do § 331 do StGB, sendo mais abrangente, pois não se limita à «*vantagem para o exercício do serviço*», referindo, mais latamente, a solicitação ou aceitação de vantagem pelo funcionário no «*exercício das suas funções ou por causa delas*», ou seja, baseia-se no simples facto de a vantagem lhe ser atribuída em razão de estar investido no exercício de funções públicas.

Este aspecto, aproxima-o mais, isso sim, da solução consagrada na rejeitada proposta de Lei de Combate à Corrupção, de 18 de Dezembro de 1995, do Bundesrat, a

²⁷ SIMÕES, Euclides Dâmaso, *ob. cit.*, p. 49.

²⁸ *Idem.*

²⁹ MENDES, Paulo de Sousa, *ob. cit.*, p.39.

qual prescindia do acordo ilícito e exigia apenas que o recebimento de vantagem ocorresse no «contexto do cargo» do funcionário.

Através de tal proposta, tornar-se-ia possível a punição da «*simples promoção de um “clima geral” (...) favorável à tomada de decisões do funcionário ou (...) aquilo que se designa na gíria por “lançar o isco”*»³⁰, contudo, a mesma foi rejeitada por incluir, no âmbito dos factos puníveis, situações socialmente adequadas, o que já não teria acontecido se se tivesse previsto uma cláusula de exclusão da tipicidade quanto a condutas socialmente adequadas ou conformes aos usos e costumes, à semelhança do que veio a ser consagrado no art. 372.º, n.º 3 do C.P., certamente para evitar que o novo tipo legal fosse alvo de críticas idênticas.

A ser assim, e ainda que o art. 372.º do C.P. Português sofra de alguma influência do sistema alemão, há pontos em que se afasta deste, pois não prevê como o § 331 Abs. 3 StGB, a exigência de uma autorização (prévia ou posterior à comunicação do beneficiário), por parte da entidade competente, que admita a aceitação da vantagem oferecida e seja susceptível de afastar a punibilidade do facto³¹.

Desde que exista aquela autorização³², os funcionários podem aceitar as vantagens que lhe tenham sido oferecidas, mas nunca solicitar vantagens, deixando de ser aquele facto punível.

De entre os autores que se têm dedicado a tecer algumas considerações a esta solução consagrada na Lei Penal alemã, convém referir DAMIÃO DA CUNHA, que não obstante salientar a sua importância «*para efeitos de transparência, mas também para a eventual determinação da vantagem como indevida*», não deixa de levantar a dúvida de que «*uma definição “tabelar e exaustiva”*» das vantagens oferecidas que sejam autorizadas seja possível, e questiona-se mesmo, se não sobrar «*espaço para*

³⁰ *Idem*, p. 38.

³¹ Todavia, a solução consagrada no n.º 2 do artigo 373.º, sob a epígrafe «*Corrupção passiva em razão das funções*» apresentada pelo Projecto de Lei nº 108/XI (1.ª) do CDS –PP aproximava-se do § 331 Abs. 3 StGB, pois referia que se excluía do disposto no nº1 do artigo 373º «*quaisquer vantagens previamente declaradas e autorizadas*».

³² Entre nós, o Professor Figueiredo Dias há muito que defende que para as recompensas substanciais que não sejam cobertas pela cláusula de adequação social deve haver lugar a uma intervenção legislativa que expressamente legitime tais situações, na condição de a vantagem ser autorizada pelo superior hierárquico do funcionário (DIAS, Figueiredo, «A Corrupção e a Lei Penal», in Jornadas sobre o Fenómeno da Corrupção, Edição da Alta Autoridade Contra a Corrupção, Janeiro de 1991, pág. 66).

*casos de condutas socialmente adequadas*³³, também susceptíveis de afastarem a ilicitude.

Por outro lado, PAULO DE SOUSA MENDES³⁴ considera que a consagração da exigência da autorização das prendas recebidas pelos funcionários teria sido uma melhor opção legislativa em relação àquela que resulta do actual art. 372.º, n.º 3, do Código Penal.

Deve salientar-se que o § 331º do StGB alemão também se distingue ao nível punitivo do art. 372.º, nº1 do C.P., uma vez que os comportamentos semelhantes aos descritos são cominados com penalidades mais graves no ordenamento jurídico-penal português.

A ser assim, são mais as diferenças do que as semelhanças que se verificam entre o sistema jurídico-penal alemão e o português, sendo que, a principal semelhança consiste em que tanto no que respeita ao § 331 do StGB como no referente ao art. 372.º, nº1 do C.P., não se exige que a vantagem se destine à gratificação da prática de acções ou omissões concretas por parte do funcionário.

Ora, se são mais as diferenças do que as semelhanças, não podem deixar de merecer algumas reservas, eventuais entendimentos doutrinários sobre o tema que nos ocupa, que venham a ancorar e a fundamentar-se, quase exclusivamente, no sistema penal alemão, quando é certo que, como veremos no ponto seguinte, neste particular, os sistemas penais português e espanhol também se assemelham, daí que, e em termos de direito comparado, se deve optar por visões alargadas dos diversos sistemas penais e não por visões redutoras de um só sistema.

2.2. A influência do sistema penal espanhol

O crime de recebimento indevido de vantagem previsto e punido no art. 372.º do Código Penal Português recebeu, certamente, também alguma influência do tipo legal do «*cohecho de facilitación*» previsto no art. 422.º do Código Penal Espanhol, na redacção conferida pela Ley Orgânica 5/ 2010, de 22 de Junho^{35 36}, que veio a substituir

³³ CUNHA, José Manuel Damião da, «A Reforma Legislativa em Matéria da Corrupção, Uma análise crítica das Leis nº 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro», Coimbra Editora, 1ª edição, Abril 2011, p. 95.

³⁴ MENDES, Paulo de Sousa, *ob. cit.*, p. 40.

³⁵ Porém há quem critique a sua excessiva simplicidade, por não fazer referência ao valor das dádivas ou presentes que se deverão considerar abrangidos pela norma, equiparando a aceitação de trajes à aceitação de um lata de anchovas, devendo-se, nestes casos, recorrer ao conceito da «*adequação social*», e na

o anterior art. 426.º, prevendo o seguinte, «*La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a três anos*».

Em ambos os tipos legais, prescinde-se da verificação de uma actuação ou omissão concreta por parte do funcionário público, limitando-se o tipo legal em causa a proibir a aceitação de vantagem, tendo subjacente a ideia de que o exercício da função pública não pode servir de ocasião para adquirir vantagens pessoais, ou seja, conforme o provérbio português diz-se que «*a ocasião faz o ladrão. Contudo, os indivíduos não devem ceder às “boas” ocasiões*»³⁷.

Contrariamente, ao que se verifica no sistema jurídico-penal português e alemão, o legislador não pune a conduta dos particulares que realizam as ofertas e entregam as dádivas no próprio art. 422.º do C.P. Espanhol nem criou um artigo autónomo referente a essas situações, os particulares poderão só assim responder pelo crime de «*cohecho activo*», regulado no art. 424.º, nº1 do C.P. Espanhol³⁸, no entanto, há opiniões divergentes que consideram que a conduta destes nem sequer é punível.

De acordo, com o art. 422.º do C.P. Espanhol, a vantagem reporta-se à qualidade de funcionário, aliás a sentença do Tribunal Supremo 30/ 1994, 21 de Janeiro³⁹, já afirmava que o termo «*em consideração da sua função*» deve interpretar-se no sentido

hipótese de o presente se enquadrar nos usos habituais, sociais e de cortesia, tal conduta não é punida e não se aplicará o art. 422º do C.P. Espanhol.

³⁶ Optámos também por fazer referência ao ordenamento jurídico-penal espanhol não só por se tratar de um sistema jurídico que nos é próximo em termos jurídico-culturais mas também devido ao mediatismo do “caso Camps” ou o “caso dos trajes”. Sobre este caso, podemos analisar as notícias publicadas na edição do Jornal Público, de 19 e 21 de Julho de 2011, que aludem à acusação de Francisco Camps, presidente da Comunidade de Valência e outros dirigentes do PP valenciano por terem recebido «*peculiares prendas de pessoas relacionadas com a denominada “rede Gurtel”, uma teia de corrupção montada com empresas que trabalhavam para entidades regionais e municipais controladas pelo PP e para o próprio partido*». Camps terá recebido 25 fatos feitos sob medida e outras peças de vestuário desta rede, o que faz com que tendo em conta a «*peculiaridade do objecto oferecido (vestuário), a reiteração da sua oferta e valor*» não se possam considerar «*como prendas atribuídas por cortesia ou mero reconhecimento dos usos sociais*». Além disso, «*os acusados aceitaram as ofertas sabendo que lhes eram entregues em consideração ao cargo público que exerciam e a partir do qual podiam tomar decisões ou activar a sua influência pessoal*». As condutas do presidente do governo regional de Valência e dos outros dirigentes do PP valenciano serão puníveis de acordo com o disposto no anterior art. 426º do Código Penal Espanhol, por força do princípio da ultra-actividade da lei penal mais favorável, uma vez que o crime «*cohecho de facilitación*» é actualmente punível com uma moldura penal sensivelmente mais grave.

³⁷ SOUSA, Luís de, *ob. cit.*, p. 28.

³⁸ <http://www.asesorlaboral.es/workpress/blog/2011/04/06/el-delito-de-cohecho-en-la-reforma-del-codigo-penal/>

³⁹ <http://contencioso.es/2009/07/12/del-cohecho-impropio- como-eufemismo-jurídico-para-brivonerias/>

de que a razão ou o motivo do presente oferecido e aceite seja a condição de funcionário, ou seja, tal só lhe foi oferecido devido à especial posição de poder conferido pelo desempenho do cargo público, de modo a que se alcance a criação de um clima de «*permeabilidade*» ou de «*predisposição*» para a realização de um favor no âmbito do desempenho da função pública.

Para o preenchimento do tipo legal de «*cohecho de facilitación*», segundo a sentença do Tribunal Supremo, de 13 de Junho de 2008⁴⁰, é necessário que se verifique cumulativamente, o exercício de funções públicas por parte do sujeito activo, a aceitação por este de dádivas ou presentes e uma conexão causal entre a entrega da dádivo ou presente e titularidade da função pública pelo funcionário.

Comparando o art. 422.º do C.P. Espanhol e o art. 372.º do C.P. Português, rapidamente se verifica que este último apresenta uma moldura penal abstracta superior, embora o legislador espanhol, aquando da reforma penal operada através da Ley Orgânica 5/2010, tenha incrementado a moldura penal abstracta, que consistia em pena de multa de 3 a 6 meses.

Assim, para o legislador espanhol, ao contrário dos propósitos do legislador português, tal tipo de actuação merece uma menor reprovação.

Conclui-se, assim, que existem, no que concerne aos elementos da factualidade típica, algumas semelhanças entre os sistemas penais português e espanhol, o que implica que se atenda também aos contributos doutrinários e jurisprudenciais espanhóis, com vista ao esclarecimento das diversas questões que se venham a suscitar relativamente ao crime de recebimento indevido de vantagem.

3. Trabalhos preparatórios e processo legislativo - Da discussão à tipificação do crime de recebimento indevido de vantagem

Neste campo, cumpre referir o contributo valioso que foi dado pelo Conselho de Prevenção da Corrupção, bem como pela Comissão Eventual para o Acompanhamento Político do Fenómeno da Corrupção e Para a Análise Integrada de Soluções com vista ao seu combate.

⁴⁰ <http://contencioso.es/2009/07/12/del-cohecho-impropio- como-eufemismo-jurídico-para-brivonerias/>

Na verdade, e anteriormente à edição da Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro, no seio do Conselho de Prevenção da Corrupção, presidido por GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, estiveram em discussão várias regras que visavam disciplinar os devaneios éticos dos funcionários e uma maior imparcialidade e transparência na Administração Pública, sendo que, de entre essas regras, importa mencionar, a imposição da circulação dos funcionários da administração estatal entre os serviços para evitar relações de proximidade com o meio envolvente, bem como, o estabelecimento de um valor máximo, a partir do qual, os presentes que lhes fossem oferecidos, quer fossem em espécie ou em dinheiro, tinham que ser recusados, na medida em que uma das práticas mais comuns na Administração Pública e que fere a sua imparcialidade e credibilidade é a vulgarização da aceitação de prendas pelos seus funcionários.

Com efeito, e dando a palavra a GUILHERME D' OLIVEIRA MARTINS refere-se que *«Os funcionários aceitam as prendas, até porque ficam constrangidos e pensam que parece mal devolver, mas convencem-se que não criam dependência; só que no futuro essa prenda pode ser evocada»*⁴¹.

Tais regras constavam do código deontológico dos serviços do Estado que o Conselho de Prevenção da Corrupção tentou que fosse aprovado em Portugal, embora sem sucesso.

No entanto, a regra referente à fixação de uma limitação pecuniária para a aceitação de presentes, posição defendida também pelo Senhor Procurador-Geral da República⁴², chegou também a estar em discussão interna no PS, embora tenha sido afastada, no entanto, na nossa perspectiva consideramos tal questão extremamente relevante e nessa medida retornaremos a ela a propósito da análise do comportamento socialmente adequado.

Por outro lado, a 10 de Dezembro de 2009, a Assembleia da República veio a aprovar a constituição da *«Comissão Eventual para o Acompanhamento Político do Fenómeno da Corrupção e Para a Análise Integrada de Soluções com vista ao seu combate»* no sentido do Estado reforçar o seu empenho no combate à corrupção.

E do trabalho da referida Comissão, que foi coordenado pelo Senhor Deputado Vera Jardim, veio a resultar a proposta do grupo parlamentar do PS de consagração de

⁴¹ Entrevista ao *Jornal Público* de 18.04.2009.

⁴² O Senhor Procurador-Geral da República sugere a fixação de um montante das prendas que, em Portugal se poderia receber, com base num critério objectivo.

um novo tipo legal de crime designado de «*recebimento indevido de vantagem*», sendo que, a redacção do novo art. 372.º do C.P., de acordo com o Projecto de Lei nº 220/XI (1ª) PS, era a seguinte:

«Artigo 372.º (Recebimento indevido de vantagens)

1 – *O funcionário que por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, é punido com pena de prisão de até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias.*

2 – *Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der a funcionário, ou a terceiro por indicação ou conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias.*

3 – *A pena é especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha de provas decisivas para a identificação de outros responsáveis».*

Porém, PS, PSD e CDS acordaram num novo texto que veio a ser acolhido na Lei n.º 32/2010, que entrou em vigor dia 1 de Março de 2011:

«Artigo 372.º (Recebimento indevido de vantagem)

1 – *O funcionário que, no exercício das suas funções ou por causa delas, por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias.*

2 – *Quem por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro por indicação ou conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, no exercício das suas funções ou por causa delas, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias.*

3 – *Excluem-se dos números anteriores as condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes»*

O art. 372.º do Código Penal passou a contemplar o novo crime de recebimento indevido de vantagem (sendo previsto na forma passiva no n.º 1 e no n.º 2 na forma activa), que corresponde, basicamente, à «*corrupção pelo exercício de funções*», embora o legislador tenha optado por não adoptar esta última designação para identificar o tipo, por contraponto à corrupção para determinado acto.

Dando agora a palavra ao Senhor Deputado RICARDO RODRIGUES, ao tempo vice-presidente da bancada socialista, a respeito da tipificação do crime de recebimento indevido de vantagem, o mesmo referia que constituía uma *«questão técnica muito importante para a investigação criminal»*, pois facilitava em muito o trabalho da investigação, uma vez que, *«só é possível condenar uma pessoa por corrupção caso se descubra que o dinheiro dado era em virtude de um determinado comportamento de um titular do órgão»* e agora *«deixará de ser preciso às entidades judiciais encontrar a justificação pela qual a pessoa recebeu o dinheiro»*, sendo este último aspecto referido como fundamento do novo crime.

O vice-presidente da bancada socialista referiu também que *«com a tipificação deste novo crime nenhum titular de cargo político ou de um órgão da Administração, terá a possibilidade de receber qualquer vantagem pelo exercício da sua função»*, à excepção dos *«prémios vulgarmente conhecidos como a garrafa de vinho, uma gravata, uma esferográfica que façam parte dos usos e costumes»*. Todavia, *«qualquer vantagem supérflua, aquelas que a qualquer cidadão choca passou a ser crime»*, ficando proibidos *«todos os presentes que não se enquadrem na proporcionalidade e adequação que são princípios de Direito Penal»*^{43 44}, questão que será aprofundada mais adiante no presente trabalho, até porque suscita a questão de saber o que é que se pode considerar ou não como abrangido pelo comportamento socialmente adequado.

O novo crime de «recebimento indevido de vantagem» previsto no art. 372.º do C.P. encontra uma norma correspondente no artigo 16.º da Lei n.º 41/2010 que procedeu à terceira alteração da Lei n.º 34/87 de 16 de Julho, relativa a crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos.

4. A comparação do tipo legal do crime de recebimento indevido de vantagem com tipos legais de crime próximos

4.1. O crime de corrupção passiva

O crime de corrupção passiva previsto e punido no art. 373.º do C.P. segue o modelo clássico da punição da *«vantagem pelo acto ou omissão de serviço»*, ou seja, é

⁴³ <http://www.tvi24.iol.pt>

⁴⁴ <http://www.rr.pt/informação>

punível a vantagem solicitada ou aceite em conexão com a prática de uma acção ou omissão pelo funcionário.

A ser assim, a corrupção passiva é sinalagmática, na medida em que supõe a existência de uma prestação e de uma contra-prestação, assente numa conduta concreta do funcionário. Deste modo, exige-se a verificação de uma correspondência entre as “prestações” do corruptor (peita ou suborno) e do funcionário público (acto ou omissão de serviço).

Dentro do crime de corrupção passiva é possível distinguir a corrupção própria (art. 373.º, n.º1 do C.P.), que encontra o seu fundamento no carácter ilícito da conduta do funcionário visada pelo suborno, ou seja, na circunstância do acto ou omissão violarem os deveres do cargo, da corrupção imprópria (art. 373.º, n.º2 do C.P.), em que a conduta do funcionário se poderá traduzir num acto ou omissão que não sejam contrários aos deveres do cargo.

Assim, se conclui que o acto ou omissão do funcionário tanto podem ser conformes como contrários aos deveres do cargo.

Contudo, na opinião de ALMEIDA COSTA,⁴⁵ a expressão básica do crime reside na corrupção passiva imprópria, devendo esta constituir o «delito-base» ou o «tipo-fundamental», uma vez que já contém todos os «ingredientes» que integram a lesão do bem jurídico. Por outro lado, considera que a corrupção passiva própria, consistindo na natureza ilícita da actividade visada pelo suborno, não altera a estrutura da infracção e, por isso, apenas consubstancia um tipo agravado ou qualificado, traduzindo-se numa ofensa mais grave ao bem jurídico protegido, embora o bem jurídico violado seja o mesmo.

Na corrupção passiva própria como na corrupção passiva imprópria, tanto se pode tratar de um caso de corrupção antecedente, que se verifica quando a oferta ou a promessa de vantagens ocorrem antes do acto ou omissão do funcionário que se pretende “renumerar”, ou de corrupção subsequente, quando aquelas ocorrem posteriormente ao acto ou omissão visada.

O crime de corrupção passiva, relativamente ao grau de lesão do bem jurídico, é um crime de dano, pois traduz-se numa efectiva violação da esfera de actividade do Estado, verificando-se uma ofensa à sua “autonomia intencional”.

⁴⁵ ALMEIDA COSTA, António de, *ob. cit.*, p. 129 e 149.

Quanto à forma de consumação do ataque ao objecto da acção, a doutrina não é unânime, pois, enquanto PINTO DE ALBUQUERQUE considera que estamos perante um crime de mera actividade, ALMEIDA COSTA⁴⁶ entende que o crime de corrupção passiva se apresenta como um crime de resultado, cuja consumação coincidirá com o momento em que a “solicitação” ou a “aceitação” do suborno (ou da sua promessa), por parte do funcionário, cheguem ao conhecimento do destinatário.

Deste modo, o crime consuma-se com a comunicação da mensagem (de solicitação ou aceitação da vantagem ou da promessa da mesma) do funcionário ao seu interlocutor, ou seja, para que se preencha a tipicidade, basta a mera proposta ou a mera predisposição exteriorizada, e que esta seja do conhecimento do destinatário.

A lei não faz depender a consumação do crime do recebimento efectivo da vantagem, patrimonial ou não patrimonial, nem tão pouco exige que o acto ou a omissão visada sejam ou tenham sido executados.

A tentativa, quer do crime de corrupção passiva própria, quer do crime de corrupção passiva imprópria, é punível. Pode ocorrer uma situação de tentativa, quando, embora a manifestação de vontade do funcionário em relação ao pedido de suborno ou à aceitação da vantagem (ou da sua promessa) não chegam ao conhecimento do destinatário, mas o modo ou o meio utilizado é idóneo para comunicar o “pedido” ou a “aceitação”, cumprindo as exigências da teoria da adequação ou da causalidade adequada, devendo, portanto, considerar-se um “acto de execução” do crime de corrupção passiva.⁴⁷

Após esta sucinta análise dos principais aspectos do tipo legal de crime de corrupção, concluímos que este se afasta do novo crime de recebimento indevido de vantagem, na medida em que, para o preenchimento do crime de corrupção própria ou imprópria, é necessário demonstrar qual o concreto acto ou omissão visada, exigência que é afastada com a criação do crime de recebimento indevido de vantagem, que incrimina as condutas em que é solicitada ou aceite uma vantagem sem conexão com a prática de uma acção ou omissão pelo funcionário.

⁴⁶ *Idem*, p. 146 a 148.

⁴⁷ *Idem*, p. 152. Podemos considerar que esta explicitação quanto à tentativa do crime de corrupção passiva também se aplica ao novo tipo legal de «*recebimento indevido de vantagem*», ocorrendo aquela quando a proposta seja emitida mas não chegue ao conhecimento do visado. A tentativa do crime do nº1 do art. 372.º do C.P. é punível pois este é punido com pena superior a 3 anos de prisão (art. 23.º, n.º1 do C.P.), sendo a sua moldura penal abstracta até 5 anos de prisão ou até 600 dias de multa.

Além disso, com a tipificação do crime de recebimento indevido de vantagem este crime passa a constituir o «delito-base», «sendo os demais os tipos agravados ou qualificados daquele»⁴⁸

4.2. Corrupção sem demonstração do acto concretamente pretendido

Antes das recentes alterações introduzidas pela Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro, já no ano de 2001 tinham existido alterações significativas no regime dos crimes de corrupção, introduzidas pela Lei n.º 108/2001, de 28 de Novembro.

A Lei n.º 108/2001, de 28 de Novembro alterou a redacção do art. 373.º, n.º 2 do C.P., que passou a estatuir que «o funcionário que por si, ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial de pessoa que perante ele tenha tido ou venha a ter qualquer pretensão dependente do exercício das suas funções públicas» incorre em pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

Segundo tal redacção, agora eliminada, constituía já crime de corrupção passiva a conduta do funcionário que recebesse uma vantagem, ainda que a mesma não se destinasse à prática de qualquer acto.

Na opinião de CLÁUDIA SANTOS, também resultava da análise do anterior art. 373.º, n.º 2 do C.P., agora revogado, uma criminalização expressa da «*corrupção sem demonstração do acto pretendido*», quer na forma passiva quer na forma activa.^{49 50}

CLÁUDIA SANTOS considera que a solicitação ou recebimento de meros presentes constituía uma conduta típica, muito antes de a Lei n.º 32/2010 ter entrado em vigor, exemplificando-o através dos considerandos jurisprudenciais constantes do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22.10.2002 – «*casos há em que o crime de corrupção se deve dar por preenchido independentemente do facto de a vantagem ou a promessa terem por objecto imediato um acto determinado*» - e do Acórdão do

⁴⁸ LAMAS, Ricardo Rodrigues da Costa Correia, *ob. cit.*, p. 101.

⁴⁹ SANTOS, Cláudia Cruz, «Os crimes de corrupção de funcionários e a Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro (“É preciso mudar alguma coisa para que tudo continue na mesma?”), *Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 1ª edição, Abril 2011, p. 16.

⁵⁰ Em sentido oposto, cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *ob. cit.*, 2010, p. 977 («*Ao invés, não são puníveis as condutas de dívida ou promessa a funcionário de vantagem por pessoa que perante ele tenha tido, tenha ou venha a ter qualquer pretensão dependente do exercício das suas funções públicas, quando essas condutas tenham ocorrido antes da entrada em vigor da Lei n.º 32/ 2010, de 2.9, uma vez que o artigo 373.º, n.º2, na redacção da Lei n.º 108/2001, não previa estas condutas e o novo artigo 372.º, n.º2, não pode ser aplicado retroactivamente*»).

Supremo Tribunal de Justiça de 22.06.2005 - «*com o novo n.º 2 do artigo 373.º do C.P. criminaliza-se também aquelas situações em que o mercadejar do cargo do funcionário não tem em vista um acto ou omissão concreta do funcionário mas uma relação funcional, digamos privilegiada, entre ele e determinada pessoa*^{51 52}».

Deste modo, mediante a consagração legal do anterior n.º 2 do art. 373.º do C.P., interditava-se a solicitação ou o mero recebimento por parte do funcionário público de vantagens não insignificantes provindas de pessoa que tinha tido ou tinha perante ele pretensões funcionais, e que apenas fossem compreensíveis no plano da funcionalidade (não no contexto da pessoalidade), i.e., que tivessem uma relação com a actividade profissional desempenhada pelo funcionário público.

O n.º 2 do art. 373.º do C.P., considerava-se preenchido com a verificação desta factualidade típica, não sendo necessário fazer-se prova do acto concreto que o suborno visava compensar.

Assim sendo, e embora nos tenhamos referido ao crime de «*recebimento indevido de vantagem*» como um novo crime, somos levados a colocar as seguintes questões: A nova redacção do art. 372.º do C.P. representa um tipo legal novo ou não? Há algo de novo em relação à anterior previsão legal (art. 373.º, n.º 2 do C.P.) ou o que sucede na nova lei é uma alteração sistemática das várias modalidades do crime de corrupção mantendo-se os contornos essenciais?

No entendimento de EUCLIDES SIMÕES, embora o legislador de 2010 tenha pretendido «*assumir obras*», «*elas mais não constituem, porém, que a mera explicitação do conteúdo e alcance do regime anterior*», sendo o tipo de crime consagrado no art. 372.º C.P. «*só aparentemente inovador*».^{53 54}

⁵¹ No caso, da matéria de facto dada como provada resulta que o arguido, Delegado do Procurador da República em determinada comarca, aceitou viagens ao estrangeiro oferecidas por pessoa com quem tinha relações profissionais de relevo (pessoa que actuava como encarregado de venda em processos judiciais, executivos e falimentares, promovidos ou despachados por aquele arguido).

O Tribunal considerou que não era possível dar-se como provado que a aceitação daquelas vantagens (as viagens) era contrapartida de actos de favorecimento cometidos ou a cometer pelo delegado do Procurador da República no interesse do encarregado da venda.

⁵² Cfr. SANTOS, Cláudia Cruz, «Notas breves sobre os crimes de corrupção de agentes públicos», Revista Julgar, n.º11, Maio – Agosto de 2010, p. 55, refere que parece de saudar a ideia do Tribunal de que, não se fazendo prova do acto concreto que o suborno visaria compensar, sempre se deveria considerar preenchido o art. 373.º, n.º 2 do C.P. e que o arguido que era, à época, delegado do Procurador da República, condenado por corrupção passiva com base nesse novo regime, sendo o mero recebimento por parte de agente público de vantagens não insignificantes provindas de pessoa que tem perante ele pretensões funcionais é suficiente para fundar a condenação.

⁵³ SIMÕES, Euclides Dâmaso, *ob. cit.*, p. 48.

⁵⁴ Aliás, DAMIÃO DA CUNHA entende também que não se trata de um novo crime (CUNHA, José Manuel Damião Da, «A Reforma Legislativa em Matéria da Corrupção, Uma análise crítica das Leis n.º

Segundo EUCLIDES SIMÕES, há nítidos pontos de coincidência entre o texto legal do art. 372.º, n.º 1 e o do anterior art. 373.º, n.º 2, pois ambos se dirigem ao agente passivo da corrupção, ou seja, ao funcionário e ambos exigem que se trate de uma vantagem patrimonial ou não patrimonial indevida, e embora já não conste do art. 372.º, n.º 1 do C.P. à semelhança do art. 373.º, n.º 2, o imperativo de que a vantagem advinha de pessoa que mantenha uma qualquer relação funcional com o agente, o que é certo é que ambos os artigos pressupõem o exercício do cargo.

Na opinião de CLÁUDIA CRUZ, se observarmos o disposto no art. 372.º do C.P. e acharmos que a nova redacção representa um tipo legal novo, podemos pensar, erradamente, que este crime só se aplica aos factos ilícitos praticados a partir de 2011, e que antes do referido ano a solicitação ou recebimento de tais presentes não configurava ainda uma conduta típica.^{55 56}

Ora, não é esse o entendimento que CLÁUDIA CRUZ sufraga, mas sim que não há nada de novo em relação à anterior previsão legal, pois não houve nenhuma ampliação das normas da punibilidade, considerando que as condutas contempladas no art. 372.º do C.P. sob a epígrafe de «*recebimento indevido de vantagem*» correspondem por inteiro ao sentido que aquelas incriminações já assumiam.

Porém, a nosso ver, o legislador de 2010 pretendeu punir um conjunto de condutas mais abrangentes, concretizando-se o crime de «*recebimento indevido de vantagem*» na dispensa não só da prática de qualquer acto, mas também no desaparecimento da exigência de que a vantagem indevida seja proveniente de pessoa

32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro», Coimbra Editora, 1.ª edição, Abril 2011, p. 22).

⁵⁵ A ser assim, cfr. SANTOS, Cláudia Cruz, «Os crimes de corrupção de funcionários e a Lei nº 32/ 2010, de 2 de Setembro (“É preciso mudar alguma coisa para que tudo continue na mesma?”), *Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 1ª edição, Abril 2011, p. 16 («*caso se olhe para o crime de “recebimento indevido de vantagem” como se fosse novo, considerar-se-á penalmente irrelevante a conduta do funcionário que antes de Março de 2011, recebeu vantagem cuja atribuição só pode ser compreendida no plano da funcionalidade e da viciação da sua autonomia decisional, não se fazendo prova do acto concreto pretendido. Ora, é precisamente a rejeição de uma tal interpretação que aqui se pretende sublinhar*»).

⁵⁶ A conduta que consistia na solicitação ou aceitação pelo funcionário de vantagens de pessoa que perante ele tenha tido, tenha ou venha a ter qualquer pretensão dependente do exercício das suas funções públicas já era punível à luz do artigo 373º, nº2 do Código Penal, na redacção da Lei nº 108/2001, continuando a sê-lo apesar da entrada em vigor da Lei nº 32/2010, neste sentido, cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *ob. cit.*, 2010, p. 977 («*esta solução impõe-se por força do princípio da ultra-actividade da lei penal mais favorável, uma vez que o novo crime é mais amplo do que o crime do artigo 373º, nº2, do CP, na redacção da Lei nº 108/2001 e aquele crime é punível com uma moldura penal sensivelmente mais grave do que a deste*»). Discordando do entendimento de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, cfr. LAMAS, Ricardo Rodrigues da Costa Correia, *ob. cit.*, p. 101 [«*(...) se existir, no caso concreto, uma pretensão, a conduta integra o crime de recebimento indevido de vantagem (...) o legislador de 2010 entendeu revogar expressamente essa norma, pelo que é de concluir que pretendeu integrar tais casos neste novo crime*»].

que *«perante ele (o funcionário) tenha tido, tenha ou venha a ter qualquer pretensão dependente do exercício das suas funções públicas»*⁵⁷.

Deste modo, é possível concluir que não é elemento da factualidade típica a prática de qualquer acto, ou sequer a existência de qualquer pretensão – ainda que eventual – por parte do corruptor.

5. O crime de recebimento indevido de vantagem

5.1. Uma primeira análise

A grande distinção entre o crime de recebimento indevido de vantagem e as normas sobre a corrupção que anteriormente estavam em vigor, reside no facto de não se exigir, para o seu preenchimento, que a vantagem seja aceite *«para um qualquer acto ou omissão»*, sendo afastada de forma inequívoca, a exigência de verificação deste nexos causal, como podemos verificar através da leitura da exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 220/XL, do Partido Socialista, que nos diz que *«afasta-se a exigência de verificação de um nexos causal entre a vantagem e o acto ou omissão do funcionário, antecedente ou subsequente»*.

5.2. Determinação e definição do bem jurídico

Iremos iniciar a análise substantiva do tipo legal de crime de recebimento indevido de vantagem a partir da noção do bem jurídico subjacente a este crime, uma vez que o Direito Penal atribui uma *«função primordial»* ao bem jurídico *«como ponto de partida da ideia que preside à formação do tipo e constitui a base da estrutura e interpretação do mesmo»*⁵⁸.

A ser assim, cumpre referir que a Administração Pública, sendo dotada de autonomia e carente de tutela, visa salvaguardar as suas funções de acordo com o disposto no artigo 268.º da Constituição da República Portuguesa, já que constitui um

⁵⁷ Este entendimento resulta também do Projecto de Lei n.º 220/XI do Grupo Parlamentar – PS, considerando-se que *«houve uma ampliação do tipo penal objectivo, não se exigindo que a vantagem seja solicitada ou aceite por pessoa que perante o funcionário tenha tido, tenha ou venha a ter qualquer pretensão dependente do exercício das suas funções»*.

⁵⁸ BURGOA, Maria Elena y Arenales Macedo Dias, «Os crimes de funcionários – Alguns elementos para uma interpretação teórico-sistemática», Lisboa, 2008, p. 111.

instrumento necessário ao acesso dos cidadãos aos serviços públicos em condições de igualdade, transparência e objectividade.

Alguns autores conferem-lhe autonomia enquanto bem jurídico colectivo, sendo o caso de FIGUEREDO DIAS, que considera que na hipótese de *«ofensas aos bens colectivos, desde que essenciais à coexistência humana e que obstem ao livre desenvolvimento do ser humano»* cabe ao Direito Penal a tutela subsidiária de *«a par dos bens jurídicos individuais, bens jurídicos colectivos como tais»*⁵⁹.

Por outro lado, há quem defenda de que se trate de um bem instrumental em relação aos bens jurídicos individuais. É este o entendimento de ALMEIDA COSTA⁶⁰, que distingue os *«valores essenciais»*, *«tidos por imprescindíveis para a realização humana»*, dos *«valores-meios»*, que se assumem como os *«sustentáculos»* da efectivação dos primeiros, encontrando-se, essencialmente, afectos a objectivos organizatórios e funcionais. Os *«valores-meios»* caracterizam-se como entidades imprescindíveis à organização social que, à partida, não se consideravam dignos de tutela penal, contudo, verifica-se *«uma fusão íntima com os bens jurídicos fundamentais a que servem de suportes»*, acabando por se confundir a protecção dos *«valores – meios»* com a tutela dos *«valores essenciais»* e culminando na *«sua absorção pelo direito penal e a correspondente qualificação como bens jurídico-criminais»*.

Deste modo, não obstante o carácter instrumental que a Administração Pública reveste, atenta a sua essencialidade em relação aos objectivos que serve, revela-se digna de tutela penal, enquanto bem jurídico-criminal autónomo.

Após o reconhecimento da autonomia da Administração Pública como bem jurídico – criminal, há que analisar, em concreto, qual o bem jurídico tutelado pela incriminação do *«recebimento indevido de vantagem»*.

É comumente aceite pela doutrina a tese de ALMEIDA COSTA que define como bem jurídico protegido a *«"autonomia intencional" do Estado-rectius, da "legalidade administrativa"»*⁶¹.

Deste modo, a solicitação ou a aceitação da vantagem ou da sua promessa traduzem-se num *«mero mercardejar com o cargo»*, através do qual *«o empregado corrupto coloca os poderes funcionais ao serviço dos seus interesses privados, o que equivale a*

⁵⁹ MELO, Débora Thaís de, «Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos colectivos», *A Corrupção – Reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico – Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*, p. 58 e 59.

⁶⁰ ALMEIDA COSTA, António de, *ob. cit.*, p. 141 e 142.

⁶¹ *Idem*, p. 141.

dizer que, abusando da posição que ocupa, se “sub-roga” ou “substitui” ao Estado, invadindo a respectiva esfera de actividade». Ocorre, assim, uma «manipulação do aparelho do Estado pelo funcionário que, (...) viola a autonomia intencional do último, ou seja, em sentido material, infringe as exigências de legalidade, objectividade e independência que, num Estado de Direito, sempre têm de presidir ao desempenho das funções públicas»⁶².

A posição deste autor é, também, reafirmada na exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 220/XI do Grupo Parlamentar do Partido Socialista.

Assim, e num sentido próximo ao defendido por ALMEIDA COSTA, que vê como bem jurídico tutelado a «*autonomia intencional do Estado*», CLÁUDIA SANTOS entende que com a referida incriminação pretende proteger-se «*a legalidade da actuação dos agentes públicos e a sua objectividade decisional*»⁶³, vedando-lhes qualquer negociação relacionada com as suas funções. De acordo com a posição sufragada pela autora, a «*solicitação*» ou a «*aceitação*» de qualquer vantagem que se relacione com o desempenho do cargo traduz um autêntico «*mercadejar*» com aquele, opondo-se à legalidade que deve reger o comportamento dos funcionários públicos e comprimindo a objectividade decisional dos mesmos e, portanto do Estado, pois aquela «*solicitação*» ou «*aceitação*» «*criam o risco de decisões motivadas por interesses subjectivos e desconformes com o interesse público*»⁶⁴.

A ser assim, na opinião de CLÁUDIA CRUZ, o legislador pretende evitar, com a referida incriminação, a criação da possibilidade objectiva de actuação, por parte do funcionário público, de acordo com outros critérios que não o mero interesse estadual.

Por outro lado, PINTO DE ALBUQUERQUE considera que o bem jurídico inerente ao crime de recebimento indevido de vantagem é a «*integridade do exercício das funções públicas pelo funcionário*»⁶⁵, apenas se encontrando abrangidas as funções públicas e não a actividade privada do funcionário.

Conclui-se, assim, que o crime de recebimento indevido de vantagem visa proteger o exercício das funções públicas, exigindo-se a observância dos interesses da

⁶² *Idem*, p. 144.

⁶³ Neste sentido, cfr. SANTOS, Cláudia Cruz, «Considerações Introdutórias (ou algumas reflexões suscitadas pela “expansão” das normas penais sobre a corrupção)», *A Corrupção – Reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico – Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, 2009, p. 31 («o bem jurídico (...) se desvenda na mera protecção da legalidade da sua actuação, legalidade esta que cumpre garantir também para preservar a objectividade decisional do Estado»).

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *ob. cit.*, 2010, p. 980.

colectividade e, também, que o funcionário público tenha um desempenho funcional em que atenda à legalidade e actue de forma objectiva e imparcial, pois, está em causa a *«defesa do próprio Estado de Direito, repondo na comunidade a garantia de que o exercício de funções públicas está vinculado a uma maior ética de responsabilidade e transparência, em que o interesse público é o único valor que pode vincular a sua actuação»*⁶⁶.

5.3. Classificação do tipo legal como um crime de dano ou de perigo abstracto e do crime de mera actividade ou de resultado

Relacionado com o aspecto do bem jurídico, coloca-se-nos a problemática de saber se estamos perante um crime de dano ou de perigo abstracto.

No que respeita à doutrina, verificam-se diferentes abordagens a esta questão.

Por um lado, CLÁUDIA SANTOS considera que o crime de recebimento indevido de vantagem consubstancia um crime de dano, constituindo o mero *«mercadejar»* um dano para o bem jurídico em causa.

A ser assim, no momento em que o funcionário público *«solicita»* ou *«aceita»* uma qualquer vantagem, ou seja, quando *«mercadeja com o seu cargo»* a legalidade da sua actuação é imediatamente ofendida e *«o funcionário fica de imediato com a sua imparcialidade prejudicada. Independentemente da prática de qualquer acto, a sua autonomia intencional já está condicionada»*⁶⁷, verificando-se um dano para aquela legalidade e a conseqüente consumação do crime. É neste momento, ou seja, da consumação do crime, em que a solicitação ou a aceitação chegam ao conhecimento do destinatário, que é criado o *«clima de permeabilidade»*, passando a existir uma *«potencialidade de conduta contrária à legalidade ou objectividade, ou pelo menos, a suspeita de favorecimento»*.⁶⁸

Deste modo, para CLÁUDIA SANTOS E RICARDO LAMAS, a solicitação ou a aceitação produzem, em si, um dano à *«autonomia intencional do Estado»* ou à sua objectividade decisional.

⁶⁶ Exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 220/XI do Grupo Parlamentar do Partido Socialista.

⁶⁷ SANTOS, Cláudia Cruz, «A Corrupção (Da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador)», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, 2003, p. 980.

⁶⁸ LAMAS, Ricardo Rodrigues da Costa Correia, *ob. cit.*, p. 95.

Em contrapartida, PINTO DE ALBUQUERQUE⁶⁹ considera que estamos perante um crime de perigo abstracto. A posição deste autor é também defendida por CARMO DIAS, para quem a incriminação do «*recebimento indevido de vantagem*» significa «*uma antecipação da tutela penal (...) Dir-se-ia que se está perante um momento prévio, anterior à corrupção, que já merece censura penal por poder vir a suceder-lhe a prática de conduta integradora de crime de corrupção (...) protege-se (embora de forma mais recuada) o mesmo bem jurídico que é tutelado nos crimes de corrupção activa e passiva*»⁷⁰.

A ser assim, no entendimento destes autores, o dano só se verificará com a prática do acto ou omissão, na sequência da vantagem solicitada ou auferida, existindo, até lá, unicamente, um perigo de verificação desse dano.

Parece-nos que esta posição também resulta da exposição de motivos do Projecto de Lei nº 220/XI, na medida em que é afirmado que, «*a aceitação ou solicitação de vantagem, sem que a mesma seja devida, constitui, por si só, a colocação em perigo da referida autonomia intencional do Estado*» e que o relevante é «*a perigosidade inerente à criação de condições que possam conduzir ao cometimento do favor, lícito ou ilícito*».

Por outro lado, uma questão que se coloca com alguma acuidade, respeita à classificação do tipo legal como um crime de actividade ou de resultado.

No primeiro sentido, inclina-se PINTO DE ALBUQUERQUE, considerando que o crime «*consume-se independentemente de se produzir qualquer resultado (o preenchimento do tipo não depende da prática de qualquer contraprestação por parte do funcionário já que o legislador prescindiu da exigência de qualquer nexo entre a vantagem indevida e o acto ou omissão a praticar pelo funcionário)*».

Já para ALMEIDA COSTA, o crime em apreço deve ser considerado como um crime de resultado, na medida em que a sua consumação coincidirá com o momento em que a «*solicitação*» ou a «*aceitação*» do suborno chega ao conhecimento do particular.

⁶⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *ob. cit.*, 2010, p. 980.

⁷⁰ DIAS, Carmo, «Comentário das Leis Penais Extravagantes», Volume I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, p. 778.

5.4. A conduta típica

5.4.1. O sujeito activo: o funcionário

O crime de recebimento indevido de vantagem reveste a natureza de crime específico próprio, em que a qualidade do sujeito, ou melhor, do funcionário público cumpre um papel fundamentador da pena, o que nos permite distingui-lo dos crimes impróprios ou impropriamente ditos, em que a qualidade do sujeito apenas determina a agravação da pena.

Deste modo, no crime p. e p. no art. 372.º, nº1 do C.P. o funcionário encontra-se no centro do sistema, podendo aferir-se a qualidade de funcionário à luz do disposto no art. 386.º, nº1 do C.P.

Todavia, o crime de recebimento indevido de vantagem que, no nosso entender e de acordo com a terminologia usada por BIDDING, pode ser classificado de «*crime próprio na função (...) não se fundamenta unicamente na qualidade pessoal do autor, mas, simultaneamente, nela e no cargo*». ⁷¹

Pode assim concluir-se que, para efeitos do Direito Penal, o conceito de funcionário ⁷² é um conceito funcional, constituindo a participação legítima no exercício de funções públicas a condição necessária e suficiente para que seja atribuída a uma pessoa a qualidade de funcionário ⁷³.

Contudo, impõe-se a questão de saber se o tipo de crime recebimento indevido de vantagem se poderá aplicar também ao participante ocasional no exercício das funções públicas. DAMIÃO DA CUNHA responde-nos negativamente a esta questão, pois, de acordo com a lógica que está subjacente ao tipo de crime, este apenas se poderá aplicar a funcionários que detenham algum grau de permanência na função pública. ⁷⁴

5.4.2. A solicitação e aceitação da vantagem

Embora o tipo de crime em causa seja designado de «*recebimento indevido de vantagem*», tendemos a discordar desta denominação, pois, na verdade, o «*recebimento*

⁷¹ BURGOA, Maria Elena, *ob. cit.*, p. 118.

⁷² CUNHA, José Manuel Damião Da, «O conceito de funcionário para efeito de lei penal e a privatização da Administração Pública», Coimbra, 2008, p. 15.

⁷³ *Idem*, p. 227 e 230.

⁷⁴ CUNHA, José Manuel Damião Da, *ob. cit.*, p. 85.

da vantagem» é tipicamente irrelevante, na medida em que basta para a sua consumação que a declaração de vontade do funcionário público, solicitando ou aceitando a indevida vantagem (patrimonial ou não patrimonial), chegue ao conhecimento do destinatário.

Deste modo, o núcleo do crime não se consubstancia no dito «*recebimento*», mas sim na mera solicitação ou aceitação da vantagem, constituindo elementos típicos que serão de imediato analisados.

No que respeita à solicitação, CARMO DIAS refere que, «*”solicitar” significa pedir, implicando uma atitude, por regra da iniciativa do autor do crime*», contudo, esta iniciativa também pode ser de interposta pessoa, desde que consentida ou posteriormente ratificada pelo funcionário público.

Por outro lado, nas palavras de CARMO DIAS, «*”aceitar” significa receber o que foi oferecido ou dado ou prometido*», todavia, a afirmação da autora é contestada por RICARDO LAMAS que a considera «*contrária à letra e ao espírito da lei*», pois, tal como já foi anteriormente referido *supra*, a aceitação não importa o «*recebimento da vantagem*» nem a sua conseqüente transferência ou que esta opere de imediato.

No entanto, a posição assumida por RICARDO LAMAS revela-se concordante com a da autora CARMO DIAS, na medida em que reconhece que a aceitação, apesar da omissão do legislador no n.º 1 do art. 372.º do C.P. à aceitação de promessa, comporta tanto a aceitação de oferta ou de promessa.

Assim sendo, a aceitação pressupõe a prévia oferta ou promessa do corruptor, e pode traduzir-se numa aceitação expressa ou tácita, sendo esta última revelada por actos ou omissões conducentes à conclusão que o visado aceitou a vantagem. Ora, imaginemos a hipótese em que alguém coloca um envelope, que contém uma quantia monetária de relevo, na secretária do funcionário público que, apercebendo-se desse gesto, nada diz ou faz.

5.4.3. O plano da funcionalidade: “no exercício das funções ou por causa delas”

Afastada «*de forma inequívoca, a exigência de verificação de um nexos causal entre a vantagem e o acto ou omissão do funcionário público, antecedente ou subsequente*»⁷⁵, basta que o funcionário solicite ou aceite uma qualquer vantagem «*no exercício das suas funções*» ou «*por causa delas*», pois, como já anteriormente foi referido, para o

⁷⁵ *Idem.*

preenchimento deste tipo legal de crime não é necessário demonstrar que o recebimento de uma vantagem ilegítima se enquadrava no âmbito de um acto ou omissão praticada ou a praticar, sendo apenas exigível que se relacione com o mero exercício de funções.

Dito de outro modo, a vantagem ilegítima não necessita de estar referida a uma determinada actuação funcional, mas apenas ao exercício das funções em geral, bastando uma conexão genérica com o cargo.

O crime de recebimento indevido de vantagem, no último segmento da formulação constante do art. 372.º, n.º 1 do C.P., distingue entre o «*recebimento*» do funcionário «*no exercício das suas funções*» e «*por causa das suas funções*», o que consubstancia o elemento essencial para determinar se a conduta é típica.

Deste modo, não se restringe a referida incriminação às hipóteses em que o funcionário está «*no exercício das suas funções*», ou seja, aos casos em que a vantagem é auferida ou solicitada no decurso e contexto da actuação do funcionário, mas também abarca as situações em que o pedido ou a aceitação da vantagem ocorrem «*por causa das funções*», isto é, em que algo só lhe é dado devido à sua condição, pela simples circunstância do funcionário ter essa qualidade em virtude de ocupar determinada função pública⁷⁶.

Na perspectiva de DAMIÃO DA CUNHA⁷⁷, na cisão entre a solicitação ou a aceitação «*no exercício das funções*» ou «*por causa das funções*» está subjacente um momento espaço-temporal diferente, pois o «*recebimento indevido de vantagem*» pode ter lugar durante o período temporal do exercício das funções ou fora desse mesmo período, sendo que, neste último caso, é necessário provar-se que a vantagem foi solicitada ou aceite «*por causa das suas funções*», no entanto, tal prova será bastante difícil de, efectivamente, ser demonstrada porque a tomada de conhecimento deste crime só se verificará, em regra, «*ex post*».

No entanto, tanto num caso como noutro, é sempre exigível um juízo funcional, pois, não se pode impor a consideração de que a vantagem recebida «*no exercício das suas funções*» seja sempre «*indevida*».

⁷⁶ Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *ob. cit.*, Lisboa, 2010, p. 979 e 980 («*o tipo penal da lei nacional inclui quaisquer vantagens – mesmo que concedidas no âmbito da esfera privada do funcionário – desde que tenham em vista ou sejam determinadas (“por causa”) pela condição profissional do destinatário independentemente de qual qualquer actuação ou omissão que ele tenha tido ou venha a ter (...) o recebimento indevido da vantagem pode ter lugar (...) em ocasião da vida privada do funcionário, como por exemplo no aniversário ou nas férias do funcionário*»).

⁷⁷ CUNHA, José Manuel Damião Da, «A Reforma Legislativa em Matéria da Corrupção, Uma análise crítica das Leis n.º 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro» Coimbra Editora, 1.ª edição, Abril 2011, p.88.

A ser assim, a solicitação ou a aceitação de uma qualquer vantagem pelo funcionário público é punível, quando não possa ser concebida no contexto da pura personalidade, mas apenas no âmbito das suas competências funcionais, ou melhor, no plano da funcionalidade, e tenha inequivocamente o significado de favorecer a «*simpatia*» e criar «*um clima de permeabilidade*».

Desta forma, não há uma incriminação «*tout court*», já que o legislador exclui da incriminação prevista no art. 372.º, n.º 1 do C.P. as vantagens que são solicitadas ou aceites por motivo completamente alheio às funções públicas, ou seja, que não têm qualquer relação com a actividade profissional do funcionário, daí que, se o particular pretender fazer negócios a nível privado com o funcionário, não há qualquer lesão da «*autonomia intencional*» do Estado.

Por conseguinte, «*o funcionário pode apresentar elementos, que, pelo menos, tornem plausível um fundamento privado ou extrafuncional para a “vantagem”*»⁷⁸, como a hipótese que nos é ilustrada por CLÁUDIA SANTOS, de uma magistrada que «*recebe, no Tribunal, um ramo de flores que o seu namorado, no dia de São Valentim, lhe enviou*»⁷⁹.

Contudo, a punição continua a não prescindir da demonstração de que a solicitação ou a aceitação da vantagem não tenha qualquer outra justificação que não seja o mero mercadejar com o cargo, subsistindo para a *praxis* judiciária um espaço de alguma indeterminação, o que implica que «*o aplicador do Direito deve apreciar os elementos fácticos ao seu dispor, (...) e determinar se, objectivamente, existia um qualquer fundamento possível – por muito remoto que fosse, em termos temporais – para a relação ilícita*», efectuando um «*juízo de probabilidade (...) reportado à data em que ocorre a solicitação ou aceitação, ou seja, trata-se de um juízo de prognose póstuma (ou juízo ex ante), colocando-se o aplicador no momento histórico da conduta do agente*»⁸⁰.

O aplicador do Direito, para determinar a intenção da criação de uma boa-vontade ou do clima de simpatia e permeabilidade⁸¹, que pode ser activada oportunamente, ou da

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ SANTOS, Cláudia Cruz, «A Corrupção (Da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador)», *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, 2003, p. 986.

⁸⁰ LAMAS, Ricardo Rodrigues da Costa Correia, *ob. cit.*, p. 87.

⁸¹ DIAS, Figueiredo, *ob. cit.*, p. 65, sustenta que em tais casos desde que se prove a intenção respectiva ou em que a vantagem (atenta nomeadamente a sua importância, as circunstâncias do caso e as pessoas de quem proveio e a quem se dirige) não possa ter outro significado, verifica-se a prática de crime, apresentando como exemplo, o caso de escola do casaco de peles de alto preço oferecido à mulher do

vontade de «*influenciar ou gratificar o exercício do serviço*», deve tomar em consideração determinados indícios, como «*a relação do particular com o serviço, a posição do funcionário, o procedimento utilizado para concretizar a entrega da vantagem, a natureza, o valor e a frequência das vantagens (...) a clandestinidade do procedimento de entrega da vantagem*». No entanto, estes indícios devem ser apreciados de forma global, «*passando por uma avaliação axiológica (...) da situação no seu conjunto*»⁸².

Assim sendo, o aplicador do Direito deve considerar puníveis a solicitação ou a aceitação de uma qualquer vantagem «*sempre que à luz dos critérios da experiência comum, a simples dádiva (...) não se mostre justificável de outro modo, assumindo, inequivocamente, o aludido significado de criar um clima de “permeabilidade” ou “simpatia” para posteriores diligências (...)*» representando «*a contrapartida “virtual” de eventuais actos do funcionário a realizar no futuro, pelo que a sua aceitação implica, também, uma transacção com o cargo*»⁸³.

Deste modo, o legislador, partindo do pressuposto de que «*não há almoços gratuitos*», procura erradicar da *praxis* quotidiana as condutas propiciadoras de um clima de «*permeabilidade*» e promiscuidade que campeia na Administração Pública, evitando que a solicitação ou a aceitação de uma qualquer vantagem tornem o funcionário permeável a assumir uma posição favorável ao ofertante.

O ofertante tem um interesse na actividade daquele, mas não tem uma «*pretensão*» e muito menos visa a prática de um «*acto concreto*», mas sim a intenção de criar um clima de «*permeabilidade*» ou «*simpatia*», de forma a «*conquistar*» a disponibilidade do funcionário para um favorecimento futuro, ainda que apenas potencial ou eventual ou a «*preparar o terreno*» para o contributo do funcionário na alteração do curso do processo de formação da «*vontade*», isto é, da decisão do Estado.

Assim, quando o funcionário solicite ou aceite uma vantagem, é necessário que o ofertante fique com a impressão que ganha uma potencialidade de favorecimento, actuando com a convicção, mesmo que errada ou ilusória, de que pode ser útil estar «*nas boas graças*» do funcionário.

Portanto, exige-se a verificação de um interesse ou utilidade na relação corrupta relevando que a vantagem é solicitada ou aceite porque o visado é funcionário, que tem

presidente de uma câmara por uma empresa de construção civil que actua ou quer actuar no âmbito do município.

⁸² MENDES, Paulo de Sousa, *ob. cit.*, p. 38 e 39.

⁸³ ALMEIDA COSTA, António de, *ob. cit.*, p. 175 e 176.

determinadas competências ou poderes de facto inerentes a tal qualidade⁸⁴. Caso não se vislumbre qualquer «utilidade» possível, ainda que virtual ou putativa, para a relação não se verifica o preenchimento do crime do «recebimento indevido de vantagem» na sua modalidade passiva.

5.4.4. A vantagem – natureza e características e o carácter “indevido”

A vantagem corresponde a uma prestação que beneficia objectivamente a situação económica, jurídica ou simplesmente pessoal do funcionário público.

A vantagem coloca o funcionário «numa situação melhor do que a sua situação anterior à comissão do crime»⁸⁵.

Porém, o preenchimento do crime de recebimento indevido de vantagem exige que a vantagem em causa seja «indevida», isto é, que «não lhe seja devida» por referência ao exercício de funções, uma vez que a valoração do recebimento como «indevido» pressupõe sempre uma referência funcional.

A vantagem só será típica se for «indevida», consubstanciando tal segmento legal um elemento fundamental para o preenchimento do tipo legal de crime.

Assim, e tentando definir o que se deve considerar por vantagem «indevida», PINTO DE ALBUQUERQUE afirma que estamos perante uma vantagem indevida, quando esta «não corresponde a uma prestação devida ao funcionário nos termos da lei»⁸⁶, ao passo que DAMIÃO DA CUNHA sustenta que a vantagem é indevida «quando não haja justificação nenhuma, ou razoavelmente “convince” para a sua percepção, e que fique demonstrado que ela foi para o exercício de funções (e necessariamente, por causa delas)»⁸⁷.

Deste modo, a vantagem é indevida porque o destino da «renumeração» é o exercício do cargo do funcionário, devendo «ter-se em atenção as circunstâncias do negócio» e «todo aquele conjunto de elementos de ponderação que cumulativamente (...) devem ser considerados»⁸⁸.

⁸⁴ Existe um interesse, ainda que potencial na relação quando o funcionário público solicita que um particular lhe ofereça uma viagem, devido ao facto de ser sempre «conveniente» ser amigo de um juiz.

⁸⁵ ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, 2010, p. 981.

⁸⁶ *Idem*, p. 982.

⁸⁷ CUNHA, José Manuel Damiano Da, «A Reforma Legislativa em Matéria da Corrupção, Uma análise crítica das Leis n.º 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro», Coimbra Editora, 1.ª edição, Abril 2011, p. 90.

⁸⁸ *Idem*, p. 92.

Por outro lado, importa referir que a vantagem indevida tanto pode ter carácter patrimonial como não patrimonial.

Na verdade, e para que se preencha o tipo legal de crime de recebimento indevido de vantagem é indiferente que a indevida vantagem revista o carácter de uma vantagem patrimonial ou não patrimonial.

Com efeito, e tal como sustenta ALMEIDA COSTA *«atento o bem jurídico da corrupção, não se vislumbra razão para a impunidade da troca de favores do funcionário por benefícios não patrimoniais. Também aqui se verifica uma transacção com a Autoridade, circunstância que, de idêntico modo, importa a ofensa da “autonomia intencional” do Estado.»*⁸⁹

Assim sendo, a vantagem pode ocorrer através de ofertas materiais de qualquer espécie.⁹⁰

Aliás, as vantagens de carácter não patrimonial (satisfação, por exemplo, de anseios de consideração social acrescida, de honrarias ou distinções sociais⁹¹ ou mesmo de puras vaidades pessoais) podem lesar, em igual ou em maior medida do que as vantagens patrimoniais.⁹²

Por fim, cumpre referir que a vantagem indevida tanto pode ser para o próprio funcionário, caso em que estaremos perante uma vantagem directa, como pode reverter para terceiro (pessoa singular ou colectiva), situação em que estaremos perante uma vantagem indirecta⁹³, no entanto, e dando aqui a palavra a CARMO DIAS, mesmo em tais casos, *«continua a verificar-se o crime (...) mesmo que a dita vantagem indevida venha a reverter a favor de terceiro (que pode ser qualquer pessoa⁹⁴, menos o Estado), o mesmo se passando quando a solicitação ou aceitação da vantagem seja feita em*

⁸⁹ ALMEIDA COSTA, António de, *ob. cit.*, p. 166.

⁹⁰ Neste sentido, cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *ob. cit.*, 2010, p. 981, exemplifica com as seguintes acções típicas (*« (1)entregar dinheiro em qualquer forma ao funcionário, (2) fornecer quaisquer bens corpóreos ou incorpóreos e serviços ao funcionário, como refeições, viagens, alojamento em hotéis ou serviços de um massagista ou de uma prostituta, (3) conceder descontos ao funcionário, (4) saldar ou considerar saldadas dívidas do funcionário, (5) aumentar a reputação social ou profissional do funcionário, como pareceres favoráveis, louvores, honras ou títulos, (6) e manter o statu quo do funcionário, não exercendo acções criminais, civis ou disciplinares que teriam fundamento legal contra ele»*); DIAS, Figueiredo, *ob. cit.*, p. 67, exemplifica também com favores de natureza sexual.

⁹¹ Um indivíduo pode envolver-se em práticas de corrupção, por exemplo, para ser presidente do clube de futebol da terra.

⁹² DIAS, Figueiredo, *ob. cit.*, p. 67.

⁹³ E como exemplo tenha-se em conta o caso que já referimos da oferta do casaco de pele à mulher do presidente da câmara.

⁹⁴ Pessoa singular ou colectiva.

nome de terceiro»⁹⁵, embora sempre com o consentimento ou ratificação do funcionário público.

Assim, a vantagem indevida não tem que ser necessariamente auferida pelo próprio funcionário, na medida em que pode ser dada aos seus familiares ou a um testa de ferro ou a uma instituição indicada pelo funcionário, como por exemplo, ao seu clube de futebol ou ao seu partido político.

6. A causa de exclusão da tipicidade: o comportamento socialmente adequado

O legislador no n.º 3 do art. 372.º do C.P. prevê uma cláusula de exclusão da tipicidade, estatuidando que não integram este crime as condutas socialmente adequadas que estejam em conformidade com os usos e costumes⁹⁶.

Esta ideia também se encontra plasmada na exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 220/ XI do Grupo Parlamentar do Partido Socialista - «*Do âmbito da norma ficam naturalmente excluídas as ofertas socialmente adequadas à luz da experiência comum, no respeito pelos usos e costumes inerentes à vida social*».

Uma primeira crítica que se impõe desde logo fazer, quanto à referência expressa da exclusão do tipo legal das condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes é a de que «*o legislador está, nessa parte, a transpor para a lei matéria que não está sujeita ao princípio da legalidade e que, de qualquer modo, sempre resultava do disposto no artigo 31.º, n.º 1 do Código Penal*», sendo tal opção do legislador «*desnecessária uma vez que, de facto, incumbirá à doutrina e à jurisprudência “densificar” o que cabe na área da adequação social*»⁹⁷.

Uma segunda crítica que se pode também fazer é o de que o legislador faz uma referência abstracta às condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes, não apontando critérios objectivos para a definição do que contemple uma conduta socialmente adequada, o que dificulta a tarefa do aplicador de Direito que «*não poderá recorrer a critérios subjectivos, nem tão-pouco poderá partir da regra ou*

⁹⁵ DIAS, Carmo, *ob. cit.*, p. 781.

⁹⁶ Todavia, PAULO DE SOUSA MENDES, discorda da consagração da causa específica de exclusão da tipicidade prevista, pois, considera que a principal questão deveria centrar-se no registo ou rasto das ofertas, devendo proceder-se a um registo dos donativos ou das ofertas à semelhança do Bribery Act do Reino Unido. Outra alternativa que é ponderada pelo autor para fazer face ao n.º3 do art. 372º do C.P., e que anteriormente já foi referida, é a autorização das prendas recebidas por parte dos funcionários. (MENDES, Paulo de Sousa, *ob. cit.*, p. 40).

⁹⁷ DIAS, Carmo, *ob. cit.*, p. 783.

princípio de que é admissível dar, por exemplo, prendas»⁹⁸ a funcionários públicos, pois, não se defende qualquer concordância com tais práticas, muito pelo contrário.

Assim sendo, a aplicação do novo crime de recebimento indevido de vantagem não deixará de levantar problemas, na medida em que o legislador deixa ao julgador uma ampla margem de discricionariedade para definir que condutas são atípicas, ou seja, para «*decidir se as condutas em questão são socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes, e portanto, isentas de qualquer decisão sancionatória*»⁹⁹, recorrendo ao conceito indeterminado de adequação social, também denominado de comportamento socialmente adequado.

O comportamento socialmente adequado consiste numa causa de justificação supra-legal, podendo ser visto, inclusive, como um elemento negativo do próprio tipo criminal.

É importante salientar que não podemos deixar cristalizar tal conceito em determinado momento, pois o mesmo está em constante mutação, devido aos costumes estarem também sempre em transformação.

Além disso, é um conceito indefinido e de valor, tendo que ser devidamente interpretado pelo aplicador da lei em razão do conhecimento de que tenha da sociedade.

Assim, o aplicador da lei deverá proceder a um criterioso juízo de valoração individual dos comportamentos sociais, atendendo às regras da experiência comum e aos eventuais usos em determinada área, e ao circunstancialismo que envolve a vantagem indevida em si e a sua aceitação, de modo, «*a apurar, de forma objectiva (para se tornar sindicável),*» se aqueles assumem «*dignidade penal*»¹⁰⁰.

Neste sentido, ALMEIDA COSTA, também, defende que as condutas que devem considerar-se como socialmente adequadas, não podem ser «*enquadráveis numa enumeração taxativa a priori, apenas detectáveis, caso a caso, atendendo às características de cada sector de actividade*»¹⁰¹.

Considera-se que integram o conceito de «*comportamento socialmente adequado*» as condutas que são consentidas «*pelos hábitos e praxes sociais gerais ou*

⁹⁸ *Idem.*

⁹⁹ SOUSA, Luís de, *ob. cit.*, p. 21.

¹⁰⁰ DIAS, Carmo, *ob. cit.*, p. 782.

¹⁰¹ COSTA, António Manuel de Almeida, «Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, Artigos 308.º a 386.º», Coimbra Editora, 2001, p.670.

do sector de actividade»¹⁰², ou seja, os comportamentos que são normais e exigíveis pela própria relação na sociedade, sendo aceites pela maioria das pessoas.

Já WELZEL considerava que se devem «(...) *excluir do conceito de ilícito as condutas que se movem dentro dos quadros de valoração social historicamente desenvolvidos de uma comunidade*», opinião que também é sufragada por PAULA RIBEIRO DE FARIA que reafirma que «*as condutas socialmente toleradas ou aceitáveis não podem constituir ilícito*»¹⁰³ e que «*A adequação social constitui uma regra de valoração, um princípio imanente de construção jurídica (...) que traduz a comunicação entre dois mundos, a convergência ou equilíbrio entre as valorações sociais e éticas vigentes numa comunidade num determinado momento histórico, e os factos ou comportamentos, que em virtude do seu estágio de desenvolvimento técnico e funcional, essa sociedade tem que valorar. Sendo ao mesmo tempo um conceito dinâmico, já que é evidente que esse equilíbrio ou ponto de equilíbrio de que aqui se fala, é um ponto em constante mutação à medida em que a sociedade (...) e os valores (...) se alteram e reciprocamente adequam*».¹⁰⁴

De acordo com o descrito, a adequação social engloba uma perspectiva fáctica e social e uma vertente valorativa, por referência aos valores fundamentais de uma sociedade, através dos quais, os factos são valorados, ou melhor, a conduta do agente e as suas circunstâncias são valoradas.

É esta regra de valoração «*que permite distinguir entre o facto socialmente significativo e aquele que não detém essa relevância, e que por isso mesmo, também não conta para o Direito Penal*», na medida em que, a relevância social da acção do agente constitui o patamar mínimo de toda a possibilidade de ilicitude.

Assim, a responsabilidade do agente pode ser afastada por apelo à adequação social da conduta, caso após se ponderar sobre o significado ético e social da actuação do agente, a qual deverá ser analisada na sua imagem global e se apure que o sentido social da sua actuação não traduz o sentido negativo que o tipo quer incriminar e punir.

¹⁰² *Idem*, p. 670.

¹⁰³ SANTOS, Cláudia Cruz, «Os crimes de corrupção de funcionários públicos e a Lei nº 32/2010, de 2 de Setembro (“É preciso mudar alguma coisa para que tudo continue na mesma?”)», *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Abril 2011, p. 19.

¹⁰⁴ FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro De, «A Adequação Social da Conduta No Direito Penal Ou O Valor Dos Sentidos Sociais Na Interpretação Da Lei Penal», *Publicações Universidade Católica*, Porto, 2005, p. 43.

Na hipótese de estarmos perante condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes, «*o bem jurídico não pode ser entendido como um valor isolado, ausente da relação de forças sociais*», ou seja, não pode ser considerado «*como peças de museu permitindo-se apenas ao visitante a sua contemplação*», aliás, muito pelo contrário, os bens jurídicos tutelados pelo direito penal devem integrar-se na vida social, sendo então «*sujeitos a uma multiplicidade de agressões diárias conaturais à vida em sociedade e que não podem ser consideradas penalmente relevantes*», ou seja, que «*o direito tem de tolerar*», por tratarem-se «*de formas (...) perfeitamente normais a que o bem jurídico se tem de sujeitar como “forma de vida”*»^{105 106}

Aliás, e neste sentido, também se pronunciou ALMEIDA COSTA, referindo que «*as hipóteses compreendidas na assinalada «adequação social» ao serem admitidas ou, por vezes, impostas pelo sentimento geral de justiça ínsito à consciência axiológica comunitária, devem considerar-se não abrangidas no âmbito do crime*»¹⁰⁷

Conclui-se, assim que, às condutas socialmente adequadas não corresponde um grau de rejeição ético-social de determinada dimensão, devendo o Direito Penal, atendendo à sua função de tutela subsidiária (ou de *ultima ratio*) dos bens jurídicos, abster-se de intervir com as suas sanções particularmente severas, uma vez que aquelas condutas são, em princípio, manifestamente inaptas a lesar o bem jurídico e inexistente o risco de afectação da objectividade ou de isenção do funcionário.

Está a coberto da cláusula de adequação social a conduta que se baseie na aceitação de uma vantagem.

Todavia, a solicitação de uma vantagem nunca se pode considerar como socialmente adequada, pois, é sempre ilícita.

Como exemplos de condutas que, embora sejam indesejáveis, se encontram culturalmente enraizadas, e daí que se possam considerar como socialmente toleradas, podemos elencar, a aceitação do pagamento isolado de um café num vulgar estabelecimento, as prendas decorrentes das relações afectivas ou familiares, a tradição de na altura de determinadas épocas festivas, nomeadamente no Natal e na Páscoa, oferecerem-se prendas a diversas autoridades públicas, o que constitui uma prática tão generalizada que já entrou nos costumes, «*o caso da prenda de Natal à professora da escola primária pública*», o «*convite dirigido ao funcionário para assistir a eventos*

¹⁰⁵ *Idem*, p. 66.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 66 e 67.

¹⁰⁷ ALMEIDA COSTA, António de, «Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, Artigos 308.º a 309.º», Coimbra Editora, 2001, p. 670.

públicos culturais ou desportivos, desde que nele desempenhe um papel exclusivamente representativo, isto é, desde que não tire qualquer proveito económico além da presença no evento».^{108 109}

Aliás, e ainda como exemplos de casos que não integram a prática de crime e reproduzindo aqui os casos apontados por Figueiredo Dias¹¹⁰, podemos referir as pequenas lembranças de cortesia ou publicidade (a agenda para o ano que começa), pequenas gratificações em épocas festivas (as boas-festas a empregados de limpeza) ou a outorga de benesses de exclusivo significado honorífico (medalhas, condecorações).

Diferente é já, porém, a situação de aceitação de ofertas substanciais, ou seja, de prendas que não são irrelevantes ou desprezíveis e que não estão enraizadas nos usos e costumes, e também o caso em que a aceitação de vantagens corresponde a uma prática frequente do funcionário público¹¹¹.

Desta forma, já não se pode entender que configurem situações reconduzíveis ao conceito de comportamento socialmente adequado, o caso do médico que trabalha para o Serviço Nacional de Saúde e que aceita uma viagem com carácter eminentemente turístico de laboratórios da indústria farmacêutica ou de empresas de genéricos¹¹² e a

¹⁰⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *ob. cit.*, 2010, p. 979.

¹⁰⁹ ALMEIDA COSTA refere, a título exemplificativo, como situações que integram a esfera da «adequação social», «as pequenas lembranças de cortesia que visam certos fins de publicidade, a gratificação de determinados funcionários em épocas festivas (...), algumas benesses com exclusivo significado honorífico (...) e a outorga de prémios ou recompensas por actos meritórios, de reconhecido alcance colectivo, praticados no exercício do cargo» (ALMEIDA COSTA, António de, «Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, Artigos 308.º a 386.º», Coimbra Editora, 2001, p. 670).

¹¹⁰ DIAS, Figueiredo, *ob. cit.*, p. 65.

¹¹¹ FRANCISCO MUNÓZ CONDE contempla-nos com alguns exemplos de condutas que excedem o que se considera «socialmente adequado» - «Desde luego es chocante ver al funcionario (...) comiendo con el «favorecido», invitado por este, en un restaurante de cuatro tenedores, suculentos manjares acompañados de selectas bebidas, y no menos chocante seria el funcionario se pasara com toda su familia un mês de vacaciones pagadas en un hotel propiedad del ciudadano «agradecido» o recibiera de éste el día de su santo diez jamones de «pata negra» de 10 kilos cada un (...) no cabe duda de que la habitualidad en este tipo de prácticas por parte de empresas muy fuertes en el sector en el que precisamente actua el funcionario corro ela honestidad y integridad profesional del mismo, como la gota cava la piedra (...) Las invitaciones a carísimos restaurantes, los regalos en forma de cartieras de piel y bolsos de crocodilo deberían desaparecer de la praxis de lo «adecuado socialmente» en el ámbito de la función pública» (CONDE, Francisco Munóz, «Derecho Penal Parte Especial», Decimoquinta edición, revisada y puesta al día, Editora Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 1009 e 1010).

¹¹² Os laboratórios da indústria farmacêutica e as empresas de genéricos tendem a exercer forte pressão sobre os clínicos para estes receiptarem os seus produtos, investindo em ofertas e bónus aos médicos. No sentido de inversão desta situação, o nº1 do artigo 153º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos dispõe que “O médico não pode solicitar ou aceitar ofertas de qualquer natureza por parte da indústria farmacêutica ou outros fornecedores de material clínico, salvo nos casos especificados no artigo 154º”.

situação de alguns funcionários hospitalares que aceitam vinhos caríssimos por parte de agências funerárias a fim de darem conhecimentos de óbitos¹¹³.

A ser assim, as condutas referidas, devem considerar-se abrangidas pelo crime de recebimento indevido de vantagem, pois, estão para lá do socialmente adequado e, por isso, são tipicamente lesivas do bem jurídico, traduzindo-se numa forma de mercadejar com o cargo.

6.1. O critério do valor (diminuto)

Embora o valor da vantagem indevida não seja elemento normativo típico do crime de recebimento indevido de vantagem, em qualquer uma das suas modalidades, apenas funcionando como agravação, consoante for de valor elevado ou consideravelmente elevado¹¹⁴, temos que equacionar se não teria sido preferível ao invés do art. 372.º, n.º3 do C.P. prever uma causa específica de exclusão da tipicidade (a «*adequação social*», que consiste num conceito indefinido e exige bastante cuidado e ponderação na sua utilização, pois, podem abrir-se portas com consequências imprevisíveis) ter estabelecido um valor a partir do qual as «*prendas*» oferecidas a funcionários públicos não pudessem ser aceites por estes últimos.

Na verdade, e a este propósito, é discutível na doutrina a questão da admissibilidade de «*valores implícitos mínimos*», na medida em que, «*para que a conduta assuma dignidade penal sempre será de exigir que a referida vantagem, por um lado, “tenha algum valor” (valor que tenha relevo)*»^{115 116}.

¹¹³ SANTOS, Cláudia Cruz, «A Corrupção (Da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador)», *Liber discipulorum para Jorge de Figueredo Dias*, Coimbra, 2003, p. 976.

¹¹⁴ Relativamente ao tema do agravamento do ilícito, DAMIÃO DA CUNHA alerta-nos para o problema da proibição da dupla valoração, ora vejamos, quando «*o valor ou o quantitativo dessa vantagem seja chamado à colação como factor/elemento relevante para a prova do crime (para a formação da convicção do tribunal, nesse exacto momento fica proibida, vedada a sua (dupla) valoração para efeitos de agravamento da moldura legal do crime*» (CUNHA, José Manuel Damião Da, «A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção, Uma análise crítica das Leis n.º 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro», Coimbra Editora, 1.ª edição, Abril 2011, p. 98)

¹¹⁵ DIAS, Carmo, *ob. cit.*, p. 782.

¹¹⁶ Só assim a conduta poderá ascender à discursividade penal, pois, no caso em que o valor da coisa seja tão irrisório ou mesmo insignificante, tornar-se-á desprovida de sentido a sua ascensão à dignidade penal e consequentemente ao merecimento de tutela penal (COSTA, Faria, «O personalismo patrimonial e a contaminação do direito penal», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra Editora, Ano 139º, Nº 3960, Janeiro – Fevereiro de 2010, p. 199). Caso a vantagem não tenha, manifestamente, um valor que se possa considerar apto a contribuir para uma lesão à referida «*autonomia intencional do Estado*», a conduta deverá considerar-se atípica.

Assim, neste particular, a questão que se coloca com acuidade é a de saber se não se deveria estabelecer um valor-limite dentro do qual pequenas «prendas» poderiam ser toleradas, mas quando este fosse ultrapassável, dar-se-ia como verificado o crime de recebimento indevido de vantagem.

O legislador poderia ter indicado uma «*fasquia*» para a relevância jurídico-penal da vantagem recebida, em prol de uma maior determinabilidade da norma e até para acompanhar o modelo europeu que se vem desenhando¹¹⁷, contudo, recusou fixar a dita fasquia por esta assumir «*contornos subjectivos insindicáveis*» e poder «*ofender o princípio da legalidade e pôr em causa a segurança e certeza jurídicas*»¹¹⁸.

Apesar do legislador ter adoptado esta posição, PINTO DE ALBUQUERQUE defende como requisito para a qualificação da vantagem como «*socialmente adequada*» o critério do «*valor diminuto*», devendo entender-se por «*”diminuta” (...) a vantagem que tem o valor não excedente a uma unidade de conta no momento do facto*»¹¹⁹.

Deste modo, PINTO DE ALBUQUERQUE apela aos critérios dos valores dos crimes patrimoniais e, nomeadamente, ao do valor diminuto da vantagem para determinar a sua irrelevância em matéria de conduta socialmente adequada¹²⁰.

Assim, e na hipótese de oferta de um vinho tinto «*Barca Velha*», cujo preço médio de uma garrafa ronda os 350 e 370 euros, já estaríamos perante uma realidade que poderia integrar o crime em causa, por outro lado, não seriam abrangidos pela tipificação do crime de recebimento indevido de vantagem, tal como exemplificou o vice-presidente da bancada socialista, Ricardo Rodrigues, «*prémios vulgarmente conhecidos como a garrafa de vinho, uma gravata, uma esferográfica que façam parte dos usos e costumes*».¹²¹

No entanto, existe doutrina dissonante, sendo de destacar DAMIÃO DA CUNHA que, considera que «*uma correcta interpretação deste preceito implicará negar relevância ao conceito de valor diminuto (dos crimes patrimoniais), para efeito de*

¹¹⁷ Assim, no plano europeu, podemos destacar a Alemanha, onde não é permitido receber-se donativos superiores a 5 euros, a França, onde se podem receber donativos desde que não superiores a 50 euros e a República Checa, onde não se pode receber nada.

¹¹⁸ DIAS, Carmo, *ob. cit.*, p 783.

¹¹⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *ob. cit.*, 2010, p. 979.

¹²⁰ Porém, DAMIÃO DA CUNHA defende que «*o conceito definitório de “valor diminuto” (...) deve, assumir conteúdo autónomo em relação ao dos valores dos crimes patrimoniais, por duas razões: a) pela diferença dos bens jurídicos protegidos em cada uma das tipicidades; b) pelo facto de o valor diminuto nos crimes contra o património servir para criar um contra-tipo, enquanto na corrupção se trata de “negar” a tipicidade*» (CUNHA, José Manuel Damião Da, «A Reforma Legislativa em Matéria da Corrupção, Uma análise das Leis n.º 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro», Coimbra Editora, 1.ª edição, Abril 2011, p. 94).

¹²¹ <http://www.tvi.iol.pt>.

“adequação social”. De facto, tendo o legislador optado por fixar escalas de valor segundo o esquema dos crimes contra o património (valor elevado; valor consideravelmente elevado), parece-nos que deveria ter considerado a consagração do valor diminuto como indicativo da “adequação social” (...) a ausência de expressa referência ao “valor diminuto” é (...) uma opção pensada do legislador para o âmbito da adequação»¹²².

Além disso, CLÁUDIA SANTOS considera a opção do legislador a mais acertada, na medida em que a solução contrária, ou seja, a indicação de determinado valor – limite seria desadequada devido à existência de assimetrias sociais, podendo «conduzir a injustiças materiais (...) porque - digamo-lo da forma mais crua – aquilo que é suficiente para corromper um funcionário que recebe pouco mais que o salário mínimo é certamente diverso daquilo que é necessário para corromper um agente público de elevado estatuto sócio-económico»¹²³, pois, embora o presente seja pequeno, ele pode ser oportuno, o que corresponde ao antigo brocardo romano «*Munus exiguum, sed opportunum*».

Também RICARDO LAMAS se manifesta contra a fixação objectiva de um determinado valor, já que entende que, «a vantagem pode não ter um valor quantificável ou mesmo objectivo, mas ser de elevado valor para o funcionário em questão»¹²⁴, que tem interesse em recebê-la; Tal também se pode verificar no caso em que o funcionário pensa erroneamente que tem valor.

Ainda, neste sentido, parece inclinar-se ALMEIDA COSTA que, refere que, «O que está em jogo resume-se à ofensa da «autonomia intencional» do Estado (...) A circunstância de a gratificação recebida pelo funcionário público não atingir aquele montante não impede que a sua aceitação ofenda a assinalada «legalidade administrativa»»^{125 126}.

¹²² CUNHA, José Manuel Damião Da, «A Reforma Legislativa em Matéria da Corrupção, Uma análise crítica das Leis n.º 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro», Coimbra Editora, 1.ª edição, Abril 2011, p. 93 e 94.

¹²³ SANTOS, Cláudia Cruz, «A corrupção de agentes públicos em Portugal: Reflexões a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência», *A Corrupção – Reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico – Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, 2009, p. 134.

¹²⁴ LAMAS, Ricardo Rodrigues da Costa Correia, *ob. cit.*, p. 99.

¹²⁵ ALMEIDA COSTA, António de, «Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, Artigos 308.º a 386.º», Coimbra Editora, p. 669.

¹²⁶ Também, no plano internacional, nomeadamente, na doutrina e na jurisprudência brasileira, é considerado que não se pode descartar a possibilidade de haver corrupção nas hipóteses em que a vantagem assumida um valor irrisório nem argumentar que tais vantagens se encontram excluídas do normativo legal devido ao princípio da insignificância porque «o bem jurídico tutelado (...) é (...)»

Para além das justificações dos vários autores contra a possibilidade da fixação de um valor-limite, um outro argumento de que se pode lançar mão, é que ao estabelecer-se determinado valor, poder-se-ia considerar que o Direito Penal assume a pretensão de regular a vida privada das pessoas, como as relações de amizade entre um particular que pretende presentear o funcionário público, e que esquece a sua natureza de *ultima ratio*.

Por isso, em vários países, não foi o Direito Penal que interveio na fixação do valor a partir do qual as «*prendas*» que fossem oferecidas a funcionários não poderiam ser aceites por estes últimos, mas sim as corporações das diversas áreas de actividade, daí que, talvez seja este também o melhor caminho a seguir em Portugal, contudo, há que indagar quais os escalões de valor apropriados aos vários graus dos funcionários públicos, pois, a já referida assimetria social deve ser levada em linha de conta aquando da definição de um valor-limite pelas corporações.

Aliás, e no que concerne a tal matéria, ainda há relativamente pouco tempo, e no âmbito de Conselho de Secretários de Estado foi discutida uma proposta de lei quadro que pode vir a clarificar a situação.

Com efeito, trata-se de uma proposta de lei que visa criar um Código de Conduta e Ética para a Administração Pública que estabelece que as ofertas de bens recebidos nunca deverão exceder o valor máximo de 150 euros, sendo que, no caso de excederem tal valor, deverão ser entregues aos serviços da secretaria geral ou do departamento das relações públicas.

Estabelece-se, assim, um valor máximo a partir do qual os presentes oferecidos tem que ser recusados.

Além disso, o referido Código de Conduta e Ética determina que as ofertas de bens recebidos, em virtude das funções desempenhadas, deverão ser sempre registadas, o que faz com que a declaração das ofertas recebidas seja pública e actualizada.

«a «*autonomia intencional*» da Administração Pública, de que depende o bom funcionamento do Estado, que pode ser igualmente ameaçado diante de quantias elevadas ou módicas. Assim, de acordo com tal entendimento, «*não importa se a vantagem oferecida é um automóvel ou uma cesta de frutas, uma garrafa de vinho ou uma casa de milhares de reais. O que se deve inquirir é se tais vantagens foram oferecidas para influenciar o funcionário no exercício das suas funções*», traduzindo-se o comportamento deste num mero mercadejar com a função pública (BIDINO, Claudio e MELO, Débora Thaís, «A Corrupção de Agentes Públicos no Brasil: Reflexões a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência», *A Corrupção – Reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico – Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, 2009, p. 183 e 184)

A ser assim, tudo indica que, neste particular, irão ser introduzidas, brevemente, algumas alterações legais que provocarão, certamente, novos problemas de interpretação relativamente ao referido crime.

7. Reflexão sobre as repercussões processuais do crime de recebimento indevido de vantagem

Entrando agora, ainda que de forma sintética, na parte reflexiva sobre as repercussões processuais do crime de recebimento indevido de vantagem, diremos que um dos marcos mais importantes da alteração legislativa se prende com as vantagens e facilidades processuais que veio proporcionar à investigação criminal.

Com efeito, e uma vez que o tipo legal de crime em causa veio a suprimir as exigências de prova da conexão entre a vantagem e o acto ou a omissão do funcionário e a existência de qualquer pretensão, ainda que eventual, por parte do corruptor, tal construção legal permitirá vencer dificuldades probatórias que se detectam na investigação dos crimes de corrupção em sentido restrito.

A ser assim, o novo tipo legal traduz-se numa questão técnica da maior relevância para a investigação criminal, na medida em que deixará de ser necessário encontrar a justificação, pela qual, o funcionário público recebeu determinada vantagem.

Ora, tal possibilitará a detecção e a punição do maior número possível de casos de corrupção em sentido amplo, fazendo com se assista, eventualmente, a uma diminuição das cifras negras, quando é sabido que as cifras negras, relativas ao crime de corrupção, em sentido restrito, sempre se traduziram numa exiguidade de denúncias e investigações, comparativamente com a prática real do crime.

No entanto, e não obstante não podermos consentir que o novo crime de recebimento indevido de vantagem constitua direito penal simbólico, não podemos deixar de antever que, na prática judiciária, a sua aplicação se torne uma hipótese pouco frequente, devido, mesmo assim, ao preenchimento dos exigentes elementos do tipo legal e à habituação da opinião pública a este tipo de práticas que caracterizam as relações quotidianas entre os cidadãos e a Administração Pública, o que conduz a que,

habitualmente, não denunciem tais casos penais e, por isso, poucos são os que chegarão ao conhecimento das instâncias formais de controlo¹²⁷ com vista a serem investigados.

Por outro lado, poderemos assistir a alguma tendência de, comparativamente aos crimes de corrupção em sentido restrito, se considerar as condutas que integram o crime de recebimento indevido de vantagem como condutas corruptivas de menor densidade, que parece ser o entendimento de MOURAZ LOPES.¹²⁸

No entanto, não podemos concordar com tal posição, até porque, por um lado, as condutas do crime de recebimento indevido de vantagem são sobreponíveis às do crime de corrupção passiva para acto lícito e, por outro lado, quer o crime de recebimento indevido de vantagem, quer o crime de corrupção passiva para acto para acto lícito são puníveis com idênticas penas de prisão.

Além disso, repare-se que tal como acontece nos crimes de corrupção em sentido restrito, em que é possível distinguir a pequena da grande corrupção, também relativamente ao crime de recebimento indevido de vantagem é possível estabelecer tal dualidade, daí que possa acontecer que haja situações em que as condutas corruptivas relacionadas com o crime de recebimento indevido de vantagem tenham maior densidade do que as relacionadas, por exemplo, com um crime de corrupção passiva para acto ilícito, tudo há-de depender do caso penal concreto.

Porém, e com vista a ultrapassar estes e outros problemas, impõe-se, a nosso ver, levar a efeito uma melhor e mais profunda formação profissional de todos os agentes envolvidos, bem como a adopção de uma nova cultura e abordagem judiciária.¹²⁹

Noutro passo, e quando se sabe que a investigação criminal deste tipo de criminalidade não pode prescindir de forma alguma da intervenção de peritos, o que é certo é que o apoio técnico-científico de que necessita o Ministério Público e reclamado desde 1993 por MORAIS ANTUNES,¹³⁰ na actualidade, ainda sofre de muitas lacunas, daí que importe preencher e melhorar tais lacunas conforme as áreas da Administração Pública que estiverem em causa.

¹²⁷ DIAS, Figueiredo, ANDRADE, Costa, «Criminologia, O Homem Delinquente e A Sociedade Criminógena», Coimbra Editora, 1984, p. 365 e ss.

¹²⁸ LOPES, José Mouraz, «O espectro da corrupção», Almedina, Junho 2011, p. 48.

¹²⁹ CABRAL, José Santos, *obra cit.*, refere-nos diversos exemplos de casos penais que não obtiveram condenação ou obtiveram uma condenação simbólica, sendo que, a nosso ver, esses casos deveriam ser objecto à posteriori de estudo e merecer uma análise atenta por parte dos órgãos de polícia criminal e do Ministério Público, tipo laboratório judiciário alargado, com vista a que em investigações futuras e semelhantes não se voltasse a incorrer em determinadas situações, no entanto, não é essa a prática seguida em Portugal

¹³⁰ ANTUNES, Morais, «Mesa redonda: um levantamento de situações», Textos, 2, 1991-1992, 1992-1993, Centro de Estudos Judiciários, p. 152.

Por outro lado, mostra-se necessária uma resposta mais eficaz, o que poderá implicar não só a adopção de novos modelos de investigação e intervenção criminal, com reflexos na organização dos actuais órgãos de polícia criminal, do próprio Ministério Público¹³¹ e dos tribunais de julgamento mas também a adopção de novos métodos de trabalho através da criação de equipas multidisciplinares, pois sem o recurso a peritos fiscais, financeiros, contabilísticos, informáticos e de outra natureza não é possível realizar um trabalho de investigação eficaz.

Além disso, e enquanto o poder político não tiver a coragem de criar o desde há muito reclamado Tribunal Central para o julgamento da grande criminalidade económica e organizada, a nosso ver, é urgente que, em termos de organização judiciária, sejam criadas condições para que na criminalidade mais complexa, além da respectiva acusação ser, eventualmente, sustentada em julgamento pelo magistrado que investigou os factos, a mesma seja objecto de julgamento pelos magistrados mais qualificados pela sua maturidade, experiência e qualidade profissional¹³², quando o que tem acontecido é precisamente o contrário, pois a não ser assim será irrelevante e ineficaz uma investigação criminal bem conduzida quando o caso penal for objecto de julgamento por magistrados inexperientes, quando é certo que os arguidos que respondem criminalmente por tal tipo de criminalidade dispõem de dinheiro, de influência e de poder e, por isso mesmo, socorrem-se dos melhores juristas e consultores técnicos que elaboram estratégias de defesa e alibis dificilmente desmontáveis¹³³.

Acresce que se nota que nos tribunais compostos por magistrados mais inexperientes se adopta geralmente uma cultura judiciária que conduz a uma sobrevalorização da prova directa dos factos e a uma desvalorização da prova indiciária, quando se sabe que, nestes casos, a prova é muito difícil de obter, onde o poder económico é sempre capaz de comprar memórias e consciências.¹³⁴

¹³¹ Além da adopção do modelo do Procurador Ad Hoc (utilizado no caso do fax de Macau) e de equipas especiais (os casos relacionados com o urbanismo da Câmara Municipal de Lisboa, apito dourado e noite do Porto), em 1998, Paulo Da Mesquita, em sede de Audição Parlamentar, (Código de Processo Penal, Processo Legislativo, Volume II – Tomo I, Edição da Assembleia da República, 1999, p. 250) pugnou pela criação de um modelo de especialização temática ou de técnicas de investigação e não especialização em função das fases processuais, porque isso acaba por torpedear a verdadeira especialização e acaba por ser mais burocratização do que especialização.

¹³² CABRAL, José Santos, *obra cit.*, p. 196.

¹³³ MOURA, Souto de, *ob. cit.*, p. 80.

¹³⁴ MORGADO, Maria José, VEGAR, José, «O inimigo sem rosto, fraude e corrupção em Portugal», D.Quixote, 2003, p. 121.

Assim, prevê-se que, nos tempos mais próximos, a aplicação do novo tipo de crime assumirá um carácter residual, na medida em que, na prática judiciária, verificar-se-á a tendência para que a investigação, num primeiro momento, incida sobre o crime de corrupção activa ou passiva para a prática de acto e só no caso de não ser possível demonstrar a existência de um acto concreto a praticar (ou praticado), é que a investigação incidirá na detecção da prática do crime de recebimento indevido de vantagem.

No entanto, e passando a matéria que gera alguma controvérsia, e não obstante termos afirmado que um dos marcos mais importantes da alteração legislativa se prendeu com as vantagens e facilidades processuais que veio proporcionar à investigação criminal, o que é certo é que pode haver casos em que a investigação criminal estará condenada ao fracasso por não poder utilizar determinadas técnicas de investigação criminal especiais.

Com efeito, se considerarmos que o crime de recebimento indevido de vantagem não é formal e tipicamente um crime de corrupção,¹³⁵ é evidente que o mesmo não se pode inserir no âmbito dos denominados crimes de catálogo.

E não se inserindo nos crimes de catálogo, como acontece com os crimes de corrupção, na investigação criminal não se poderão utilizar algumas técnicas de investigação criminal especiais.

Além disso, teremos que entender também que as condutas que integram o mesmo, não integram, por sua vez, as condutas passíveis de serem compreendidas no âmbito da alínea m) do artigo 1.º do Código de Processo Penal, ou seja no conceito de criminalidade organizada, quando é certo que as repercussões processuais de tal inserção são importantíssimas na medida em que permitem o alargamento dos prazos do inquérito (artigo 276.º, n.º 2, do Código de Processo Penal) e dos prazos da prisão preventiva (artigo 215.º, n.º3, do Código de Processo Penal).

A ser assim, e enquanto não ocorrer eventual reconstrução do tipo legal de crime, nem que seja por mera alteração da epígrafe, tais prazos só poderão ser alargados e haver lugar à aplicação das técnicas especiais de investigação se o crime de recebimento indevido de vantagem for investigado em simultâneo com crimes de corrupção.

¹³⁵ LOPES, José Mouraz, «O espectro da corrupção», Almedina, Junho 2011, p. 45

Conclusão

A grande expansão do fenómeno da corrupção que atinge vários sectores da Administração Pública conduziu à tipificação do crime de recebimento indevido de vantagem como que reafirmando a ideia de que «*Quanto mais corrupta é a República mais numerosas são as leis*», no entanto, a Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro, não pode ser vista e tida só como mais uma lei entre tantas outras que, simbolicamente, visam a repressão dos crimes de corrupção em sentido lato e encaixar na perfeição na afirmação de Giuseppe di Lampedusa quando refere que, «*às vezes, é preciso mudar alguma coisa para que tudo fique na mesma*».

A tipificação do novo crime de recebimento indevido de vantagem constitui um passo considerável no combate à corrupção .

O sistema legal de combate à corrupção mudou para melhor, sendo que a consagração legal do dito crime, a par de outras soluções, eventualmente de natureza preventiva, pode trazer benefícios, maior transparência e imparcialidade da Administração Pública perante os cidadãos, proporcionando, por essa via, que os cidadãos tenham um tratamento igualitário e mais isento.

O novo crime tem como pressuposto fundamental a actuação isenta e imparcial da Administração Pública, a qual deve desenvolver uma gestão adequada e transparente do interesse público, tendo como escopo alcançar uma maior eficácia quer na protecção da autonomia intencional do Estado quer na protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Encontra-se, assim, subjacente ao crime de recebimento indevido de vantagem a ideia de que os funcionários públicos devem servir o bem comum e os cidadãos, como é seu dever, e não servirem-se do bem comum e dos cidadãos.

Assim, os funcionários não carecem nem devem ser presenteados pelos utentes da Administração Pública, pois, os funcionários públicos jamais devem utilizar a sua condição como um meio para alcançar uma vantagem que não lhe seria atribuída, não fosse a sua qualidade de funcionário, em virtude de ocupar determinada função pública.

Aliás, o Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores da Função Pública (Decreto – Lei n.º 58/2008) no seu artigo 3.º, n.º 4 contempla como um dos deveres dos trabalhadores da função pública o dever de isenção, o qual «*consiste em não retirar vantagens, directas ou indirectas, pecuniárias ou outras, para si ou para terceiro, das*

funções que exerce». Com efeito, o artigo 18.º, n.º1, alínea j) determina que os trabalhadores que cometam a infracção disciplinar que consta do art. 3.º, n.º 4 podem vir a ser despedidos sempre que «*em resultado da função que exercem, solicitem ou aceitem, directa ou indirectamente, dádivas, gratificações, participações em lucros ou outras vantagens patrimoniais, ainda que sem o fim de acelerar ou retardar qualquer serviço ou procedimento*».

Assim, o novo crime tem como principal objectivo erradicar condutas propiciadoras de um clima de permeabilidade ou simpatia que, normalmente, é activado em momento oportuno em virtude do funcionário público solicitar ou aceitar uma vantagem indevida no exercício das suas funções ou por causa delas.

Impõe-se, assim, mover uma luta efectiva e permanente contra aquela ideia que está enraizada entre nós, de que a corrupção é um fenómeno que está completamente assimilado pelo sistema, ao fim ou cabo, como se fôssemos um país de corruptos, ao ponto de o favoritismo, o apadrinhamento, o clientelismo, os empenhos, as vantagens indevidas serem uma forma de domínio e de estar perfeitamente normal.

É evidente que essa luta não se travará só no domínio penal, antes terá que ser travada em muitos outros domínios e instituições, será uma luta a ser travada por todos e desde logo bem cedo, nos primeiros ciclos do ensino, com a disciplina de formação cívica, pois a corrupção é apenas a ponta do iceberg da crise de valores éticos e de cidadania que caracteriza na actualidade a sociedade portuguesa.

Assim, e começando pelo lado da prevenção do fenómeno, devia haver uma estratégia global de prevenção mais estruturada nos diversos serviços públicos, fundada em análises regulares e numa gestão integrada dos riscos de corrupção, sendo que, além disso, devia potenciar-se, em cada serviço, o uso das novas tecnologias, uma vez que a informatização não só constitui um marco importante na luta contra a corrupção mas também constitui como que um oásis probatório.

No que concerne ao domínio penal, e se atendermos ao que já reclamava há cerca de vinte anos atrás, quase tudo se encontra ainda por fazer.

Assim, mais do que a adopção de um conjunto de tipos legais de crime, interessa isso sim é estabelecer princípios e boas práticas que possam obstar à venalidade no exercício das funções públicas.

Reconhecendo que há um longo caminho a percorrer nos diversos domínios, aguardamos com expectativa as primeiras condenações pela prática do dito crime, de

forma a afastarmos a ideia que estamos perante mais um caso de «*lei dura e prática mole*».

Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008.

_____, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2010.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, BRANCO, José, *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Volume 1, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010.

ALMEIDA COSTA, António de, *Sobre o Crime de Corrupção*, Separata do número Especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Coimbra, 1987.

_____, *Comentário ao artigo 372.º do Código Penal*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Artigos 308.º a 386.º, Coimbra Editora, 2001.

ANTUNES, Morais, *Mesa redonda: um levantamento de situações*, Textos, 2, 1991 – 1992, 1992 – 1993, Centro de Estudos Judiciários.

BURGOA, Maria Elena y Arenales Macedo Dias, *Os crimes de funcionários – Alguns elementos para uma interpretação teórico-sistemática*, Lisboa, 2008.

CONDE, Francisco Munõz, *Derecho Penal Parte Especial*, Decimoquinta edición, revisada y puesta al día, Editora Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

CABRAL, José Santos, *Uma Incursão pela Polícia*, Almedina, 2007.

COSTA, Faria, *O personalismo patrimonial e a contaminação do direito penal*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 139º, Nº 3960, Coimbra Editora, Janeiro – Fevereiro de 2010.

CUNHA, José Manuel Damião da, *O Conceito de Funcionário Para Efeito da Lei Penal e a Privatização da Administração Pública*, Coimbra, 2008.

_____, *A Reforma Legislativa em Matéria da Corrupção, Uma análise crítica das Leis nº 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*, Coimbra Editora, 1ª edição, Abril 2011.

Código de Processo Penal, Processo Legislativo, Volume II – Tomo I, Edição da Assembleia da República, 1999.

DIAS, Carmo, *Comentário à Lei n.º 34/87, de 16 de Julho*, in *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Volume I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010.

DIAS, Figueiredo, *A Corrupção e a Lei Penal*, in *Jornadas Sobre o Fenómeno da Corrupção*, Edição da Alta Autoridade Contra a Corrupção, Janeiro de 1999.

DIAS, Figueiredo, COSTA, Andrade, *Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra Editora, 1984.

FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de, *A adequação social da conduta no Direito Penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da Lei Penal*, Publicações Universidade Católica – Porto, Abril de 2005.

LAMAS, Ricardo Rodrigues da Costa Correia, *O recebimento indevido de vantagem – Análise substantiva e perspectiva processual*, in Revista do Ministério Público, nº 126, Abril/Junho 2011.

LOPES, José Mouraz, *Os novos crimes urbanísticos no Código Penal*, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 1.^a Edição, Abril 2011.

_____, *O Espectro da Corrupção*, Almedina, Junho 2011.

MENDES, Paulo de Sousa, *Os novos crimes de recebimento e de oferta indevidos de vantagem*, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 1.^a Edição, Abril 2011.

SANTOS, Cláudia Cruz, *A Corrupção (Da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador)*, *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, 2003.

_____, *Notas breves sobre os crimes de corrupção de agentes públicos (Considerações em torno do presente e do futuro do seu regime jurídico)*, in Revista Julgar, n.º 11, Maio – Agosto 2010, Coimbra Editora.

_____, *Os crimes de corrupção de funcionários e a Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro (“ É preciso mudar alguma coisa para que tudo continue na mesma”?)*, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 1ª Edição, Abril 2011.

MORGADO, Maria José, VEGAR, José, *O Inimigo Sem Rosto, Fraude e Corrupção em Portugal*, D. Quixote, 2003.

MOURA, Souto De, *Corrupção (para uma abordagem jurídica e judiciária, Textos, 2, 1991 – 2, 1992 – 3*, Centro de Estudos Judiciários.

SANTOS, Cláudia Cruz, BIDINO, Claudio, MELO, Débora Thaís, *A Corrupção – Reflexões (a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, 2009.

SIMÕES, Euclides Dâmaso, *O Combate à Corrupção face à reforma penal de 2007*, in Galileu, Revista de Economia e Direito, vol. XII, nº2, 2007/XIII, nº1, 2008.

_____, *Importância e prioridade da prevenção no combate à corrupção – O sistema português ante a Convenção de Mérida*, in Revista do Ministério Público, Ano 30, Jan. – Mar. 2009, Número 117.

_____, *Contra a Corrupção – As Leis de 2010*, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 1ª Edição, Abril 2011.

SOUSA, Luís de, *Corrupção*, Fundação Francisco Manuel dos Santos e Luís de Sousa, Relógio D' Água Editores, Abril 2011.

Artigos de Jornais

RIBEIRO, Nuno, Julgamento do presidente da Comunidade de Valência embaraça PP espanhol, *Jornal Público*, 19 de Julho de 2011, p. 13.

_____, Presidente de Valência demite-se para se defender, *Jornal Público*, 21 de Julho de 2011, p. 16.

ALMEIDA, São José, As prendas vão ter limite e os funcionários do Estado vão circular entre os serviços, *Jornal Público*, 18 de Abril de 2009.

COSTA, Filipe Santos, Socialistas isolados no enriquecimento ilícito, *Jornal Expresso*, Primeiro Caderno, p. 4.

Sítios da Internet Consultados

<http://www.tvi24.iol.pt>, consultado em 12.09.11.

<http://www.rr.pt/informação>, consultado em 12.09.11.

<http://www.tvi.iol.pt>, consultado em 12.09.11.

<http://contencioso.es/2009/07/12/del-cohecho-impropio-como-eufemismo-juridico-para-brivonerias/>, consultado em 16.10.11.

PUIG, Carlos Mir, El delito de cohecho en la reforma del Código Penal, publicado em 06.04.2011, disponível em <http://www.asesorlaboral.es/workpress/blog/2011/04/06/el-delito-de-cohecho-en-la-reforma-del-codigo-penal/>, consultado em 16.10.11.