

RECEBIMENTO INDEVIDO DE VANTAGEM: O PACTO ILÍCITO E A ADEQUAÇÃO SOCIAL

Nuno Brandão*

SUMÁRIO: I. Introdução; 1. O quadro político-criminal; 2. O bem jurídico tutelado; 3. As questões controvertidas; II. O relevo da conexão funcional da oferta; 1. O problema; 2. Pacto ilícito: função e conteúdo; 3. A verificação do vínculo funcional e os casos de atipicidade; III. A adequação social; 1. O problema; 2. A adequação social em geral; 3. A relevância do valor da vantagem; Síntese conclusiva.

I. Introdução

1. O quadro político-criminal

a) Nas últimas duas décadas, a legislação penal nacional em matéria de corrupção tem sido marcada por uma tendência de alargamento dos comportamentos puníveis, indo muito para além da *fattispecie* secularmente associada à corrupção: a concessão ao agente público ou a solicitação ou a aceitação pelo agente público de suborno, como contrapartida da prática de um determinado ato funcional. As conhecidas dificuldades probatórias de demonstração do sinalagma entre a peita e o ato pactuado, pressuposto dos clássicos crimes de corrupção (própria e imprópria), contribuíram substancialmente para um movimento legislativo animado por um propósito de desvincular a concessão da vantagem a um agente público de *um certo e determinado ato de serviço* como condição para uma responsabilização penal a título de corrupção¹.

Tomando como exemplo e fonte de inspiração os crimes de recebimento de vantagem e de concessão de vantagem previstos, respetivamente, no § 331² e no § 333³ do CP alemão, o legislador português criou, em 2001, ao lado dos crimes de

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ Além do que se refere em texto, que releva em matéria de crime de recebimento indevido de vantagem, é de assinalar a eliminação, pela Lei n.º 108/2001, da letra dos tipos legais de crime de corrupção própria e imprópria (artigos 372.º-1 e 373.º-1 do CP, na redação então vigente) de menção à “contrapartida”: onde antes (na redação de 1995) se consignava “*como contrapartida de acto ou de omissão*” passou a prever-se “para um qualquer acto ou omissão”.

² Em tradução livre, na sua redação atual, o § 331, n.º 1, do StGB tem o seguinte teor: “Um funcionário (...) que, para o exercício da função, solicite, permita que lhe seja prometida ou aceite uma vantagem, para si ou para terceiro, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa”.

³ § 333, n.º 1, do StGB: “Quem conceda, prometa ou garanta uma vantagem a um funcionário (...), a este destinada ou a terceiro, para o exercício da função, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa”.

corrupção para ato ilícito e para ato lícito, que continuaram (e continuam) a pressupor a existência de um nexos entre a vantagem e um concreto ato de ofício, uma terceira modalidade típica de corrupção⁴. Espécime denominada “corrupção sem demonstração do ato concreto pretendido”⁵ e que atualmente, desde 2010, toma a designação de “crime de recebimento indevido de vantagem”, previsto autonomamente, nas suas vertentes ativa e passiva, nos artigos 372.º do CP⁶ e 16.º da Lei n.º 34/87, de 16 de julho⁷.

A tipificação criminal do recebimento e da concessão indevidos de vantagem a agentes públicos esteve associada a uma perceção de que a tutela penal oferecida pelos crimes de corrupção própria e imprópria ficava aquém do materialmente devido e necessário, em boa parte fruto de exagerados escrúpulos da jurisprudência nacional na interpretação dos respetivos tipos incriminadores e na valoração da prova⁸. Nem por isso, contudo, será de dispensar essa criminalização de um exame crítico sobre a sua dignidade e necessidade penais à luz do princípio jurídico-constitucional do direito penal do bem jurídico, à semelhança do que deverá suceder em relação a qualquer forma de intervenção penal⁹.

⁴ Cf. o n.º 2 do artigo 373.º do CP na redação introduzida pela Lei n.º 108/2001: “Na mesma pena incorre o funcionário que por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial de pessoa que perante ele tenha tido, tenha ou venha a ter qualquer pretensão dependente do exercício das suas funções públicas”.

⁵ SANTOS, Cláudia Cruz, “Os crimes de corrupção – notas críticas a partir de um regime jurídico-penal sempre em expansão”, *Julgar* 28 (2016), (p. 89-105), p. 90.

⁶ Artigo 372.º do CP, na redação introduzida pela Lei n.º 32/2010: “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”.

⁷ Artigo 16.º da Lei n.º 34/87, na redação introduzida pela Lei n.º 41/2010: “1 – O titular de cargo político ou de alto cargo público 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 de 1 a 5 anos. 2 – Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a titular de cargo político ou alto cargo público, ou a terceiro por indicação ou conhecimento deste, 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 5 anos ou com pena de multa até 600 dias. 3 – Excluem-se dos números anteriores as condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes”.

⁸ SANTOS, Cláudia Cruz, “A corrupção”, in: AA. VV. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora (orgs: Costa Andrade *et al.*), 2003, (p. 963-991), p. 981 e ss. e *passim*.

⁹ Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)”, *RLJ* 145 (2016), n.º 3998, (p. 250-266), p. 250 e ss., SILVA DIAS, Augusto, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*»: Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 650 e ss., e BRANDÃO, Nuno, “Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual

Em geral, tanto cá¹⁰ como na Alemanha¹¹, a legitimidade material destas incriminações é reconhecida e afirmada em função do interesse, considerado digno de tutela sob a perspectiva dos bens jurídicos protegidos pelos crimes de corrupção, em resguardar os agentes públicos do risco de erosão da sua capacidade de agir e decidir com autonomia e objetividade propiciado pela obtenção de proveitos materiais ou imateriais juridicamente injustificados. Receia-se, com efeito, que o recebimento de tais vantagens, ainda que desligado de qualquer *específico* ato de ofício passado ou futuro, torne o agente público mais permeável a retribuir, no futuro, no âmbito do exercício das suas funções, o favor recebido. Pretende-se, assim, prevenir um clima de facilitação e de favor no relacionamento entre o agente público e o particular (oferente da vantagem) suscetível de minar a confiança social no exercício isento e autónomo de funções públicas.

2. O bem jurídico tutelado

Pese embora as divergências de vulto sobre o conteúdo propriamente dito do *bem jurídico* que os diversos crimes de corrupção, incluindo os de recebimento e de concessão indevidos de vantagem, têm em vista, é absolutamente consensual que o interesse a proteger toma o Estado como marco de referência essencial¹². Sujeitos passivos dos crimes de corrupção serão, por definição, agentes públicos, sendo a sua ligação ao Estado a via através da qual um determinado comportamento, seu ou de terceiros, poderá assumir significado criminal no quadro da corrupção. Uma qualquer conduta que envolva um agente público só intereterá o domínio criminal da corrupção se e na medida em que apresente uma conexão funcional com a esfera de atuação desse agente. Este será um mínimo denominador comum a ter em conta em qualquer esforço de rigorosa dilucidação do conteúdo do interesse que as incriminações de corrupção visam tutelar e dos comportamentos que com ele possam (tipicamente) contender.

Como bem adverte Lothar Kuhlen, uma determinação exata da esfera de proteção dos crimes de corrupção afigura-se árdua. Cruzando-se aqui interesses dos cidadãos, da sociedade em geral e do Estado, será de adotar uma conceção que, sendo plausível, permita oferecer uma resposta satisfatória para os específicos problemas de interpretação

de protecção e a proibição do excesso”, in: AA. VV., *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, I (orgs.: Faria Costa *et al.*), Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, (p. 239-266), p. 260 e ss.

¹⁰ Assim, já ALMEIDA COSTA, A. M., in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, III, Coimbra: Coimbra Editora, Art. 372.º, § 14, p. 671 e s., e mais recentemente, por outros, PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código Penal*, 3.ª ed., Lisboa: Univ. Católica Editora, 2015, Nota prévia ao art. 372.º, nm. 29 e ss.

¹¹ Cf., *v. g.*, Schönke / Schröder / HEINE / EISELE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30.ª ed., München: C. H. Beck, 2019, § 331, nm. 30, e o Acórdão do Supremo Tribunal Federal alemão de 14-10-2008, *NJW*, 2008, p. 3580 e ss. (esp. nm. 24 e ss.), no chamado “caso Claasen”.

¹² O que vale para o Estado português valerá também, no essencial, para os interesses de Estados estrangeiros ou de organizações internacionais que porventura sejam igualmente protegidos pelas incriminações de corrupção da legislação penal portuguesa. Fora das nossas cogitações estão os designados crimes de corrupção no setor privado (artigos 8.º e 9.º da Lei n.º 20/2008).

que a matéria suscita¹³. Temos dificuldade em acompanhar uma posição entre nós muito difundida, avançada por A. M. de Almeida Costa, que vê na chamada *autonomia intencional do Estado*, identificada com a “legalidade administrativa”, o interesse protegido pelos crimes de corrupção¹⁴. Além de se ligar a uma visão dos bens jurídicos coletivos, como bens-meio ou bens-instrumentais¹⁵, em que não nos revemos¹⁶ e que nos parece superada¹⁷, julgamos que tal perspectiva não toma em devida conta dois referentes fundamentais que animam o legislador na tipificação dos crimes de corrupção: a capacidade funcional do aparelho estadual¹⁸ e a confiança da comunidade na lisura e objetividade da conduta dos agentes públicos.

Propendemos, assim, para a posição, largamente dominante na doutrina alemã, que concebe o interesse protegido pelos crimes de corrupção como um *bem jurídico complexo*, que agrega a *capacidade e eficiência funcionais da máquina estadual* e a *confiança comunitária na correção e objetividade no exercício de funções públicas*¹⁹. Sendo estes os interesses que justificam a criminalização das diversas formas de corrupção legalmente tipificadas, deverão elas, incluindo a corrupção para ato ilícito, ser reconduzidas ao universo dos crimes de perigo abstrato, mais especificamente aos *crimes cumulativos*²⁰. Via de regra, um ato de corrupção, *per se* considerado, será insuscetível de comprometer a confiança social na legitimidade do desempenho dos agentes públicos e/ou a eficiência da organização e funcionamento dos órgãos estaduais, justificando-se a criminalização pelo perigo real de que, todavia, tal suceda como consequência de uma repetição e acumulação de comportamentos dessa natureza no caso de o Estado não os ameaçar com uma sanção penal²¹.

¹³ KUHLEN, Lothar, in: Kindhäuser / Neumann / Paeffgen (orgs.), *Strafgesetzbuch Nomos Kommentar*, 5.ª ed., Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2017, § 331, nm. 11.

¹⁴ ALMEIDA COSTA, A. M., “Sobre o crime de corrupção”, in: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, I, BFDUC, 1984, (p. 55-193), p. 140 e ss.

¹⁵ ALMEIDA COSTA, A. M., *idem*, *ibidem*.

¹⁶ BRANDÃO, Nuno, “Bens jurídicos colectivos e intervenção penal cumulativa”, *RPCC* 15 (2015), (p. 11-94), p. 14 e ss.

¹⁷ BRANDÃO, Nuno, *idem*, p. 63, nota 185.

¹⁸ Sobre a necessidade de integrar a capacidade funcional da administração no conceito de autonomia intencional do Estado, BRANDÃO, Nuno, *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016, p. 790 e ss.

¹⁹ Schönke / Schröder / HEINE / EISELE, *StGB*³⁰, § 331, nm. 9; KUHLEN, *NK StGB*⁵, § 331, nm. 12 e s.; e KORTE, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (orgs: Joecks/Miebach), 3.ª ed., München: C. H. Beck, § 331, nm. 8.

²⁰ Contra esta figura, opondo-lhe uma crítica exaustiva, SILVA DIAS, Augusto, “«What if everybody did it?»: Sobre a «(in)capacidade de ressonância» do direito penal à figura da acumulação”, *RPCC* 13 (2003), p. 303-345.

²¹ LOOS, Fritz, “Zum «Rechtsgut» der Bestechungsdelikte”, in: *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974* (orgs: Stratenwerth *et al.*), Berlin: Walter de Gruyter, 1974, (p. 879-895) p. 890 e ss.; HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 2002, pp. 173 ss. e 372 e ss., KUHLEN, *NK StGB*⁵, § 331, nm. 12 (nota 43), e BRANDÃO, Nuno, “Bens jurídicos colectivos...”, *cit.* (nota 16), p. 27 e ss.

3. As questões controvertidas

O quadro que acaba de se traçar deverá constituir o horizonte de compreensão normativa do conteúdo dos tipos incriminadores de recebimento e de concessão indevidos de vantagem (artigo 372.º, n.ºs 1 e 2, do CP; e artigo 16.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 34/87). Pois, como é evidente, a interpretação destes tipos legais terá de ter em conta a sua inserção sistemática, as preocupações político-criminais inerentes à sua tipificação penal e, acima de tudo, o bem jurídico cuja proteção o legislador teve em vista.

Será, assim, a estas luzes que procuraremos dar resposta às questões que nos propomos abordar e tratar no presente estudo, relativas à tipicidade dos crimes de recebimento e de concessão indevidos de vantagem, atento o relevo que vêm assumindo na doutrina²² e na jurisprudência nacionais:

Uma primeira ordem de questões diz respeito ao significado normativo do segmento típico “no exercício das suas funções ou por causa delas”, inscrito nos artigos 372.º do CP e 16.º da Lei n.º 34/87. Questiona-se, concretamente, se o tipo objetivo, interpretado à luz do respetivo bem jurídico e numa lógica de ofensividade, pressupõe ou não algum nexo de idoneidade lesiva entre a oferta da vantagem e o âmbito funcional do agente público a quem a oferta é destinada. Assim, põe-se, por exemplo, o problema de saber se o oferecimento de vantagem por quem não tenha, nem em tese possa a vir a ter, no domínio da sua atividade, quaisquer assuntos pendentes com o agente público beneficiário da oferta poderá preencher o tipo objetivo dos crimes em causa.

Uma segunda ordem de questões prende-se com o sentido e a extensão da cláusula de adequação social consagrada no n.º 3 do artigo 372.º do CP e no n.º 2 do artigo 16.º da Lei n.º 34/87. Designadamente, importa saber se o funcionamento desta cláusula estará subordinado ao conceito de valor diminuto previsto no artigo 202.º do CP e qual a relação da adequação social com os “usos e costumes”, também referidos nos mesmos preceitos.

II. O relevo da conexão funcional da oferta

1. O problema

O primeiro nóculo problemático que pretendemos analisar refere-se à possibilidade de, *pela positiva*, se reconhecer relevo típico a *toda e qualquer oferta* de uma vantagem não devida solicitada ou aceite por um agente público ou a ele concedida ou prometida *no exercício das suas funções ou por causa delas*. Oferta que, note-se, não terá de ser a ele destinada, podendo ter um terceiro como beneficiário.

Se a resposta dada a esta questão for afirmativa, o afastamento da tipicidade poderá, quando muito, radicar num elemento de entono eminentemente negativo como

²² Estas mesmas questões são enunciadas por SOUSA MENDES, Paulo de, *Patrocínios, escândalos e factos puníveis*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 13 e s.

é o da *adequação social*, expressamente previsto no n.º 3 do artigo 372.º do CP e no n.º 3 do artigo 16.º da Lei n.º 34/87. Uma válvula de escape que, sem embargo, não poderá deixar de atender ao sentido e limites dogmáticos de carácter geral próprios da cláusula da adequação social. Ora, como veremos, uma interpretação ao pé da letra dos tipos incriminadores inculcar-lhes-á um conteúdo típico de tal forma lato que não deixará de reclamar uma sua limitação pela ideia de adequação social. Pode, porém, suceder que no momento em que a adequação social é chamada à discussão, acabe por se admitir somente uma sua mobilização de acordo com o jeito apertado e residual com que, não raro, é concebida pela doutrina geral do crime²³. E se assim for, a mancha da punição por crime de recebimento indevido de vantagem será tão extensa que obrigará a questionar se será conciliável com a função de proteção subsidiária de bens jurídicos que ao direito penal é cometida e com o direito fundamental a uma esfera de vida privada que aos agentes públicos deverá ser garantido.

2. Pacto ilícito: função e conteúdo

O dilema com que o intérprete assim se confronta mostra-se claramente arreado na experiência penal alemã, aquela que, como se viu, foi tida em conta pelo legislador nacional aquando da criminalização destas condutas. De facto, a exegese dos tipos legais germânicos de recebimento e de concessão de vantagem indevida é penetrada pela ideia fundamental de que o *cerne material* destas incriminações reside no *pacto ilícito* (*Unrechtsvereinbarung*) que entre os sujeitos ativo e passivo é firmado no contexto da oferta ou, quando não haja convergência de vontades, que está no espírito daquele que a solicita ou propõe²⁴.

A possibilidade de as incriminações portuguesas de que curamos contarem com o referido elemento típico do pacto ilícito é esconjurada por parte da doutrina nacional²⁵, que para tanto invoca os trabalhos parlamentares que precederam a Lei n.º 32/2010²⁶, o espírito de endurecimento do chamado combate à corrupção que presidiu a esse

²³ Paradigmática desta abordagem metodológica de simultânea compreensão ampla do trecho “no exercício das suas funções ou por causa delas” e restrita da cláusula de adequação social, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CP*³, Art. 372.º, nm. 2 e ss.

²⁴ SCHÜNEMANN, Bernd, “Die Unrechtsvereinbarung als Kern der Bestechungsdelikte nach dem KorrbekG”, in: *Festschrift für Harro Otto* (org: Dannecker), Köln: Carl Heymanns, 2007, (p. 777-798), p. 777 e ss., e KUHLEN, *NK StGB*³, § 331, nm. 19.

²⁵ SIMÕES, Euclides Dâmaso, “Contra a corrupção – as leis de 2010”, in: *As alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal* (coord: Rui do Carmo / Helena Leitão), Coimbra: Coimbra Editora, 2011, (p. 43-63), p. 48 e ss., e PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CP*³, Art. 372.º, nm. 2 e ss.

²⁶ Por exemplo, a intervenção parlamentar do deputado Filipe Neto Brandão, in: *Diário da Assembleia da República*, I Série, XI Legislatura, 1.ª Sessão Legislativa, n.º 48, de 23-04-2010, p. 14: “Para o preenchimento deste tipo legal de crime, não será mais necessário demonstrar que o recebimento de uma vantagem ilegítima se enquadrava numa determinada atuação funcional; ela bastar-se-á com o mero exercício de funções. Dito de outro modo, e de forma mais perceptível, incorrerá neste crime, punido com prisão até 5 anos, o funcionário que solicite ou aceite algo que não lhe seria dado não fora a sua condição de funcionário. E isto também sem que se exija que o solicitado ou ofertante tenha tido ou venha a ter qualquer pretensão perante esse funcionário”.

diploma e as diferenças de teor literal que distinguem os tipos legais do CP português (artigo 372.º, n.ºs 1 e 2) e os do CP alemão (§ 331 e § 333), estes últimos poupados a uma alteração legislativa para eles proposta²⁷ e que aproximaria a sua redação daquela que agora, desde 2010, encontramos nos tipos legais portugueses. Nesta linha, Paulo Pinto de Albuquerque sustenta que “o tipo penal da lei nacional inclui quaisquer vantagens – mesmo que concedidas no âmbito da esfera privada do funcionário – desde que 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”²⁸ e Euclides Dâmaso Simões afirma que “a Lei portuguesa (art. 372.º), não aludindo a qualquer tipo de atuação por parte do funcionário²⁹, baseia-se no simples facto de a vantagem lhe chegar em razão de estar investido no exercício de funções públicas”³⁰.

Temos para nós que, por um lado, estas posições partem de uma visão equivocada sobre o conceito de “acordo ilícito” que a doutrina e a jurisprudência alemãs estabelecem como elemento implícito do tipo-de-ilícito das incriminações de recebimento e de concessão de vantagem e além disso, por outro lado, não se dão conta da desmesurada extensão típica a que abrem caminho com formulações tão abertas como aquelas que referimos.

a) Na verdade, será de toda a conveniência começar por “desmistificar” o pretenso efeito de impunidade que adviria da adoção do referido elemento “pacto ilícito”.

O que através dele se procura obter é uma delimitação do espaço típico do recebimento de vantagem que se coadune com o intuito de tutela do bem jurídico a que a incriminação está afeta, de forma a identificar e selecionar, de entre as numerosas e diversificadas situações da vida que se ligam ao recebimento de bens ou serviços por funcionários, aquelas que efetivamente apresentam um potencial ofensivo para os interesses públicos em jogo³¹. Na realidade, a partir do momento em que se desliga a atribuição de uma vantagem de um qualquer concreto ato de serviço, como sucede neste domínio, cresce de forma significativa o espectro de casos que, numa primeira e superficial aproximação, poderão ser formalmente cobertos pelo tipo sem qualquer justificação material fundada na necessidade de proteção do bem jurídico.

Importa ainda ter presente que para o estabelecimento da correlação entre a vantagem e o exercício da função, a chamada *Äquivalenzverhältnis*, está longe de ser necessária a verificação de um acordo expresso entre os intervenientes, sendo perfeitamente possível a sua verificação mediante atos concludentes, avaliada na base

²⁷ Proposta de lei de combate à corrupção (*Korruptionsbekämpfungsgesetz*) de 18-12-1995, in: *Bundestagsdrucksache*, 13/3353 (<http://diptb.bundestag.de/doc/btd/13/033/1303353.pdf>).

²⁸ PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CP*³, Art. 372.º, nm. 2.

²⁹ O A. refere-se aos § 331 e § 333, na suposição de que neles estaria inscrita a exigência de que a vantagem fosse aceite “como contraprestação por o funcionário ter tido uma atuação profissional ou vir a tê-la no futuro” ou fosse atribuída “para realizar no futuro uma atuação profissional”. Não é esse, porém, como vimos supra (notas 14 e 15), o teor desses preceitos.

³⁰ SIMÕES, Euclides Dâmaso, “Contra a corrupção”, cit. (nota 25), p. 49 e s.

³¹ Referindo-se, precisamente, a uma delimitação (*Abgrenzung*) da relação de equivalência entre a vantagem e o ato de serviço para recortar o âmbito típico da incriminação, KORTE, *MiKoStGB*³, § 331, nm. 123 e ss.

de uma ponderação global das circunstâncias, tendo em conta um conjunto de indícios e contraíndícios decantados pela jurisprudência e pela doutrina a partir de alguns casos tipo³².

b) A esta perspetiva contrapõe-se uma abordagem às incriminações radicada imediata e essencialmente numa consideração da qualidade do beneficiário da vantagem como agente público. Qualidade que será tomada como elemento decisivo e praticamente definitivo para fundar a ilicitude típica, fazendo-se descaso do circunstancialismo que justifica a concessão da vantagem e da sua idoneidade para, de facto, desvirtuar a objetividade com que a função pública deve ser exercida. Tudo o que desemboca num cenário normativo a todos os títulos injustificável e incompreensível. Alguns poucos exemplos mostram-no de forma cabal.

O funcionário, no começo de carreira e ainda em parte economicamente dependente dos seus pais, sendo colocado numa repartição pública que dista umas largas dezenas de quilómetros da casa onde com eles vive, pede-lhes, por causa das funções que aí passará a exercer, que lhe ofereçam um automóvel. Os pais, que até aí se vinham mostrando relutantes em dar-lhe a viatura que aquele há muito lhes pedia, acabam por ceder ao seu desejo, o que não teria sucedido se o filho não tivesse sido colocado no referido posto. Caso em que, portanto, a oferta foi essencialmente concedida por causa da função pública desempenhada pelo filho. [Exemplo 1]

O diretor de um hospital oncológico público aceita um legado de cem mil euros deixado em testamento por um doente entretanto falecido, especialmente reconhecido pelo tratamento que dessa instituição recebeu na fase terminal da sua vida. Ao aceitar essa verba, o diretor fá-lo no exercício das suas funções, permitindo que um terceiro, o hospital, adquira uma vantagem pecuniária que lhe não era devida. [Exemplo 2]

Um sindicato de certa de classe de funcionários celebra um protocolo com uma empresa para que os seus associados possam adquirir bens ou serviços a preços mais vantajosos do que os consumidores em geral, levando essa companhia a conceder vantagens a esses agentes públicos (também) por causa das funções públicas que eles exercem. É por via do cargo que o funcionário pode ser associado do sindicato e é assim também por essa via que, mediatamente, acede ao desconto que lhe é concedido. Vantagem não devida atribuída, portanto, por causa das funções e recebida também por causa delas. [Exemplo 3]

Uma associação sindical de magistrados solicita a uma empresa que patrocine um evento que contará com a presença de centenas de juizes e seus familiares, para assim diminuir os custos de estadia a suportar pelos magistrados. A

empresa responde positivamente a esse pedido, por entender que será prestigiante para a sua imagem associar-se a um evento de e para magistrados, entregando dez mil euros à organização, também ela composta por magistrados, sendo certo que o não faria não fossem as funções públicas exercidas pelos organizadores e pelos mediatos beneficiários do patrocínio. [Exemplo 4]

Os exemplos poderiam continuar, mas estamos em crer que estes vários casos são suficientes para ilustrar a insustentabilidade das posições maximalistas como as que enunciamos supra³³. De acordo com a visão que adotam, uma vez que as vantagens são solicitadas e/ou proporcionadas tendo em vista, imediata ou mediamente, a qualidade de funcionário dos beneficiários ou em virtude das funções por eles exercidas, não vemos como poderia negar-se, *sob esse prisma*, a tipicidade das condutas descritas no âmbito dos crimes de recebimento e de concessão indevidos de vantagem. Sempre se poderia atalhar esta consequência mediante aplicação da cláusula de adequação social não fora, porém, o caso de, nessa mesma perspectiva, se entender que “a solicitação de uma vantagem nunca está a coberto de uma cláusula de adequação social” e que “a aceitação de uma vantagem pode ser socialmente adequada, desde que a vantagem seja diminuta”³⁴.

c) Pelo que vem de se ver, percebe-se que uma leitura destes tipos incriminadores desligada de uma efetiva idoneidade da oferta para influenciar o exercício das funções cometidas ao beneficiário e que dê ênfase à vertente do recebimento *por causa das funções* dá azo a que entrem no seu âmbito normativo situações que, em rigor, nada têm a ver com a sua atuação funcional e relevam *exclusivamente* no plano da *vida pessoal* do funcionário (exemplo 1). Abrem ainda caminho a uma responsabilização de quem aceita a vantagem não para si, mas para um terceiro, em casos em que é, pura e simplesmente, impossível que o oferente venha no futuro a tirar vantagem da contribuição que no passado decidiu fazer (exemplo 2); de quem se envolve em negócios perfeitamente legítimos, com intuítos puramente comerciais ligados à sua atividade económica e alheios à materialização da função exercida pelos funcionários que acabam por retirar vantagens da sua participação em tais negócios (exemplo 3); e de funcionários que solicitam vantagens para si e para outros funcionários num contexto dissociado do concreto desempenho da sua atividade, bem assim como daqueles que as concedem, não para dela tirar partido, mas por razões reputacionais (exemplo 4).

Que o direito penal possa intervir em situações desta natureza, castigando as pessoas nelas envolvidas com as penas previstas nos n.ºs 1 e 2 dos artigos 372.º do CP, é algo que escapa à nossa capacidade de compreensão. Tratando-se de uma intervenção não reclamada pela proteção do bem jurídico, político-criminalmente indefensável e

³³ PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CP*³, Art. 372.º, nm. 2., e SIMÕES, Euclides Dâmaso, “Contra a corrupção”, cit. (nota 25), p. 49 e s.

³⁴ PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CP*³, Art. 372.º, nm. 4. Na mesma linha, SIMÕES, Euclides Dâmaso, “Contra a corrupção”, cit. (nota 25), p. 50, restringindo a adequação social a ofertas com mero significado simbólico.

propiciadora de clamorosas injustiças, só poderá ela ser travada se se adotar uma interpretação do tipo-de-ílicito que tome em consideração o relevo da oferta da vantagem *sobre a atuação funcional* do agente público que a solicita ou aceita ou a quem ela é oferecida ou prometida³⁵. Só, assim, além disso, poderá lograr-se uma interpretação do tipo conforme com o escopo de proteção do bem jurídico e pôr um freio a intromissões penais abusivas (e como tal, inconstitucionais) no reduto fundamental da vida privada dos agentes públicos.

É isto que, em retas contas, está fundamentalmente no espírito da doutrina e jurisprudência alemãs quando exigem, para o preenchimento dos tipos inscritos nos §§ 331 e 333, a determinação de uma *correlação entre a vantagem e o exercício da função*, o referido *pacto ilícito*. Uma exigência que não pode deixar também de reclamar-se para os tipos legais de crime de recebimento e de concessão de vantagem indevidos previstos na lei penal portuguesa³⁶. Por esta via será possível adequar o funcionamento do tipo aos casos em que há uma efetiva carência de tutela do bem jurídico, sem que para isso seja necessário forçar o acionamento da cláusula de adequação social para além dos limites que a caracterizam, com subversão da sua natureza de meio excecional (e não “meio-regra”) de afastamento da tipicidade.

d) Esta compreensão do problema no sentido de que o preenchimento do tipo objetivo de ilícito destes delitos de recebimento e de concessão indevidos de vantagem se há de ligar à atuação funcional do agente público dela destinatário vai ao encontro da intencionalidade político-criminal que esteve na base da criminalização destes comportamentos. Os espaços de impunidade indevida que se temia poderem abrir-se num contexto de perseguição da corrupção, *hoc sensu*, que se limitasse a abranger as

³⁵ Nesta direção, DAMIÃO DA CUNHA, José Manuel, *A reforma legislativa em matéria de corrupção*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 87 e ss.; SANTOS, Cláudia Cruz, “Os crimes de corrupção de funcionários e a Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro”, in: *As alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal* (coord: Rui do Carmo / Helena Leitão), Coimbra: Coimbra Editora, 2011, (p. 9-28), p. 18; FARIA, Maria Paula Ribeiro de, “A adequação social da conduta no direito penal (ou a relevância do simbolismo social do crime)”, in: *Direito Penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld* (org.: Costa Andrade et al.), Coimbra: Coimbra Editora, 2013, (p. 273-341), p. 309 e s. SOUSA MENDES, *Patrocínios, escândalos e factos puníveis*, cit. (nota 22), p. 41 e ss. E na jurisprudência, durante a vigência do pretérito n.º 2 do artigo 373.º do CP, o Ac. do STJ de 18-04-2013: “sempre se preencherá a modalidade do n.º 2 do art. 372.º do CP quando a vantagem só lograr compreensão no plano da funcionalidade. Aqui, do que se trata é de uma vantagem solicitada ou aceite sem conexão com a prática de uma concreta acção ou omissão pelo funcionário” (in: *Coletânea de Jurisprudência. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, n.º 248, Tomo II/2013, p. 169 e s.); e agora, o Ac. do TRE de 16-02-2016 (Proc. 2/11.1GALSB.E1, www.dgsi.pt): “O fim visado com a vantagem indevida tem de estar ligado com o âmbito das funções do funcionário ou pelo menos directamente relacionado com tais funções”.

³⁶ Nesta conclusão, já SOUSA MENDES, Paulo de, “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* (coord: Rui do Carmo / Helena Leitão), Coimbra: Coimbra Editora, 2011, (p. 29-41), p. 39 e ss., e agora, de novo, *Patrocínios, escândalos e factos puníveis*, cit. (nota 22), p. 41 e ss. E também, segundo nos parece, SANTOS, Cláudia Cruz, “Os crimes de corrupção de funcionários...”, (nota 35), p. 19, na parte em que reconduz ao segmento “por causa delas” “aqueles casos em que o pedido ou a aceitação da vantagem só ganham sentido no contexto de uma retribuição de atos futuros ou passados, ainda que indeterminados”; bem como DAMIÃO DA CUNHA, cit. (nota 35), p. 87 e ss.

clássicas formas de corrupção própria e imprópria derivariam da frequente dificuldade de apuramento e demonstração do *concreto ato funcional* ligado ao suborno. Procurou-se, por isso, alargar o âmbito da corrupção punível de forma a que passasse a abranger também casos em que a peita não estivesse vinculada a qualquer específico ato, passado ou futuro, do agente público.

Daqui a considerar, porém, que esta modalidade típica possa desprender-se por completo do exercício da função, *rectius*, da atuação funcional do agente público, implica dar um passo que não é consentido por uma exegese do tipo teleologicamente orientada para a proteção do bem jurídico. Será assim, nomeadamente, quando se entenda que, estando a vantagem (não devida) relacionada simplesmente com a titularidade do cargo do beneficiário (*sc.*, por causa do exercício das funções), logo por isso haverá razão para submeter a situação à alçada do tipo. Isto em função da ideia de que uma tal oferta só se poderá compreender à luz de um interesse em influenciar o exercício do cargo. Já vimos que se trata de uma suposição que não resiste ao teste da realidade, uma vez que muitas situações existem em que a vantagem está associada à titularidade de uma certa posição pública, sendo, no entanto, claro o alheamento da atividade que nela é exercida.

Acresce que esta é uma forma de pôr o problema que representa uma inversão do relacionamento entre os dados da equação: de uma primeira ideia de que certas ofertas há que, pelas suas características e/ou pelo contexto que as envolve, só são explicáveis à luz de um intuito de condicionamento de uma ação futura, de modo a admitir-se a legitimidade da intervenção penal, atenta a relação do facto com uma atuação funcional do agente³⁷; acaba por passar-se à conclusão de que sendo a oferta feita em razão do cargo, já nada mais será necessário demonstrar, designadamente, os seus possíveis reflexos sobre o exercício da função. Se o que ali estava em causa era, nem mais nem menos, do que uma questão de demonstração probatória de uma componente do tipo; com esta última asserção o que, na prática, se pretende é afastar esse esforço probatório, ainda que à custa do risco de assim se abrir o tipo-de-ilícito à entrada de condutas de recebimento ou concessão de vantagem de todo em todo desconectadas da atividade funcional. Que isto se afigura incompatível com a lógica de proteção de bens jurídicos que deve comandar a aplicação destas (como, aliás, de todas) normas incriminadoras, é para nós claro. E por isso uma interpretação das normas incriminadoras constantes dos artigos 372.º, n.ºs 1 e 2, e 16.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 34/87, que prescindam de verificação da idoneidade do recebimento ou da obtenção da vantagem não devida para condicionar a atuação funcional do agente público dela destinatário nos parecerá mesmo inconstitucional, por violação do princípio jurídico-constitucional do direito penal do bem jurídico, imanente ao disposto no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição.

Assim, e em suma, será de considerar que, para efeitos de solicitação/aceitação ou de concessão/promessa de uma vantagem não devida, o agente público atua “no exercício das suas funções ou por causa delas” *quando a atribuição da vantagem se liga à atuação funcional desse agente*.

³⁷ ALMEIDA COSTA, A. M., *Comentário Conimbricense do Código Penal*, III, Art. 372.º, § 14, p. 671 e s.

3. A verificação do vínculo funcional e os casos de atipicidade

Aqui chegados, do percurso trilhado resulta claro que o pressuposto típico “no exercício das suas funções ou por causa delas” deverá ser negado no caso de a vantagem ser alheia ao exercício das funções e ainda também no caso em que, embora determinada por causa das funções públicas, é desprovida de conexão com a atuação funcional do beneficiário. Nesta segunda vertente adotamos uma interpretação restritiva deste segmento do tipo-de-ilícito. Limitação que nos parece imposta pela imperativa necessidade de restringir a sua aplicação aos casos em que o seu funcionamento é reclamado pela necessidade de tutela do bem jurídico a que a incriminação se encontra vinculada. Uma vantagem não relacionada com a atuação funcional do agente público não é idónea a contribuir para a perturbação da capacidade funcional do aparelho estadual ou para a erosão da confiança comunitária na correção e objetividade no exercício de funções públicas. E como tal, não se justifica a sua punição penal nesta sede.

a) Se o que se visa cobrir com a incriminação de recebimento indevido de vantagem são atribuições de vantagens que se não liguem a determinado ato de serviço do agente público – dado que as que se ligam estão sob a esfera de influência dos crimes de corrupção própria e imprópria (artigos 373.º e 374.º do CP e 17.º e 18.º da Lei n.º 34/87) –, mas que estejam vinculadas à sua atuação funcional em geral, cumprirá então apurar se o seu recebimento e/ou concessão se encontram imbuídos deste *sentido funcional*. Para este efeito, serão de ter em conta atos ou decisões que potencialmente integrem a *esfera de competência abstrata*³⁸ do agente público. Tudo o que, naturalmente, deverá ser avaliado no momento em que os sujeitos ativo e/ou passivo da oferta da vantagem atuam e à luz do regime normativo que conforme o cargo em apreço e as funções que lhe são inerentes.

Deste modo, não existindo *no momento da solicitação/aceitação e/ou da concessão/promessa* da vantagem não devida qualquer efeito possível sobre o exercício do cargo adveniente dessa sua atribuição, é claro que nenhum relevo funcional lhe poderá ser reconhecido, tratando-se, como tal, de *atos atípicos*³⁹. Conclusão que será de manter mesmo que se constate que, do ponto de vista do sujeito ativo, a titularidade de uma certa função ou cargo pelo sujeito passivo constituiu razão para a oferta, podendo por isso dizer-se que a vantagem foi prometida ou dada por causa das funções. Nesta linha, a atipicidade será de afirmar na situação em que o oferente não tenha, nem se perspetiva que venha a ter, no domínio da sua atividade, quaisquer assuntos pendentes com o agente público destinatário da oferta. Se nesse momento – e é esse e só esse o momento que releva – não é divisável qualquer conexão funcional entre

³⁸ Sobre este conceito, identificando-o com o domínio de atribuições do funcionário, considerado de uma maneira geral, sem atenção aos elementos de fundo que tornem o ato substancialmente legal, MAGALHÃES COLLAÇO, João, “A desobediência dos funcionários administrativos e a sua responsabilidade criminal”, *BFDUC*, 1916, (p. 69-100), p. 84.

³⁹ Assim, de forma expressa e terminante, a propósito da oferta de ingressos para jogos do Campeonato do Mundo de Futebol de 2006 (caso Claasen), TRÜG, Gerson, “Vorteilsgewährung durch Übersendung von WM-Gutscheinen – Schützt Sponsoring vor Strafe?”, *NJW*, 2009, (p. 196-198), p. 197.

a vantagem e o exercício do cargo, é evidente que os interesses que as normas incriminadoras pretendem tutelar permanecem imperturbados, não havendo, por isso, razão para atribuir relevo típico a tais condutas.

b) Se, no caso concreto, não for logo de excluir a possibilidade de a vantagem vir a ter repercussões no plano da atuação funcional do agente, importará então submetê-la a um escrutínio posterior, de modo a avaliar se existe, de facto, conexão entre a vantagem e a atuação funcional. Uma tal ligação não pode dar-se à partida como presumida, sendo sempre necessária uma sua efetiva e positiva demonstração⁴⁰. Em geral, não será possível antecipar em abstrato a verificação ou não de um tal elemento, sendo inevitável uma *abordagem casuística*, que enfrente o problema de uma perspetiva global, tomando em consideração todas as circunstâncias do caso no seu conjunto. No fundo, em última instância, tratar-se-á de um problema, muitas vezes intrincado, de prova⁴¹.

Para a sua dilucidação não deixarão, de todo o modo, de relevar determinados critérios indiciários, que poderão depor quer no sentido da afirmação (indícios), quer no da negação (contraindícios) dessa ligação funcional⁴². Terão especial importância os *interesses e motivações* dos envolvidos: uma vantagem que seja outorgada fundamentalmente em razão de motivações de ordem pessoal tenderá a afastar-se do plano funcional. A *transparência ou falta dela* serão igualmente de levar em conta: uma vantagem que seja proporcionada e fruída às claras será por certo menos propícia a relevar no âmbito funcional do que uma disponibilizada e/ou gozada em segredo. A *natureza* e o *valor* da vantagem, bem assim como a *frequência* com que é solicitada ou concedida serão também fatores a incluir na ponderação. A *importância institucional do cargo* ou da função do agente público beneficiado é igualmente um dado a considerar: uma prebenda que quando concedida a favor de um funcionário, digamos assim, indiferenciado, com um posto na base da hierarquia, possa não ser objetivamente compreensível senão no quadro de um intuito de condicionamento do exercício da sua função, poderá perfeitamente adquirir outro significado quando dirigida a um agente público do topo da hierarquia, designadamente, de cortesia institucional, desprovida de conotação com a *atividade* desempenhada no exercício da sua função.

III. A adequação social

1. O problema

a) O n.º 3 do artigo 372.º do CP e o n.º 3 do artigo 16.º da Lei n.º 34/87 estabelecem que se excluem dos n.ºs 1 e 2 dos respetivos preceitos “as condutas socialmente adequadas

⁴⁰ DAMIÃO DA CUNHA, *A reforma legislativa em matéria de corrupção*, p. 90, e KORTE, *MüKoStGB*³, § 331, nm. 125.

⁴¹ KORTE, *MüKoStGB*³, § 331, nm. 123, e KUHLEN, *NK StGB*⁵, § 331, nm. 85.

⁴² Acórdão do BGH de 14-10-2008, cit. (nota 11), nm. 31 e ss. (para uma análise do caso sujeito à apreciação desta decisão, SOUSA MENDES, *Patrocínios, escândalos e factos puníveis*, cit. (nota 22), p. 17 e ss.). Veja-se ainda Schönke / Schröder / HEINE / EISELE, *StGB Kommentar*³⁰, § 331, nm. 37.

e conformes aos usos e costumes”. Encontra-se aqui consagrada uma cláusula de adequação social, que, uma vez verificada, implica o afastamento da responsabilidade penal que eventualmente pudesse assacar-se por atos de solicitação/aceitação e de concessão/promessa de vantagens não devidas. O legislador procurou, deste modo, contrabalançar a larga amplitude normativa que conferiu aos tipos incriminadores. Vimos já que esse alcance poderá não ser tão extenso como à partida se poderia pensar, dada a indispensabilidade de uma sua interpretação teleologicamente orientada pelo desígnio de proteção do bem jurídico que deverá contar com uma exigência de idoneidade da oferta para condicionar a atuação funcional do agente público dela destinatário. Não obstante, mesmo nesta linha de acolhimento da exigência do pacto ilícito, sempre sobrar espaço para um funcionamento da cláusula de adequação social. Espaço que não poderá deixar de ser substancialmente ampliado no caso de se entender, contra o que sustentamos, que o mencionado referente funcional é irrelevante para a aplicação das normas incriminadoras.

Como, de certa forma, deixamos já insinuado supra, parece-nos, com efeito, inadmissível uma abordagem metodológica que passe por uma interpretação praticamente literal dos tipos incriminadores combinada com uma interpretação restritiva da cláusula de adequação, da qual dela resultem afastados os casos de solicitação de vantagem e de ofertas de valor não meramente simbólico ou diminuto⁴³. Desta combinação resultará um latíssimo âmbito de aplicação dos tipos incriminadores, ao ponto de, como vimos, poder implicar a inclusão de vantagens sem qualquer coloração funcional, inclusive de carácter pessoalíssimo, que de modo algum pode aceitar-se. Donde, e desde logo, serão de repudiar interpretações restritivas da cláusula de adequação social que se liguem a uma recusa do pacto ilícito como pressuposto dos tipos-de-ilícito dos n.ºs 1 e 2 dos artigos 372.º do CP e 16.º da Lei n.º 34/87.

Nesta linha, resta, em todo o caso, saber o que sobra para a cláusula de adequação social: qual o seu conteúdo e, sobretudo, quais os seus limites?

2. A adequação social em geral

A categoria da adequação social, introduzida por Hans Welzel no sistema do facto punível⁴⁴, é de há muito conhecida pelo pensamento penal português⁴⁵. Ao contrário da experiência alemã, em que o impulso doutrinal foi seguido de uma aplicação judicial não despidiend⁴⁶, entre nós a sua expressão jurisprudencial é pra-

⁴³ PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CP*³, Art. 372.º, nm. 4, e SIMÕES, Euclides Dâmaso, “Contra a corrupção”, cit. (nota 25), p. 50.

⁴⁴ WELZEL, Hans, “Studien zum System des Strafrechts”, *ZStW*, vol. 58, 1939, p. 514 e ss. Sobre a evolução do conceito de adequação social no pensamento de Welzel, cf. FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *A adequação social da conduta no direito penal – ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*, Lisboa: Publicações Universidade Católica, 2005, p. 58 e ss.

⁴⁵ Por razões óbvias, merecem especial destaque os já mencionados estudos de FARIA, Paula Ribeiro de, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal*, de 2005, cit. (nota 44), e “A adequação social...”, cit. (nota 35), de 2013.

⁴⁶ *Vd.* FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58.ª ed., München: C. H. Beck, 2011, antes do § 32, nm. 12, e § 331, nm. 25.

ticamente inexistente⁴⁷, o que dificulta sobremaneira a compreensão e aplicação da figura. Dado o seu caráter aberto e a sua conexão a referentes ético-sociais, a concretização do conteúdo da adequação social muito beneficiaria de uma casuística formada a partir de decisões judiciais tomadas em concretas situações da vida. O que, todavia, é inviável, por falta de sentenças de tribunais penais portugueses neste domínio. Circunstância que, do mesmo passo, *et pour cause*, dificulta o cumprimento da função de orientação dos comportamentos que os tipos legais devem desempenhar. Ainda assim, sempre será possível densificar o conceito de adequação social a partir da reflexão doutrinal, portuguesa e estrangeira, que sobre ele tem incidido.

Ideia reitora da adequação social é a de que não deverá admitir-se uma responsabilização penal em casos em que, apesar de tal parecer poder resultar da aplicação de um dado tipo legal de crime, a punição não se coadunaria com a ordenação ético-social da vida comunitária, estabelecida ao longo da história. Nas próprias palavras de Welzel: “são ações socialmente adequadas todas as atividades em que a vida social faz o seu curso de acordo com a ordenação historicamente determinada”⁴⁸.

Estarão em causa situações em que embora, de um ponto de vista formal, numa interpretação eminentemente literal, o tipo incriminador possa *parecer* perfeccionado, o certo é que uma condenação penal apareceria aos olhos do cidadão comum como materialmente injustificada. E por isso, a fim de prevenir uma injustiça, a adequação social intervirá de forma a fazer recuar a lei penal, assegurando que se mantém consentânea com a escala de valores em que a generalidade das pessoas se revê. Assim, “a adequação social é fundamentalmente uma valoração abrangente da conduta apta a definir, sem as entorses a que a consideração formal das coisas por vezes obriga, se o sentido de uma conduta corresponde, aos olhos do homem comum, daquele a quem se destinam as leis e cujos valores e interesses essenciais justificam a tutela da Constituição, ao que o legislador definiu, dentro das suas limitações técnicas, como [v. g.] uma ofensa à integridade física, uma coação ou um homicídio”⁴⁹.

Originariamente, a adequação social abrangia um leque alargado de casos, que iam desde hipóteses (muitas delas puramente académicas) da esfera do chamado risco geral da vida⁵⁰, a comentários depreciativos sobre terceiros feitos num restrito círculo familiar, a privações temporárias da liberdade na circulação em transportes públicos ou a certas ofertas feitas a funcionários públicos⁵¹. Uma boa parte deles, nomeadamente, os respeitantes ao risco permitido, foram, entretanto, expurgados do domínio da

⁴⁷ O que pode confirmar-se através de uma pesquisa pelo descritor “adequação social” no *site* www.dgsi.pt.

⁴⁸ WELZEL, “Studien...”, cit. (nota 44), p. 517: “Sozialadäquate Handlungen sind alle Betätigungen, in denen sich das Gemeinschaftsleben nach seiner geschichtlich bedingten Ordnung jeweilig vollzieht”.

⁴⁹ FARIA, Paula Ribeiro de, “A adequação social...”, cit. (nota 35), p. 296 e s.

⁵⁰ WELZEL, “Studien...”, cit. (nota 44), p. 517 e ss.

⁵¹ Na doutrina alemã é recorrente o exemplo da tradição germânica de, pelo ano novo, brindar o carteiro com um presente, como forma de reconhecimento e gratificação pelo (bom) serviço prestado (e a prestar). É justamente com este exemplo que se inicia o estudo sobre a adequação social de ESER, Albin, “Sozialadäquanz: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur? Überlegungen anhand sozialüblicher Vorteilsgewährungen”, in: *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag* (org: Schünemann et al.), Berlin: Walter de Gruyter, 2001, (p. 199-212) p. 199.

adequação social e remetidos para o reduto dogmático da doutrina da conexão do risco⁵². Uma outra parte continua, não obstante, a ser discutida sob a perspetiva da adequação social.

Uma das constelações em relação à qual se mantém vivo e justificado o debate acerca da adequação social é precisamente o das ofertas a agentes públicos, posto que dissociadas de atos contrários ao dever⁵³. No caso português, até por força de disposições legais expressas, designadamente, os n.ºs 3 dos artigos 372.º do CP e 16.º da Lei n.º 34/87: ao determinar a exclusão da responsabilidade penal em casos de “condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes”, estas normas revelam que, ao menos neste particular domínio, a adequação social não é assumida como um mero princípio interpretativo⁵⁴, mas antes como uma circunstância suscetível de excluir a responsabilidade do agente.

Superada a controvérsia sobre a localização sistemática da adequação social, é hoje claramente dominante a conceção, na qual nos revemos, que a adscrive à esfera do *tipo incriminador* (e não, portanto, à do tipo justificador ou mesmo à da culpa)⁵⁵, podendo até porventura ser encarada de um *prisma eminentemente negativo*, como *elemento limitador da tipicidade* do facto⁵⁶.

3. A relevância do valor da vantagem

Na definição do conteúdo normativo da adequação social há, desde sempre, uma natural propensão para a associar ao *grau de ofensa* da conduta no confronto com o bem jurídico. Trata-se de uma ligação compreensível e, em geral, justificada, uma vez que a gravidade da ofensa é um dado com relevo para a valoração social do facto. Em certos contextos, ofensas de pequena monta são desvalorizadas pela generalidade das pessoas. E são-no de uma forma tal que, justamente por causa dessa leveza, não lhes é socialmente reconhecido um significado criminal. Há, deste ponto de vista, uma clara afinidade entre a ideia de adequação social e o princípio bagatelar ou da insignificância.

Não há razão, todavia, para considerar que a adequação social se esgota neste princípio da insignificância, só relevando em casos de ofensas leves ou relativas a coisas de pequeno valor⁵⁷. Se, no fundo, o que aqui importa é a perceção social sobre

⁵² ROXIN, Claus / GRECO, Luís, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1: Grundlagen; Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5.ª ed., München: C. H. Beck, 2020, § 10, nm. 38 e s.

⁵³ No sentido de que a adequação social não releva no âmbito da corrupção para ato *ilícito*, ESER, “Sozialadäquanz...”, cit. (nota 51), p. 201, e KUHLEN, *NK StGB*⁵, § 331, nm. 99.

⁵⁴ À maneira de HIRSCH, Hans Joachim, “Soziale Adäquanz und Unrechtslehre”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 74 (1962), (p. 78-135) p. 132 e ss.

⁵⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, (com a colaboração de Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, Nuno Brandão e Sónia Fidalgo), *Direito Penal. Parte Geral*, I, 3.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2019, 6.º Cap., § 67 e ss., 11.º Cap., § 19.

⁵⁶ Assim, pela doutrina alemã maioritária, FISCHER, *Strafgesetzbuch*⁵⁸, antes do § 32, nm. 12.

⁵⁷ Nesta direção, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*³, I, 26.º Cap., § 14, e FARIA, Paula Ribeiro de, “A adequação social...”, cit. (nota 35), pp. 303 e 306.

um certo comportamento e o desvalor axiológico que, dessa ótica, lhe é ou não reconhecido, seria por demais redutor limitar o alcance desta circunstância excludente da responsabilidade em função de padrões de cariz eminentemente quantitativo. No que especificamente respeita ao valor de certo bem ou vantagem envolvidos num determinado facto da esfera da corrupção imprópria, *hoc sensu*, só faria sentido circunscrever a adequação social a casos em que esse valor fosse reduzido se se pudesse admitir que o juízo axiológico que sobre ele poderá recair se orientasse, para a generalidade das pessoas, exclusivamente por critérios de ordem quantitativa referidos ao valor pecuniário da benesse. Ora, estamos em crer que não é assim: outros fatores há, para além desse valor, que são levados à avaliação que o cidadão faz sobre condutas que integrem uma dimensão quantitativa. Pode, por isso, afirmar-se, com Maria Paula Ribeiro de Faria, que “o princípio bagatelar só se refere a lesões diminutas ou de escassa intensidade, o que não sucede com a adequação social que permite uma valoração da conduta em função do contexto ou do circunstancialismo em que tem lugar não atendendo exclusivamente à quantidade da lesão produzida”⁵⁸.

a) Nesta ordem de ideias, o funcionamento da cláusula de adequação social prevista para os crimes de recebimento e de concessão indevidos de vantagem não deve estar limitado às vantagens de reduzido valor, seja ele determinado ou não na base do critério quantitativo definido na alínea c) do artigo 202.º do CP para os crimes patrimoniais. Aliás, não deixa de ser sintomático que prevendo a lei agravações das penas cominadas para os crimes tipificados nos artigos 372.º, 373.º e 374.º do CP fundadas nos valores elevado ou consideravelmente elevado da vantagem, tendo em conta os limiares inscritos nas alíneas a) e b) do artigo 202.º do CP (cf. artigo 374.º-A do CP), não se haja previsto disposição similar para a adequação social. Tivesse o legislador pretendido que a adequação social do recebimento e da concessão de vantagem não devida só pudesse ser afirmada quando a vantagem fosse de valor diminuto por certo não teria deixado de o declarar expressamente.

Se é certo que há uma tendência para, no âmbito da corrupção, associar a adequação social a ofertas de pequeno valor, poderão, não obstante, atentas as razões aduzidas supra, reconhecer-se como socialmente adequadas condutas relativas a vantagens de valor superior, mesmo que ascendam a montantes elevados⁵⁹.

Existem, com efeito, praxes institucionais e atos da vida social que envolvem a oferta a agentes públicos de bens de valor significativo aos quais repugnaria atribuir relevo criminal, pese embora a sua possível (formal) recondução aos tipos incriminadores

⁵⁸ FARIA, Paula Ribeiro de, “A adequação social...”, cit. (nota 35), p. 304.

⁵⁹ Na conclusão de que a afirmação da adequação social não está condicionada pelo baixo valor da vantagem, ESER, “Sozialadäquanz...”, cit. (nota 51), p. 205, KUHLEN, *NK StGB*⁵, § 331, nm. 99; KORTE, *MiKoStGB*³, § 331, nm. 136, LEIPOLD, Klaus, “Die Strafbarkeit von Hospitality-Einladungen nach deutschem Recht sowie den Vorschriften von FCPA und UK Bribery Act”, in: *Unternehmenskultur und Wirtschaftsstrafrecht* (orgs: Kempf/Lüderssen/Volk), Berlin: De Gruyter, 2015, (p. 141–162) p. 150 e ss., e entre nós, se bem a entendemos, FARIA, Paula Ribeiro de, “A adequação social...”, cit. (nota 35), p. 312 e ss., SOUSA MENDES, *Patrocínios, escândalos e factos puníveis*, cit. (nota 22), p. 63 e ss. Contra, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CP*³, Art. 372.º, nm. 3 e s.

de recebimento e de concessão indevidos de vantagem e de corrupção imprópria. Não sendo, no caso, excluída uma associação entre a vantagem e a atuação funcional do beneficiário, e logo por aí a própria tipicidade das condutas ativa e passiva; poderá bem suceder que, apesar do valor (elevado) do benefício, uma eventual responsabilização penal de quem nelas interveio se revele de todo em todo incompreensível e injustificada aos olhos do cidadão comum. Pense-se, por exemplo, nas vantagens reciprocamente oferecidas no âmbito das relações diplomáticas, de pura cortesia institucional, em que o não oferecimento ou a recusa de uma oferta recebida podem ser tomados como uma afronta suscetível de deteriorar o relacionamento institucional entre as partes. Ou pense-se ainda numa oferta valiosa feita por um particular a um agente público em sinal de reconhecimento por um ato de bravura, no exercício de funções, com elevado significado para aquele (por exemplo, o salvamento da sua vida ou de um seu familiar)⁶⁰. Reputar atos desta natureza como criminosos pelo facto de as vantagens não serem de pequeno valor, poderia mesmo considerar-se como socialmente chocante, o que por si só é revelador da necessidade de, também neste domínio da corrupção, impedir que o valor da vantagem seja erigido a fator de bloqueio *per se* da ação da categoria da adequação social. Uma necessidade que será tanto maior quanto mais lata e desvinculada do relevo funcional da oferta for, contra o nosso pensamento, a interpretação dos tipos incriminadores de recebimento e de concessão indevidos de vantagem.

b) Isto assente, importa, em todo o caso, ponderar em que circunstâncias pode a atribuição de uma vantagem não devida *de valor não diminuto ou até mesmo expressivo* ser tida como socialmente adequada.

Tal como em geral, o reconhecimento da adequação social dependerá do contexto e de uma avaliação global das circunstâncias que atenda, além do mais, à natureza da oferta, ao relacionamento entre os intervenientes, às motivações que os animam, à transparência com que é concedida, à sua habitualidade no meio social em que ocorre, *etc.*⁶¹

Estes vários dados deverão ser conjugadamente considerados de acordo com o espírito próprio da adequação social, isto é, tendo em conta aquela que se crê constituir a valoração ético-socialmente dominante da conduta sob escrutínio. Verificando-se tratar-se de um tipo de comportamento usual e merecedor de aceitação social haverá razão para excluir a responsabilidade penal, logo no plano da tipicidade, ao abrigo dos n.ºs 3 dos artigos 372.º do CP e 16.º da Lei n.º 34/87⁶².

Não é claro se os segmentos dessas normas “condutas (...) conformes aos usos e costumes” guardam alguma autonomia em relação à referência à adequação social (“condutas socialmente adequadas”) que nelas também encontramos. Presumindo-se

⁶⁰ ESER, “Sozialadäquanz...”, cit. (nota 51), p. 205.

⁶¹ ESER, “Sozialadäquanz...”, cit. (nota 51), p. 203, e FARIA, Paula Ribeiro de, “A adequação social...”, cit. (nota 35), p. 313 e s.

⁶² Considerando que, via de regra, poderão considerar-se abrangidos pela adequação social os convites para assistir a eventos desportivos, como, por exemplo, jogos de futebol, em camarotes de empresas, LEIPOLD, Klaus, “Die Strafbarkeit von Hospitality-Einladungen...”, cit. (nota 59), p. 151 e s.

que o legislador “soube exprimir o seu pensamento em termos adequados” (artigo 9.º, n.º 3, do Código Civil), será de admitir que aquele trecho “conformes aos usos e costumes” não é apenas uma forma redundante de se voltar a fazer menção *às mesmas* condutas socialmente adequadas a que o preceito começa por se referir. Neste sentido, condutas que poderiam ficar à margem da adequação social, *stricto sensu* entendida, porque, apesar de habituais, não são propriamente objeto de um generalizado juízo de *aprovação social*⁶³, poderão integrar a previsão da eximente da tipicidade relativa às “condutas (...) conformes aos usos e costumes” se forem de considerar como *socialmente aceites* ou, pelo menos, *toleradas*. Por exemplo, atribuições de vantagens não devidas com relevo funcional que ao longo de anos são feitas e fruídas à vista de todos, não gerando nenhum sobressalto ou repúdio social e não motivando qualquer reação das instâncias formais de controlo penal poderão bem reclamar um estatuto de conformidade com *os usos* como aquele que se prevê nos n.ºs 3 dos artigos 372.º do CP e 16.º da Lei n.º 34/87. Isto, pelo menos, enquanto um tal *status quo* perdurar.

IV. Síntese conclusiva

Os crimes de recebimento e de concessão indevidos de vantagem protegem, à semelhança dos demais crimes de corrupção, um bem jurídico complexo, que agrega a capacidade e eficiência funcionais da máquina estadual e a confiança comunitária na correção e objetividade no exercício de funções públicas, pertencendo ao universo dos crimes de perigo abstrato, mais precisamente ao dos crimes cumulativos. Nesse sentido, o seu elemento normativo “no exercício das suas funções ou por causa delas” verificar-se-á somente quando a solicitação/aceitação e/ou a concessão/promessa de uma vantagem não devida se liguem à atuação funcional do agente público dela beneficiário, dado que a oferta de uma vantagem não relacionada com essa atuação não é idónea a afetar o referido bem jurídico, sendo, por isso, injustificada a sua punição penal. Conexão funcional que dá corpo ao chamado pacto ilícito, cuja demonstração é necessária para que possa haver lugar a responsabilidade criminal nesta sede. Assim, o preenchimento deste pressuposto típico deverá ser negado no caso de a vantagem ser alheia ao exercício das funções e ainda também no caso em que, embora determinada por causa das funções públicas, é desprovida de conexão com a atuação funcional do beneficiário. Consequentemente, a promessa ou a concessão de uma vantagem não devida a um agente público que não tenha, nem se perspetiva que venha a ter, no domínio da sua atividade, quaisquer assuntos pendentes com o oferente constituem condutas atípicas.

A adequação social, por seu turno, funcionando como elemento excludente do tipo, não deve estar limitada às vantagens de reduzido valor, seja ele determinado ou não na base do critério quantitativo definido na alínea *c*) do artigo 202.º do CP para os crimes de natureza patrimonial, podendo por isso reconhecer-se como socialmente adequadas condutas relativas a vantagens de valor superior, mesmo que ascendam a valores elevados.

⁶³ Como entendem, v. g., KUHLEN, *NK StGB*⁵, § 331, nm. 99, e KORTE, *MiKoStGB*³, § 331, nm. 138.