

Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito – Escola de Lisboa



**O CRIME DE RECEBIMENTO INDEVIDO DE
VANTAGEM - ANÁLISE AOS ELEMENTOS
OBJETIVOS**

Dissertação realizada por Ana Filipa Zegre Teixeira

Mestrado Forense

Sob a orientação do Exmo. Professor Doutor Germano Marques da Silva

Lisboa, março de 2023

Agradecimentos

O trabalho aqui apresentado só foi possível devido ao contributo de várias pessoas pelas quais tenho um enorme carinho e admiração.

Ao meu orientador, Professor Germano Marques da Silva, pelo acompanhamento, apoio, disponibilidade e orientação que me prestou ao longo desta dissertação e que tanto me ajudaram a alcançar este objetivo.

À minha família, em especial, aos meus pais e irmãs, pelos valores que me transmitiram e pelo amor e preocupação que sempre demonstraram ter por mim.

À minha irmã, Cláudia, pelo apoio e ajuda que me deu ao longo da vida, em especial, nesta fase.

A ti, por teres estado ao meu lado durante todo este tempo e por acreditares sempre em mim e nas minhas capacidades.

Resumo

Desde sempre que a corrupção é entendida como um fenómeno complexo de elevada danosidade social que afeta, não só o Estado, como todos os cidadãos em geral. Assim, tem-se procurado combater tal fenómeno e os impactos que o mesmo possa vir a causar, através da criação de diversas medidas legislativas.

É nesse contexto que surge, em 2010, o denominado crime de recebimento indevido de vantagem que pune as condutas de solicitação ou aceitação, dádiva ou promessa de vantagem indevida que ocorram no exercício das funções do funcionário ou por causa delas.

Na presente dissertação é nosso objetivo analisar o crime previsto no artigo 372.º do Código Penal, em concreto, os seus elementos objetivos.

Palavras-chave: Crime; Recebimento; Vantagem indevida; Código Penal; Artigo 372.º

Abstract

Corruption has always been understood as a complex phenomenon of high social damage that affects not only the State, but all citizens in general. Thus, attempts have been made to fight this phenomenon and the impacts that it may cause, through the creation of various legislative measures.

It is in this context that, in 2010, the crime of receiving undue advantage is created, which punishes the conduct of requesting or accepting, giving or promising an undue advantage that occurs in the exercise of the employee's duties or because of them.

In the present dissertation, it is our objective to analyze the crime foreseen in article 372 of the Penal Code, specifically, its objective elements.

Key-Words: Crime; Receivment; Undue advantage; Penal Code; Article 372.º

Índice

Lista de Abreviaturas	5
Introdução	6
1. Evolução histórica	8
2. O bem jurídico protegido pelo crime de recebimento indevido de vantagem	14
3. Classificação do crime de recebimento indevido de vantagem.....	18
3.1 Crime de dano ou crime de perigo abstrato.....	18
3.2 Crime de resultado ou crime de mera atividade	20
4. Condutas típicas previstas no n.º 1 e n.º 2 do artigo 372.º do Código Penal.....	22
4.1 O sujeito ativo e passivo.....	22
4.2 A solicitação ou aceitação de vantagem.....	23
4.3 A dádiva ou promessa de vantagem.....	26
4.4 A vantagem – características	28
4.5 “No exercício das suas funções ou por causa delas”	31
5. “As condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes” – cláusula de adequação social	40
5.1 O critério do valor diminuto.....	44
Conclusão	47
Referências bibliográficas	48

Lista de Abreviaturas

Art.	Artigo
Cfr.	Conferir
i.e	Isto é
n.º	Número
p.	Página

Introdução

A corrupção tem sido, desde sempre, entendida como um fenómeno complexo de elevada danosidade social que afeta não só o Estado, como todos os cidadãos, tendo em consideração que o Estado atua por meio dos seus funcionários, enquanto seus representantes e estes, ao aceitarem vantagens que não lhes sejam devidas, põem em causa a imparcialidade, objetividade, transparência e credibilidade da Administração Pública.

Neste sentido, tem-se vindo a abandonar a ideia que vigorou por largo tempo de que o crime de corrupção se traduzia num crime sem vítimas por não ser possível determinar, em concreto, as pessoas por ele afetadas. Atualmente, é inegável o carácter lesivo associado ao crime de corrupção, considerando que se trata de um crime com um número indefinido de vítimas.

Por essa razão, ao longo de vários anos, tem-se procurado combater o fenómeno da corrupção e os impactos que o mesmo possa vir a causar na sociedade, através da adoção de diversas medidas legislativas, tanto a nível preventivo, como repressivo.

Uma das práticas corruptivas mais frequentes e que lesa a imparcialidade e objetividade da Administração Pública diz respeito à solicitação ou aceitação, dádiva ou promessa de vantagens indevidas. Ainda que por vezes, atendendo a determinados fatores, tais práticas se mostrem como socialmente adequadas, não se poderão deixar de considerar prejudiciais para o Estado, na medida em que põem em causa o seu prestígio e dignidade.

Assim, como forma de combater mais eficazmente o fenómeno da corrupção, surge com a Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro o denominado crime de recebimento indevido de vantagem que corresponde a uma corrupção em razão das funções. Está em causa, não só a punição da solicitação ou aceitação de vantagem indevida por parte de um funcionário, no exercício das suas funções ou por causa delas (artigo 372.º, n.º 1 do Código Penal), como da dádiva ou promessa indevida de vantagem feita por um particular a funcionário, quando a mesma ocorra no exercício das funções do funcionário ou por causa delas (artigo 372.º, n.º 2 do Código Penal).

Diferentemente do que sucedia em regimes anteriores em que a vantagem auferida pressupunha a prática de um ato ou omissão por parte do funcionário, o atual artigo 372.º do Código Penal prescinde da necessidade de demonstração da existência de um sinalagma ou nexos causal entre a vantagem indevida solicitada ou aceite, dada ou prometida, e a prática de um ato ou omissão praticados ou a praticar pelo funcionário.

Assim, pretendeu-se abranger um maior número de condutas face ao regime anterior, de forma a assegurar uma maior eficácia na perseguição penal dos agentes deste tipo de crime, suprimindo as dificuldades inerentes à prova da existência de um sinalagma ou nexa causal.

Na presente dissertação é nosso objetivo analisar o crime de recebimento indevido de vantagem previsto no artigo 372.º do Código Penal, em concreto, os seus elementos objetivos.

Para uma melhor compreensão do fenómeno em questão, abordaremos, num primeiro momento, a evolução histórica do mesmo, desde o direito romano até à atualidade.

De seguida, serão abordadas determinadas temáticas, tais como, o bem jurídico protegido pelo crime de recebimento indevido de vantagem e a classificação do mesmo como um crime de dano ou crime de perigo abstrato, quanto ao grau de lesão do bem jurídico, e de resultado ou mera atividade quanto à forma de consumação do crime.

Posteriormente, analisaremos os elementos objetivos do crime de recebimento indevido de vantagem, dando especial atenção à expressão “no exercício das suas funções ou por causa delas”, uma vez que se trata de um elemento essencial para auferir da tipicidade da conduta.

Por fim, refletiremos acerca da consagração da cláusula de adequação social prevista no n.º 3 do artigo 372.º do Código Penal tendo em consideração que se trata de um conceito demasiado vago e indeterminado para o qual não foram apontados quaisquer critérios objetivos de definição. Neste ponto, é nosso objetivo procurar distinguir as condutas criminalmente relevantes, das condutas sem relevância penal, por serem consideradas condutas socialmente adequadas.

1. Evolução histórica

Tal com refere LUÍS DE SOUSA, «*A corrupção é um problema mundial, comum a todas as sociedades, regimes e culturas, e detectável em diferentes períodos da História da Humanidade*»¹. Devido à sua relevância, o fenómeno da corrupção tem vindo, desde cedo, a interessar autores clássicos, tendo sido, ao longo de vários anos, adotadas diversas medidas de prevenção e repressão, tanto a nível nacional como internacional, de forma a combater tal fenómeno e diminuir os impactos que o mesmo possa vir a causar nas sociedades. Assim, para uma melhor compreensão do fenómeno em causa, mostra-se imperativo fazer uma abordagem jurídico-penal do mesmo, iniciando cronologicamente no direito romano, até à atualidade.

No direito romano, tal como refere DÉBORA THAÍS DE MELO, «*a censurabilidade da corrupção residia na vedação à aceitação de quaisquer dádivas como remuneração das funções públicas porquanto se estaria a pôr em causa o postulado da gratuidade de seu exercício*»². Assim, sancionava-se a aceitação de quaisquer dádivas, ainda que as mesmas não se traduzissem numa contrapartida por um ato praticado por um magistrado no exercício das suas funções. O crime teria como referente a “gratuidade do exercício das funções”, contrapondo-se ao modelo de raiz germânica onde o núcleo da corrupção assentava no simples “comércio” ou “transação” com o cargo.

Posteriormente, como forma de combater tais práticas corruptivas, foram promulgadas as leis *repetundarum*. No que diz respeito ao âmbito pessoal, as *leges repetundarum* apenas se aplicavam, inicialmente, às autoridades de grau superior, vindo, mais tarde, a abranger «*todos os funcionários e mesmo os particulares enquanto exercessem funções públicas*»³.

Fora do âmbito da incriminação encontravam-se apenas «*as dádivas de alimentos ou provenientes dos pais, bem como as que se destinavam a fins honoríficos*»⁴.

No que diz respeito à sanção, a mesma esgotava-se, num primeiro momento, na restituição dos bens injustamente recebidos e, mais tarde, na época imperial, na aplicação de verdadeiras sanções penais, como «*o banimento, a confiscação do património ou a pena de morte*»⁵.

¹ SOUSA (2011), p. 11.

² MELO (2009), p. 75.

³ COSTA (1987), p. 12.

⁴ *Idem*, p. 11.

⁵ *Idem*, p. 9.

O direito romano veio influenciar o direito português, sendo tal influência comprovada pelas Ordenações Filipinas que previam no Livro V, Título LXXI, a proibição geral dirigida a todos os funcionários de aceitarem para si, para os seus filhos ou pessoas debaixo do seu poder e governança, quaisquer dádivas ou presentes, independentemente de quem os oferecesse. Assim, tal como no direito romano, sancionava-se a simples aceitação de dádivas ou presentes, ainda que os mesmos não visassem diretamente a retribuição de um qualquer ato praticado pelo funcionário.

A respetiva sanção traduzia-se na perda do “Officio” e no pagamento de «(...) vinte por hum do que receber, ametade para quem o accusar, e a outra para nossa Camara».

De fora da incriminação ficavam as dádivas de certos familiares que consistissem em “cousas de comer” e ainda, os presentes de indivíduos relativamente aos quais o funcionário tivesse uma relação de estreita amizade.

Mais tarde, no Código Penal de 1886 a corrupção vinha consagrada nos artigos 318.º a 323.º. O artigo 322.º consagrava o chamado suborno indireto e dizia-nos o seguinte: «*Se o empregado público aceitar por si ou por outrem oferecimento ou promessa, ou receber dádiva ou presente de pessoa que perante ele requeira desembargo ou despacho, ou que tenha negócio ou pretensão dependente do exercício de suas funções públicas, ser-lhe-ão aplicadas as disposições do artigo 318.º e seus parágrafos*». Tal incriminação abrangia as hipóteses em que o particular não tinha uma pretensão concreta perante o funcionário, mas apenas pretendia criar o chamado «*clima de “permeabilidade” ou de “simpatia” para eventuais diligências que venham a requerer-se no futuro*»⁶.

A doutrina e jurisprudência dominantes na época entendiam que os artigos 318.º e seguintes do Código Penal de 1886 consagravam a corrupção como um crime de participação necessária, «*cujo tipo de ilícito abrangia (e, portanto, só se consumava com) a verificação cumulativa das condutas do corruptor e do funcionário corrupto*»⁷.

Todavia, inspirado no modelo adotado noutros ordenamentos europeus, nomeadamente em França e na Alemanha, o Código Penal de 1982 consagrou uma solução diversa, passando a descrever as condutas do corruptor e do corrupto «*como dois processos executivos que, apesar de relacionados, integram infracções independentes*»⁸.

⁶ *Idem*, p. 124.

⁷ COSTA (2001), p. 655.

⁸ *Idem*.

No Código de 1982, a corrupção encontrava-se regulada nos artigos 420.º a 423.º. Punia-se a corrupção passiva para ato ilícito (artigo 420.º), a corrupção passiva para ato lícito (artigo 422.º) e a corrupção ativa (artigo 423.º). O artigo 420.º, n.º 1 punia com pena de prisão de um a seis anos ou com pena de multa de 50 a 150 dias «*O funcionário que, por si ou interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou receber dinheiro ou promessa de dinheiro ou qualquer vantagem patrimonial, que não lhe sejam devidos, para praticar acto que implique violação dos deveres do seu cargo*». Se em causa estivesse a prática de um ato não contrário aos deveres do cargo, o funcionário seria punido com pena de prisão até seis meses ou multa até 30 dias, nos termos do artigo 422.º. Por sua vez, do lado ativo, o artigo 423.º, n.º 1 dispunha o seguinte: «*Quem der ou prometer a funcionário, por si ou por interposta pessoa, dinheiro ou outra vantagem patrimonial que ao funcionário não sejam devidos, com os fins indicados nos artigos 420.º e 421.º será punido, segundo os casos, com as penas previstas em tais disposições*».

Ao contrário do que se previa no anterior regime jurídico, o Código Penal de 1982 passou a excluir «*a hipótese de punir, a título de corrupção passiva, as dívidas 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*»⁹. Neste sentido, passou a ser exigido que a vantagem visasse a prática de um concreto ato pelo funcionário.

No entanto, atendendo ao bem jurídico protegido, ALMEIDA COSTA defendia a possibilidade de se admitirem exceções àquela regra, quando «*à luz dos critérios da experiência comum, a simples dívida – 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*»¹⁰. Assim, ainda que não fosse possível provar a efetiva prática de um ato pelo funcionário, se atendendo aos diversos fatores enunciados ficasse demonstrado que a vantagem foi auferida para o exercício do cargo do funcionário, considerar-se-ia ilícita.

A reforma do regime jurídico, no que concerne ao crime de corrupção, deu-se em 1995, passando os artigos 372.º e 373.º a estipular a corrupção passiva para ato ilícito e a corrupção passiva para ato lícito, respetivamente. Relativamente à corrupção ativa, a

⁹ COSTA (1987), p. 123 e 124.

¹⁰ *Idem*, p. 124.

mesma encontrava-se consagrada no artigo 374.º. Nos termos do artigo 372.º, n.º 1, o funcionário que solicitasse ou aceitasse vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, como contrapartida de ato ou omissão contrários aos deveres do cargo, seria punido com pena de prisão de um a oito anos. Se o ato ou omissão fossem não contrários aos deveres do cargo, aplicar-se-ia a pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 240 dias, de acordo com o artigo 373.º, n.º 1. Do lado ativo, o artigo 374.º punia a dádiva ou promessa de vantagem indevida feita por um particular a um funcionário. Assim, punia-se a solicitação ou aceitação, dádiva ou promessa de vantagem indevida que tivesse como contrapartida a prática de um concreto ato ou omissão pelo funcionário.

Prosseguindo a análise cronológica ao fenómeno da corrupção, não poderíamos deixar de abordar a Lei n.º 108/2001, de 28 de novembro, que entrou em vigor em 1 de janeiro de 2002 e que fixou, até à posterior alteração de 2010, o regime jurídico dos crimes de corrupção. Cumpre agora analisar esta Lei e as alterações por ela procedidas.

Com a redação atribuída pela Lei n.º 108/2001, de 28 de novembro, o artigo 372.º, n.º 1 passou a punir com pena de prisão de um a oito anos «*O funcionário que por si, ou por interposta pessoal, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação*». Por seu turno, o artigo 373.º, n.º 1 punia com a pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 240 dias o funcionário que solicitasse ou aceitasse vantagem patrimonial ou não patrimonial para um qualquer ato ou omissão não contrários aos deveres do cargo.

Ao compararmos a Lei n.º 108/2001, de 28 de novembro, com o anterior regime, podemos constatar que o legislador eliminou a expressão «*como contrapartida de*» tendo-a substituído pela expressão «*para um qualquer ato ou omissão*». Assim, como forma de assegurar uma maior eficácia à repressão da corrupção, passou a punir-se a corrupção sem demonstração do ato concreto pretendido. Tal como refere CLÁUDIA SANTOS, é possível evidenciar dois aspetos fundamentais que estiveram na base desta mudança: «*a necessidade de adaptação do nosso direito interno por força de vários instrumentos internacionais que vinculavam o Estado português (...) e a necessidade de eliminar as dificuldades probatórias inerentes ao denominado “pacto de corrupção” ou ao sinalagma entre as condutas do corrupto e do corruptor*»¹¹. Com a introdução da referida

¹¹ SANTOS (2011), p. 11.

Lei, deixou de ser exigido que a vantagem tivesse como contrapartida a prática de um ato ou omissão pelo funcionário.

Posteriormente, com a alteração procedida ao Código Penal pela Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro, foi introduzido o crime de recebimento indevido de vantagem, previsto no artigo 372.º. Diferentemente do que sucedia no anterior regime, onde se dividia a corrupção passiva para ato ilícito, corrupção passiva para ato lícito e a corrupção ativa, a atual redação optou por uma diferente enunciação, passando a consagrar no artigo 372.º o recebimento indevido de vantagem, e nos artigos 373.º e 374.º a corrupção passiva e corrupção ativa, respetivamente.

De acordo com o artigo 372.º do Código Penal, será punida a conduta do funcionário que solicitar ou aceitar vantagem patrimonial ou não patrimonial que não lhe seja devida, no exercício das suas funções ou por causa delas (n.º 1), assim como a conduta de qualquer particular que der ou prometer a funcionário uma vantagem indevida, no exercício das suas funções ou por causa delas (n.º 2), não sendo, por isso, necessária a demonstração da prática de um concreto ato ou omissão pelo funcionário.

No entanto, a questão da necessidade de exigência de sinalagma entre a conduta do corruptor e a prestação do corrupto, aparentemente, tinha já sido ultrapassada com a entrada em vigor do artigo 373.º, n.º 2 na redação atribuída pela Lei n.º 108/2001, de 28 de novembro, uma vez que este artigo punia o funcionário que solicitasse ou aceitasse vantagem patrimonial ou não patrimonial «*de pessoa que perante ele tenha tido, tenha ou venha a ter qualquer pretensão dependente do exercício das suas funções públicas*»¹². Por esse motivo, levantou-se na doutrina a dúvida relativamente à questão de saber se com a Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro, efetivamente houve ou não o aditamento de um novo crime, o recebimento indevido de vantagem.

¹² No que diz respeito ao n.º 2 do artigo 373.º na redação atribuída pela Lei n.º 108/2001, de 28 de novembro, PINTO DE ALBUQUERQUE entende que a lei exigia a verificação de uma de três condições: «*ou a pessoa já teve no passado uma pretensão sua submetida à decisão do funcionário; ou a pessoa tem no presente (isto é, no momento do suborno) uma pretensão submetida à decisão do funcionário; ou a pessoa pode vir a ter uma pretensão submetida à decisão do funcionário*». Segundo o autor, na primeira situação, «*é irrelevante se essa pretensão foi diferida ou indeferida ou não chegou mesmo a ser conhecida pelo funcionário*». O facto de o funcionário ter sido chamado a decidir uma pretensão da pessoa faz com que tal situação possa vir a repetir-se no futuro. Por outro lado, se a pessoa tem no presente uma pretensão e o funcionário solicita uma vantagem, «*a solicitação não pode deixar de ser entendida como um suborno para a prática do ato relativo à concreta pretensão que está pendente*». Por fim, está em causa a situação em que o funcionário não teve nem tem qualquer pretensão submetida pelo particular, mas pode vir a tê-la no futuro. Nestes casos, considera o autor que «*o tipo inclui qualquer possibilidade futura, mesmo que remota, de o funcionário vir a ter de decidir sobre uma pretensão da pessoa. Este juízo de probabilidade é 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*». (Cfr. ALBUQUERQUE (2022), p. 1287 e 1288).

Para CLÁUDIA SANTOS «*não há neste artigo 372.º com a redacção que lhe é dada pela Lei n.º 32/2010 (...) nada de substancialmente inovador quanto ao âmbito material da incriminação, por comparação com a criminalização expressa da corrupção sem demonstração do acto concreto pretendido que ficara clara desde 2001*»¹³. Para a autora, as condutas previstas no atual artigo 372.º do Código Penal correspondem por inteiro ao sentido que as mesmas já assumiam na anterior redacção do Código Penal, não havendo, por isso, qualquer alargamento do âmbito de aplicação de tais normas.

Também EUCLIDES SIMÕES considera que o artigo 372.º do Código Penal, com a redacção atribuída pela Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro, «*passou a consagrar um tipo de crime só aparentemente inovador, denominado “recebimento indevido de vantagem”*»¹⁴. Justifica a sua afirmação pelo facto de existirem nítidos pontos de coincidência entre o artigo 372.º, n.º 1 (Lei n.º 32/2010) e o artigo 373.º, n.º 2 (Lei n.º 108/2001), uma vez que ambos se dirigem ao funcionário enquanto sujeito passivo, ambos exigem que esteja em causa uma vantagem indevida que tanto pode ser patrimonial como não patrimonial, e ambos pressupõem o exercício do cargo.

Ainda que se possa admitir semelhanças entre as duas disposições, não se pode deixar de apontar algumas diferenças, desde logo, no que diz respeito à moldura penal aplicável. Enquanto o artigo 373.º, n.º 2 do anterior regime punia o funcionário com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias, o atual artigo 372.º, n.º 1 prevê, do lado passivo, a pena de prisão até cinco anos ou pena de multa até 600 dias. Neste sentido, é possível concluir que a punição prevista no atual artigo 372.º do Código Penal é mais gravosa daquela que resultava do regime anterior.

Além disso, em 2010, com o desaparecimento da exigência de que a vantagem indevida fosse proveniente de pessoa que «*perante ele (funcionário) tenha tido, tenha ou venha a ter qualquer pretensão dependente do exercício das suas funções públicas*», o legislador pretendeu abranger tanto as hipóteses em que a solicitação ou aceitação, dádiva ou promessa de vantagem indevida ocorram “no exercício das suas funções” como “por causa delas”.

Assim, a nosso ver, o artigo 372.º do Código Penal passou a prever um conjunto de condutas mais abrangentes, passando o crime de recebimento indevido de vantagem a punir os casos em que a vantagem é auferida no decurso e contexto da atuação do funcionário, bem como os casos em que a mesma é solicitada ou aceite, dada ou prometida

¹³ SANTOS (2011), p. 20.

¹⁴ SIMÕES (2011), p. 48.

pelo facto de o funcionário ter essa qualidade em razão de ocupar uma determinada função pública.

2. O bem jurídico protegido pelo crime de recebimento indevido de vantagem

Partindo da análise substantiva do tipo legal de crime de recebimento indevido de vantagem, daremos agora início à determinação do bem jurídico protegido pela incriminação, tendo em consideração que a sua determinação nos permitirá uma maior compreensão da essência do delito em questão.

Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, o bem jurídico pode ser definido como «*a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso*»¹⁵.

A determinação do bem jurídico protegido pela incriminação do crime em análise não se afigura tarefa fácil, havendo várias posições, tanto a nível internacional, como nacional. A nível internacional, a doutrina italiana defende que o bem jurídico tutelado pela corrupção se traduz na «*“confiança” da colectividade na objectividade e na independência do funcionamento dos seus órgãos*»¹⁶. Neste sentido, «*o objecto de protecção reconduz-se ao prestígio e à dignidade do Estado, como pressupostos da sua eficácia ou operacionalidade na prossecução legítima dos interesses que lhe estão adstritos*»¹⁷. No que diz respeito à doutrina alemã, na determinação do bem jurídico protegido, são apontadas quatro teses fundamentais: a primeira considera que o bem jurídico protegido se traduz na manutenção da pureza da função pública; a segunda assimila o bem jurídico à falsificação ou adulteração da vontade do Estado; a terceira defende que o bem jurídico se reconduz à confiança ou credibilidade do Estado perante a coletividade; a quarta e última, pretende combinar as duas anteriores, considerando que está em causa a salvaguarda das condições necessárias ao bom funcionamento do Estado, através da defesa da confiança e do prestígio da Administração e da criação de um obstáculo ao perigo de falsificação da vontade do Estado¹⁸.

¹⁵ DIAS (2019), p. 130.

¹⁶ COSTA (2001), p. 657.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Neste sentido, Cfr. COSTA (2001), p. 657 a 659.

A nível nacional, a posição maioritariamente aceite é a defendida por ALMEIDA COSTA. O referido autor define bens jurídicos como «*o conjunto dos valores considerados necessários à convivência comunitária e à livre realização da Pessoa (...) por exemplo, a vida, a integridade física, a saúde, a liberdade, o património*»¹⁹. A par destes valores essenciais considerados imprescindíveis, ALMEIDA COSTA chama ainda a atenção para outros que assumem um papel secundário como “valores-meios”. Relativamente aos chamados “valores-meios”, à partida não gozariam de tutela penal, no entanto, em certos casos, «*a sua protecção acaba por confundir-se com a salvaguarda dos últimos, circunstância que justifica uma absorção pelo direito penal e a correspondente qualificação como bens jurídico-criminais*»²⁰. Nesta definição incluem-se, por exemplo, «*a tutela penal da soberania do Estado, da manutenção do modelo do Estado de direito e, de um modo geral, da preservação da esfera da Autoridade Pública*»²¹.

Assim, não obstante o carácter instrumental que reveste, a Administração pode assumir a natureza de bem jurídico-criminal, pois mostra-se imprescindível para a satisfação de finalidades essenciais em qualquer sociedade, traduzindo-se num instrumento necessário e fundamental ao acesso aos serviços públicos, por parte dos cidadãos, em condições de transparência, igualdade e objetividade.

Posto isto, ALMEIDA COSTA entende que, «*ao transaccionar com o cargo, o empregado público corrupto coloca os poderes funcionais ao serviço dos seus interesses privados, o que equivale a dizer que, abusando da posição que ocupa, se “sub-roga” ou “substitui” ao Estado, invadindo a respectiva esfera de actividade*»²². Ocorre, assim, uma «*manipulação do aparelho de Estado pelo funcionário que, assim, viola a autonomia intencional do último*»²³.

Neste sentido, o funcionário, no desempenho das suas funções públicas está adstrito a determinados deveres de isenção, lealdade, objetividade e imparcialidade, pelo que, ao solicitar ou aceitar uma vantagem que não lhe seja devida, ou sendo-lhe a mesma dada ou prometida, no exercício das suas funções ou por causa delas, estar-se-á a valer da posição que ocupa para benefícios próprios considerados indevidos, manipulando, desta forma, o aparelho do Estado e pondo em causa o prestígio e a dignidade das funções

¹⁹ *Idem*, p. 660.

²⁰ *Idem*.

²¹ *Idem*.

²² *Idem*, p. 661.

²³ *Idem*.

públicas. Assim, no entendimento do referido autor, o bem jurídico protegido consiste na autonomia intencional do Estado.

Esta posição é também partilhada na exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 220/XI, apresentado pelo grupo parlamentar do Partido Socialista, quando se afirma que a mera aceitação ou solicitação de vantagem indevida «*constitui, por si só, a colocação em perigo da referida autonomia intencional do Estado*»²⁴.

Em sentido próximo ao defendido por ALMEIDA COSTA, encontra-se a tese de CLÁUDIA SANTOS. A autora entende que aquilo que se pretende proteger é a «*legalidade da actuação dos agentes públicos e a sua objectividade decisional*»²⁵. Considera que o Estado atua por meio dos seus funcionários e estes, ao “mercadejar com o cargo”, isto é, ao solicitarem ou aceitarem vantagens que não lhes sejam devidas e que se mostrem suscetíveis de criar um “clima de permeabilidade” ou de “simpatia”, estão, desde logo, a pôr em causa a sua imparcialidade e objetividade decisional criando o «*risco de decisões motivadas por interesses subjectivos e desconformes com o interesse público*»²⁶. Ao fazê-lo, os funcionários colocam em causa a legalidade da sua atuação «*que impede que eles solicitem ou que os cidadãos lhes ofereçam quaisquer retribuições por um desempenho que o Estado entendeu não merecer retribuição outra*»²⁷.

Também CARMO DIAS considera que com a incriminação do crime de recebimento indevido de vantagem se protege «*o exercício de funções, de acordo com o interesse público da comunidade*»²⁸, exigindo-se que o funcionário «*tenha um desempenho funcional com observância da legalidade e uma actuação orientada pela objectividade, imparcialidade e transparência*»²⁹.

Por fim, PINTO DE ALBUQUERQUE defende que o bem jurídico tutelado pelo crime de recebimento indevido de vantagem se traduz na «*integridade do exercício das funções públicas pelo funcionário*»³⁰. No entendimento do referido autor, na incriminação prevista no artigo 372.º do Código Penal apenas se abrangem as funções públicas do funcionário e não a sua atividade privada. Tal afirmação resulta, desde logo, da letra da lei, uma vez que o artigo 372.º refere expressamente que se proíbe a solicitação ou

²⁴ Projeto Lei n.º 220/XI, consultar em:

<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=35212>.

²⁵ SANTOS (2009), p. 31.

²⁶ *Idem*.

²⁷ *Idem*, p. 32.

²⁸ DIAS (2010), p. 778.

²⁹ *Idem*.

³⁰ ALBUQUERQUE (2022), p. 1293.

aceitação, dádiva ou promessa de vantagem indevida que ocorra no exercício das funções do funcionário ou por causa delas. Neste sentido, a conduta passível de assumir relevância criminal é aquela que diz respeito à parte pública do comportamento do funcionário. Acresce ainda o autor que os funcionários em causa não são apenas os funcionários do Estado, na medida em que «o conceito penal de funcionário inclui também os gestores e os trabalhadores de empresas concessionárias de serviços públicos, que não se integram no Estado, bem como os funcionários estrangeiros e os funcionários de organizações de direito internacional público, como resulta do disposto no artigo 386.º»³¹.

Da análise das diferentes teses aqui apresentadas, é possível concluir que estas acabam por se reconduzirem ao mesmo, isto é, os referidos autores concordam que o que se pretende garantir com a incriminação do crime em apreço é que o Estado, por meio dos seus representantes, isto é, funcionários, «actue de forma objectiva e imparcial e de que a sua “vontade” ou o sentido das suas decisões não é ditada, controlada ou influenciada por interesses que não sejam os da colectividade»³². Assim, no que diz respeito à determinação do bem jurídico protegido, as diferentes designações atribuídas são essencialmente formais e de expressão.

Conclui-se assim, que o bem jurídico tutelado pelo crime de recebimento indevido de vantagem é «a autonomia funcional do funcionário público ou, noutra formulação, mas com o mesmo alcance, a integridade do exercício das funções públicas pelo funcionário»³³.

O que se pretende assegurar com a proibição de “mercadejar com o cargo” prevista no artigo 372.º do Código Penal é que o funcionário, quando investido de poderes públicos, os desempenhe tendo sempre em vista os interesses da comunidade e nunca os seus interesses privados.

Ao solicitar ou aceitar uma vantagem que não lhe seja devida, ou sendo-lhe a mesma dada ou prometida por um particular, no exercício das suas funções ou por causa delas, o funcionário fica, desde logo, com a sua atuação condicionada. Verifica-se um desvio no exercício de poderes que lhe são conferidos em razão do cargo que ocupa, que em vez de utilizados para a satisfação de interesses públicos, passam a ser utilizados para a satisfação de puros interesses particulares ou privados.

³¹ *Idem.*

³² LAMAS (2011), p. 71.

³³ SILVA (2021), p. 74.

Ao invés de desempenhar as suas funções com a devida neutralidade subjacente, o funcionário, motivado pela vantagem, coloca os seus interesses privados acima dos interesses da comunidade, traduzindo-se a sua atuação numa verdadeira manipulação da autonomia intencional do Estado. A prossecução do interesse público deixa de ser o único e principal objetivo do funcionário, falhando, assim, os seus deveres de isenção, lealdade, objetividade e imparcialidade.

3. Classificação do crime de recebimento indevido de vantagem

3.1 Crime de dano ou crime de perigo abstrato

Um das problemáticas em torno do crime de recebimento indevido de vantagem, devido à divergência existente na doutrina portuguesa, é a classificação do crime em apreço como um crime de dano ou crime de perigo abstrato, quanto ao grau de lesão do bem jurídico.

Enquanto nos crimes de dano, para que haja a realização do tipo incriminador torna-se necessário que haja uma lesão efetiva do bem jurídico, nos crimes de perigo basta que o mesmo seja posto em perigo.

Dentro da classificação dos crimes de perigo, é ainda possível distinguir entre crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. Segundo FIGUEIREDO DIAS, nos crimes de perigo concreto «*o perigo faz parte do tipo, isto é, o tipo só é preenchido quando o bem jurídico tenha efetivamente sido posto em perigo*»³⁴. Por seu turno, nos crimes de perigo abstrato, «*o perigo não é elemento do tipo, mas simplesmente motivo da proibição*»³⁵. Atendendo à perigosidade típica inerente a este tipo de crimes, justifica-se a punição ainda que a conduta do agente não tenha efetivamente criado perigo para o bem jurídico. Assim sendo, não será necessária a comprovação da perigosidade no caso concreto, pois quanto a estes crimes «*há como que uma presunção inelidível de perigo e, por isso, a conduta do agente é punida independentemente de ter criado ou não um perigo efetivo para o bem jurídico*»³⁶.

³⁴ DIAS (2019), p. 360.

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Idem.*

No que diz respeito à classificação do crime de recebimento indevido de vantagem como um crime de dano ou crime de perigo abstrato, está em causa saber se as condutas típicas previstas no artigo 372.º do Código Penal produzem, em si, um dano ao bem jurídico protegido pela incriminação ou, se por outro lado, o dano apenas se verifica com a prática de um ato ou omissão pelo funcionário.

No nosso entendimento, o crime de recebimento indevido de vantagem classifica-se como um crime de perigo abstrato quanto ao grau de lesão do bem jurídico, na medida em que se pretende prevenir uma conduta suscetível de provocar a corrupção.

Assim sendo, a criminalização do crime previsto no artigo 372.º do Código Penal traduz uma antecipação da tutela penal³⁷ relativamente aos crimes de corrupção passiva (artigo 373.º) e ativa (artigo 374.º), pois enquanto o crime de recebimento indevido de vantagem visa prevenir uma situação de perigo, o crime de corrupção contempla um dano associado à prática de um ato ou omissão praticados ou a praticar pelo funcionário.

Ainda que as condutas típicas previstas no artigo 372.º do Código Penal não criem um dano ao bem jurídico protegido pela incriminação, colocam-no em perigo. Assim, o dano somente se verifica com a efetiva prática de um ato ou omissão pelo funcionário. Até esse momento existirá apenas um perigo de verificação desse dano, razão pela qual se classifica o crime de recebimento indevido de vantagem como um crime de perigo abstrato.

Esta parece ser também a posição que resulta da exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 220/XI, apresentado pelo grupo parlamentar do Partido Socialista, quando se afirma que *«passa a ser sancionada a corrupção pelo exercício de funções, na medida em 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»*³⁸.

³⁷ No mesmo sentido, CARMO DIAS considera que a criminalização do crime de recebimento indevido de vantagem é *«uma antecipação da tutela penal, visando prevenir a colocação em perigo do bem jurídico protegido e, assim, melhor proteger a actividade funcional dos organismos públicos de ataques internos ou externos que subvertam a sua finalidade. 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»*. (Cfr. DIAS (2010), p. 778).

³⁸ Projeto Lei n.º 220/XI, consultar em: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=35212>.

No mesmo sentido, encontram-se as posições de GERMANO MARQUES DA SILVA³⁹, PINTO DE ALBUQUERQUE⁴⁰ e CARMO DIAS⁴¹. Em sentido contrário, RICARDO LAMAS⁴² entende que o crime de recebimento indevido de vantagem é um crime de dano.

3.2 Crime de resultado ou crime de mera atividade

Uma outra questão controversa na doutrina portuguesa diz respeito à classificação do crime de recebimento indevido de vantagem como um crime de resultado ou crime de mera atividade, quanto à forma de consumação. Quanto a este ponto, coloca-se a questão de saber se a consumação do crime está dependente de um resultado ou se para a sua consumação é suficiente a mera ação.

Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, nos crimes de resultado «*o tipo pressupõe a produção de um evento como consequência da atividade do agente. Nestes tipos de crime só se dá a consumação quando se verifica uma alteração externa espaço-temporalmente distinta da conduta*»⁴³. Por outro lado, nos crimes de mera atividade, o tipo incriminador encontra-se preenchido «*através da mera execução de um determinado comportamento*»⁴⁴.

³⁹ Para GERMANO MARQUES DA SILVA o crime de recebimento indevido de vantagem é um crime de perigo abstrato, na medida em que «*a vantagem recebida pelo funcionário cria perigo de que venha a cometer o crime de corrupção*», pelo que se tem de «*proibir estes comportamentos que são suscetíveis de provocar a corrupção*». (Cfr. SILVA (2021), p. 74).

⁴⁰ PINTO DE ALBUQUERQUE considera que o crime previsto no artigo 372.º, n.º 1 do Código Penal consubstancia um crime de perigo abstrato. No que diz respeito ao n.º 2 do artigo 372.º, o autor distingue entre a modalidade de promessa indevida de vantagem e a modalidade de dádiva indevida de vantagem. Quanto à primeira modalidade, considera que está em causa um crime de perigo abstrato, enquanto a dádiva indevida de vantagem é um crime de dano, uma vez que não basta que a conduta seja suscetível de criar perigo para o bem jurídico, sendo necessária a verificação de uma efetiva lesão do mesmo. (Cfr. ALBUQUERQUE (2022), p. 1293).

⁴¹ CARMO DIAS considera que «*a acção típica terá de ser adequada ou apta a colocar em perigo o bem jurídico tutelado (é um crime de perigo abstracto-concreto), o que significa que dependerá da produção de prova nesse sentido*». Assim, apesar de não haver uma efetiva lesão do bem jurídico, será necessário fazer prova de que o mesmo foi posto em perigo. (Cfr. DIAS (2010), p. 778).

⁴² O autor considera que a mera solicitação ou aceitação, dádiva ou promessa de vantagem produzem, em si, um dano à autonomia intencional do Estado ou à sua objetividade decisional. Assim, «*quando o terceiro sabe da solicitação, fica logo a saber que o funcionário está “acessível” e, quando o funcionário toma conhecimento da oferta, fica logo em causa a sua objetividade decisional*». O dano ao bem jurídico verifica-se no momento em que o destinatário toma conhecimento da intenção da outra parte em aceitar ou solicitar, dar ou prometer uma vantagem indevida e não quando o funcionário pratica um qualquer ato ou omissão. Neste sentido, «*não se trata de um mero perigo ou de um dano presumido*». Para o referido autor, a prática de um ato ou omissão pelo funcionário representa um «*agravamento da lesão*». (Cfr. LAMAS (2011), p. 95 e 96).

⁴³ DIAS (2019), p. 356.

⁴⁴ *Idem*.

A nosso ver, o crime de recebimento indevido de vantagem consubstancia um crime de mera atividade tendo em consideração que nestes tipos de crime não será necessária a verificação de um resultado material, isto é, não se tem de verificar um qualquer evento externo e distinto do comportamento do agente. O crime esgota-se na mera conduta típica.

O artigo 372.º do Código Penal, na redação que lhe foi atribuída pela Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro, prescindiu da verificação de um sinalagma ou nexa causal entre a vantagem indevida solicitada ou aceite, dada ou prometida e a prática de um ato ou omissão pelo funcionário. Neste sentido, não é exigível para efeitos de consumação, a produção de um qualquer resultado traduzido na prática de uma contraprestação pelo funcionário.

Assim sendo, é possível concluir que o crime de recebimento indevido de vantagem é um crime de mera atividade, na medida em que se considera consumado com a mera solicitação ou aceitação, dádiva ou promessa de vantagem indevida, independentemente da verificação de um qualquer comportamento por parte do funcionário.

Concordam com esta classificação, GERMANO MARQUES DA SILVA⁴⁵, PINTO DE ALBUQUERQUE⁴⁶ e CARMO DIAS⁴⁷. Em sentido contrário, encontra-se a posição de RICARDO LAMAS⁴⁸ que classifica o crime de recebimento indevido de vantagem como um crime de resultado.

⁴⁵ GERMANO MARQUES DA SILVA considera que o crime de recebimento indevido de vantagem é um crime de mera atividade, na medida em que «*o tipo legal não exige a produção de qualquer evento material, ou seja, que com o comportamento típico foi efetivamente lesado o bem jurídico. A mera conduta típica preenche o tipo legal*». (Cfr. SILVA (2021), p. 74).

⁴⁶ Para PINTO DE ALBUQUERQUE, o crime previsto no n.º 1 do artigo 372.º do Código Penal é um crime de mera atividade «*quanto à forma de consumação do ataque ao objeto da ação*». No que diz respeito ao n.º 2 do artigo 372.º do Código Penal, o autor faz a distinção entre a modalidade de dádiva indevida de vantagem e a de promessa indevida de vantagem. Quanto à modalidade de promessa indevida de vantagem, o autor considera que estamos perante um crime de mera atividade. No entanto, no que concerne à modalidade de dádiva indevida de vantagem, o autor entende que se trata de um crime de resultado. (Cfr. ALBUQUERQUE (2022), p. 1293).

⁴⁷ CARMO DIAS classifica o crime de recebimento indevido de vantagem como um crime de mera atividade, «*uma vez que o crime se consuma independentemente de se produzir qualquer resultado*», considerando que o “resultado” se traduz na prática de uma contraprestação traduzida num ato ou omissão praticados ou a praticar pelo funcionário. (Cfr. DIAS (2010), p. 778).

⁴⁸ No entendimento de RICARDO LAMAS, «*não se pune uma actividade, mas antes um resultado, que se verifica assim que a “proposta” chega ao destinatário*». (Cfr. LAMAS (2011), p. 96).

4. Condutas típicas previstas no n.º 1 e n.º 2 do artigo 372.º do Código Penal

4.1 O sujeito ativo e passivo

Dispõe o artigo 372.º, n.º 1 do Código Penal que: «*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*». Resulta do preceito legal em análise, em concreto, do seu n.º 1, que o autor do crime de recebimento indevido de vantagem é o funcionário, sendo a qualidade de funcionário auferida à luz do artigo 386.º do Código Penal⁴⁹. Uma vez que para o preenchimento do tipo legal de crime em apreço se exigem determinadas qualidades do agente, estamos perante um crime específico. Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, estão em causa crimes que «*só podem ser cometidos por determinadas pessoas, às quais pertence uma certa qualidade ou sobre as quais recai um dever especial*»⁵⁰.

No âmbito dos crimes específicos, é ainda possível distinguir entre crimes específicos próprios ou puros e crimes específicos impróprios ou impuros. Nos primeiros, «*a qualidade especial do autor ou o dever que sobre ele impende fundamentam a responsabilidade*»⁵¹, enquanto nos segundos, tal qualidade ou dever especial «*não servem para fundamentar a responsabilidade, mas unicamente para a agravar*»⁵².

Neste sentido, o crime de recebimento indevido de vantagem, do lado passivo, é um crime específico próprio, tendo em consideração que a qualidade do autor, isto é, do funcionário, fundamenta a responsabilidade, justificando a criação autónoma do tipo. Por outras palavras, no crime de recebimento de vantagem passivo, «*a qualidade de*

⁴⁹ O artigo 386.º do Código Penal foi alterado pela Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro, passando a incluir, na sua alínea c), “os árbitros, jurados e peritos”. Nas palavras de RICARDO LAMAS «*Ao reportar-se a “árbitros”, parece que o legislador se reporta aos que exercem funções em tribunais arbitrais. Por um lado, porque, ao juntar os árbitros com os jurados e peritos, o legislador abarca três funções que têm em comum a circunstância de contribuírem para o exercício da actividade jurisdicional pelo Estado. Por outro lado, o conceito de “árbitro desportivo” goza de uma definição própria, prevista na alínea c) do artigo 2º da Lei n.º 50/2007, de 31 de Agosto. (...) De acordo com tal interpretação sistemática do conceito de “árbitro”, é de concluir que o mesmo não abrange o “árbitro desportivo”. (...) Ora, concluindo-se que o referido crime não é aplicável a tais entidades, não será punível a conduta do árbitro desportivo que integre a previsão do n.º 1, nem a conduta que integre o n.º 2 quando o destinatário da dádiva ou promessa seja um árbitro desportivo*». (Cfr. LAMAS (2011), p. 72 e 73).

⁵⁰ DIAS (2019), p. 354.

⁵¹ *Idem*.

⁵² *Idem*.

funcionário funda o ilícito, uma vez que não há uma incriminação geral idêntica para não funcionários»⁵³.

Por seu turno, o n.º 2 do artigo 372.º do Código Penal pune com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias: «*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*». Da leitura do preceito legal em análise resulta claro que o crime de recebimento indevido de vantagem, do lado ativo, pode ser cometido por qualquer pessoa, revestindo, por isso, a natureza de crime comum.

4.2 A solicitação ou aceitação de vantagem

Para o preenchimento do tipo legal de crime previsto no artigo 372.º, n.º 1 do Código Penal é necessário que a vantagem tenha sido solicitada ou aceita pelo funcionário, no exercício das suas funções ou por causa delas.

Nas palavras de CARMO DIAS, solicitar «*significa pedir, implicando uma atitude, por regra da iniciativa do autor do crime, mesmo quando este actua através de interposta pessoa, quer com o seu consentimento, quer com a sua ratificação*»⁵⁴. Assim sendo, a vantagem indevida tanto pode ser solicitada pelo funcionário, como por um intermediário, sendo que, neste caso, tal solicitação terá de ser consentida ou posteriormente ratificada pelo funcionário. O mesmo se aplica em relação à aceitação de vantagem indevida. Nestas situações, para efeitos de apuramento da responsabilidade criminal do funcionário público, mostra-se irrelevante saber se o terceiro, intermediário na ação, conhece ou não a natureza da vantagem⁵⁵.

No que diz respeito à aceitação, CARMO DIAS entende que aceitar «*significa receber o que foi oferecido ou dado ou prometido*»⁵⁶, o que pode ser feito tanto pelo funcionário, como por interposta pessoa. Tal interpretação é contestada por RICARDO LAMAS que a considera «*contrária à letra e ao espírito da lei*»⁵⁷. Entende o autor que «*a transferência da vantagem para a esfera jurídica do funcionário não releva para a*

⁵³ ALBUQUERQUE (2022), p. 1294.

⁵⁴ DIAS (2010), p. 781.

⁵⁵ Neste sentido, Cfr. ALBUQUERQUE (2022), p. 1295.

⁵⁶ DIAS (2010), p. 781.

⁵⁷ LAMAS (2011), p. 75.

*consumação do tipo»*⁵⁸. Assim, basta que o funcionário aceite a vantagem dada ou prometida pelo particular, ficando, por isso, «*concluído o “negócio”, mesmo que a vantagem se não transfira ou opere de imediato»*⁵⁹. Neste sentido, a aceitação de uma vantagem não pressupõe necessariamente que a mesma tenha sido efetivamente recebida pelo funcionário.

Deste modo, o núcleo do crime em análise não se consubstancia no efetivo recebimento da vantagem indevida, mas tão-só na mera solicitação ou aceitação da mesma. Por essa razão, tendemos a discordar da epígrafe do artigo 372.º do Código Penal, considerando que a mesma se mostra desajustada, pois não se afigura necessário que haja uma efetiva transferência da vantagem indevida para a esfera jurídica do funcionário, isto é, não se exige que o funcionário chegue a receber aquilo que foi solicitado, dado ou prometido pelo particular para que se verifique o crime de recebimento indevido de vantagem. O efetivo recebimento da vantagem não é definidor do tipo, mostrando-se, por isso, irrelevante para efeitos de consumação do crime.

Essencial para efeitos de consumação do crime previsto no artigo 372.º, n.º 1 do Código Penal é que a manifestação de vontade do funcionário em solicitar ou aceitar uma vantagem indevida chegue ao conhecimento do destinatário. Tal manifestação de vontade tanto pode ser expressa como tácita, sendo que, no que concerne à última, a mesma poderá ser revelada através de atos ou omissões que levam à conclusão que o funcionário aceitou a dita vantagem. A título de exemplo, estamos perante o caso em que um particular coloca um envelope com uma determinada quantia em dinheiro no bolso de um funcionário público e este, apercebendo-se, nada diz ou faz.

Antes da chegada ao conhecimento da outra parte da intenção do funcionário em solicitar ou aceitar uma vantagem que não lhe seja devida, no exercício das suas funções ou por causa delas, não se verifica uma ofensa real ao bem jurídico protegido pela incriminação. É certo que no momento em que o funcionário demonstra a sua intenção de solicitar ou aceitar uma vantagem, no exercício das suas funções ou por causa delas, está, desde logo, a pôr em causa a legalidade e objetividade decisional do Estado, no entanto, e tal como refere RICARDO LAMAS, «*se essa sua intenção não chega ao destinatário, inexistente ainda uma verdadeira transação e, sobretudo, o destinatário desconhece ainda que o funcionário se encontra permeável a estabelecer tal relação»*⁶⁰.

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ *Idem*, p. 76.

Neste sentido, o que se exige é que a manifestação de vontade «*seja conhecida do particular, ainda que este não “compreenda” o seu sentido. A tal propósito, basta que, atento o respectivo teor, ela se apresente compreensível por um terceiro, segundo os parâmetros da adequação social*»⁶¹.

Resumidamente, na incriminação prevista no artigo 372.º, n.º 1 do Código Penal, pune-se a solicitação ou aceitação de vantagem indevida que se mostrem suscetíveis de criar um “clima de permeabilidade” ou de “simpatia” para o futuro. Assim, quando o funcionário manifesta a sua intenção de solicitar uma vantagem que não lhe seja devida, no exercício das suas funções ou por causa delas, o crime considera-se consumado no momento em que a outra parte tome conhecimento da solicitação. Por outro lado, em caso de aceitação de uma vantagem indevida por parte do funcionário, o crime consuma-se no momento em que a disponibilidade para aceitar tal vantagem chegue ao conhecimento do particular. Assim, em nenhum dos casos se exige o efetivo recebimento da vantagem.

Importa ainda ter em atenção os casos em que a manifestação de vontade do funcionário em solicitar ou aceitar uma vantagem patrimonial ou não patrimonial que não lhe seja devida, não chega ao conhecimento do destinatário. Nestas situações, coloca-se a questão de saber se haverá lugar há tentativa no crime de recebimento indevido de vantagem passivo.

Na falta de disposição legal específica que regule esta matéria, aplicar-se-ão as normas gerais previstas nos artigos 22.º e 23.º do Código Penal. De acordo com o artigo 22.º, n.º 1 do Código Penal «*Há tentativa quando o agente praticar actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se*». Neste sentido, estamos perante um caso de tentativa quando o agente inicia a prática de determinados atos que se mostram necessários para a realização do crime, mas o resultado típico não se produz, pelo que o crime não chega a consumir-se. Não se verificando o resultado típico, apesar de o agente ter praticado determinados atos de execução, o crime não lhe poderá ser imputado na forma consumada, mas antes, na forma tentada.

Como atos de execução, o artigo 22.º, n.º 2 do Código Penal enumera os seguintes: «*a) Os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime; b) Os que forem idóneos a produzir o resultado típico; c) Os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores*».

⁶¹ COSTA (2001), p. 662.

De acordo com o n.º 1 do artigo 23.º do Código Penal, verificados tais requisitos, a tentativa só será punível «*se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão*». Tal como referido anteriormente, o n.º 1 do artigo 372.º do Código Penal, do lado passivo, pune com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias o funcionário que solicitar ou aceitar vantagem patrimonial ou não patrimonial que não lhe seja devida, no exercício das suas funções ou por causa delas. Uma vez que a pena aplicável a este crime é superior a três anos de prisão, considera-se verificado o requisito previsto no artigo 23.º do Código Penal. Assim sendo, a tentativa no crime de recebimento indevido de vantagem passivo é sempre punível.

Conclui-se assim, que se a manifestação de vontade do funcionário em solicitar ou aceitar uma vantagem, que não lhe seja devida, não chega ao conhecimento do destinatário, mas ficando demonstrado que o meio utilizado pelo funcionário foi idóneo, cumprindo as «*exigências da teoria da “adequação” ou da “causalidade adequada” (...) estar-se-á perante acto de execução, sendo punida a tentativa do crime (...) Caso contrário, estar-se-á perante a prática de um acto preparatório não punido*»⁶².

4.3 A dádiva ou promessa de vantagem

No que diz respeito ao n.º 2 do artigo 372.º do Código Penal, o tipo objetivo verifica-se quando alguém, «*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*», sendo punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias.

Assim, proíbe-se a conduta do particular ou de interposta pessoa, neste caso, com o seu consentimento ou posterior ratificação, que der ou prometer a funcionário, no exercício das suas funções ou por causa delas, uma vantagem patrimonial ou não patrimonial que não lhe seja devida. Deste modo, não se afigura relevante para o preenchimento do tipo legal de crime de recebimento indevido de vantagem ativo a atitude do funcionário, visto que este tanto pode aceitar a vantagem como recusá-la. Relevante para efeitos de consumação do crime é que a intenção do particular em dar ou prometer uma vantagem indevida chegue ao conhecimento do funcionário.

⁶² DIAS (2010), p. 784.

No entanto, quando tal não se verifique, isto é, quando a vontade do particular em dar ou prometer uma vantagem indevida não chegue ao conhecimento do funcionário, coloca-se a questão de saber se haverá lugar à tentativa no crime de recebimento indevido de vantagem ativo.

Tal como referido anteriormente, não havendo disposição legal específica a regular esta matéria, a tentativa rege-se pelo disposto nos artigos 22.º e 23.º do Código Penal. De acordo com o artigo 22.º, n.º 1 do Código Penal, haverá tentativa quando o agente praticar determinados atos de execução necessários para a realização do tipo legal de crime, mas este não chega a consumar-se.

Neste sentido, se a declaração de vontade do particular em dar ou prometer uma vantagem indevida não chega ao conhecimento do destinatário (funcionário), mas se o meio utilizado por aquele for idóneo a produzir o resultado típico, estaremos perante um ato de execução, podendo haver lugar à tentativa no crime de recebimento indevido de vantagem ativo.

Contudo, de acordo com o artigo 23.º, n.º 1 do Código Penal «*a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão*». Uma vez que ao crime previsto no n.º 2 do artigo 372.º do Código Penal corresponde uma pena de prisão até três anos ou pena de multa até 360 dias, podemos concluir que não se encontram preenchidos os requisitos necessários previstos no artigo 23.º do Código Penal. Assim sendo, a tentativa no crime de recebimento indevido de vantagem ativo não será punível.

Importa, todavia, referir que o artigo 374.º-A do Código Penal prevê uma agravação da pena aplicável aos artigos 372.º a 374.º quando a vantagem for de valor elevado ou consideravelmente elevado, de acordo com o artigo 202.º do Código Penal. Nos termos do n.º 1 do artigo 374.º-A, sendo a vantagem considerada de valor elevado, «*o agente é punido com a pena aplicável ao crime respectivo agravada em um quarto nos seus limites mínimo e máximo*». Por seu turno, o n.º 2 do artigo 374.º-A determina que «*o agente é punido com a pena aplicável ao crime respectivo agravada em um terço nos seus limites mínimo e máximo*», quando a vantagem for de valor consideravelmente elevado.

Conclui-se assim, que no crime de recebimento indevido de vantagem ativo a tentativa só será punível nos casos em que a pena aplicável seja agravada pelo facto de a vantagem indevida, dada ou prometida, ser considerada de valor elevado ou consideravelmente elevado.

Por fim, importa ainda ter em atenção as situações em que o agente ativo do crime de recebimento indevido de vantagem age na qualidade de representante de uma sociedade. Nestas situações, de acordo com o artigo 374.º-A, n.º 4 do Código Penal, verifica-se uma agravação da moldura penal «*em um terço nos seus limites mínimo e máximo*», razão pela qual se pode concluir que, em tais casos, a tentativa é sempre punível.

4.4 A vantagem – características

A incriminação prevista no artigo 372.º do Código Penal assenta na solicitação ou aceitação, dádiva ou promessa de vantagem indevida.

Tal como refere PAULO SOUSA MENDES, a vantagem pode ser definida como «*qualquer prestação que não é devida a um funcionário e que melhora a respectiva situação económica, jurídica ou simplesmente pessoal*»⁶³. Neste sentido, a vantagem poder-se-á traduzir em algo que objetivamente em nada beneficia um qualquer funcionário, mas que para aquele funcionário em concreto representa uma melhoria na sua situação profissional ou pessoal. Por outras palavras, a vantagem corresponde a uma prestação que coloca o funcionário numa situação mais favorável àquela em que este se encontrava antes de cometer o crime. Segundo PINTO DE ALBUQUERQUE, a vantagem pode ainda incluir «*a prestação sem qualquer valor objetivo, que o funcionário esteja convencido que tem valor*»⁶⁴.

Da leitura do artigo 372.º do Código Penal resulta, em primeiro lugar, que a vantagem pode assumir qualquer espécie, podendo traduzir-se numa vantagem patrimonial, «*quer imediatamente traduzida em dinheiro, quer, de forma indirecta, convertível num valor pecuniário determinado*»⁶⁵, ou não patrimonial⁶⁷.

⁶³ MENDES (2011), p. 36.

⁶⁴ ALBUQUERQUE (2022), p. 1295.

⁶⁵ No que diz respeito a tal afirmação, RICARDO LAMAS distingue duas situações. Na primeira situação, «*a prestação não tem qualquer valor objetivo para a generalidade das pessoas, mas o funcionário atribui-lhe valor e tem interesse em recebê-la*». Para o referido autor, tal situação cabe ainda na conduta típica do n.º 1 do artigo 372.º do Código Penal, uma vez que se verifica uma melhoria na situação do funcionário. Na segunda situação, estamos perante os casos em que «*a prestação não tem qualquer valor objetivo, mas o funcionário, por erro seu ou provocado pelo particular, pensa que tem*». Nesta situação, o autor considera que ainda existe tipicidade, «*na medida em que o funcionário actuou como se a coisa tivesse valor*». (Cfr. LAMAS (2011), p. 80 e 81).

⁶⁶ COSTA (2001), p. 668.

⁶⁷ Como vantagens patrimoniais ou não patrimoniais, PINTO DE ALBUQUERQUE aponta os seguintes exemplos: «*(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*

No que diz respeito a vantagens de carácter não patrimonial, poderá estar em causa «um benefício em termos de carreira profissional ou em relação ao qual não é possível atribuir um valor monetário»⁶⁸.

Não existe razão alguma para deixar de fora da incriminação do crime de recebimento indevido de vantagem aquelas que assumam um carácter não patrimonial, pois, nestes casos, continua a verificar-se uma «transacção com a Autoridade, circunstância que, de idêntico modo, importa a ofensa da “autonomia intencional” do Estado»⁶⁹. Aliás, as vantagens de carácter não patrimonial poder-se-ão revelar tão ou mais lesivas que as vantagens de carácter patrimonial.

Em segundo lugar, a solicitação ou aceitação, dádiva ou promessa de vantagem indevida tanto pode ter como destinatário o funcionário, traduzindo-se, por isso, numa vantagem direta, como um terceiro, sendo considerada, neste caso, uma vantagem indireta. Tal como afirma CARMO DIAS, mesmo nos casos em que estejamos perante uma vantagem indireta «continua a verificar-se o crime (...) mesmo que a dita vantagem indevida venha a reverter a favor de terceiro (que pode ser qualquer pessoa, menos o Estado)»⁷⁰. Assim, a vantagem não tem necessariamente de ter como destinatário direto o funcionário, podendo reverter a favor de terceiro. O terceiro, beneficiário da vantagem, tanto pode ser uma pessoa singular (como, por exemplo, um amigo ou um familiar do funcionário), como uma pessoa coletiva, pública ou privada (neste caso, uma empresa, um partido político, uma instituição indicada pelo funcionário, um clube de futebol, entre outros).

Nos casos em que a vantagem não tenha como destinatário direto um funcionário, mas um terceiro, continuar-se-á a considerar que está em causa um benefício para o funcionário, desde que este tenha tido conhecimento de que o “pagamento” do particular seria feito dessa forma.

Em terceiro lugar, a vantagem tanto pode ser solicitada ou aceite pelo funcionário, como por interposta pessoa. Do mesmo modo, a dádiva ou promessa de vantagem pode

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, com pareceres favoráveis, louvores, honras ou títulos, e (6) manter o status quo do funcionário, não exercendo ações criminais, civis ou disciplinares que teriam fundamento legal contra ele». (Cfr. ALBUQUERQUE (2022), p. 1294 e 1295).

⁶⁸ LAMAS (2011), p. 79.

⁶⁹ COSTA (1987), p. 115.

⁷⁰ DIAS (2010), p. 781.

ser feita por um particular ou por interposta pessoa. Em ambos os casos, será necessário o consentimento ou posterior ratificação por parte do funcionário ou do particular.

Por último, para que se verifique o crime de recebimento indevido de vantagem, torna-se imperativo que a vantagem em questão seja considerada indevida e que a sua solicitação ou aceitação, dádiva ou promessa ocorra no exercício das funções do funcionário ou por causa delas. Quanto a este último ponto, dada a sua importância e complexidade, abordaremos a questão mais adiante.

Tendo em consideração que não serão proibidas todas e quaisquer vantagens, mas somente aquelas que não forem devidas ao funcionário, a questão que agora se coloca diz respeito ao facto de saber o que se entende por vantagem indevida.

Nas palavras de DAMIÃO DA CUNHA, a vantagem será indevida «quando não haja justificação nenhuma, ou razoavelmente “convicente”, para a sua percepção, e que inequivocamente fique demonstrado que ela foi para o exercício das funções (e, necessariamente, por causa delas) – o que, em qualquer caso, exigirá sempre a demonstração de uma ligação/elo à actividade do funcionário, fundamentada com elementos concretos e objectivadores dessa mesma “convicção”»⁷¹. Neste sentido, dever-se-á ter em consideração «todo aquele conjunto de elementos de ponderação que cumulativamente (...) devam ser considerados»⁷².

Por outras palavras, PINTO DE ALBUQUERQUE entende que a vantagem é indevida «quando não corresponde a uma prestação devida ao funcionário nos termos da lei»⁷³. Assim, a vantagem só será típica se for indevida, pelo que se excluem do tipo legal de crime de recebimento indevido de vantagem todas aquelas que sejam permitidas nos termos da lei.

Pelo exposto, é possível concluir que na incriminação prevista no artigo 372.º do Código Penal não se proíbe a solicitação ou aceitação, dádiva ou promessa de todas e quaisquer vantagens, mas tão-só daquelas que se considerem indevidas pelo facto de não haver justificação alguma para o seu recebimento e por terem como destino o exercício das funções públicas do funcionário.

⁷¹ CUNHA (2011), p. 90.

⁷² *Idem*, p. 92.

⁷³ ALBUQUERQUE (2022), p. 1295.

4.5 “No exercício das suas funções ou por causa delas”

Nos termos do artigo 372.º, n.º 1 do Código Penal, pune-se com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias «*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*». Por seu turno, o n.º 2 do artigo 372.º do Código Penal, do lado ativo, pune com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias «*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*». Resulta do preceito legal em análise que a solicitação/aceitação/dádiva/promessa de vantagem indevida será punida quando ocorra “no exercício das funções” do funcionário ou “por causa delas”. Contudo, nos termos do n.º 3 do artigo 372.º do Código Penal não integram o crime de recebimento indevido de vantagem «*as condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes*». Quanto a este ponto, aprofundaremos a questão mais à frente.

Analisada a solicitação e aceitação, dádiva e promessa de vantagem, assim como o carácter indevido da mesma, cumpre agora proceder à análise da expressão “no exercício das suas funções ou por causa delas”, uma vez que se trata de um «*elemento essencial para determinar se a conduta é típica e, igualmente, a circunstância de mais difícil concretização e demonstração*»⁷⁴.

Como referido anteriormente, com a atual redação do artigo 372.º do Código Penal, atribuída pela Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro, por um lado, ficou afastada «*de forma inequívoca, a exigência de verificação de um nexo causal entre a vantagem e o acto ou omissão do funcionário público, antecedente ou subsequente*»⁷⁵. Neste sentido, passou a ser punida a corrupção pelo exercício de funções, sendo sancionada a mera solicitação ou aceitação, dádiva ou promessa de vantagem indevida, sem a necessidade de demonstração da efetiva prática de um qualquer ato ou omissão praticados ou a praticar pelo funcionário.

⁷⁴ LAMAS (2011), p. 82.

⁷⁵ Projeto Lei n.º 220/XI, consultar em:

<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=35212>.

Por outro lado, da comparação do artigo 372.º do Código Penal, na redação atribuída pela Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro, com o artigo 373.º, n.º 2 na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 108/2001, de 28 de novembro, verifica-se que o legislador retirou da formulação «*de pessoa que perante ele tenha tido, tenha ou venha a ter qualquer pretensão dependente do exercício das suas funções públicas*» tendo-a substituído pela expressão «*no exercício das suas funções ou por causa delas*».

Assim, por questões de facilidade de prova e com o intuito de abranger um maior número de condutas de forma a melhorar a eficácia da perseguição penal da corrupção, o atual artigo 372.º do Código Penal não exige a efetiva prática de um qualquer ato ou omissão pelo funcionário, assim como de qualquer «*pretensão dependente do exercício das suas funções públicas*», bastando que a vantagem indevida solicitada ou aceite, dada ou prometida se relacione com o exercício das funções do funcionário e que fique demonstrado que a mesma teve como intenção a criação do chamado “clima de permeabilidade” ou de “simpatia” para eventuais diligências. Dito de outro modo, a solicitação/aceitação/dádiva/promessa de vantagem indevida não necessita de estar relacionada com uma determinada atuação funcional por parte do funcionário, sendo apenas exigível que haja «*uma conexão genérica com o exercício do cargo*»⁷⁶. A verificação de uma conexão genérica com a esfera de atuação do funcionário permitirá a inserção da conduta do funcionário público no crime de recebimento indevido de vantagem.

Neste sentido, o crime de recebimento indevido de vantagem (artigo 372.º) distingue-se do crime de corrupção, nas suas modalidades passiva (artigo 373.º) e ativa (artigo 374.º). Desde logo, no crime de corrupção passiva pune-se com pena de prisão de um a oito anos «*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, ou a sua promessa, para a prática de um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação*». Nos termos do n.º 2 do artigo 373.º, estando em causa um ato ou omissão não contrários aos deveres do cargo, aplicar-se-á a pena de prisão de um a cinco anos. No que diz respeito ao crime de corrupção ativa, o n.º 1 do artigo 374.º pune com pena de prisão de um a cinco anos «*Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro por indicação ou com*

⁷⁶ MENDES (2011), p. 32.

conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim indicado no n.º 1 do artigo 373.º». Se o ato ou omissão não forem contrários aos deveres do cargo, o agente será punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias, de acordo com o n.º 2 do artigo 374.º. Da leitura dos preceitos legais em análise é possível concluir que para o preenchimento do tipo legal de crime de corrupção, nas suas modalidades passiva e ativa, será necessário demonstrar a efetiva prática, por parte do funcionário, de um ato ou omissão contrários ou não contrários aos deveres do cargo. Trata-se de um crime que pressupõe a verificação de uma prestação e de uma contraprestação traduzidas no recebimento da vantagem e na prática de um ato ou omissão pelo funcionário.

Assim sendo, o crime de recebimento indevido de vantagem diferencia-se do crime de corrupção ativa e passiva, na medida em que no primeiro não se exige a demonstração de um sinalagma ounexo causal entre a vantagem e a prática de um concreto ato ou omissão pelo funcionário, ao passo que no crime de corrupção, tal condição constitui um elemento objetivo do tipo.

Além disso, a moldura penal mostra-se mais gravosa para os crimes de corrupção do que para o crime de recebimento indevido de vantagem, ainda para mais quando na corrupção esteja em causa a prática de um ato ou omissão contrários aos deveres do cargo⁷⁷.

Por dispensar a demonstração de um sinalagma entre a vantagem indevida solicitada ou aceite, dada ou prometida, e o ato ou omissão do funcionário, poder-se-á considerar que o crime de recebimento indevido de vantagem passou a constituir «o novo “delito-base”, sendo os demais os tipos agravados ou qualificados daquele»⁷⁸, na medida em que nos crimes de corrupção passiva (artigo 373.º do Código Penal) e ativa (artigo 374.º do Código Penal) se acrescenta a prática de um ato ou omissão relativamente ao “tipo-base”.

⁷⁷ Neste sentido, ao crime previsto no n.º 1 do artigo 372.º do Código Penal (recebimento indevido de vantagem passivo) aplicar-se-á a pena de prisão até 5 anos ou pena de multa até 600 dias. Por sua vez, nos termos do artigo 373.º, n.º 1 do Código Penal ao crime de corrupção passiva aplicar-se-á a pena de prisão de 1 a 8 anos. Se em causa estiver a prática de um ato ou omissão não contrários aos deveres do cargo, o agente será punido com pena de prisão de 1 a 5 anos. Do lado ativo, de acordo com o n.º 2 do artigo 372.º do Código Penal, o agente será punido com pena de prisão até 3 anos ou pena de multa até 360 dias. No que diz respeito ao crime de corrupção ativa (artigo 374.º), o particular que der ou prometer vantagem indevida a funcionário para a prática de um qualquer ato ou omissão contrários aos deveres do cargo, será punido com pena de prisão de 1 a 5 anos. Se se tratar de ato ou omissão não contrários aos deveres do cargo, aplicar-se-á a pena de prisão até 3 anos ou pena de multa até 360 dias.

⁷⁸ LAMAS (2011), p. 101.

Assim, é possível concluir que para o preenchimento do tipo legal de crime previsto no artigo 372.º do Código Penal apenas se exige que a solicitação ou aceitação, dádiva ou promessa de vantagem indevida ocorram “no exercício das funções” do funcionário ou “por causa delas”. A verificação destas condições constitui um elemento essencial para auferir da tipicidade da conduta.

Contudo, para além destas condições, PAULO SOUSA MENDES com base no Direito Penal alemão, em concreto nos §§ 331 e 333 do StGB⁷⁹, introduzidos pela Lei de Combate à Corrupção de 1977, e em alguns casos tratados pela jurisprudência alemã⁸⁰, defende que a prova da existência de um acordo ilícito para o exercício das funções constitui um elemento típico do crime de recebimento indevido de vantagem, 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 de necessidade de tutela penal. Não seria, portanto, legítimo punir a mera promoção de boas-vontades na Administração*»⁸¹.

Segundo PAULO SOUSA MENDES, não obstante o tipo legal de crime de recebimento indevido de vantagem não exigir expressamente um acordo ilícito, ainda que meramente intencionado, para o exercício do serviço, dever-se-á proceder a uma interpretação teleológica da norma prevista no artigo 372.º do Código Penal.

⁷⁹ O § 331 Abs. 1 do StGB prevê as situações «*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, sendo punido com pena de prisão até 3 anos ou com multa*». Do lado ativo, o § 333 Abs. 1 do StGB diz respeito aos casos 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, para o exercício do serviço, sendo punido com prisão até 3 anos ou multa*». (Cfr. MENDES (2011), p. 31).

⁸⁰ Referimo-nos ao Caso dos Vales para o Campeonato do Mundo de Futebol de 2006 (Acórdão do 1.º Senado do Supremo Tribunal Federal de 14 de outubro de 2008). «*Em 2002, a EnBW tornara-se patrocinadora, junto da Fédération Internationale de Football Association (FIFA), do Alemanha 2006, detendo os respectivos direitos de publicidade. (...) Como contrapartida, a EnBW recebera catorze mil vales de entrada para o jogos do Alemanha 2006, que poderia distribuir a convidados*». Alguns vales foram juntos a postais de boas-festas, podendo os mesmos ser «*trocados por bilhetes para os camarotes dos estádios de Berlim e Estugarda*». No entanto, «*o envio dos bilhetes propriamente ditos não era permitido pela FIFA e os vales eram pessoais e intransmissíveis*». O arguido enviou os postais de boas-festas a 36 pessoas, entre as quais: «*o Primeiro-Ministro e cinco Ministros do Estado federado de Baden-Wurtemberg e o Secretário de Estado Federal do Ambiente, Conversação da Natureza e Segurança de Reactores Nucleares. (...) Todos os Ministros e os respectivos serviços tinham a seu cargo dossiês de elevada importância para a política comercial e o desenvolvimento económico da empresa*». Era do conhecimento do arguido que «*os sete beneficiários faziam parte de um círculo de altos representantes a considerar*». O envio dos vales acabou por chegar ao conhecimento da comunicação social o que levou a que o Ministério Público abrisse um inquérito preliminar. O arguido foi acusado da prática de vários crimes de oferta de vantagem, mas acabou por ser absolvido. (Cfr. MENDES (2011), p. 32 a 34).

⁸¹ MENDES (2011), p. 39.

No entendimento do referido autor, entre a vantagem e o exercício do serviço dever-se-á estabelecer «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»⁸². Tal acordo tem como objetivo influenciar quaisquer possíveis decisões futuras relacionadas com o exercício do serviço, ou gratificar o funcionário pela prática de determinado ato ou omissão no passado.

Como forma de demonstrar a vontade de influenciar ou gratificar o exercício do serviço, o aplicador do Direito deverá tomar em consideração determinados indícios, a serem apreciados de forma global, tais 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»⁸³.

Ainda que tenha consciência da dificuldade em produzir prova da existência de um acordo ilícito, PAULO SOUSA MENDES entende que a mesma se mostra imprescindível. Assim, para o referido autor, não basta provar que a vantagem indevida está relacionada com o exercício do cargo, sendo necessário demonstrar que a mesma visa um acordo ilícito para o exercício do serviço.

A posição de PAULO SOUSA MENDES parece-nos ser também partilhada por RICARDO LAMAS quando refere que «o termo “aceitação” comporta a aceitação de oferta ou de promessa, visto que, em qualquer dos casos, é celebrado um acordo ilícito»⁸⁴. Segundo o autor, a aceitação corresponde ao «“firmar de um acordo” proposto por outrem, sendo a solicitação uma tentativa de “firmar” esse acordo, a qual é da iniciativa do funcionário»⁸⁵.

Em contrapartida, CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA⁸⁶ discorda da posição defendida por PAULO SOUSA MENDES, considerando que o crime de recebimento indevido de vantagem não exige como elemento do tipo a demonstração de um acordo ilícito intencionado. Utiliza como argumento o facto de o artigo 372.º do Código Penal não mencionar expressamente que a vantagem indevida foi solicitada, aceite, dada ou prometida para o exercício do serviço. Neste sentido, não será necessário fazer prova da

⁸² *Idem*, p. 38.

⁸³ *Idem*, p. 38 e 39.

⁸⁴ LAMAS (2011), p. 75.

⁸⁵ *Idem*.

⁸⁶ MENDES (2011), p. 40.

existência de um acordo ilícito, bastando a prova de uma conexão genérica com o cargo. Assim sendo, a prova tornar-se-ia mais fácil de realizar.

Este entendimento é também partilhado por EUCLIDES SIMÕES que sustenta a sua posição recorrendo ao argumento já utilizado por CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, ou seja, que a exigência de prova de um acordo ilícito não decorre da letra da lei. Além disso, embora PAULO SOUSA MENDES apele a uma interpretação teleológica da norma, EUCLIDES SIMÕES considera que tal interpretação «*não será teleologicamente fundada. Com efeito, a “ratio” da Lei 32/2010 foi claramente a de endurecer o combate à corrupção*»⁸⁷, pelo que «*só por excesso interpretativo se poderia, pois, ver aqui configurada a aludida solução, a qual representaria seguramente um retrocesso, um amolecimento previsional face a normas anteriores, mormente ao já citado art. 373.º, n.º 2*»⁸⁸.

No nosso entendimento, o acordo ilícito intencionado para o exercício do serviço não poderá ser considerado como um elemento constitutivo do crime de recebimento indevido de vantagem. Desde logo, e recorrendo aos argumentos já apontados por CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA e EUCLIDES SIMÕES, não decorre da letra do artigo 372.º do Código Penal a exigência de um acordo ilícito para o exercício do serviço. O artigo apenas faz referência ao facto de a vantagem ser auferida “no exercício das funções” do funcionário ou “por causa delas”.

Além disso, ainda que se admita que o crime de recebimento indevido de vantagem sofra de alguma influência do Direito Penal alemão, em concreto, dos §§ 331 e 333 do StGB, verificam-se determinados pontos nos quais divergem. Por um lado, o § 331 do StGB refere-se à aceitação de vantagens «*como contraprestação por o funcionário ter tido uma actuação profissional ou vir a tê-la no futuro*»⁸⁹ e o § 333 do StGB à concessão de vantagens a funcionário «*para realizar no futuro uma actuação profissional*»⁹⁰. Neste sentido, enquanto na Lei Penal alemã está efetivamente subjacente a existência de um acordo ilícito com vista à prática de um ato ou omissão praticados ou a praticar pelo funcionário em razão da vantagem atribuída, no Direito Penal português, em concreto, no artigo 372.º do Código Penal, não se alude a qualquer atuação por parte do funcionário. Quanto a este ponto, parece-nos que os §§ 331 e 333 do StGB se

⁸⁷ SIMÕES (2011), p. 50.

⁸⁸ *Idem.*

⁸⁹ *Idem*, p. 49.

⁹⁰ *Idem.*

aproximam mais do crime de corrupção, nas suas modalidades passiva (artigo 373.º) e ativa (artigo 374.º), afastando-se do crime de recebimento indevido de vantagem (artigo 372.º), na medida em que no crime de corrupção se exige como elemento constitutivo do tipo a efetiva prática de um ato ou omissão pelo funcionário, enquanto no artigo 372.º do Código Penal não se faz referência a qualquer atuação por parte do funcionário, bastando que a vantagem indevida tenha como destino o exercício das suas funções.

Por outro lado, o artigo 372.º do Código Penal difere do Direito Penal alemão, na medida em que não se limita à vantagem que é auferida “para o exercício do serviço”, abrangendo, de forma mais ampla, a solicitação ou aceitação, dádiva ou promessa de vantagem que ocorra “no exercício das suas funções ou por causa delas”. Neste aspeto, parece-nos que o artigo 372.º do Código Penal se aproxima mais da rejeitada proposta de Lei de Combate à Corrupção, de 18 de dezembro de 1995, na qual apenas era exigido que o recebimento da vantagem ocorresse no contexto do cargo do funcionário, prescindindo do acordo ilícito. Desta forma, tornar-se-ia possível «*punir a simples promoção de um “clima geral” (...) favorável à tomada de decisões do funcionário ou punir aquilo que se designa na gíria por “lançar o isco”*»⁹¹. No entanto, tal proposta de Lei foi alvo de críticas, acabando mesmo por ser rejeitada por incluir, no âmbito do factos puníveis, situações consideradas como socialmente adequadas, o que não seria aceitável. Tal não aconteceria se se tivesse optado por incluir uma cláusula de adequação social semelhante à prevista no n.º 3 do artigo 372.º do Código Penal.

Conclui-se assim, que o crime de recebimento indevido não exige como elemento do tipo um acordo ilícito, ainda que meramente intencionado, sendo apenas exigível que as condutas previstas no artigo 372.º do Código Penal ocorram “no exercício das funções” do funcionário ou “por causa delas”. Neste sentido, a questão que agora se coloca é a de saber qualquer o significado destas expressões.

No que diz respeito à expressão “no exercício das funções” do funcionário, a solicitação ou aceitação, dádiva ou promessa de vantagem indevida tanto podem ocorrer «*durante o período temporal do exercício das funções*»⁹², como fora desse período⁹³. Neste sentido, tal expressão abrange tanto as hipóteses em que a vantagem indevida é auferida no local físico onde o funcionário presta a sua atividade, como fora desse local.

⁹¹ MENDES (2011), p. 38.

⁹² ALBUQUERQUE (2022), p. 1294.

⁹³ Neste sentido, PINTO DE ALBUQUERQUE utiliza como exemplo o recebimento da vantagem que ocorra «*em ocasião da vida privada do funcionário, como por exemplo no aniversário ou nas férias do funcionário*». (Cfr. ALBUQUERQUE (2022), p. 1294).

Do mesmo modo, “no exercício das funções” incluem-se as situações em que a solicitação/aceitação/dádiva/promessa indevida ocorram nos limites do horário de expediente do funcionário, mas igualmente fora destes. Assim, ainda que o recebimento da vantagem ocorra num momento espaço-temporal fora do exercício das funções, poder-se-á continuar a verificar o crime de recebimento indevido de vantagem.

Relativamente à expressão “por causa das funções”, está em causa «a vantagem que é solicitada ou aceite porque o visado é funcionário, porque tem determinadas competências ou poderes de facto inerentes a tal qualidade»⁹⁴, assim como a vantagem que é «solicitada ou oferecida porque o funcionário enverga tais vestes»⁹⁵. Neste sentido, a vantagem reporta-se à qualidade do funcionário.

Do lado passivo, o funcionário público solicita ou aceita uma vantagem indevida em razão do seu cargo, tendo a consciência de que o particular poderá ter algum interesse na sua atividade⁹⁶.

Do lado ativo, o particular apenas dá ou promete uma determinada vantagem a um funcionário público em razão do seu cargo, isto é, pelo facto de se tratar de um funcionário em virtude de desempenhar uma determinada função pública, pelo que, caso não revestisse tal qualidade, o particular não o faria. No caso de dádiva ou promessa indevida de vantagem, «o particular actua com uma intenção de “seduzir” o funcionário, para “ganhar” a sua disponibilidade, com vista a um favorecimento futuro e ainda que apenas potencial ou eventual»⁹⁷. Assim, o particular não tem qualquer pretensão nem pretende que o funcionário pratique um determinado ato ou omissão, atuando somente com a intenção de criar um “clima de permeabilidade” ou de “simpatia” para o futuro.

A ideia subjacente a este tipo de crime é a de que ninguém dá ou promete uma vantagem a um funcionário, no exercício das suas funções, ou por causa delas, sem esperar receber algo como contrapartida, ainda que essa contrapartida não se traduza num efetivo ato ou omissão pelo funcionário.

Neste sentido, o particular apenas dá ou promete uma vantagem indevida porque tem a convicção de que lhe poderá vir a ser útil estar “nas boas graças” do funcionário,

⁹⁴ LAMAS (2011), p. 85.

⁹⁵ *Idem*.

⁹⁶ Tal como refere RICARDO LAMAS, no caso de solicitação de uma vantagem, é exigível «no mínimo, que o destinatário fique com a impressão de que ganha alguma coisa com isso: uma potencialidade de favorecimento». (Cfr. LAMAS (2011), p. 86).

⁹⁷ *Idem*, p. 85.

precisamente pelo facto de este ter determinadas competências e desempenhar determinadas funções públicas.

Assim, é possível concluir que no crime previsto no artigo 372.º do Código Penal, além de se punir as situações em que uma vantagem indevida é solicitada ou aceite, dada ou prometida no decurso e contexto da atuação do funcionário, pune-se ainda as situações em que tal ocorra devido ao simples facto de o funcionário ser um funcionário, isto é, de ter determinadas competências ou poderes de facto inerentes à sua qualidade⁹⁸.

Neste sentido, exige-se que haja um determinado interesse funcional na relação estabelecida entre o funcionário público e o particular, razão pela qual ficam de fora da incriminação as vantagens concebidas no contexto da pura pessoalidade, pois em tais situações não se verifica uma lesão do bem jurídico protegido pelo crime de recebimento indevido de vantagem⁹⁹. Para que se verifique uma lesão do bem jurídico terá de existir uma potencialidade *«de a vantagem obtida influenciar a conduta do funcionário – nessa qualidade – ou de contribuir para que este de alguma forma altere o curso do processo de formação da “vontade” i.e. de decisão do Estado, acelerando ou atrasando o andamento de um processo, por exemplo»*¹⁰⁰.

Assim, a punibilidade da conduta resulta do facto da vantagem apenas ser compreensível no âmbito das competências funcionais do funcionário e não no contexto da pura pessoalidade. Por essa razão, quando a vantagem seja solicitada ou aceite, dada ou prometida por motivo completamente alheio¹⁰¹ às funções públicas, isto é, quando não tenha qualquer relação com a atividade profissional desempenhada pelo funcionário, não se pode considerar preenchido o crime previsto no artigo 372.º do Código Penal.

⁹⁸ Assim sendo, *«nada impede o namorado, o amigo, o familiar, etc., de solicitar ou aceitar, oferecer ou dar uma qualquer vantagem patrimonial ou não patrimonial. O que a lei proíbe é qualquer daqueles atos em razão, por causa, do exercício das funções do funcionário»*. (Cfr. SILVA (2021), p. 74 e 75).

⁹⁹ Neste sentido, admite-se a possibilidade do funcionário realizar um negócio privado com um particular ou até obter um favor pessoal, pois, em tais casos, não se vislumbra qualquer lesão ao bem jurídico tutelado pelo crime de recebimento indevido de vantagem.

¹⁰⁰ LAMAS (2011), p. 86.

¹⁰¹ No que diz respeito a vantagens que não tenham qualquer relação com a atividade profissional desempenhada pelo funcionário, CLÁUDIA SANTOS ilustra o seguinte exemplo: *«uma magistrada recebe, no Tribunal, um ramo de flores que o seu namorado, no Dia de São Valentim, lhe enviou»*. Neste caso, ainda que a vantagem tenha sido oferecida a uma funcionária (artigo 386.º do Código Penal), a mesma não tem como destino o exercício das funções públicas, tendo-lhe sido atribuída por motivo completamente alheio às mesmas. Assim, está em causa um fundamento privado para a vantagem, razão pela qual não se pode considerar que haja uma lesão do bem jurídico protegido pela incriminação. (Cfr. SANTOS (2003), p. 986).

5. “As condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes” – cláusula de adequação social

Nos termos do artigo 372.º, n.º 3 do Código Penal «*Excluem-se dos números anteriores as condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes*». Está em causa a chamada cláusula de adequação social que funciona como uma causa de exclusão da tipicidade. Neste sentido, quando as condutas previstas no artigo 372.º do Código Penal se mostrem socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes, exclui-se a responsabilidade penal do agente, pelo que não se verificará o crime de recebimento indevido de vantagem.

A grande dificuldade inerente à cláusula de adequação social diz respeito ao facto de se tratar de um conceito demasiado vago e indeterminado para o qual não foram apontados quaisquer critérios objetivos de definição, cabendo, assim, «*à doutrina e à jurisprudência consolidar, nesta matéria, o conceito de adequação social*»¹⁰². Contudo, tal conceito não é de fácil determinação, sendo várias as posições adotadas.

HANS WELZEL, criminalista alemão que introduziu pela primeira vez o conceito de adequação social, considera que se devem excluir «*do conceito de ilícito todas as condutas que se movem funcionalmente dentro da ordenação historicamente desenvolvida da vida comunitária de um povo*»¹⁰³.

Também PAULA RIBEIRO DE FARIA, numa tentativa de definir o conceito de adequação social, sustenta que este «*é sinónimo da normatização da acção, da concessão de um papel determinante ao desvalor da conduta, permitindo pensar o significado ético e social da actuação do agente face ao recorte de vida que o legislador quis abranger com o tipo legal de crime*»¹⁰⁴. No entendimento da referida autora, a adequação social «*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*»¹⁰⁵.

Neste sentido, o conceito de adequação revela-se como um conceito dinâmico que terá de ser interpretado pelo aplicador do Direito, tendo em consideração o momento

¹⁰² Projeto Lei n.º 220/XI, consultar em:

<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=35212>

¹⁰³ FARIA (2005), p. 31.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 32.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 43.

concreto da sociedade, visto que a sociedade e os seus valores se vão alterando e adequando reciprocamente.

Assim, de forma a apurar se as condutas previstas no artigo 372.º do Código Penal se mostram como socialmente adequadas, deverá ser feita uma avaliação global das circunstâncias, tendo em consideração as regras da experiência comum, os usos e características que envolvam determinado setor de atividade, o contexto em que a vantagem indevida foi solicitada, aceite, dada ou prometida, a natureza da mesma, as motivações que estiveram na sua base, as características da pessoa de quem proveio, entre outros fatores¹⁰⁶.

Embora não seja possível estabelecer um critério formal que possibilite definir quais as condutas que se consideram socialmente adequadas, é possível concluir que se trata de condutas que são toleradas e aceites de forma geral numa sociedade, pois fazem parte da normalidade da vida em comunidade. São comportamentos que se mostram culturalmente enraizados numa sociedade e que «*não lesam materialmente o bem jurídico tutelado ou que embora o lesem ou ponham em perigo o fazem por modo socialmente admissível, quer pela sua insignificância, quer pelas circunstâncias do facto*»¹⁰⁷.

Neste sentido, a intenção do legislador ao estabelecer no n.º 3 do artigo 372.º do Código Penal uma cláusula de adequação social parece ter sido a de excluir do crime em questão as vantagens que se mostrem insignificantes em razão do seu valor e pelo facto de provirem de pessoa que não tem qualquer interesse na atividade desempenhada pelo funcionário, tais como: o pagamento isolado de um café a um funcionário num determinado estabelecimento, uma pequena lembrança em razão de uma época festiva, nomeadamente, Natal ou Páscoa, o oferecimento de uma pequena prenda de cortesia, tal como uma garrafa de vinho, uma caneta ou uma agenda¹⁰⁸¹⁰⁹. Em todos estes casos

¹⁰⁶ Neste sentido, ALMEIDA COSTA faz referência ao facto de as condutas socialmente adequadas não poderem ser enquadráveis «*numa enumeração taxativa a priori, apenas detectáveis, caso a caso, atendendo às características de cada sector de actividade*». (Cfr. COSTA (2001), p. 670).

¹⁰⁷ SILVA (2021), p. 77.

¹⁰⁸ ALMEIDA COSTA aponta ainda os seguintes exemplos: «*as pequenas lembranças de cortesia ou que visam certos fins de publicidade, a gratificação de determinados funcionários em épocas festivas (v. g., a remuneração de bombeiros, empregados da limpeza das ruas, guardas-noturnos ou agentes da autoridade na quadra natalícia), algumas benesses com exclusivo significado honorífico (v. g., medalhas, livros, condecorações) e a outorga de prémios ou recompensas por actos meritórios, de reconhecido alcance colectivo, praticados no exercício do cargo (v. g., as recompensas estabelecidas para certas operações da polícia, desde que autorizadas pelos superiores hierárquicos)*». (Cfr. COSTA (2001), p. 670).

¹⁰⁹ Como condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes, PINTO DE ALBUQUERQUE faz referência ao «*caso da prenda de Natal à professora da escola primária pública*» e ao «*convite dirigido ao funcionário para assistir a eventos 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*». (Cfr. ALBUQUERQUE (2022), p. 1292 e 1293).

estamos perante pequenas lembranças que embora não sejam desejáveis, pois não se «*poderá partir da regra ou princípio de que é admissível dar, por exemplo, prendas*»¹¹⁰ a funcionários, não são, à partida, aptas a lesar o bem jurídico protegido pelo crime de recebimento indevido de vantagem.

Importa ainda referir que a opção do legislador de recorrer à cláusula de adequação social prevista no n.º 3 do artigo 372.º do Código Penal foi alvo de críticas.

Para CLÁUDIA SANTOS, a cláusula de adequação social não tem qualquer conteúdo útil, «*não se compreendendo o sentido exacto da sua inclusão*»¹¹¹, uma vez que «*o preceito contido neste n.º 3 do artigo 372.º na redacção que adquire com a Lei n.º 32/2010 poderia valer para qualquer norma incriminadora*»¹¹² prevista no Código Penal.

Também CARMO DIAS considera que a referência à exclusão das condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes é criticável, «*na medida em que se pode defender 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*»¹¹³. Por outro lado, considera-a desnecessária, pois «*de facto, incumbirá à doutrina e à jurisprudência “densificar” o que cabe na área da adequação social*»¹¹⁴.

Uma outra crítica diz respeito ao facto de, ao recorrer ao conceito indeterminado de adequação social, o legislador atribuiu ao julgador uma ampla margem de discricionariedade na definição das condutas que se devam considerar adequadas e, por isso, lícitas.

Pelo exposto, PAULO SOUSA MENDES considera que ao invés da consagração de uma cláusula de adequação social, a melhor solução teria sido «*a exigência de declaração ou registo das prendas oferecidas, por parte de particulares e de empresas, e de autorização das prendas recebidas, por parte de funcionários*»¹¹⁵. No que diz respeito à autorização das prendas recebidas pelo funcionário, o referido autor inspira-se no Direito Penal alemão, em concreto, nos §§ 331 Abs. 3 e 333 Abs. 3 do StGB que consideram não punível a conduta do funcionário que aceitar uma vantagem autorizada (prévia ou posteriormente) pela autoridade competente. Assim, se o superior hierárquico do

¹¹⁰ DIAS (2010), p. 783.

¹¹¹ SANTOS (2011), p. 19.

¹¹² *Idem.*

¹¹³ DIAS (2010), p. 783.

¹¹⁴ *Idem.*

¹¹⁵ MENDES (2011), p. 40.

funcionário em questão autorizar o recebimento da vantagem, a mesma considerar-se-á lícita, não havendo lugar à responsabilidade penal do agente. A nosso ver, e tal como refere DAMIÃO DA CUNHA, ainda que tal solução pudesse contribuir para uma maior transparência na relação estabelecida entre o funcionário e o particular, «*é duvidoso que uma definição “tabelar” ou exaustiva seja possível*»¹¹⁶, sendo questionável «*se, para além destas ofertas “lícitas” porque autorizadas, não haverá ainda espaço para casos de condutas socialmente adequadas*»¹¹⁷, suscetíveis de afastarem a ilicitude da conduta.

Relativamente à declaração ou registo das prendas oferecidas a funcionário, consideramos que ainda que tal solução pudesse contribuir para uma diminuição dos casos de recebimento indevido de vantagem, pois os funcionários estariam sobre um maior escrutínio, o que possivelmente os levaria a abster-se de aceitar ou solicitar quaisquer vantagens, poder-se-ia tornar demasiado radical, na medida em que poderia ser interpretada como uma intromissão do Estado na esfera privada dos indivíduos, pois nem todas as ofertas recebidas pelos funcionários se mostram indevidas. Existem dádivas e gratificações que têm simplesmente como objetivo agradecer determinados serviços prestados pelo funcionário, não tendo qualquer intenção de criar um “clima de permeabilidade” ou de “simpatia”.

Conclui-se assim, que de fora da incriminação prevista no artigo 372.º do Código Penal ficam as condutas que assumam um carácter esporádico e traduzam uma prática aceite e tolerada pela generalidade das pessoas. Estão em causa condutas que, atendendo às regras de vida de uma sociedade e áquilo que possa ser considerado normal e aceitável em termos de convivência social, se mostram insignificantes, não sendo manifestamente aptas a lesar o bem jurídico protegido pela incriminação. Assim, ainda que se considere que tais condutas tiveram como intenção a criação de um “clima de permeabilidade” ou de “simpatia”, as mesmas poder-se-ão considerar lícitas, na medida em que, atendendo às regras de experiência comum, fique demonstrando que não lesam o bem jurídico protegido, não pondo em causa a objetividade decisional do funcionário. Por se traduzirem em condutas socialmente adequadas, «*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*»¹¹⁸.

¹¹⁶ CUNHA (2011), p. 95

¹¹⁷ *Idem*, p. 94 e 95.

¹¹⁸ COSTA (2001), p. 670.

5.1 O critério do valor diminuto

Embora o valor da vantagem não seja considerado um elemento típico do crime de recebimento indevido de vantagem, funcionado apenas como agravação nos termos do artigo 374.º-A do Código Penal, quando a vantagem for de valor elevado ou consideravelmente elevado, considera-se 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, que tenha significado no caso concreto) (...) e, por outro lado, que “a conduta lesiva se revista de algum relevo”*»¹¹⁹.

Neste sentido, a questão que se coloca é a de saber se se deveria estabelecer um valor limite dentro do qual determinadas vantagens possam ser consideradas aceites por serem socialmente adequadas. Está em causa o chamado critério do valor diminuto, consagrado no artigo 202.º do Código Penal.

Como principal defensor do recurso ao critério do valor diminuto temos PINTO DE ALBUQUERQUE. O autor entende que a aceitação de uma vantagem pelo funcionário pode ser considerada socialmente adequada, «*desde que a vantagem seja diminuta (...) e a aceitação de vantagens diminutas não corresponda a uma prática habitual*»¹²⁰ do mesmo, devendo entender-se por diminuta «*a vantagem que tem o valor não excedente a uma unidade de conta no momento do facto, uma vez que este é o critério geral sobre o valor patrimonial das coisas na lei penal portuguesa*»¹²¹.

Segundo o autor, uma vantagem que seja aceite pelo funcionário poderá ser socialmente adequada se o valor da mesma não exceder uma unidade de conta no momento do facto. O mesmo vale para a dádiva ou promessa de vantagem indevida, uma vez que «*também a dádiva e a promessa de uma vantagem pode encontrar-se a coberto da cláusula de adequação social*»¹²². No entanto, no que diz respeito à solicitação de uma vantagem indevida por parte do funcionário, PINTO DE ALBUQUERQUE considera que a mesma «*nunca está a coberto de uma cláusula de adequação social e, portanto, é sempre ilícita*»¹²³. Tal afirmação justifica-se, uma vez que quando o funcionário público solicita uma vantagem, estar-se-á a aproveitar do cargo que ocupa para receber algo que não lhe é devido, pondo, assim em causa os deveres a que está adstrito de isenção, lealdade,

¹¹⁹ DIAS (2010), p. 782.

¹²⁰ ALBUQUERQUE (2022), p. 1293.

¹²¹ *Idem.*

¹²² *Idem.*

¹²³ *Idem.*

objetividade e imparcialidade. Assim, quando a iniciativa parte do funcionário considera-se mais gravosa, não sendo, por isso, merecedora de tutela penal, pelo que não se aplica a cláusula de adequação social.

Importa ainda referir que mesmo que se considere que o recurso ao critério do valor diminuto possa facilitar a aplicação da cláusula de adequação social ao caso concreto, não se pode deixar de lhe apontar algumas críticas.

Em primeiro lugar, o legislador não fez qualquer referência no artigo 372.º do Código Penal ao critério do valor diminuto. Neste sentido, parece que tal não se deveu a um erro ou lapso por parte do legislador, mas antes, foi uma opção pensada e ponderada por este.

Em segundo lugar, como já referido anteriormente, a vantagem indevida poder-se-á traduzir numa vantagem não patrimonial, isto é, não convertível em dinheiro e, por isso, de valor não quantificável.

Em terceiro lugar, o recurso ao critério do valor diminuto poderia levar a soluções injustas, na medida em que há casos em que a vantagem é considerada de valor diminuto para efeitos da lei penal, mas ainda assim poderá ser considerada ilícita¹²⁴¹²⁵.

Por outro lado, ainda que a vantagem não seja considerada de valor diminuto, não se pode considerar ilícita sem mais, pois, atendendo a determinados fatores e circunstâncias, tal vantagem poder-se-á revelar aceite pela generalidade das pessoas¹²⁶. Assim, se uma vantagem foi oferecida a um funcionário como forma de reconhecimento por determinados serviços prestados, não tendo como intenção criar um “clima de permeabilidade” ou de “simpatia”, não ofendendo o bem jurídico protegido pelo crime de recebimento indevido de vantagem e não pondo em causa a objetividade e imparcialidade do funcionário, a mesma poderá não ser considerada ilícita, ainda que ascenda a montantes elevados.

¹²⁴ Tal como refere ALMEIDA COSTA, «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 autonomia intencional do Estado». (Cfr. COSTA (2001), p. 669).

¹²⁵ Tomemos como exemplo o pagamento de um café a um polícia noturno. Neste caso, a vantagem indevida foi oferecida a um funcionário no exercício das suas funções e ainda que se considere que a mesma assume um valor insignificante, não se pode excluir sem mais a punibilidade da conduta do particular que ofereceu o café e do funcionário que o aceitou. Isto porque, atendendo a determinados fatores, poderá ficar demonstrado que a vantagem foi oferecida pelo particular com o intuito de cair nas “boas graças” do funcionário para que este eventualmente o favoreça, como por exemplo, que “feche os olhos” ao estacionamento em zona proibida.

¹²⁶ Pense-se, neste caso, numa vantagem de montante elevado que foi oferecida no âmbito de relações diplomáticas.

De igual modo, o critério do valor diminuto mostra-se desadequado, pois, *«aquilo que é suficiente para corromper um funcionário que recebe pouco mais do que o salário mínimo é certamente diverso daquilo que é necessário para corromper um agente público de elevado estatuto sócio-económico»*¹²⁷.

Por fim, e tal como refere DAMIÃO DA CUNHA, ainda que o critério do valor diminuto fosse utilizado neste âmbito, deveria assumir um conteúdo autónomo relativamente ao dos valores dos crimes patrimoniais, fundamentalmente 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 (mas com dignidade penal e por isso ser um crime punível, contra o património), enquanto na corrupção se trata de “negar” a tipicidade (de um crime de dever)»*¹²⁸.

¹²⁷ SANTOS (2009), p. 134.

¹²⁸ CUNHA (2011), p. 94.

Conclusão

É inegável o carácter lesivo dos crimes de corrupção pelo facto de afetarem, não só o Estado, como todos os cidadãos em geral, razão pela qual, ao longo de largos anos, têm vindo a ser adotadas diversas medidas legislativas.

Foi nesse contexto que surgiu a Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro, que consagrou no artigo 372.º do Código Penal o denominado crime de recebimento indevido de vantagem. Com a entrada em vigor deste crime, prescindiu-se da exigência de verificação de um sinalagma ou nexos causal entre a vantagem recebida e a prática de um ato ou omissão pelo funcionário, assim como de qualquer pretensão dependente do exercício das suas funções. Assim, basta que a solicitação ou aceitação (n.º 1), dádiva ou promessa de vantagem (n.º 2), ocorram “no exercício das funções” do funcionário, isto é, do decurso e contexto da sua atuação, ou “por causa delas”, ou seja, pelo simples facto de o funcionário ter essa qualidade em razão do cargo que ocupa.

A ideia subjacente a este crime é a de que os funcionários não podem receber quaisquer remunerações que vão para além daquelas que o Estado entendeu merecerem. Assim, considera-se que ao solicitarem ou aceitarem uma vantagem, ou sendo-lhe a mesma dada ou prometida, no exercício das suas funções ou por causa delas, o funcionário estar-se-á a valer da posição que ocupa para benefícios próprios considerados indevidos, pondo em causa o prestígio e a dignidade das funções públicas, assim como os deveres a que está adstrito de isenção, lealdade, objetividade e imparcialidade.

Neste sentido, o crime de recebimento indevido de vantagem visa proibir o “mercadejar com o cargo”, punindo condutas que se mostrem suscetíveis de criar o chamado “clima de permeabilidade” ou de “simpatia” para eventuais diligências.

Contudo, nos casos em que as condutas se mostrem socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes, exclui-se a responsabilidade criminal do agente, nos termos do artigo 373.º, n.º 2. Estão em causa condutas que se mostram aceites pela generalidade das pessoas e, como tal, não se consideram aptas a lesar o bem jurídico protegido pela incriminação.

Ainda que se considera que o crime em questão veio contribuir para uma maior transparência e imparcialidade da Administração Pública, poderá não ser suficiente. Assim, não basta que a luta contra o fenómeno da corrupção seja feita a nível legislativo, sendo necessário haver uma mudança noutros domínios, desde logo, na mentalidade das pessoas. É fundamental nunca perder de vista a ideia de que o crime não pode compensar.

Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE (2022), Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 5.^a edição atualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa.

COSTA (1987), António Manuel de Almeida, *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 Editora, Coimbra.

COSTA (2001), António Manuel de Almeida, “Comentário ao artigo 372.º do Código Penal”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra.

CUNHA (2008), José Manuel Damião da, *O conceito de Funcionário, para Efeito de Lei Penal e a “Privatização” da Administração Pública*, Coimbra Editora, Coimbra.

CUNHA (2011), José Manuel Damião da, *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção – Uma análise crítica das Leis n.ºs 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*, Coimbra Editora, Coimbra.

DIAS (2019), Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime*, 3.^a edição, Gestlegal, Coimbra.

DIAS (2010), Maria do Carmo, “Comentário à Lei n.º 34/87, de 16 de Julho”, in *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, org. Paulo Pinto Albuquerque/José Branco, Volume I, Universidade Católica Editora, Lisboa.

FARIA (2005), 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.

LAMAS (2011), Ricardo Rodrigues da Costa Correia, “O recebimento indevido de vantagem – Análise substantiva e perspectiva processual”, *Revista do Ministério Público*, n.º 126, Abril/Junho 2011, p. 65-154.

MELO (2009), Débora Thaís de, “Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos colectivos”, in *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, Coimbra.

MENDES (2011), 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*, Helena Leitão e Rui do Carmo (coord.), Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Coimbra.

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

SANTOS (2009), Cláudia Cruz, “Considerações introdutórias (ou algumas reflexões suscitadas pela “expansão” das normas penais sobre a corrupção)”, in *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, Coimbra.

SANTOS (2011), 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?”), in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Helena Leitão e Rui do Carmo (coord.), Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Coimbra.

SANTOS, Manuel Simas, HENRIQUES, Manuel Leal (2019), *Código Penal Anotado, Parte Especial – Artigos 131.º a 389.º*, 5.ª edição, Rei dos Livros, Lisboa.

SILVA (2021), Germano Marques da, *Responsabilidade Penal dos Dirigentes das Sociedades*, Universidade Católica Editora, Lisboa.

SIMÕES (2011), Euclides Dâmaso, “Contra a corrupção – As Leis de 2010”, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Helena Leitão e Rui do Carmo (coord.), Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Coimbra.

SOUSA (2011), Luís de, *Corrupção*, Fundação Francisco Manuel dos Santos e Luís de Sousa, Relógio D’ Água Editores, Lisboa.