

O CRIME DE RECEBIMENTO INDEVIDO DE VANTAGEM NO DIREITO PORTUGUÊS

*The Crime of Undue Receipt of Advantages
in the Portuguese Law*

ANDRÉ FILIPE MARTINS FERREIRA DE OLIVEIRA

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal; Especializado em Direito Fiscal pelo Centro de Estudos Judiciários de Lisboa, Portugal; Pós-Graduado em Direito Penal, Económico e Europeu, pelo Instituto de Direito Penal, Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal; Graduado em Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal; Advogado

Resumo: O fenómeno da Corrupção é punido de forma estrênuo pela República Portuguesa. No domínio da corrupção *stricto sensu*, a par da tradicional punição da corrupção ativa e passiva, antecedente e subsequente, o legislador português, *ex vi* artigo 372º do Código Penal, pune também o recebimento/oferta indevidos de vantagem. Mesmo sem demonstração do concreto ato pretendido, sem prova do sinalagma intencional e sem prova da prática do ato, o agente é punido, sendo a legislação portuguesa das mais rigorosas no combate ao fenómeno da corrupção.

Palavras-Chave: Corrupção; Recebimento e Oferta indevidas de vantagem; Clima de permeabilidade ou simpatia; Não demonstração do ato concreto pretendido.

Abstract: The phenomenon of corruption is punished in a very rigorous way by the Portuguese Republic. Regarding corruption in the strict sense, along with the traditional punishment of active and passive corruption, previous and subsequent, the portuguese legislator, *ex vi* Article 372 of the Criminal Code, also punishes the undue receipt/offering of advantage. Even without proof of the desired concrete act, without proof of the *do ut des* or the act being practiced, the offender is punished, being the Portuguese law one of the strictest in the fight against the phenomenon of corruption.

Keywords: Corruption; Undue Receipt and Offering of advantages; Facilitation mood; Absence of demonstration of the desired concrete act.

Introdução

O legislador português prevê de forma muito rigorosa os crimes de corrupção no domínio punitivo jurídico-penal, estatuidando uma solução original no quadro de referência jurídica continental.

Criminaliza a corrupção de agentes públicos (funcionários e/ou titulares de cargos políticos ou altos cargos públicos), no fenómeno desportivo, no setor privado e de agente público estrangeiro no comércio internacional.

Criminaliza a corrupção própria (para ato ilícito) e a corrupção imprópria (para ato lícito).

Criminaliza a corrupção ativa e a corrupção passiva.

Criminaliza a corrupção antecedente e a corrupção subsequente.

Prevê e pune a corrupção sem demonstração de ato concreto pretendido no artigo 372º do Código Penal, sob o *nomem iuris* de “recebimento indevido de vantagem”.

1. O recebimento indevido de vantagem como modalidade de Corrupção?

No primeiro Relatório sobre Anticorrupção da Comissão Europeia¹, de Fevereiro de 2014, calculava-se o impacto da corrupção no espaço da União Europeia em 120 mil milhões de Euros anuais, cerca de 1% da riqueza criada no conjunto dos 28 Estados-Membros - o Orçamento da União Europeia para 2015 corresponde a 145 milhares de milhões de Euros.

Luís de Sousa² define a corrupção como sendo “um comportamento ou prática desviante que implica tanto uma infração das regras como uma infração de padrões éticos não codificados e amplamente aceites”. Maria José Morgado³, numa imagem metafórica bem conseguida, apelida a corrupção de “crime sem rosto”.

O “funcionário corrupto”, divergindo nas suas características concretas entre os diversos contextos culturais e entre os diversos Estados, tem o biótipo ludo definido por Luís de Sousa⁴:

Tem o perfil do comum dos cidadãos...exerce a sua profissão a tempo inteiro; tem um vínculo contratual definitivo; é do sexo masculino (o que de certa forma espelha as desigualdades de género no acesso ao mercado de trabalho e em particular às posições de chefia); pertence a grupos etários mais ativos dos 36 aos 45 anos (o que deriva das características deste período de vida, normalmente marcada por dificuldades/responsabilidades financeiras acrescidas); é casado, portanto com responsabilidades no agregado familiar; e raramente tem antecedentes criminais.

¹ União Europeia, Orçamento, disponível em <http://europa.eu/pol/financ/index_pt.htm> (acessado a 19/01/2016)

² SOUSA, Luis de, “*Corruption: Assessing Ethical Standards in Political Life Through Control Policies*”, Florença, European University Institute, 2002.

³ MORGADO, Maria José e VEGAR, José, “*O Inimigo sem Rosto, Fraude e corrupção em Portugal*”, Lisboa, D. Quixote, Outubro 2003.

⁴ SOUSA, Luis de, “*Corrupção*”, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos e Relógio D’Água Editores, Abril 2011, p. 27.

As percepções de corrupção divergem, apresentando os países do Sul e Este da União Europeia maior “tolerância” a comportamentos que, embora configurando crimes de corrupção de acordo com as próprias legislações nacionais e com os instrumentos de Direito Internacional que as vinculam, são socialmente quase considerados neutrais.

A este título Luís de Sousa e João Triães⁵ registam:

...quando perguntámos aos portugueses se deveríamos incluir no conceito de corrupção uma ação feita por uma causa justa” 52,8% discordou da qualificação, mostrando-se ainda mais tolerantes (61,3%) tratando-se de ação “com benefícios para a população. A corrupção estilo “Robin Hood” tem grande aceitação na sociedade portuguesa e é sintomática de uma cultura cívica ainda muito assente na satisfação de necessidades básicas. A desculpabilização pela falta de conhecimento dos parâmetros que clarificam determinado tipo de atuação acaba por branquear o que ilegal resta neste comportamento.

Cumprir perceber se o recebimento e oferta indevidos de vantagem se podem integrar no núcleo de prevenção e repressão da corrupção, o mesmo é dizer, se a figura legislativamente positivada pela L 32/2010 no artigo 372º CP configura uma verdadeira modalidade de corrupção.

O elemento positivo, de *per si*, conduziria a um dilema: sendo certo que desde a L 32/2010 está legislativamente prevista na Secção I do Capítulo IV do Código Penal, seja, “Da corrupção”, certo é que o *nomem iuris* da incriminação se presta a confundir o leitor incauto.

A análise do elemento histórico não nos fornece resposta adequada porquanto apenas com a L 32/2010 foi consagrada a incriminação de forma expressa e qualquer das anteriores versões do Código Penal previram tal figura.

O bem jurídico protegido pela norma em estudo é idêntico à posição dominante em Portugal no que concerne aos crimes “tradicionais” de corrupção - autonomia intencional/objetividade decisional do Estado -, o (proto) legislador (Projeto de Lei 220/XI) insere este ato legislativo no quadro da luta contra a corrupção, considera-o como crime de corrupção e apelida-o inclusive como de “corrupção pelo exercício de funções”.

Esta mesma figura (não autonomizada em norma incriminadora na sua construção) preencheu os Projetos de Lei dos demais partidos que apresentaram no ano de 2010 propostas de alteração do quadro jurídico-penal da corrupção - 44/XI⁶ (“corrupção de funções”, apenas na vertente passiva), 89/XI⁷ (“corrupção em razão das funções”, apenas na forma “passiva” - deixando de distinguir “entre corrupção para acto ilícito e corrupção para acto lícito, passando antes a diferenciar-se entre corrupção para acto determinado e corrupção em razão das

⁵ SOUSA, Luis de e TRIÃES, João, “Corrupção e os Portugueses, Atitudes, práticas e valores”, 1ª edição, Lisboa, RCP Editores, Outubro 2008.

⁶ Projeto de Lei do Bloco de Esquerda, disponível no *site* da Assembleia da República em: <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=34893>> (acessado a 19/01/2016)

⁷ Projeto de Lei do Partido Social Democrata, disponível no *site* da Assembleia da República em: <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=34954>> (acessado a 19/01/2016)

funções, sendo esta residual em relação àquela, e atendendo ao menor desvalor da conduta neste...” e 108/XI⁸ (“corrupção em razão das funções”, apenas na vertente passiva).

Falha o legislador no título da norma do artigo 372º CP, pois que o seu nº 2 consagra a vertente ativa do crime, *i.e.*, a dádiva/promessa de vantagem indevida ao funcionário; melhor andaria se tivesse consagrado um crime de “corrupção sem demonstração do ato concreto pretendido”, com uma vertente passiva (nº 1) e uma vertente ativa (nº 2).

Não se tratou de punir a mera atividade do funcionário-particular que solicita/aceita-dá/promete a indevida vantagem, antes o dano que consiste na lesão do bem jurídico (autonomia intencional/objetividade decisional do Estado - integridade do exercício de funções públicas pelo funcionário), traduzido no mercadejar com o cargo pelo funcionário, que coloca os seus próprios interesses (presentes, passados ou futuros) em primeira linha e abre mão (por causa disso) da necessária objetividade e imparcialidade que deve pautar a sua atuação funcional.

Por outras palavras, o “fazer pela comunidade” inato ao exercício de funções públicas (e funções privadas de interesse público) é ilegitimamente trocado por vantagens indevidas que apenas colhem ao beneficiário ou terceiro (que com ele esteja relacionado) - mesmo que o não seja faticamente, o seu processo mental resultou conspurcado com a perspectiva possível de beneficiar indevidamente.

Qual o bem jurídico protegido na Secção I do Capítulo IV do Código Penal?
Paulo Pinto de Albuquerque⁹ pugna:

O bem jurídico protegido...é a integridade do exercício das funções públicas pelo funcionário. Por um lado só se abrangem as “funções públicas” e não a atividade privada do funcionário e, por outro lado, os funcionários sujeitos ao tipo não são apenas os funcionários do Estado, uma vez 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”, não procedendo, por estas duas razões, a definição do bem jurídico como a “autonomia intencional do Estado”.

A posição doutrinária dominante é a de António Manuel de Almeida Costa¹⁰:

Não obstante o carácter instrumental que reveste, também a própria administração, atenta a relevância dos objectivos que serve, pode, em si mesma, assumir a natureza de bem jurídico-criminal...ao transaccionar com o cargo, o empregado público corrupto coloca os poderes funcionais ao serviço dos seus interesses privados...abusando da posição que ocupa...“subroga”(se) ou “substitui”(se) ao Estado, invadindo a sua respectiva esfera de actividade...o bem jurídico da corrupção consiste na autonomia intencional do Estado.

⁸ Projeto de Lei do Centro Democrático Social, disponível no *site* da Assembleia da República em: <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=34986>> (acessado a 19/01/2016)

⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, “Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 2ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, Outubro 2010, p. 980.

¹⁰ COSTA, Almeida, “Comentário Conimbricense do Código Penal”, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 661.

Não muito divergente é a posição de Cláudia Cruz Santos¹¹, para quem o bem jurídico protegido é a “objectividade decisional do Estado”.

A questão de saber qual o bem jurídico protegido com as incriminações insertas no Capítulo IV não é despicienda: desde logo, se entendermos que a mera solicitação do suborno (mesmo que não recebido), que a mera chegada à esfera de domínio do “funcionário” de uma promessa (mesmo que não concretizada), são de *per si* suficientes para a consumação do(s) crime(s) de corrupção, não se exigindo a efetiva “troca de favores” - sendo o bem protegido a autonomia intencional ou objectividade decisional do Estado, é de imediato violado com a criação do clima de permeabilidade no que tange ao artigo 372º CP -, perceberemos a originalidade da solução legal e a existência de um sistema codicista com a malha punitiva mais apertada dos nossos congêneres ocidentais.

Parece-nos que Paulo Pinto de Albuquerque, fazendo apelo ao critério lato de funcionário que resulta do artigo 386º CP, abrangendo também agentes de Direito Privado intervindo em esferas de atuação pública, tem razão quando especifica que a ação passível de assumir relevância criminal é aquela que tanja a parte pública do comportamento ativo/omissivo; de uma interpretação positivista das palavras de Almeida Costa, enquadrada num momento histórico de mais lenta evolução do Direito Administrativo e para-Administrativo, poderia o incauto leitor ser conduzido a uma via niilista de defesa do “público” das funções, centrada também num aspeto formal e desconsiderando uma série de híbridas figuras jurídicas criadas mais por conveniências de escamoteamento orçamental do que por necessidade jurídica e prática.

Já não acompanhamos Paulo Pinto de Albuquerque quando rejeita a posição defendida por Almeida Costa, pois que apenas a titularidade de funções em esferas de atuação pública, mesmo que estatutariamente privadas, permite a punição *ex vi* artigo 372º CP; *rectius*, apenas quando em causa estiver o “exercício das...funções ou por causa delas”, o mesmo é dizer, o interesse da *res publica*, representada pela figura dotada de *ius imperii* Estado (latamente interpretado, numa aceção que inclui não apenas a forma mas também, e sobretudo, a substância), poderá haver lugar a punição.

Ademais, a natureza “privada” do *modus operandi* não consubstancia o elemento relevante para a integração, como o próprio autor reconhece, não extraindo daí o pleno alcance, pois é o elemento de conexão ao Estado, à coletividade, à confiança depositada na legalidade e imparcialidade da tomada de decisões e execução das mesmas, que ressalta das/nas incriminações.

Podemos afirmar ser o bem protegido a autonomia intencional dos agentes que desempenhem funções em esferas de atuação pública: reforçamos assim o *ponto cruxis* da ilicitude da conduta, consubstanciada na solicitação/aceitação de indevida vantagem pelo funcionário-dádiva/promessa de indevida vantagem ao funcionário: a degradação (mesmo que não corporizada em ato concreto, pela criação do clima de permeabilidade) do elemento de rigor, independência e imparcialidade que tem que dominar qualquer ato com reflexo na *res publica* e que tanja às funções sociais do Estado, mesmo que latamente interpretadas e levadas a cabo por agentes eminentemente de Direito Privado ou com natureza mista.

Também elimina querelas interpretativas, pois que abarca, de forma inquestionável, todos aqueles que interajam com tais esferas sob contrato de trabalho em funções públicas,

¹¹ SANTOS, Cláudia Cruz, “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, Coimbra Editora, 2009, p. 31.

como funcionário público (no sentido tradicional do termo), nomeado, prestador de serviços públicos ou, também, como trabalhador de órgão não integrante da Administração Pública (central, regional e/ou local) mas prosseguindo um escopo que se inclua na defesa do interesse público - aquilo a que se convencionou chamar o Estado Social.

2. Recebimento e oferta indevidos de vantagem

Data das Ordenações Filipinas (1603) a primeira previsão legal do fenômeno da corrupção *lato sensu*.

No Código Penal de 1886, artigo 322º, eram previstas as situações designadas por Levy M. Jordão, L. Osório e M. Maia Gonçalves de “suborno indireto”, nas quais o particular não tinha pendente qualquer pretensão concreta e queria apenas criar um “clima geral de simpatia ou de permeabilidade” para o futuro; o funcionário que aceitasse a dádiva ou presente “estaria a mercadejar com o cargo”, violando a “autonomia intencional do Estado” e cometendo um crime de corrupção “passiva” consumada¹².

O Código Penal de 1995 prevê os crimes de corrupção como “crimes cometidos no exercício de funções públicas”; a construção legal do crime foi alterada pela L 108/2001, 28 de Novembro, pela L 32/2010, 2 de Setembro, pela L 4/2011, 6 de Fevereiro e pela L 30/2015, 22 de Fevereiro.

A L 108/2001 inova com a eliminação da exigência de prova de sinalagma; para Cláudia Cruz Santos¹³⁻¹⁴ esta alteração legislativa criminalizou expressamente, de um ponto de vista jurídico positivo, a corrupção sem demonstração do ato concreto pretendido, punindo as solicitações ou recebimentos de presentes por funcionários no campo funcional.

Não se operou qualquer “neocriminalização” antes se autonomizou uma conduta que se entendia passível de punição *ex vi* figura da corrupção passiva para ato lícito (imprópria).

Para Paulo Pinto de Albuquerque¹⁵ o então artigo 373º nº 2 CP visou o alargamento da tipicidade:

...Aos casos de vantagem solicitada ou aceite sem conexão com a prática de um ato concreto pelo funcionário...situações em que o corruptor visava criar junto do funcionário um “ambiente” favorável às pretensões...a lei prescindia em definitivo

¹² COSTA, Almeida, “*Sobre o Crime da Corrupção*”, Coimbra, Separata do número Especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, 1987, p. 125.

¹³ SANTOS, Cláudia Cruz, “*Notas breves sobre os crimes de corrupção de agentes públicos (Considerações em torno do presente e do futuro do seu regime jurídico)*”, in Revista Julgar, Lisboa, nº 11, Maio/Agosto 2010, pp. 52, 53, 57, ISSN 2183-3419, disponível em: «<http://julgar.pt/notas-breves-sobre-os-crimes-de-corrupcao-de-agentes-publicos/>» (acessado a 19/06/2016).

¹⁴ SANTOS, Cláudia Cruz, “*Os crimes de corrupção de funcionários e a Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro (“É preciso mudar alguma coisa para que tudo continue na mesma”?)*”, in As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, Centro de Estudos Judiciários, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, Abril 2011, pp. 15, 17.

¹⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, “*Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, 2ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, Outubro 2010, p. 974.

da exigência de um sinalagma entre a vantagem oferecida pelo corruptor e uma contraprestação (o ato ou omissão) do funcionário.

Com a criação do artigo 372º CP pela L 32/2010 estamos perante a “diferenciação típica” de um comportamento que, já com a L 108/2001, estava legalmente consagrado, naquilo que alguma doutrina designava por “corrupção sem demonstração do acto pretendido” - sendo tal opção encarada por Sergio Seminara como pouco conseguida¹⁶.

O anterior artigo 373º n.º 2 CP regulava a “corrupção passiva para acto lícito” (imprópria), ao passo que o n.º 1 do artigo 372º CP encimava a Secção relativa aos crimes de corrupção.

Para Cláudia Cruz Santos¹⁷, que entende nada de inovador existir com a alteração de 2010, a mudança de grafia poderia levantar problemas de interpretação. O legislador de 2010 excisou do artigo 372º CP o trecho previsto no anterior artigo 373º n.º 2 CP, “perante ele tenha tido, tenha ou venha a ter qualquer pretensão dependente do exercício das suas funções públicas”: tal não significa que se tenha passado a punir a solicitação/aceitação de indevida vantagem relacionada com o campo da pessoalidade, desde logo porque o bem jurídico protegido conexas a vantagem ao exercício de funções públicas pelo funcionário, porque o artigo 372º CP qualifica o recebimento como “indevido”, o funcionário solicita/aceita a indevida vantagem “no exercício das suas funções ou por causa delas” e a vantagem em causa não lhe pode ser devida.

Também inexistente encurtamento temporal do âmbito de aplicação da norma por apenas se preverem as situações que abrangem aqueles que perante o funcionário tenham (e já não, diferentemente de 2001, os que tiveram ou terão) pretensão dependente do exercício de funções públicas pois estão abrangidas as hipóteses nas quais o funcionário tem contacto com a vantagem “no exercício das suas funções” e também “por causa delas”, nas quais a vantagem é o correspondente de indeterminado ato passado ou futuro.

A L 4/2011 alterou a grafia do artigo 374º-A CP, que prevê a “Agravação”, sendo a redação vigente, de forma intocada, até à presente data.

A L 30/2015 aumentou o leque de agentes considerados “funcionários” para efeitos do artigo 386º CP, logo, possíveis agentes do crime de corrupção, foi punida expressamente a tentativa de corrupção ativa (novo n.º 3 do artigo 374º CP) e prevê-se a dispensa de pena (artigo 374º-B) como consequência obrigatória nos casos de denúncia do crime até 30 dias após o mesmo e sempre antes da instauração de procedimento criminal quando o agente do crime “voluntariamente restitua a vantagem ou, tratando-se de coisa fungível, o seu valor” - solução da melhor conveniência jurídica, eliminando a falha legislativa prévia, que instituiu um prémio à delação.

Quais as modalidades de corrupção consagradas nos artigos 372º e seguintes CP?

Relativamente ao agente, a corrupção é, desde logo, passiva ou ativa: a corrupção passiva refere-se à conduta de um agente corrupto, que ou é funcionário (artigo 386º CP) ou é político ou titular de alto cargo público (nos termos do artigo 3º da L 34/87, 16 de Julho); é

¹⁶ Intervenção no Seminário “*Os crimes de fraude e corrupção no espaço europeu*”, organizado pelo Instituto de Direito Penal, Económico e Europeu, Coimbra, em 20/04/2013.

¹⁷ SANTOS, Cláudia Cruz, “*Os crimes de corrupção de funcionários e a Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro (“É preciso mudar alguma coisa para que tudo continue na mesma”?)*”, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, Abril 2011, pp. 18, 19.

um crime específico próprio, o seu agente apenas pode ter aquelas características, sendo a conduta mais ilícita, mais culposa, logo punida de forma mais gravosa. A corrupção ativa é um crime comum, qualquer pessoa pode ser seu agente.

Os crimes de corrupção passiva e ativa têm autonomia dogmática, *i.e.*, pode existir condenação por corrupção ativa sem condenação por corrupção passiva *vg* A é intercetado a conduzir automóvel a 200 km/hora, oferece €250,00 ao policial para não ser autuado e este recusa - A consuma o crime de corrupção ativa para ato ilícito (artigo 374º nº 1 CP), não havendo corrupção passiva porquanto houve recusa do dinheiro em causa.

A corrupção passiva está prevista nas normas do artigo 372º nº 1 (solicitação/aceitação indevida de vantagem) e do artigo 373º CP, estando a corrupção ativa prevista na norma do artigo 372º nº 2 (dádiva/promessa indevida de vantagem) e do artigo 374º CP.

A corrupção própria é a corrupção para ato ilícito: a sua forma passiva está prevista no artigo 373º nº 1 CP *vg* A, Juiz do Tribunal de Execução de Penas, solicita a B, pai de, €5.000 para conceder licença de saída jurisdicional, não se cumprindo os pressupostos da mesma - o crime consuma-se no momento em que o pedido de A chega ao conhecimento de B, não sendo necessário que A receba o dinheiro ou que conceda a licença; a corrupção própria ativa encontra-se regulada no artigo 374º nº 1 CP *vg* C, recluso em Estabelecimento Prisional, entra em contato com D, guarda prisional, prometendo-lhe a entrega de €2.500 se lhe trouxer cocaína para dentro do estabelecimento - o crime consuma-se quando a promessa do pagamento é feita, não sendo necessário que a cocaína entre no espaço prisional.

A corrupção imprópria é a corrupção para ato lícito: a sua forma passiva está prevista no artigo 373º nº 2 do Código Penal *vg* A, enfermeira, solicita a B, familiar de paciente internado, a entrega de €500 para ser mais eficiente no atendimento (já cabia à enfermeira atender corretamente); a forma ativa está prevista no artigo 374º nº 2 CP *vg* C, filho de paciente, oferece €1000 ao cirurgião para que este opere com maior atenção.

A corrupção sem demonstração de ato concreto pretendido corresponde ao crime previsto no artigo 372º CP, estando a forma passiva prevista no nº 1 *vg* A, médico de unidade integrante do Sistema Nacional de Saúde, solicita uma salva de prata a uma farmacêutica, sem preceituar medicamentos por este produzidos; a forma ativa está previsto no nº 2 *vg* Farmacêutica promete um computador portátil a um médico que com ela nunca trabalhou.

A corrupção para ato ilícito até à entrada em vigor da L 32/2010, estava prevista no artigo 372º nº 1 CP quando passiva e no artigo 374º nº 1 CP quando ativa - com a alteração legislativa passou a estar prevista a forma passiva no artigo 373º nº 1 CP e a forma ativa no artigo 374º nº 1 CP.

A corrupção para ato lícito (corrupção imprópria) até Março de 2011 estava prevista no artigo 373º nº 1 CP (passiva) e artigo 374º nº 2 CP (ativa); passou a forma passiva a estar previsto no artigo 373º nº 2 CP, continuando a ativa a estar prevista no artigo 374º nº 2 CP.

Entre 2001 e Março de 2011 a corrupção sem demonstração do ato concreto pretendido estava prevista no artigo 373º nº 2 CP quando passiva e no artigo 374º nº 2 CP quando ativa (conjuntamente com a corrupção ativa para ato lícito); a partir de Março de 2011 no artigo 372º nº 1 CP temos um crime de recebimento indevido de vantagem (forma passiva) e no nº 2 temos um crime de oferta indevida de vantagem (forma ativa).

3. Análise crítica do regime jurídico do Artigo 372º do Código Penal¹⁸

O nº 3 do artigo 372º CP é dispensável, desde logo porque se o comportamento não assume dignidade penal, não é sequer um comportamento típico por ação de um princípio geral de adequação social, não pode configurar crime.

Paulo Pinto de Albuquerque¹⁹ defende:

A solicitação de uma vantagem nunca está a coberto de uma cláusula de adequação social e, portanto, é sempre ilícita: mas a aceitação de uma vantagem (a dádiva e a promessa de uma vantagem) pode(m) ser socialmente adequada(s)...desde que a vantagem seja diminuta...e a aceitação de vantagens diminutas não corresponda a uma prática habitual...do funcionário.

Reconduz, em nossa opinião incorretamente, o caráter diminuto da vantagem aos critérios do artigo 202º a) a c) CP, obnubilando que pequenas vantagens venais podem originar lesões enormes no bem jurídico (até podem as vantagens nem ter valor venal).

Apenas casuisticamente pode ser feita a avaliação da “conduta socialmente adequada” ou “conforme aos usos e costumes”: tal não é uma *via verde* para a perpetuação de comportamentos *borderline* corruptivos, antes os concretos agentes e espaços de atuação implicam avaliações diferenciadas *vg* parece conforme aos usos que seja oferecida uma placa de prata com votos de boas festas ao Conselho de Administração de empresa pública por parte de empresa privada que tenha vencido um concurso internacional - já o mesmo se não pode afirmar de um elemento de investigação criminal face à oferta de um particular previamente referenciado por tal tipo de órgão.

Parece-nos que proibir qualquer recebimento de oferta não seja a melhor solução, não o sendo também definir patamares máximos das “ofertas” ou “simpatias”: muito embora se compreenda o “escopo moralizador” pretendido.

Embora se vise combater a criação do clima de permeabilidade no exercício de funções em esferas de atuação pública, não se pode ignorar o enquadramento social de gestos que, de tão disseminados e socialmente enraizados, perderam a sua influência corruptiva *vg* pedido feito por funcionários da recolha de lixo em Municípios como Coimbra na altura do Natal.

De outro modo cairíamos em situações de tal forma desajustadas da realidade cultural que a validade imanente à norma, imprescindível em qualquer ordenamento jurídico-penal, falharia por completo a sua legitimação, redundando num ainda maior fracasso - ao invés de prevenir e reprimir a corrupção estaríamos a potenciar os comportamentos passíveis de ser punidos a tal título.

¹⁸ LEGISLAÇÃO portuguesa: Código Penal, artigo 372º: "1. O funcionário que, no exercício das suas funções ou por causa delas, por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias. 2. Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro por indicação ou conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, no exercício das suas funções ou por causa delas, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias. 3. Excluem-se dos números anteriores as condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes"

¹⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 2ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, Outubro 2010, pp. 979, 980.

O crime de “recebimento indevido de vantagem”, artigo 372º CP, pode ser praticado por pessoas coletivas: ultrapassando a proibição típica do nº 1 (“só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal”), o nº 2 do artigo 11º CP prevê a responsabilidade penal das pessoas coletivas nos crimes previstos nos artigos “372º a 376º, quando cometidos a) Em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança ou b) Por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem”.

Resultando da primeira parte da norma do nº 2 do artigo 11º CP a irresponsabilidade penal do “Estado, de pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e de organizações de direito internacional público”, percebe-se que as pessoas coletivas apenas seriam punidas pela prática do crime de dádiva ou promessa de indevida de vantagem previsto no nº 2 do artigo 372º CP.

O trecho estatuído na primeira parte do nº 2 do artigo 11º CP parece-nos, porém, mais estreita que a norma do artigo 386º CP: podem ser potencialmente autores do crime previsto no nº 1 do artigo 372º CP (solicitação/aceitação) pessoas coletivas que se não incluem no “Estado”, nem gozam de “prerrogativas de poder público” - pense-se em figuras de Direito para-Administrativo *vg* colégios em regime de associação, clínicas associadas.

A co-autoria é possível no âmbito do “recebimento indevido de vantagem”: a norma do nº 1 do artigo 28º CP permite que a qualidade de “funcionário” (nos termos do disposto no artigo 386º CP) de um dos agentes torne aplicável aos restantes participantes a “pena respectiva” - jurisprudencialmente aceite já ao nível dos crimes de corrupção *lato sensu* no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 15/12/2009 no Processo 1279/06.0TABCL.G1²⁰, tendo como Relator o Juiz Desembargador Filipe Melo.

O mencionado aresto cita o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 13/03/1996, que decidiu que “nos crimes cometidos pelos titulares de cargos públicos no exercício das suas funções não está excluída a comunicabilidade da ilicitude”.

Faria Costa²¹ defende que mesmo nos delitos próprios a tendência da doutrina é quase unânime no sentido de “considerar que apesar de o agente imediato ser um extraneus que não reúne as qualidades exigidas pelo tipo específico o *intraneus* deva ser visto como um autor mediato”, pugnando pela avaliação da comunicabilidade de forma casuística, face a cada um dos tipos incriminadores e concluindo que “se se admitir teoricamente a transmissibilidade é evidente que o agente que em princípio não podia ser autor passará a sê-lo”.

Teresa Beleza²² defende a inclusão no âmbito de previsibilidade da norma do artigo 28º CP de situações de “...co-autoria em que só um (só alguns) dos co-autores tenha(m) as qualidades ou relações especiais exigidas no tipo específico próprio ou impróprio”.

Figueiredo Dias estatui²³:

²⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 15/12/2009, Processo 1279/06.0TABCL.G1²⁰, disponível na página de Internet das Bases Jurídico-Documentais do IGFEJ, IP em: «<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/bf50514b3c95d6df802576d5004dedb5?OpenDocument>» (acessado a 19/01/2016)

²¹ COSTA, José de Faria, “*Formas do Crime*” in *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1983.

²² BELEZA, Teresa, “*Ilicitamente Comparticipando - O Âmbito de Aplicação do artigo 28º do Código Penal*”, Coimbra, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988.

²³ DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Direito Penal - Parte Geral*”, Tomo I, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, Agosto 2007, p. 849.

O domínio de aplicação dos efeitos jurídico-penais...por excelência pelos...crimes específicos...nas situações de comparticipação nestes delitos, basta que a qualidade ou relação especial se verifique num dos comparticipantes para tornar aplicável a todos a pena respetiva.

A consumação do crime ocorre quando é violado o bem jurídico protegido: qualquer que seja a posição relativamente ao concreto bem jurídico, sempre se dirá que a troca, a transferência efetiva da vantagem, qualquer que seja o formato que assuma, é irrelevante para o preenchimento do elemento típico, pois o clima de permeabilidade ou simpatia foi já criado.

Euclides Dâmaso Simões²⁴ afirma que o artigo 372º CP foi criado para:

Sancionar as vantagens solicitadas ou aceites (nº 1 do artigo) dadas ou prometidas (nº 2 do artigo), não com o objetivo imediato de conseguir um ato determinado, mas apenas com a finalidade de criar um clima de permeabilidade ou simpatia para eventuais diligências que venham a requerer-se no futuro. Tais vantagens representarão a contrapartida virtual de eventuais atos de funcionários a realizar no futuro, pelo que a sua entrega, promessa, solicitação ou aceitação implica, também, uma “transação”, um “mercadejar” com o cargo”.

Quando o funcionário solicita ou aceita a vantagem indevida ou quando tal vantagem lhe é dada ou prometida, quando chega à esfera de conhecimento do funcionário a possibilidade de adquirir uma posição mais vantajosa do que aquela que tinha (pois que se não exige para preenchimento do tipo de crime o escambo efetivo), é de imediato colocada em xeque a “autonomia intencional do Estado” (Almeida Costa), a “objetividade decisional do Estado” (Cláudia Cruz Santos), a “integridade do exercício das funções públicas pelo funcionário” (Paulo Pinto de Albuquerque), a autonomia intencional dos agentes que desempenham funções em esferas de atuação pública: criado está o clima de permeabilidade, de simpatia, condicionante do processo mental do funcionário que, consciente e/ou subconscientemente, está coartado na sua (imprescindível) objetividade, não formula juízos ou adota atos imparciais, antes tem subjacente um gesto (projeto de gesto) que tornam justificado à *res publica* a dúvida e suspeita do seu caráter condicionado.

Assim sendo, a diferente nomenclatura do ato que cria o clima de permeabilidade é o menos relevante, não sendo determinante para a consumação do crime, embora relevando para efeitos de consideração da concreta medida da pena do agente do crime, *ex vi* artigos 71º e seguintes CP.

Parece merecer ainda maior censura o funcionário que “solicita” do que o funcionário que “aceita” a indevida vantagem, tal como parece merecer maior censura o particular que “dá” do que aquele que “promete” a vantagem ao funcionário.

Na primeira situação o funcionário quebra, de forma unilateral e ativa, o vínculo que o une à *res publica*, estilhaça o valor do seu juramento, prejudicando intencionalmente os seus concidadãos; é dele que parte a iniciativa de pôr em xeque a imparcialidade que tem que subjazer a qualquer decisão em esferas de atuação pública, que se interrelacionam com os espaços de atuação do moderno *Welfare State*, seja na vertente administrativa pura, seja assumindo uma qualquer mundiana figura de Direito para-Administrativo (parcerias público-

²⁴ SIMÕES, Euclides Dâmaso, “*Contra a Corrupção - As Leis de 2010*”, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, Abril 2011, pp. 48, 49.

privadas, contrato de concessão, contrato de associação, para elencar apenas as mais comumente mobilizadas).

O funcionário que “aceita” a vantagem que lhe sabe ser vedada erra mas cede a uma atuação de um sujeito não vinculado aos mesmos deveres de respeito à legalidade, imparcialidade e objetividade de decisão, pelo que o desvalor da ação, justificativo da incriminação, é já menor.

Em qualquer das situações o funcionário, por si ou por terceiro consigo relacionado, coloca-se em situação de poder perceber a vantagem indevida, cedo ou tarde passando a poder existir na sua esfera de possibilidades de fruição um *apport* que não tem que ter valor venal.

O cidadão que “dá” a vantagem indevida ao funcionário atua com maior desvalor de ação que o cidadão que “promete” essa vantagem: quem “dá” coloca o objeto em causa na esfera de fruição do destinatário, que a aceita, ao passo que quem “promete” apenas se vincula a disponibilizar a vantagem no futuro, sem que exista uma mudança do domínio do mesmo.

Merecedor de maior censura é aquele que transfere para o âmbito de fruição (presente ou futura, corpórea ou incorpórea) do funcionário uma vantagem que este não pode auferir e resultante do exercício das funções que lhe competem ou por causa delas, mais do que aquele que se limita a uma mera afirmação, embora passível de ser levada a sério (por meios idóneos, *i.e.*, não configurando um ato impossível de ser concretizado).

Para quem segue a visão de Almeida Costa relativamente ao bem jurídico protegido com a incriminação (autonomia intencional/objetividade decisional do Estado), a natureza indevida da vantagem resulta de esta violar tal bem jurídico, *i.e.*, é indevida toda e qualquer vantagem que seja uma contrapartida funcional, o escambo de uma função/poder público (em esferas de atuação públicas), mesmo que tal escambo não se concretize, que não se verifique o desejado *do ut des*.

Para José Manuel Damião da Cunha²⁵ o que está em causa no artigo 372º CP é:

O fato de, não tendo sido possível determinar o fim ou o objetivo de um determinado “negócio”, as circunstâncias que o acompanham tornam inequívoco que se pretendeu algo (ainda que indeterminado), que o funcionário tenha realizado, ou se tenha proposto realizar, no exercício das suas funções e por causa delas... a vantagem patrimonial tem que ser “indevida”...por referência ao exercício das funções...a vantagem é indevida quando não haja justificação nenhuma, ou razoavelmente “convincente”, para a sua percepção.

Para Cláudia Cruz Santos²⁶ só deixa a vantagem de ter caráter indevido, logo não sendo punível criminalmente, quando:

²⁵ CUNHA, José Manuel Damião da, “A Reforma Legislativa em Matéria da Corrupção, Uma análise crítica das Leis nº 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro”, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, Abril, 2011, pp. 89, 90.

²⁶ SANTOS, Cláudia Cruz, “Notas breves sobre os crimes de corrupção de agentes públicos (Considerações em torno do presente e do futuro do seu regime jurídico)”, in Revista Julgar, Lisboa, nº 11, Maio/Agosto 2010, p. 57, ISSN 2183-3419, disponível em: «<http://julgar.pt/notas-breves-sobre-os-crimes-de-corrupcao-de-agentes-publicos/>» (acessado a 19/06/2016).

Se situar no campo da pessoalidade...A conduta, quando só lograr uma compensação no plano da funcionalidade, já constitui, à luz do regime jurídico que temos, crime de corrupção sem demonstração do ato concreto pretendido.

Paulo Pinto de Albuquerque²⁷ considera que a vantagem é uma prestação, patrimonial ou não patrimonial, que beneficia objectivamente a situação do funcionário, incluindo qualquer situação que beneficie o funcionário (ou terceiro por si indicado/com ele relacionado) pessoal ou profissionalmente, mesmo que num âmbito apenas a ele reconduzível. É a vantagem indevida “quando não corresponde a uma prestação devida ao funcionário nos termos da lei”.

No que tange ao trecho “no exercício de funções ou por causa delas”, Paulo de Sousa Mendes²⁸ inculca:

Não se pode prescindir de que a vantagem vise um acordo ilícito para o exercício do serviço, como forma de gratificar quaisquer decisões futuras inerentes à função, que oportunamente poderão vir a ser concretizadas, ou de gratificar desempenhos passados...é muito difícil de produzir prova da existência de um tal acordo ilícito intencionado, mas essa é uma exigência que não pode ser eliminada dos tipos de crime em apreço.

A vantagem pode, assim, estar associada diretamente à função/cargo exercido pelo funcionário, como pode estar correlacionado com aquelas (“por causa delas”): o funcionário que solicita ou aceita a vantagem, o cidadão que dá ou a promete, fá-lo porque assume vestes em esferas de atuação pública, detém um poder de *imperii* e, se o não possuísse, nada seria solicitado/aceite ou dado/prometido.

Como pugna Paulo Pinto de Albuquerque²⁹:

A tutela penal da integridade do exercício das funções públicas não integra o exercício de funções privadas pelo funcionário em violação dos deveres do cargo...Mas inclui a lesão de interesses patrimoniais privados confiados ao funcionário no exercício das suas funções.

Devido ao exercício daquelas concretas funções “ou por causa delas” o particular dá ou promete uma vantagem ao funcionário ou este lhe solicita ou dele a aceita, criando-se um

²⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 2ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, Lisboa, Outubro 2010, pp. 981, 982.

²⁸ MENDES, Paulo de Sousa, “Os novos crimes de recebimento e de oferta indevidos de vantagem”, in As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, Centro de Estudos Judiciários, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, Abril 2011, pp. 39, 40.

²⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 2ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, Outubro 2010, p. 969.

No Ponto 5 refere que “é discutível que” a tutela penal “integre a lesão de interesses patrimoniais confiados ao funcionário quando ele aja com intenção de beneficiar uma outra pessoa coletiva pública”; atento que a autonomia intencional/decisional do Estado (a autonomia decisional de agentes que exercem funções em esferas de atuação pública) é violada com a criação do clima de permeabilidade, de simpatia, parece-nos que mesmo assim a confiança da *res publica* na imparcialidade dos decisores é atacada e, com isso, a conduta será (formalmente) punível.

clima de permeabilidade, fazendo com que o funcionário esteja mais disponível ou suscetível a futuramente fazer (ou poder fazer) aquilo que o particular pretende.

A vantagem funciona como o “elemento de troca” entre o desejado e o (potencialmente) realizável, apenas obtível do funcionário porque o é e tem imediatos e diretos poderes para conseguir o que se deseja ou, pelo menos, o pode conseguir atento o fato de na sua esfera de atuação funcional se integrar o desejado pelo particular; se *vg* A promete oferecer €5 mil a B, vereador municipal, para que este consiga a sua absolvição em processo judicial ou se C, calceteiro de autarquia local, solicita a D, sociedade comercial, €10 mil para lhe conseguir uma isenção tributária, as condutas serão atípicas para o artigo 372º CP.

Não se poderá fazer uma análise redutora do que é a “esfera de atuação funcional”, do “ou por causa delas”: se o funcionário pode levar a cabo o (ainda que eventual, futuro) ato desejado pelo particular porque os seus poderes hierárquicos, administrativos, de tutela ou superintendência, o colocam numa posição de supra ordenação face a outros funcionários, poderá ser punido pelo crime de recebimento indevido de vantagem - se, *in casu*, se poder provar que mobilizou a sua posição de vantagem para satisfazer o desejo ilegítimo, o mesmo podendo ser (formalmente) afirmado quando possam estar no seu círculo mediato de fruição instrumentos físicos e/ou jurídicos para tanto.

Para Paulo Pinto de Albuquerque³⁰ a solicitação/aceitação de vantagem não é penalmente irrelevante apenas porque teve lugar num momento não funcional da vida do funcionário; pode a conduta ter lugar num momento de lazer, pessoal (“como por exemplo no aniversário ou nas férias do funcionário”), sendo:

Decisivo...que as vantagens tenham em vista e sejam determinadas (“por causa”) pela condição profissional do destinatário, independentemente de qualquer atuação ou omissão que ele tenha tido ou venha a ter nessa qualidade de funcionário...é decisivo que o funcionário solicite ou aceite a vantagem em razão do seu cargo, por força da circunstância de ele ocupar determinada função pública.

Podemos afirmar não ser decisivo que o funcionário possua competência material ou territorial para o ato, sendo exigível uma conexão funcional entre ato/omissão e as funções.

Pode em causa não estar o fulcro da função em esferas de atuação pública, mas aspectos reflexos (“ou por causa delas”), pode o fim visado não estar diretamente relacionado com o cargo/ação primacial do concreto “funcionário” mas o acesso à vantagem (indevida) pretendida ser com esta(s) conexo(s) - porém não pode bastar uma ligação acidental ou indireta, o nexos de ligação exigível tem que ser passível de ser considerado como adequado por um *bonus paterfamilias*.

Estes aspectos reflexos têm que estar diretamente correlacionados com as funções, sob pena de se abrir um espaço de sobre-punição e de o bem jurídico materialmente protegido ser de tal forma lato que nos veríamos conduzidos a uma situação de punição pela punição, logo passível de declaração de inconstitucionalidade por violação do princípio da segurança jurídica.

O escambo de vantagens como contrapartida do exercício de funções em esferas de atuação pública, não tendo que ser temporalmente sucedâneo, também não pode estar

³⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 2ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, Outubro 2010, p. 980.

totalmente desligado, exige-se uma conexão razoável entre o momento de solicitação/oferta da indevida vantagem e o da prática do ato indevido do funcionário (ou a possibilidade pois, como indicámos, não é elemento típico a prática do ato), não basta uma ligação virtual ou uma presunção de ligação.

Parece-nos ser conveniente, embora tal tarefa deva ser casuística e desenvolvida pela jurisprudência, estabelecer patamares temporais mínimos: a retribuição de um ato passado/futuro deve ter limites, não se pode aceitar que todo e qualquer efeito reflexo do exercício de funções em esfera de atuação pública (“por causa delas”) seja passível de punição.

É mister que se não exija um pré-definido intervalo temporal entre os binómios (possibilidade de) ação/omissão e a solicitação/aceitação ou a dádiva/promessa: numa análise casuística, podendo ser afirmada a relação entre oferecimento/solicitação da vantagem indevida e prática indevida de ato, poderá (formalmente) estar o caso a coberto da previsão do artigo 372º CP, incluindo situações nas quais o ato foi praticado antes de solicitada a vantagem, desde que seja possível interligar ambas as margens (suborno/ato).

Relativamente à natureza jurídico-dogmática do crime, atendendo à conduta/ação típica e bem jurídico, Paulo Pinto de Albuquerque³¹ distingue: o crime de recebimento indevido de vantagem (artigo 372º nº 1 CP) é crime de mera atividade e de perigo abstrato; o crime de dádiva de promessa indevida (artigo 372º nº 2 CP) “é um crime de dano...e de resultado” e o crime de promessa indevida de vantagem (artigo 372º nº 2 CP) é um crime de perigo abstrato e de mera atividade.

Para Paulo Pinto de Albuquerque³² o dano existe apenas quando o ato/omissão desejados se verificam, decorrentes da indevida vantagem solicitada/aceite ou dada/prometida, não com o preenchimento do tipo. Refere que:

O crime consuma-se com a comunicação da mensagem (de solicitação ou aceitação) do funcionário ao seu interlocutor. Não é necessário para a consumação...que o funcionário receba quaisquer vantagens, nem sequer que ele pratique ou deixe de praticar qualquer ato. Não é sequer necessário que o funcionário tenha a intenção de efetivamente vir a cometer ou a omitir qualquer ato.

Almeida Costa³³ pugna que “a corrupção (passiva) constitui um crime de dano, já que não se limita a pôr em risco, antes importa uma efetiva violação da esfera da atividade do Estado, traduzida numa ofensa à sua “autonomia intencional”.

Para Cláudia Cruz Santos³⁴ o crime é de resultado dano, sendo que o bem objetividade decisional do Estado é violado com o recebimento ou aceitação de vantagem pelo funcionário,

³¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 2ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, Outubro 2010, p. 980.

³² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 2ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, Outubro 2010, p. 983.

³³ COSTA, Almeida, “Comentário Conimbricense do Código Penal”, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 661, 662.

³⁴ SANTOS, Cláudia Cruz, “A Corrupção (Da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador), Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 355.

mesmo que se não consiga apurar qual o concreto ato pretendido. Solicitada ou aceite a vantagem pelo funcionário, dada ou prometida a vantagem ao funcionário, conhecido que foi o ato subjacente, criado fica o clima de permeabilidade ou simpatia, logo consumado o crime (de dano).

O bem autonomia intencional/objetividade decisional do Estado é violado logo que chegue à esfera de conhecimento do funcionário que lhe foi dada uma vantagem ou chegue à esfera de conhecimento do particular que o funcionário a solicitou ou aceitou: apenas quando existe esta tomada de consciência surge o almejado clima de permeabilidade ou simpatia, a imparcialidade e objetividade no processo de tomada de decisão/ação fica conspurcado, mostrando-se justificado crer que o funcionário de ali em diante será “sensível” a futuros atos de igual natureza, leve ou não a cabo aqueles.

Estando em causa a promessa ao funcionário de vantagem, parece-nos que poderão colher algumas das críticas feitas à construção doutrinária de Almeida Costa.

O que o legislador penal pune é não a atividade do funcionário ou particular, antes o resultado que se produz quando a solicitação/aceitação ou dádiva (com a ressalva da promessa) chegam aos seus destinatários; sendo certo que poderá relevar como fator de agravamento da punição do agente, o fato de o funcionário posteriormente não praticar ou não omitir o ato que consubstancia a almejada vantagem já não releva para o preenchimento do tipo legal de crime.

4. Lusitana corruptividade?

Será que a *polis* tem a exata noção da realidade do fenômeno corruptivo, sua repressão legal ou, ao invés, os dados de entidades internacionais revelam a real situação lusa?

O EuroBarómetro 397 da Comissão Europeia (“*Special Eurobarometer 397 Corruption*”)³⁵, de Fevereiro de 2014, envolveu 28 mil entrevistados dos (então) 27 Estados-Membros da União Europeia. 76% dos cidadãos comunitários pensa que a corrupção está disseminada no seu Estado de origem; 90% dos portugueses entrevistados tem essa opinião, percentagem apenas superada por 8 Estados (99% dos gregos, 97% dos italianos e 95% dos espanhóis vê a corrupção como um fenômeno massificado nos seus países).

No que respeita às perceções gerais sobre a corrupção, um em cada quatro cidadãos comunitários pensa ser aceitável oferecer um presente ou fazer um favor e um em cada seis pensa ser aceitável oferecer dinheiro como contrapartida de algo da/na Administração Pública ou serviços públicos - apenas 16% dos portugueses pensa que estes comportamentos são aceitáveis, apresentando o 5º resultado mais “opponente” a tais práticas no conjunto dos 27.

Aproximadamente metade dos inquiridos pensa que a corrupção não é denunciada porque a sua prova é difícil e um em cada três acredita que os responsáveis não serão punidos nem protegidos os denunciantes; apenas 38% dos portugueses inquiridos pensa que nada se conseguirá provar [os 4ºs mais confiantes na eficácia judiciária e com um resultado significativamente melhor que a média dos 27 (38% vs. 47%)].

³⁵ Comissão Europeia, Disponível em: <http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_397_en.pdf> (acessado a 19/01/2016)

No “*Corruption Perceptions Index*”³⁶ de 2014, da *Transparency International*, Portugal ocupa o 31º lugar da lista, com um resultado que permanece praticamente inalterado nos últimos anos, o melhor dos PIGS, muito melhor que o da média global, igual ao conjunto da União Europeia e Oeste da Europa e pouco inferior ao conjunto de Estados do G20.

António João Maia³⁷ concluiu, em Portugal, que:

...o número de investigações que, entre 1995 e 2002, vieram a dar origem a acusações...(28,5%)...revela(dora)...uma muito boa taxa de sucesso no trabalho de investigação criminal realizado...entre 1995 e 2008 foram acusados e condenados pela prática do crime de corrupção...cerca de dois em cada três - 60,7%.

Não sendo possível afirmar que os portugueses percebem o seu país como um Estado saudável, protegido das distorções sociais e económicas gravíssimas introduzidas (ou exacerbadas) pela corrupção, percebemos que a situação não é tão gravosa como aquela que alguma comunicação social pretende passar para a opinião pública e alguns dirigentes políticos lusos, dados a discursos justicialistas, querem subliminarmente fazer crer.

Mas as representações sociais da corrupção encontrarão projeção judiciária³⁸?

Nos anos de 1998/1999 verificou-se um exponencial aumento do número de casos de corrupção registados pelas “autoridades policiais”, constatando-se uma acentuada diminuição dos mesmos nos últimos anos e uma tendência de estabilização em números (bem) inferiores à média (menos de metade) após as alterações ao Código Penal introduzidas pela L 32/2010.

Nos anos de 2005/2006 e no período 2008-2010 houve um significativo aumento do número de arguidos constituídos pelos crimes de corrupção, sendo que o ano de 2013 se integra na média das últimas duas décadas. Todavia, o número de condenações não acompanha o movimento referido, antes se mantém estável - existindo mesmo uma diminuição não muito significativa em 2011 e 2012.

Numa leitura meramente numérica, podemos afirmar que as alterações legislativas, *maxime* introduzidas pela L 32/2010, não podem ser justificadas a montante pela necessidade de dar resposta a um fenómeno criminoso em exponencial aumento (não se verifica um aumento significativo de crimes de corrupção registados por autoridades policiais ou o aumento de arguidos constituídos por crimes de corrupção), nem podem ser justificadas a jusante pelo aumento de eficácia punitiva alcançada - o período (curto/médio-prazo) prévio à elaboração da L 32/2010 não está marcado por números endémicos de processos-crime de corrupção e o número de condenações manteve-se próximo (muito ligeiramente acima), pelo que se não pode afirmar que vazios legais impediam o combate judiciário a tal fenómeno.

Impõe-se não se poder afirmar a República Portuguesa como um paraíso para os corruptores, um Estado permeável e relapso no combate à economia paralela.

Afirmar isto em nada contende com o reconhecimento da dificuldade probatória do pacto corruptivo, mesmo no recebimento/oferta indevida de vantagens, da falta de meios

³⁶ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, disponível em: «<http://www.transparency.org/cpi2014>» (acessado a 19/01/2016)

³⁷ MAIA, António João, “*O discurso social sobre o problema da corrupção em Portugal*”, 1ª edição, Porto, Edições Húmus, Abril 2011, pp. 14, 15.

³⁸ DADOS ESTATÍSTICOS, Ministério da Justiça português, Projeto Hermes, disponíveis em: «http://www.siej.dgpj.mj.pt/webeis/index.jsp?username=Publico&pgmWindowName=pgmWindow_635799089249375000» (acessado em 19/01/2016).

processuais e humanos/técnicos de combate à corrupção ao mais alto nível (nas mais altas esferas de poder) e da social e culturalmente tolerada “corrupção estrutural”³⁹.

Conclusão

O “recebimento indevido de vantagem”, as mais das vezes, traduz-se na negociata, na “cunha”, no pedido de facilitismo, no “desenrascanço” porque “não se prejudica ninguém”, obnubilando-se o prejuízo da comunidade no seu todo.

O legislador português positiva autonomamente desde 2010 (no artigo 372º CP) a corrupção sem demonstração do ato concreto pretendido, *ie*, as situações nas quais o funcionário público solicita ou aceita uma vantagem que lhe não é devida, por assumir tal função ou possuir tais poderes funcionais, ou alguém dá ou promete a um funcionário uma vantagem indevida, precisamente porque o é; mercadeja-se com as funções em esferas de atuação pública, criando-se uma brecha na inultrapassável objetividade e imparcialidade decisional do funcionário e transmitindo-se (de forma ilegítima) à *res publica* que a atuação do funcionário (passada, presente e/ou futura) pode ser e estar contaminada por este escambo.

O crime existe quando o clima de facilitação é criado, não sendo necessário a prática do desejado ato/omissão, tal elemento é apenas uma circunstância agravante do *iter criminis*.

Ao punir a corrupção sem exigência de prova do que existe como anverso do “suborno”, *i.e.*, sem exigir para a consumação do crime a prova do concreto e completo processo de troca, do sinalagma, bastando-se com a criação de um clima de permeabilidade ou simpatia, porque se estilhaça na *res publica* a objetividade, isenção e imparcialidade que devem nortear a tomada de decisões em esferas de atuação pública, o legislador português consagrou, no nosso quadrante geográfico e no conjunto de Estados que se encontram obrigados a respeitar os mais relevantes diplomas supranacionais em matéria de corrupção, o regime mais restritivo, leia-se, punitivo.

O “recebimento indevido de vantagens” funciona como “válvula de escape” do sistema processual penal, como rede de finas malhas - mas não tão finas que impeçam a passagem de qualquer comportamento pelo seu crivo, tendo que ser temperada com uma atividade decisória equilibrada, com critérios casuisticamente definidos de razoabilidade.

Referências Bibliográficas

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, “Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 2ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, Outubro 2010.

³⁹ SOUSA, Luís de, “Corrupção”, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Relógio D’Água Editores, Abril 2011, pp. 40, 41: “Existe uma corrupção estrutural ou cultural, de elevada frequência e de baixos recursos... é a “mais portuguesa”, quer pela sua extensão a todas as classes sociais, quer pela sua incidência em todos os níveis de governação... A “arte do desenrascanço” pressupõe não só um espírito de sobrevivência individual numa sociedade carente de confiança social e institucional como também de redes de apoio familiares, de amizade ou partidárias fulcrais para o capital social de um indivíduo... Este tipo de corrupção é menos suscetível de escandalizar a opinião pública. O nível de habituação a este tipo de práticas é indicativo da sua aceitação social, A cunha é uma norma da sociedade portuguesa”.

- BELEZA, Teresa, “*Ilicitamente Comparticipando - O Âmbito de Aplicação do artigo 28º do Código Penal*”, Coimbra, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988.
- COSTA, Almeida, “*Comentário Conimbricense do Código Penal*”, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- . “*Sobre o Crime da Corrupção*”, Coimbra, Separata do número Especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, 1987.
- COSTA, José de Faria, “*Formas do Crime*” in Jornadas de Direito Criminal, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1983.
- CUNHA, José Manuel Damião da, “*A Reforma Legislativa em Matéria da Corrupção, Uma análise crítica das Leis n.º 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*”, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, Abril, 2011.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Direito Penal - Parte Geral*”, Tomo I, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, Agosto 2007.
- MAIA, António João, “*O discurso social sobre o problema da corrupção em Portugal*”, 1ª edição, Porto, Edições Húmus, Abril 2011.
- MENDES, Paulo de Sousa, “*Os novos crimes de recebimento e de oferta indevidos de vantagem*”, in As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, Centro de Estudos Judiciários, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, Abril 2011.
- MORGADO, Maria José e VEGAR, José, “*O Inimigo sem Rosto, Fraude e corrupção em Portugal*”, Lisboa, D. Quixote, Outubro 2003.
- SANTOS, Cláudia Cruz, “*A Corrupção (Da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador), Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- . “*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, Coimbra Editora, 2009.
- . “*Notas breves sobre os crimes de corrupção de agentes públicos (Considerações em torno do presente e do futuro do seu regime jurídico)*”, in Revista Julgar, Lisboa, n.º 11, Maio/Agosto 2010, ISSN 2183-3419, disponível em: «<http://julgar.pt/notas-brevs-sobre-os-crimes-de-corrupcao-de-agentes-publicos/>».
- . “*Os crimes de corrupção de funcionários e a Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro (“É preciso mudar alguma coisa para que tudo continue na mesma”?)*”, in As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, Centro de Estudos Judiciários, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, Abril 2011.
- SIMÕES, Euclides Dâmaso, “*Contra a Corrupção - As Leis de 2010*, in As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, Centro de Estudos Judiciários, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, Abril 2011.
- SOUSA, Luis de, “*Corrupção*”, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos e Relógio D’Água Editores, Abril 2011.
- . “*Corruption: Assessing Ethical Standards in Political Life Through Control Policies*”, Florença, European University Institute, 2002.
- SOUSA, Luis de e TRIÃES, João, “*Corrupção e os Portugueses, Atitudes, práticas e valores*”, 1ª edição, Lisboa, RCP Editores, Outubro 2008.

