



## OS NOVOS CRIMES DE RECEBIMENTO INDEVIDO DE VANTAGEM NO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS\*

Paulo de Sousa Mendes\*\*

### Introdução

A Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro, que procede à 25.ª alteração ao Código Penal português, trouxe importantes novidades em matéria de luta contra a corrupção. O presente texto vai incidir sobretudo nos novos crimes de recebimento e de oferta ou promessa indevidos de vantagem.

### I As alterações ao Código Penal

A alteração ao Código Penal trouxe significativas novidades em tema de corrupção, a saber:

- Criação de um tipo de crime designado de recebimento indevido de vantagem (art. 372.º, n.º 1) e outro de oferta ou promessa de vantagem (art. 372.º, n.º 2);

\* O texto agora enviado baseia-se em conferências que proferi recentemente na Escola de Polícia Judiciária, em Loures (Portugal), no âmbito do Seminário de “Reflexões sobre o Crime de Corrupção” (9 de Dezembro de 2010), e na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, em Lisboa (Portugal), na Acção de Formação do Centro de Estudos Judiciários sobre “As recentes alterações ao Código Penal e ao Código de Processo Penal” (10 de Dezembro de 2010). Agradeço ao Senhor Doutor Luís Greco (Munique) as indicações de doutrina e jurisprudência alemãs. Agradeço ao Senhor Dr. André Hoelzer (Lisboa) o auxílio na tradução da jurisprudência alemã.

\*\* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Membro do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais (IDPCC)





- Inclusão da corrupção passiva para acto ilícito e para acto lícito no mesmo artigo (art. 373º, nºs 1 e 2), cominando, desta feita, penas de prisão e de multa mais graves do que as anteriormente estatuídas para a corrupção passiva para acto lícito (art. 373º, nº 2);
- Cominação de penalidades mais graves do que as anteriormente estatuídas para a corrupção activa, designadamente através do aumento do limite mínimo da pena de prisão correspondente à corrupção para acto ilícito (art. 374º, nº 1) e do aumento dos limites máximos das penas de prisão e de multa correspondentes à corrupção para acto lícito (art. 374º, nº 2);
- Estabelecimento de agravações em função do valor da vantagem, a exemplo da técnica legislativa já anteriormente usada nos crimes contra o património (art. 374º-A);
- Autonomização do preceito relativo à dispensa ou atenuação de pena (art. 374º-B), estabelecendo a dispensa de pena para o caso de o agente denunciar o crime no prazo máximo de 30 dias após a prática do acto, mas sempre antes da instauração de procedimento criminal (art. 374º-B, nº 1, alínea a);<sup>1</sup>
- Alargamento do prazo de prescrição do procedimento criminal de 10 para 15 anos, quando se tratar de crimes de corrupção e outros cometidos no exercício de funções públicas (art. 118º, nº 1, alínea a);
- Alargamento do conceito de funcionário, de modo a incluir os árbitros, jurados e peritos (art. 386º, nº 1, alínea c).

As alterações e aditamentos visaram basicamente o seguinte:

- Potenciar a perseguição penal da corrupção, em sentido amplo, através de novos tipos de crimes cujo preenchimento abdica da necessidade de relacionamento da peita ou suborno com um particular acto ou omissão do funcionário;
- Facilitar a perseguição penal da corrupção através da dispensa de pena em caso de auto-denúncia, criando assim condições para a punição efectiva de outros responsáveis;
- Aumentar a eficácia da ameaça penal através do agravamento das penalidades.

Os ganhos de prevenção geral de intimidação que se obtêm a partir do agravamento das penalidades são mínimos. É por isso que as alterações legislativas que incidem somente na medida das penas aplicáveis são negligenciáveis se não forem combinadas com outras que contrariem a eventual aplicação deficitária da lei penal. Interessa, pois, analisar sobremaneira as alterações e aditamentos que se traduziram na criação de instrumentos jurídicos tendentes a promover a detecção e a punição do maior número possível de casos de corrupção, em sentido amplo.

<sup>1</sup> Trata-se, na verdade, de um mecanismo já anteriormente previsto no art. 9º-A, nº 1, alínea b), da Lei nº 90/99, de 10 de Julho, que alterou a Lei nº 36/94, 29 de Setembro, que estabelece medidas de combate à corrupção e à criminalidade económica e financeira.





## II Os novos crimes de recebimento e de oferta ou promessa indevidos de vantagem

O novo crime de recebimento indevido de vantagem é inspirado, inclusive na própria designação, na *Vorteilsannahme* (§ 331 Abs. 1 StGB) da Lei de Combate à Corrupção alemã (*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption – KorrBekG*), de 13 de Agosto de 1997, que 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 activo, a oferta ou promessa de vantagem é inspirada na *Vorteilsgewährung* (§ 333 Abs. 1 StGB), que abrange as situações em que o particular oferece, promete ou concede a um funcionário, a alguém especialmente obrigado ao serviço público ou a um militar uma vantagem, para si ou para terceiro, para o exercício do serviço, sendo punido com prisão até 3 anos ou multa.

O que merece ser destacado nessas normas incriminadoras é o facto de não exigirem que a vantagem se destine à gratificação da prática de acções ou omissões concretas por parte do funcionário, bastando que haja uma conexão genérica com o exercício do cargo. Ora, a aplicação dessas normas incriminadoras pelos tribunais alemães não tem sido isenta de dificuldades. Nada melhor do que analisar então casos tratados pela jurisprudência alemã, a fim de antecipar as dificuldades que teremos seguramente pela frente no tocante à aplicação dos novos tipos de crime da lei portuguesa.

## III O caso dos vales para o Campeonato do Mundo de Futebol de 2006

Nesta matéria, a *leading case* é, seguramente, o caso dos vales para o Campeonato do Mundo de Futebol de 2006 (*WM-Ticketaffäre*), na Alemanha.<sup>2</sup> Na sequência, faremos a apresentação do caso com base no Acórdão do 1º Senado do Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*), de 14 de Outubro

<sup>2</sup> Cf. DIETER SCHMALZ, *Vorteilsgewährung*, § 333 StGB: *Abgrenzung zwischen erlaubtem Sponsoring und strafbarer Korruption* (online: [http://juratelegramm.de/faelle/strafrecht/BGH\\_1\\_StR\\_260\\_08.htm](http://juratelegramm.de/faelle/strafrecht/BGH_1_StR_260_08.htm), consultado em 08.12.2010) e ROLF E. KÖLLNER, *Korruptionsstrafbarkeit durch "Klimapflege"*: *Mögliche Strafbarkeit sozialadäquater Handlungen* (online: <http://www.strafverteidiger.de/Zirk-1StR260-08-EnBW.htm>, consultado em 08.12.2010).





de 2008,<sup>3</sup> que confirmou definitivamente a absolvição do arguido relativamente à prática de vários crimes de oferta de vantagem.

Em 28 de Novembro de 2007, o Tribunal Estadual de Karlsruhe (*Landgericht Karlsruhe*) já tinha absolvido o director-geral da sociedade comercial *Energie Baden-Württemberg AG* de sete acusações relativas ao crime de oferta de vantagem, tendo o Ministério Público então recorrido da decisão para o *BGH*.

## 1 Da matéria de facto dada como provada

Os factos dados como provados pelo *Landgericht Karlsruhe*, enquanto único juiz de facto (*Tatrichter*), foram os seguintes:

Em 2002, a *EnBW* tornara-se patrocinadora, junto da *Fédération Internationale de Football Association* (FIFA), do Alemanha 2006, detendo os respectivos direitos de publicidade. No Estado federado de Bade-Vurtemberg era, aliás, patrocinadora exclusiva. Como contrapartida, a *EnBW* recebera catorze mil vales de entrada para os jogos do Alemanha 2006, que poderia distribuir a convidados. Os convites poderiam ser dirigidos, em parte, a representantes de instituições oriundas da vida económica, social, científica, cultural e política. Em 20 de Dezembro de 2005, o arguido assinou cerca de setecentos postais de boas-festas, cujos destinatários foram retirados da sua base de dados *VIP*. Três colaboradoras do arguido aproveitaram a oportunidade para lhe sugerirem que juntasse aos postais, como prenda, vales para os jogos do Alemanha 2006. A ideia fazia parte, aliás, de um catálogo de prendas que as colaboradoras, juntamente com a directora de relações públicas da empresa, tinham preparado. Os vales ostentavam o logótipo da *EnBW*, na qualidade de patrocinadora oficial do Alemanha 2006, e podiam ser trocados por bilhetes para os camarotes dos estádios de Berlim e Estugarda. O envio dos bilhetes propriamente ditos não era permitido pela FIFA e os vales eram pessoais e intransmissíveis. O arguido concordou com a ideia das suas colaboradoras e com a lista de pessoas contempladas. Na sequência, o arguido subscreveu postais de boas-festas acompanhados de vales para trinta e seis pessoas, das quais sete foram relevantes para o presente processo-crime, a saber: o Primeiro-Ministro e cinco Ministros do Estado federado de Bade-Vurtemberg e o Secretário de Estado Federal do Ambiente, Conservação da Natureza e Segurança de

<sup>3</sup> Cf. *BGH Urteil vom 14.10.2008* (1 StR 260/08) (online: <http://www.kanzlei-roth.de/media/BGH1StR26008.pdf>, consultado em 08.12.2010).





Reactores Nucleares. Todos os Ministros do Estado federado receberam dois vales e o Secretário de Estado do Governo federal apenas um, perfazendo um total de treze vales. Os Ministros e os respectivos serviços tinham a seu cargo dossiês de elevada importância para a política comercial e o desenvolvimento económico da empresa. O mesmo se aplicava no tocante ao Ministério Federal do Ambiente. Estas “relações” (“*Beziehungen*”) eram do conhecimento do arguido. Os votos de boas-festas dirigidos a uma ministra do Estado federado de Bade-Vurtemberg diziam: “Muito agradecendo a V. colaboração sempre excelente!” No entanto, o arguido ainda não sabia, ao escrever essas palavras, que tais votos haveriam de ser acompanhados da oferta dos vales. O arguido agiu no âmbito do patrocínio concedido pela *EnBW* ao Alemanha 2006, mas com uma grande margem de discricionariedade, enquanto director-geral. Era do seu conhecimento que os sete beneficiários faziam parte de um círculo de altos representantes a considerar.

O envio dos vales chegou ao conhecimento da comunicação social, que deu ampla cobertura ao caso. Em função das notícias, o Ministério Público de Karlsruhe (*Staatsanwaltschaft Karlsruhe*) iniciou, em meados do mês de Fevereiro de 2006, um inquérito preliminar (*Ermittlungsverfahren*) contra o arguido. Entretanto, o Primeiro-Ministro recusou, por ofício de 2 de Março de 2006, os convites, em nome dos membros do Governo federado (*Landesregierung*). Na mesma data, o Secretário de Estado do Governo federal também declinou o convite. Não obstante a oferta dos vales estar contemplada no patrocínio oficial, o arguido congelou então o envio de mais vales.

Todos os membros do Governo federado beneficiavam de livre acesso, com direito a acompanhante, aos jogos do Alemanha 2006 a disputar em Estugarda. À sua disposição estavam tanto os lugares nos camarotes que o Estado federado partilhava com a Daimler-Chrysler, como também na zona de honra da FIFA. Acresce que o Conselho de Ministros (*Ministerrat*) aprovava, em 21 de Maio de 2005, uma resolução (*Beschluss*), que dispunha, entre outras coisas, o seguinte: “Convites honrosos para eventos em que a comparência de um membro do Governo integra as suas obrigações de representação não podem ser considerados como prendas [*Geschenke*] e não estão sujeitos à obrigatoriedade de aprovação [*Genehmigungspflicht*].”

O *Landgericht Karlsruhe* absolveu o arguido, com base em razões de facto e de direito.





## **Das razões de facto que motivaram a absolvição pelo *Landgericht Karlsruhe***

As razões de facto que motivaram a absolvição resumem-se a não ter sido produzida prova que demonstrasse a existência no caso do chamado “acordo ilícito” (*Unrechtsvereinbarung*), que a doutrina e a jurisprudência alemãs, em geral, exigem como elemento de conexão (intencionado) da vantagem com o exercício das funções e que é expresso através da exigência prevista no tipo do § 333 Abs. 1 StGB<sup>4</sup> de que a oferta, promessa ou concessão seja feita “para o exercício do serviço” (*für die Dienstausbübung*).<sup>5</sup>

## **2 Das razões de direito que motivaram a absolvição pelo *Landgericht Karlsruhe***

As razões de direito foram de duas ordens, a saber:

- Por um lado, os vales não foram considerados como vantagens, no sentido do § 333 Abs. 1 StGB;
- Por outro, a resolução do Conselho de Ministros foi equiparada à existência de autorização prévia da entidade competente, como tal susceptível de afastar a punibilidade do facto, nos termos do § 333 Abs. 3 StGB.

Conforme o disposto no § 333 Abs. 3 StGB, o facto não é punível se a autoridade competente autorizar a oferta da vantagem, quer previamente quer após comunicação imediata do beneficiário.<sup>6</sup> Na leitura do *Landgericht Karlsruhe*, a deliberação do Conselho de Ministros valia como autorização prévia, no sentido do § 333 Abs. 3 StGB, pelo que justificava o facto e, por isso mesmo, afastava a sua punibilidade.

## **3 Das razões de direito que motivaram a confirmação da decisão pelo *Bundesgerichtshof***

Na decisão do recurso, o 1º Senado do *BGH* rejeitou as razões do Ministério Público, desde logo notando que a cognição do tribunal de recurso

<sup>4</sup> Também no § 331 Abs. 1 StGB.

<sup>5</sup> Por todos, cf. URS KINDHÄUSER, *Strafgesetzbuch – Lehr- und Praxiskommentar*, Baden-Baden: Nomos, 2002, pp. 1217-1220 e 1222-123, especialmente 1218, nº marg. 1. Mais desenvolvidamente, cf. MANFRED MÖHRENSCHLAGER, “Der strafrechtliche Schutz gegen Korruption”, in AA.VV., *Handbuch der Korruptionsprävention – Für Wirtschaftsunternehmen und öffentliche Verwaltung* (org.: Dieter Dölling), München: Beck, 2007 (pp. 377-561), pp. 413-420.

<sup>6</sup> Igualmente no § 331 Abs. 3 StGB.





está limitada à matéria de direito, ao passo que o recorrente se limitara a desconstruir a apreciação da prova realizada pelo tribunal recorrido e não apontara qualquer erro na aplicação do direito.

O Acórdão do *BGH*, apesar de manter a decisão recorrida, é, mesmo assim, de suma importância para se compreender todo o alcance das tecnicidades jurídicas que o preenchimento deste tipo de crime suscita, tanto mais que o caso vertente é absolutamente claro nos seus contornos factuais e ainda assim terminou com a absolvição do arguido. Como se costuma dizer, o diabo está nos pormenores.

O 1º Senado do *BGH* criticou, em aspectos importantes, a decisão recorrida da Câmara Penal do *Landgericht Karlsruhe*. Por um lado, o *BGH* considerou o aresto juridicamente errado na parte em que concluía não ter havido vantagem, no sentido do § 333 Abs. 1 *StGB*. Por outro lado, o aresto também foi rejeitado na parte em que considerara a resolução do *Ministerrat* como autorização prévia, no sentido do § 333 Abs. 3 *StGB*. Só que essas duas críticas não bastaram para reverter a decisão de absolvição, na medida em que a Câmara Penal do *Landgericht Karlsruhe* considerara ainda como não provada a existência do acordo ilícito, o que, sendo matéria de facto, extravasava já dos poderes de cognição do tribunal de recurso.

Seja como for, o *BGH* desenvolveu as razões pelas quais discordava do *Landgericht Karlsruhe*.

#### 4.1 O conceito de vantagem

Os vales constituem uma vantagem, ao contrário do pretendido pelo *Landgericht Karlsruhe*.

É vantagem qualquer prestação que não é devida a um funcionário e que melhora a respectiva situação económica, jurídica ou simplesmente pessoal. Essa melhoria ocorre sobretudo através de ofertas materiais de qualquer espécie, o que inclui bilhetes de entrada para eventos pagos, já que possuem valor monetário. A alegação, no caso vertente, de que os funcionários tinham outra via de acesso aos jogos do Alemanha 2006 a disputar em Estugarda não era relevante para afastar a qualificação dos vales como vantagens, no entendimento do *BGH*. Além de que as vantagens que o arguido ofereceu não eram idênticas às que os membros do *Landesregierung* e o Secretário de Estado do *Bundesregierung* teriam direito, pois reportavam-se a camarotes diferentes, sendo que os camarotes da *EnBW* previam serviço de bebidas e canapés.





O *BGH* tão-pouco partilhou a opinião da Câmara Penal do *Landgericht Karlsruhe* de que os vales serviam apenas para assegurar a representação oficial do Estado federado ou da República. De facto, existe uma corrente que sustenta não haver aproveitamento de vantagem quando são utilizados para fins pessoais os meios postos à disposição para o exercício da função ou serviço (neste sentido, a decisão *OLG Zweibrücken NStZ* 1982, 204, a propósito do uso de combustível para fins particulares por parte de agentes policiais), mas o *BGH* não aceitou que prendas que visavam proporcionar o gozo do espectáculo de um jogo de futebol do Campeonato Mundial fossem equivalentes aos meios normalmente postos à disposição para o exercício da função ou serviço.

#### 4.2 O conceito de autorização

No tocante à aceitação, por parte da Câmara Penal do *Landgericht Karlsruhe*, da justificação do facto à luz da resolução do *Ministerrat*, o *BGH* considerou que teria sido possível sustentar uma visão mais estrita, no sentido de englobar nos convites honrosos (*Ehrenkarten*) somente os que fossem feitos directamente pelos organizadores dos eventos (neste caso, a FIFA) aos seus convidados de honra. O teor literal da dita resolução impunha, aliás, essa interpretação estrita, na medida em que dispunha que “[os convites honrosos] não estão sujeitos à obrigatoriedade de aprovação”, em vez de dispor, com maior latitude, que simplesmente “são autorizados”. De resto, não seria aceitável que o *Ministerrat* autorizasse genericamente convites honrosos independentemente dos deveres de representação concretos dos Ministros.

#### 4.3 O conceito de acordo ilícito

Não obstante não poder criticar a decisão da Câmara Penal do *Landgericht Karlsruhe* quanto à matéria de facto dada como provada, o *BGH* não deixou de tecer importantes considerações sobre a definição do conceito de acordo ilícito, ainda que meramente intencionado (*angestrebten*), o qual é necessário para o preenchimento de cada um dos tipos de ilícito (no caso vertente, só na forma activa).

Para o efeito, o *BGH* começou por notar que a Lei de Combate à Corrupção, de 1997, atenuara o grau de exigência relativo às características do acordo ilícito intencionado, no âmbito dos então criados crimes de recebimento e de







oferta/promessa indevidos de vantagem. Ora, o acordo ilícito intencionado é o elemento nuclear de todos os tipos de crime de corrupção, em sentido amplo. Nos clássicos tipos de crime de corrupção, o foco do acordo ilícito era o acto de ofício, ao passo que nos novos tipos de crime passou a ser o exercício do serviço.

Foi intenção do legislador ultrapassar as dificuldades de prova que derivavam do facto de, tratando-se de altos funcionários e com amplas competências, ser tanto mais difícil de estabelecer a correlação da peita ou suborno com um particular acto de ofício. Além disso, o legislador pretendeu abarcar as situações de procura de criação de boas-vontades na Administração, mas manteve, conscientemente, a exigência do acordo ilícito intencionado como condição do preenchimento dos §§ 331 e 333 *StGB*. De facto, o legislador recusou uma anterior proposta de Lei de Combate à Corrupção, de 18 de Dezembro de 1995, da Câmara Alta do Parlamento alemão (*Bundesrat*),<sup>7</sup> a qual prescindia do acordo ilícito e pretendia punir simplesmente o recebimento e a oferta ou promessa indevidos de vantagem “no contexto do seu cargo” (“*im Zusammenhang mit seinem Amt*”). Tal permitiria punir a simples promoção de um “clima geral” (“*allgemeine Klimapflege*”) favorável à tomada de decisões do funcionário ou punir aquilo que se designa na gíria por “lançar o isco” (“*Anfüttern*”). Mas o Governo federal e a Comissão para o Direito do Parlamento Alemão (*Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages*) criticaram a extensão preconizada para os novos tipos de crime por incluírem situações socialmente adequadas no âmbito dos factos puníveis, o que seria inaceitável.

Entre a vantagem e o exercício do serviço deve, pois, estabelecer-se 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. Tal exige que o objectivo da entrega ou promessa da vantagem seja o de influenciar o exercício do serviço no futuro ou gratificar o seu exercício no passado.

É suficiente que a vontade (*Wille*) do particular que oferece ou promete a vantagem se dirija à criação de uma boa-vontade relativamente a decisões futuras, a qual pode ser activada oportunamente.

Como possíveis indícios dessa vontade de influenciar ou gratificar o exercício do serviço, o julgador deve tomar em consideração, entre outros, a relação do particular com o serviço, a posição do funcionário, o procedimento

<sup>7</sup> Cf. *Bundratsentwurf eines Korruptions-bekämpfungsgesetzes vom 18. Dezember 1995* (BTDrucks. 13/3353).

Na verdade, a iniciativa partira, antes disso, do Estado federado de Berlim (*Land Berlin*), em 24 de Maio de 1995.





utilizado para concretizar a entrega da vantagem, a natureza, o valor e a frequência das vantagens. Por exemplo, a clandestinidade do procedimento de entrega da vantagem poderá constituir um forte indício dos objectivos do particular e do funcionário. Tudo terá, no entanto, de passar por uma avaliação axiológica (*Wertungbeurteilung*) da situação no seu conjunto, a qual acabará por ser determinante do sentido final da decisão do julgador. Tal significa que nenhum dos indícios, só por si, é determinante.

Tão-pouco são determinantes, de resto, os indícios de sinal contrário, tais como a circunstância de a oferta de vantagem poder ocorrer no contexto de uma actuação socialmente adequada, e absolutamente insuspeita, como aconteceu no caso vertente, em que a oferta dos vales se inscreveu no âmbito do patrocínio oficial da *EnBW* ao Alemanha 2006.

O *BGH* destacou, no entanto, as enormes dificuldades de interpretação e de prova suscitadas pelo elemento típico do acordo ilícito intencionado.

#### IV Lições para o Direito português

A demorada análise que fizemos do *WM-Ticketaffäre* demonstra que o preenchimento dos tipos de crime de recebimento/oferta/promessa indevidos de vantagem é exigente e muito difícil de comprovar na prática, o que não deixará de se verificar também no ordenamento jurídico português, na medida em que os novos crimes foram concebidos segundo o modelo da Lei de Combate à Corrupção alemã, de 1997. Custa acreditar que tais normas sejam a panaceia milagrosa desejada por aqueles que advogam uma maior eficácia no combate à corrupção. Essa panaceia milagrosa, de resto, não existe ou, pelo menos, não existe no quadro do Estado do Direito, o qual 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, ainda que a edição de normas incriminadoras com esses contornos difusos pudesse facilitar a perseguição penal do fenómeno da corrupção, em sentido amplo. Só que fazer isso seria o mesmo que abandonar a construção rigorosa dos tipos de ilícito e as exigências relativas ao conteúdo material da ilicitude penal. 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. Como vimos, 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.<sup>8</sup>

A análise do caso suscita também a nossa reflexão sobre se a solução da lei portuguesa de consagrar, no art. 372º, nº 3, do CP uma cláusula geral de exclusão da tipicidade por virtude do carácter socialmente adequado das condutas e da sua conformidade aos usos e costumes, que não existe no direito alemão, não terá comprometido o sentido geral da incriminação, na medida em que, sob a capa das dádivas insuspeitas, podem realizar-se, à vista de todos e sem mácula aparente, os acordos ilícitos para o exercício do serviço. Melhor teria sido a exigência de declaração ou registo das prendas oferecidas, por parte de particulares e de empresas,<sup>9</sup> e de autorização das prendas recebidas, por parte de funcionários.

Outra conclusão a retirar da análise do caso é que a perseguição penal do recebimento e da oferta/promessa indevidos de vantagem não deve, na prática, substituir a aplicação dos clássicos tipos de crimes de corrupção, como se fosse um atalho para se chegar à condenação dos culpados. Pelo contrário, é preciso decidir escrupulosamente se são de aplicar uns ou outros no caso concreto. A relação entre o recebimento/oferta/promessa indevidos de vantagem, por um lado, e as modalidades de corrupção, por outro, é – se os tipos forem bem interpretados – de alternatividade, no sentido de que o acordo ilícito intencionado por qualquer uma das partes ou bem que se destina à prática de um particular acto ou omissão do cargo, ou bem que é para o exercício do serviço, o que, em qualquer caso, terá de ser provado autonomamente.

<sup>8</sup> No período de debate (10 de Dezembro de 2010), o Senhor Procurador Mestre Carlos Adérito Teixeira discordou da minha afirmação de que a lei portuguesa exige como elemento dos tipos de crime em apreço um acordo ilícito intencionado, argumentando que o novo art. 372º do CP não menciona, em lugar algum, que o recebimento/oferta/promessa de vantagem sejam “para o exercício do serviço”. Sendo assim, o acordo ilícito intencionado, em sua opinião, não faria parte dos tipos de crime e a prova tornar-se-ia, por isso mesmo, mais fácil de fazer entre nós.

O comentário é pertinente. Na verdade, o legislador português parece estar mais próximo da solução contida na rejeitada proposta de Lei de Combate à Corrupção alemã, de 18 de Dezembro de 1995 (vd. nota 7), que exigia apenas que o recebimento/promessa/oferta de vantagem ocorresse no contexto do cargo do funcionário, do que da solução que vingou nos §§ 331 e 333 StGB, onde se exige que o recebimento/promessa/oferta de vantagem sejam para o exercício do serviço. Mantenho, no entanto, a minha afirmação, tal como o fiz no período de debate, de que o acordo ilícito intencionado é um elemento dos tipos de crime de recebimento/oferta/promessa de vantagem. Se tal não resulta por interpretação declarativa do novo art. 372º, nºs 1 e 2, do CP, impõe-se então operar a redução teleológica da norma, por forma a excluir as situações de simples promoção de um clima geral de boas-vontades na Administração.

<sup>9</sup> Como existe no *Bribery Act 2010*, do Reino Unido (online: <http://www.justice.gov.uk/publications/bribery-bill.htm>, consultado em 08.12.2010).





*Paulo de Sousa Mendes*

Afinal os tipos de crime de corrupção continuam a ter um vasto campo de aplicação, além de que, ainda que tal possa surpreender à primeira vista, são mais fáceis de provar, quanto mais não seja porque os elementos constitutivos das diferentes modalidades de corrupção são mais tangíveis e concretos do que os do recebimento e da oferta/promessa indevidos de vantagem.

