



O BRASIL E A CORRUPÇÃO PELAS DÁDIVAS E MERCÊS

THE BRAZIL AND BRIBERY THROUGH GIFTS AND MERCIES



*Marcelo Yukio Misaka**



*Gilberto Giacoya***

>> Resumo

O presente artigo investiga a problemática das dádivas e presentes oferecidos a funcionários públicos no contexto brasileiro, analisando como essa prática cultural, aparentemente inofensiva, funcionou historicamente como instrumento de concentração de poder e formação do estamento burocrático, permanecendo invisível à dogmática jurídico-penal tradicional. A situação-problema centra-se na constatação de que o tecnicismo jurídico dos criminalistas contemporâneos ao Código Penal de 1940 foi incapaz de captar os efeitos subjacentes da permissividade em relação às dádivas de pequena monta, que auxiliaram na construção de relações sociais excludentes e na manutenção de estruturas hierárquicas de poder no Brasil. A metodologia empregada consistiu em pesquisa bibliográfica interdisciplinar, com análise de fontes históricas (Ordonações Filipinas), exame da doutrina jurídico-penal clássica brasileira e estudo comparativo com regulamentações internacionais contemporâneas de compliance. O referencial teórico fundamenta-se primordialmente na teoria antropológica das dádivas de Marcel Mauss, complementada pelos conceitos de capital social de Pierre Bourdieu, pela análise do estamento burocrático de Raymundo Faoro e pela crítica ao tecnicismo jurídico de Arturo Rocco. A pesquisa demonstra que a tradição de presentear funcionários públicos, desde as Ordonações Filipinas até o Código Penal de 1940, operou como mecanismo funcional de formação da elite política brasileira através da “economia das mercês”, criando vínculos de dar, receber e retribuir que consolidaram a nobreza da terra e o patrimonialismo. Conclui-se que a internacionalização do combate à corrupção, capitaneada pelo “Foreign Corrupt Practices Act” americano e pelas convenções da ONU e OEA, tem promovido uma reavaliação dessa prática, evidenciando a necessidade de políticas de compliance que considerem não apenas o valor patrimonial

* Doutorando e Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela UENP/PR; Professor Universitário; Juiz de Direito TJ/SP E-mail: marcelomisaka@hotmail.com

** Professor da graduação e pós-graduação do curso de Direito (Centro de Ciências Sociais Aplicadas).
E-mail: giacoya@mppr.mp.br

dos presentes, mas também seu potencial de lesão aos valores de integridade, honestidade e responsabilidade do servidor público, fundamentais para a legitimidade da atuação estatal em uma sociedade republicana.

>> Palavras-chaves

Dádivas. Corrupção passiva. Tecnicismo jurídico. Estamento burocrático. Compliance.

>> Abstract

This article investigates the issue of gifts and presents offered to public officials in the Brazilian context, analyzing how this cultural practice, apparently harmless, historically functioned as an instrument of power concentration and bureaucratic estate formation, remaining invisible to traditional legal-criminal dogmatics. The problem situation centers on the finding that the legal technicalism of criminalists contemporary to the 1940 Penal Code was unable to capture the underlying effects of permissiveness regarding small gifts, which helped build exclusionary social relations and maintain hierarchical power structures in Brazil. The methodology employed consisted of interdisciplinary bibliographic research, with analysis of historical sources (Philippine Ordinances), examination of classical Brazilian criminal law doctrine, and comparative study with contemporary international compliance regulations. The theoretical framework is primarily based on Marcel Mauss's anthropological theory of gifts, complemented by Pierre Bourdieu's concepts of social capital, Raymundo Faoro's analysis of the bureaucratic estate, and criticism of Arturo Rocco's legal technicalism. The research demonstrates that the tradition of gifting public officials, from the Philippine Ordinances to the 1940 Penal Code, operated as a functional mechanism for forming the Brazilian political elite through the "economy of favors," creating bonds of giving, receiving, and reciprocating that consolidated the landed nobility and patrimonialism. It is concluded that the internationalization of anti-corruption efforts, led by the American Foreign Corrupt Practices Act and UN and OAS conventions, has promoted a reevaluation of this practice, highlighting the need for compliance policies that consider not only the patrimonial value of gifts, but also their potential to harm the values of integrity, honesty, and responsibility of public servants, which are fundamental to the legitimacy of state action in a republican society.

>> Keywords

Gifts. Passive corruption. Legal technicalism. Bureaucratic estate. Compliance.

INTRODUÇÃO

A prática de oferecer dádivas e presentes a funcionários públicos no Brasil constitui fenômeno cultural que transcende a análise jurídico-penal tradicional, revelando mecanismos complexos de formação e manutenção de relações de poder. Embora justificada como manifestação de cordialidade, essa prática carrega implicações estruturais para a compreensão das elites políticas brasileiras, permanecendo historicamente invisível à dogmática jurídica.

O problema central desta investigação reside na constatação de que o tecnicismo jurídico dos criminalistas contemporâneos ao Código Penal de 1940 foi incapaz de captar os efeitos subjacentes da permissividade em relação às dádivas de pequena monta. Essa lacuna interpretativa permitiu que tais práticas auxiliassem na construção de relações sociais excludentes e na manutenção de estruturas hierárquicas de poder, operando como mecanismo funcional de formação da elite política brasileira desde as Ordenações Filipinas até o Código Penal de 1940.

A metodologia empregada consiste em pesquisa bibliográfica interdisciplinar, articulando fontes históricas, análise doutrinária e estudo comparativo com regulamentações contemporâneas. O referencial teórico fundamenta-se na teoria antropológica das dádivas de Marcel Mauss, que demonstra como a tríade dar-receber-retribuir constitui mecanismo de construção de vínculos sociais e hierarquias. Esta base é complementada pelos conceitos de capital social de Pierre Bourdieu, pela análise do estamento burocrático de Raymundo Faoro e pela crítica ao tecnicismo jurídico de Arturo Rocco.

O trabalho examina inicialmente a simbologia das dádivas através do marco teórico de Mauss, revelando como os presentes funcionam como instrumentos de pacificação, simbolização de status e construção de alianças. Em seguida, analisa-se a tradição das dádivas no Brasil Império, demonstrando como a permissividade legal espelhava a “economia das mercês” que caracterizou a formação da elite política brasileira. A investigação prossegue com o exame da interpretação dos principais penalistas contemporâneos ao Código Penal de 1940, incluindo Hungria, Bento de Faria, Fragoso e Noronha, revelando como mantiveram a tradição de excluir presentes de pequena monta do conceito de vantagem indevida. Por fim, desenvolve-se crítica ao tecnicismo jurídico, demonstrando suas limitações para compreender fenômenos sociais complexos.

A investigação demonstra que a internacionalização do combate à corrupção, capitaneada pelo Foreign Corrupt Practices Act americano e pelas convenções da ONU e OEA, tem promovido reavaliação dessa prática no contexto brasileiro. As políticas contemporâneas de compliance reconhecem os riscos inerentes às dádivas, mesmo quando envolvem valores modestos. A principal contribuição desta pesquisa consiste em evidenciar que a tutela penal em matéria de corrupção não deve fundamentar-se exclusivamente no valor patrimonial dos presentes, mas também em seu potencial de lesão aos valores de integridade, honestidade e responsabilidade do servidor público, fundamentais para a legitimidade da atuação estatal e a confiança nas instituições públicas.

1. DA SIMBOLOGIA DAS DÁDIVAS

Ao longo da história o hábito de presentear as pessoas foi uma prática que ensejou diversas consequências em termos de civilização.

Nesse sentido é primoroso o estudo de sociologia e antropologia desenvolvido por Marcel Mauss a respeito das dádivas.

Mauss realizou pesquisas em diversas comunidades antigas e longínquas como nas civilizações escandinavas, na Polinésia, Melanésia e Noroeste americano para então reunir elementos centrais a respeito dessa tradição de presentear, cultivada entre grupos, coletividades e tribos, porque segundo o autor naqueles períodos ainda não havia a noção de individualidade (2003, p. 190).

Segundo Mauss, há diversos aspectos decorrentes de tal prática que ainda não mereceram reflexões aprofundadas e sistematizadas, tais como a própria noção de economia e de contratos que temos hoje (2003, p. 193). Todavia, por aspectos metodológicos concentram-se reflexões naquilo que o estudo produziu de interesse para essa pesquisa.

Destarte, é interessante apontar que essa prática de presentear foi um poderoso meio de pacificação dos conflitos entre tribos, reforçado por questões religiosas como a de conferir oferendas aos deuses. Aliás, a própria recusa de um presente poderia significar a declaração de inimizade entre tribos e, por consequência, desencadearem-se batalhas e guerras.

Sob esse aspecto o antropólogo nos informa então que a concessão de dádivas, ao contrário do que se supõe, deixou de ser uma prática desinteressada à medida que ela foi instrumentalizada para a consecução de objetivos como aproximação entre tribos e conquista de simpatia. Daí porque ele fala de uma certa obrigação, talvez moral, de dar presentes e também, em certa medida, de retribuí-los para que a aliança se mantivesse.

No fundo, do mesmo modo que essas dádivas não são livres, elas não são realmente desinteressadas. São já, em sua maior parte, contraprestações, feitas em vista não apenas de pagar serviços e coisas, mas também de manter uma aliança proveitosa e que não pode sequer ser recusada (MAUSS, 2003, p. 303).

Ademais, as dádivas cumpriam uma função de simbolizar o *status* de poder, já que o tipo de presente a ser dado ou recebido variava de acordo com a condição de chefe, vassalo ou servidores. Em muitas situações Mauss nos lembra que aquele que presenteava era visto como pessoa mais elevada, superior; ao passo que aquele que recebia uma dádiva e não a retribuía acabava por se tornar pequeno frente ao outro.

Então, desde tempos antigos o ato de presentear confere a quem o faz uma condição positiva perante aos demais integrantes do grupo, externando uma personalidade mais elevada. De outro lado, aquele que recebe o presente, além de também simbolizar sua condição de prestígio a ponto de ser digno de ser presenteado, é compelido a retribuir, sob pena de considerar-se inferiorizado. E essa ligação entre dar, receber e retribuir ao

longo da história foi capaz de estreitar os laços entre grupos, tribos, países e indivíduos.

Mas o motivo dessas dádivas e desses consumos exagerados, dessas perdas e destruições loucas de riquezas, não é de modo algum, sobretudo nas sociedades com potlatch, desinteressado. Entre chefes e vassalos, entre vassalos e servidores, é a hierarquia que se estabelece por essas dádivas. Dar é manifestar superioridade, é ser mais, mais elevado, *magister*; aceitar sem retribuir, ou sem retribuir mais, é subordinar-se, tornar-se cliente e servidor, ser pequeno, ficar mais abaixo (*minister*) (*op cit*, p. 305).

Eis, portanto, o que se descobriria ao cabo dessas pesquisas. As sociedades progrediram na medida em que elas mesmas, seus subgrupos e seus indivíduos, souberam estabilizar suas relações, dar, receber e, enfim, retribuir. Para começar, foi preciso inicialmente depor as lanças. Só então se conseguiu trocar os bens e as pessoas, não mais apenas de clãs a clãs, mas de tribo a tribos, de nações a nações e – sobretudo – de indivíduos a indivíduos. Só então as pessoas souberam criar e satisfazer interesses mútuos, e, finalmente, defendê-los sem precisar recorrer às armas. Foi assim que o clã, a tribo, os povos souberam – e é assim que amanhã, em nosso mundo dito civilizado, as classes e as nações e também os indivíduos deverão saber – se opor sem se massacrar, dando-se uns aos outros sem se sacrificar. Esse é um dos segredos permanentes de sua sabedoria e de sua solidariedade (*op cit*, p. 313-314).

Com efeito, tem-se que essa relação entre *dar*, *receber* e *retribuir* as dádivas, os presentes, faz-se extremamente pertinente para descortinar a intricada conexão do *munusculum* ao delito de corrupção.

2. AS DÁDIVAS NO BRASIL IMPÉRIO.

O vocábulo corrupção não tinha, no passado remoto, necessariamente a identificação com um delito.

Romeiro ensina que a expressão de início tinha um sentido biológico, derivando do latim *corruptione*, denotando putrefação e decomposição. Depois foi usado em sentido metafórico no campo da moral, da justiça e dos costumes como algo que se desvia do correto, degenera-se (2015, p. 217).

De qualquer sorte, desde aquela época nota-se que eram incertas as fronteiras entre o permitido e o proibido, em termos de condutas aos representantes do rei. Porque a depender da espécie de relacionamento social na qual o agente estava inserido, seja em relação ao monarca ou quanto aos seus próximos, os códigos morais esperados e as avaliações de condutas desviadas poderiam ser mais ou menos rigorosas.

Entretanto, constatar a existência de textos de natureza normativo-legal que caracterizaram a corrupção como um

delito pouco elucida o problema. Afinal, apesar do esforço de conceptualização nos textos jurídicos, no sentido de se estabelecer com rigor as fronteiras entre o lícito e o ilícito, um abismo imenso os separava da realidade social, caracterizada pela preeminência das relações pessoais, tanto aquelas em linha direta — família e compadrio —, quanto aquelas em linha vertical — como a clientela, o patronato, o paternalismo (ROMEIRO, 2015, p. 234).

As Ordenações Filipinas revelam que a prática de conceder dádivas a representantes do poder régio e, depois, a agentes do Estado, era tão habitual a ponto de merecer constar expressamente naquele texto e, desde aquela época, excluindo-se tal prática como atos de peita ou suborno.

O título LXXI do livro V das Ordenações Filipinas permitia as dádivas entre parentes dos Oficiais do Rei, ou mesmo amigos, desde que se tratassem de gêneros alimentícios. No caso de juízes, ademais, ainda se justificaria a concessão porque estavam impedidos de julgarem seus parentes.

A respeito das Ordenações Filipinas é preciso salientar que à época a punição criminal não era o único instrumento de repressão de comportamentos, porque ela coexistia com outros sistemas como a ameaça de punições extraterrenas, as punições comunitárias e até as de disciplina doméstica (Meccareli 2007).

Nesse sentido, o Título V das Ordenações Filipinas muitas vezes cumpria apenas uma função simbólica de assegurar o poder régio sobre os súditos e de apresentar o soberano como alguém à semelhança de Deus, rigoroso e ao mesmo tempo comprehensivo (HESPAÑHA, 2015, p. 672-673).

Assim, contextualizando as Ordenações Filipinas como um diploma que coexistia com outros instrumentos normativos, em especial sob forte influência da religião, comprehensível que as dádivas como gêneros alimentícios não fossem proibidas já que espelhavam as oferendas dedicadas aos santos.

Ademais, se a peita ou suborno à época poderiam ser funcionalmente úteis porque de certa forma supririam ou amenizariam os baixos estipêndios pagos pelo soberano aos seus oficiais (ROMEIRO, 2015, p. 234), com muito mais razão a concessão de dádivas alimentares, porque em nada ameaçariam a autoridade da coroa perante seus súditos.

Pelo contrário, o ato de dar dádivas nada mais era do que uma micro reprodução da própria forma como o soberano agia, naquilo que ficou denominado como *Economia das Mercês* (OLIVAL, 2001, p. 15-38) ou *Economia do Dom* (XAVIER; HESPAÑHA, 1993, p. 381-383), que influenciaram fortemente a construção da elite política brasileira originada a partir da nobreza da terra (FRAGOSO, 2007, p. 36-37).

Seguindo a tradição das Ordенаções portuguesas, mas já inspirado no Código Francês de 1810, o nosso Código Criminal de 1830 regulamentou o delito de corrupção sob as rubricas de peita e suborno (arts. 130 e seguintes). Já o Código de 1890 reuniu as duas espécies em um só artigo, mantendo-se as nomenclaturas (SIQUEIRA, 1951, p. 571).

A peita seria a corrupção por dinheiro ou coisa equivalente, ao passo que o suborno seria aquela corrupção por influência ou pedido.

Em primoroso estudo sobre a peita e o suborno no Brasil Imperial, Faria (2017, p.31)nota que não havia muita discussão ao respeito do conceito de tais infrações penais, sendo que as maiores preocupações seriam de ordem procedural, tais como competência do crime, existência de foro privilegiado, competência para decretar a nulidade do ato sobre o qual recai a peita e condições para o recebimento da pronúncia.

Curioso é perceber, no entanto, que as questões relativas ao conceito desses crimes não eram um ponto tão abordado na jurisprudência, ao menos não naquela citada pelos doutrinadores. Muito mais frequente era a discussão, nos códigos comentados, acerca da competência do crime, da existência de foro privilegiado em relação ao peitante e ao peitado, competência para decretação de nulidade do ato sobre o qual recai a peita, condições para o recebimento da pronúncia (2017, p. 31).

Com efeito, à míngua de maiores informações históricas a respeito dos contornos do que seriam considerados peita e suborno no Brasil Império.

Não obstante, Schwarcz evela que no auge do Brasil Império pouco se questionava a respeito das fronteiras entre o público e o privado, até porque sendo o Imperador o representante de Deus não havia sentido questionar seus atos, já que seria o mesmo que contestar Deus. Todavia, com o declínio do Império, abre-se também espaço para críticas ao sistema imperial, em especial essa relação entre as esferas públicas e privadas do rei. Em suas lapidares palavras:

A partir da década de 1880, porém, o Império seria assolado por questões que inaugurariam uma nova agenda de acusações, estando na linha de frente a própria idoneidade do sistema. Se o conceito de corrupção está vinculado ao ato de “corromper”, e à ação de “subornar”, o fato é que pela primeira vez o regime seria caracterizado por esse tipo de prática. Num momento em que o monarca e seu governo mostravam fragilidades, uma série de casos começava a aparecer na imprensa e causava escândalo (2012, p. 192).

Destarte, uma vez que o próprio rei passa a ser alvo de questionamentos a respeito de suas condutas públicas e privadas, com muito mais razão os servidores da coroa passariam a ser também monitorados com tal vigor pela sociedade.

De qualquer sorte não se encontra, em escritos da época, quaisquer reprovações legais ou sociais a respeito de percepção de dádivas ou presentes a representantes da coroa, certamente porque ainda não existia na sociedade o despertar e o senso crítico quanto aos efeitos deletérios de tais hábitos. Ao contrário, como já se disse, permanecia hígida a noção de que presenteá-los seria uma forma de oferenda divina.

3. AS DÁDIVAS E O DELITO DE CORRUPÇÃO PASSIVA SOB A COMPREENSÃO DOS JURISTAS CONTEMPORÂNEOS AO CÓDIGO PENAL DE 1940

Outrossim, a *corrupção* como algo que se desvia do correto no meio público é a concepção que norteou o *nomen iuris* do delito previsto no artigo 317 do Código Penal de 1940, com a seguinte redação:

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, **vantagem indevida**, ou aceitar promessa de tal vantagem (grifou-se).

A expressão *vantagem indevida*, objeto material do delito de corrupção passiva, caracteriza-se como um elemento normativo do tipo penal e por isso é possível de flutuações interpretativas ao longo do tempo.

Nesse sentido, uma pesquisa bibliográfica dos manuais de Direito Penal contemporâneos à edição do Código Penal de 1940 nos revela que ainda influenciados por essa tradição das dádivas, os nossos maiores penalistas à época sempre ressalvavam que as dádivas de pequena monta não constituiriam atos de corrupção. Ou seja, não representavam *vantagem indevida*.

Galdino Siqueira traz interessante escorço histórico a respeito do delito de corrupção, faz críticas a respeito da construção legislativa do delito de corrupção passiva, todavia sequer menciona a questão das dádivas como objeto do delito em comento (1951, p. 570-574).

Nelson Hungria, de seu turno, ao comentar a questão das dádivas e presentes, cita os romanos que especificavam aquilo que poderia ser recebido como regalo fora dos proventos do cargo, bem como as Ordenações Filipinas. Depois, trazendo à baila ensinamentos do jurista italiano Manzini, conclui dizendo que gratificações de pequenas montas ou as tradicionais *boas-festas* natalinas ou de Ano Novo, bem como dádivas por um mérito excepcional não seriam atos de corrupção porque carregados mais de um símbolo moral do que propriamente econômico.

Por uma estranha concessão à avidez impenitente, chega-se, no entanto (a exemplo, aliás, da lei romana), a especificar o que podia ser recebido fora dos proventos do cargo, sem que se incorresse em pena: *judices non prohibetur recipere exluentia et poculenta... illa xenia quae judicantes animum verisimiliter non immutent... ut in parvo caseo, in duobus amphoris vini, in uno pari caponum, in duobus phasianis, vel duabus phialibus malvasiae... et non debenti recepi a calumminiatoribus, ab injuste vexatis et ab infamibus, nec totó anno debent excedere centum áureos* (FARI NÁCIO). Entre nós, a Ordenação do Livro V, tít. 71, excluía o crime quando as coisas doadas fossem ‘pão, vinho, carnes, frutos e outras coisas de comer, que entre parentes e amigos se costumam dar e receber’ (p. 366). [...] Deve notar-se, porém, que as gratificações usuais, de pequena monta, por serviços extraordinários (não se tratando, é bem de ver, de

ato contrário à lei), não podem ser consideradas *material* de corrupção. Também não se entendem como tal as tradicionais ‘boas-festas’, de Natal ou Ano Novo, aos carteiros ou lixeiros. Não incorrem igualmente em censura penal, as dádivas em galardão de um mérito excepcional, as quais, como diz MANZINI, ‘são símbolos morais, expressos materialmente, e não equivalentes econômicos’ (1959, p. 370-371)

De seu turno, Bento de Faria, seguindo o jurista italiano Carrara e a doutrina alemã de Von Listz, fornece um peculiar critério de aceitabilidade e, *a contrario sensu*, de reprovação, de presentes dados ou aceitos por servidores públicos.

Segundo ele é no caso concreto que será avaliado se o presente significou uma *retribuição* pelo ato praticado ou deixado de praticar. Se o seu valor for ínfimo a ponto de não atingir o conceito de *retribuição*, não poderia ser considerada uma vantagem, tampouco indevida. E para tanto ainda ele sugere que se levem em conta as circunstâncias pessoais do funcionário em ponderação com o valor do presente.

Mas, quando se verificar a remuneração (vantagem indevida ou sua promessa), é indiferente a circunstância de não ser proporcional à importância do ato praticado.

A proporção *mínima*, porém, deve existir, mas não será suficiente se não apresentar o caráter de – *retribuição*.

‘Nessuno penserà, escreve CARRARA, che ofrire um sigaro, una presa di tabacco, um caffè o dare uma piccola mancia (presente, objeto) di uso ad um pubblico ufficiale sia corruzione (Progr. (parte Speciale), nº 2.554).

Consequentemente, as dádivas de mera cortesia, ou os presentes, sendo dados em atenção a um uso geral (como gorjetas, festas de ano novo, etc.), ou quando a sua aceitação fôr autorizada, desaparece a ilegalidade desses atos. (Vêde: VON LISTZ- Op. Cit., II, p. 496). Assim, tem julgado respectivamente a Corte Suprema da Itália não considerando – corrupção: a aceitação de frutas; ou a mórdica demonstração de gratidão; ou a pequena gratificação por um serviço urgente ou extraordinário [...]

Esse critério contudo não deve ser absoluto, visto como, no caso concreto, é que deve ser apurado se à retribuição pode ser atribuído o caráter de vantagem, por isso que esse efeito pode apresentar o seu menor valor tendo em vista as circunstâncias pessoais do funcionário. Esse fato não justificaria o ato praticado contra o dever funcional (1959, p. 106).

Fragoso também segue a mesma linha traçada por Hungria e, com apoio em Manzini, diz que doações ocasionais, de mera cortesia, de comestíveis, bebidas ou coisas semelhantes, não caracterizam atos de corrupção por-

que não haveria – pelo servidor público- dolo de aceitar retribuição por ato funcional, e por parte do particular também inexistiria dolo de corromper.

Não constitui corrupção passiva o recebimento de dádivas de “bôas festas”, desde que pela sua espécie e natureza não correspondam ao preço de favores ou benefícios. MANZINI (Trattato, vol. V, p. 188) exclui também pequenas doações ocasionais, de mera cortesia, de comestíveis, bebidas ou coisas semelhantes, mesmo que a ação seja mais ou menos desinteressada. Em tais casos não há também de parte do funcionário, consciência de aceitar retribuição por um ato funcional, que é elementar ao dolo na corrupção, nem havia vontade de corromper (1965, p. 1105)

Noronha também destaca, com citação expressa do pensamento de Hungria, que é no caso concreto que deve ser analisado se houve caráter de retribuição no ato de presentear, o que será aferido pelas posses e circunstâncias pessoais do funcionário.

Cumpre, todavia, notar que nem toda dádiva ou presente importa corrupção. Assim como não se comprehende que alguém presenteie um magistrado com um automóvel ou uma casa de alguns milhares de cruzeiros, não se pode pensar em corrupção com uma garrafa de vinho ou uma cesta de frutas. De toda a propriedade, neste lance, as ponderações de Hungria: Deve notar-se, porém, que as gratificações usuais, de pequena monta, por serviços extraordinários (não se tratando, é bem de ver, de ato contrário à lei), não podem ser consideradas *material* de corrupção. Também não se entendem como tal as tradicionais ‘boas-festas’, de Natal ou Ano Novo, aos carteiros ou lixeiros. Não incorrem igualmente em censura penal, as dádivas em galardão de um mérito excepcional, as quais, como diz MANZINI, ‘são símbolos morais, expressos materialmente, e não equivalentes econômicos.

Todavia, é no caso concreto que se apurará o caráter da retribuição, relacionando-a às posses e circunstâncias pessoais do funcionário. Trata-se de questão de fato (1975, p. 271)

Com efeito, nota-se dos juristas contemporâneos à época da edição do Código Penal um forte apego ao valor patrimonial do presente a ser oferecido ao funcionário público com vistas a caracterizar objeto material do delito de corrupção passiva, colocando em segundo plano a economia das mercês cuja prática foi herdada dos ancestrais.

4. O TECNICISMO JURÍDICO

Vale ressaltar que o tecnicismo jurídico nasceu na Itália, sendo um de seus grandes expoentes Arturo Rocco, como uma forma de reação as duas escolas penais do período iluminista, a Escola Clássica e a Escola Positiva.

A objeção em relação à Escola Clássica seria a de que a abstração na análise do fenômeno crime, permitindo o ingresso de saberes como filosofia, sociologia ou política, tornava o Direito Penal abstrato e desafeto da segurança jurídica.

De outro lado, questionava-se a Escola Positiva pelo fato de introduzir em demasia saberes médico-psiquiátricos como ferramentais na análise do crime, a ponto de tais profissionais assumirem posições de protagonistas nas políticas criminais.

Assim, o caminho proposto pelo tecnicismo jurídico, inspirado no Direito Privado, seria a de bem delimitar o objeto de estudo do Direito Penal, que seria o texto legal. Logo, questões de ordem moral, política, filosófica ou sociológicas e tampouco médico-psiquiátricas, não deveriam ser objeto de preocupação do intérprete, o qual passaria a laborar com dois dogmas, daí a expressão *dogmática jurídico-penal*.

Um dos dogmas seria a impossibilidade de se exercer um juízo de censura sobre a lei, pois ela era fruto da razão coletiva e por isso justa desde a essência. O segundo dogma seria a autossuficiência dos métodos interpretativos da lei, que seriam capazes de fornecer programas interpretativos seguros, coesos e por isso desejados.

Tais dogmas tornavam irrelevantes considerações filosóficas, sociais, psicológicas e/ou médico-psiquiátricas a respeito do fato criminoso analisado, distanciando o Direito Penal da realidade material humana e social substratos de qualquer regulamentação jurídica.

Arturo Rocco foi o grande mestre do tecnicismo jurídico: reagiu firmemente contra o positivismo criminológico; objeto do Direito Penal tem que ser o Direito Positivo vigente; enfatizou a distinção (não separação) entre Direito Penal e Antropologia, Psicologia e Sociologia; a investigação jurídica deve se desenvolver em três etapas: 1.^a) investigação exegética; 2.^a) investigação dogmática e sistemática e 3.^a) investigação crítica do Direito; as duas primeiras cuidam de conhecer o Direito vigente enquanto a terceira “costuma chamar-se investigação do Direito que se deve estabelecer ou Direito ideal”. 28 A metodologia de Rocco teve grande aceitação em incontáveis países, porém, os dogmáticos ao não considerar a realidade material humana e social que é a base da regulação jurídica, provocaram sua degeneração para um método formalista, é dizer, os dogmáticos deste século, de um modo geral, seguindo o tecnicismo jurídico puro (estudo puro do sistema jurídico), não o caminho demarcado por Von Liszt, preocuparam-se demasiadamente com a interpretação e sistematização do Direito Positivo e, assim desprezaram quase que completamente o estudo dos dados da realidade, da Criminologia, na política criminal, em uma palavra, não atentaram para a terceira fase metodológica de Rocco que consiste na crítica do Direito vigente, que é a base do Direito que se deve estabelecer (GOMES, 1991, p. 284).

A influência de Arturo Rocco no Direito Penal Brasileiro é extraída do próprio Código Penal de 1940 inspirado no chamado Código Rocco italiano

e também é revelada pela metodologia penal dos juristas contemporâneos ao Código Penal de 1940 como ensina Nilo Batista:

Em 1942, Hungria profere em São Paulo uma conferência que foi como um manifesto do tecnicismo jurídico, matizado por leves tinturas neokantistas e temperado por ácida crítica a Kelsen: de qualquer forma, ele só admitia uma “filosofia penal” e uma “política criminal” quando elas “aglutinam-se (ao direito positivo) num bloco único”, pois fora desta continuidade neutralizante passariam a constituir “teorias extrajurídicas, devaneios filosóficos”. A mesma perspectiva encontramos na aula inaugural de Oscar Stevenson, do ano letivo de 1943, na Faculdade Nacional de Direito, em cujas salas, em 1950, Madureira de Pinho - ressalvando que o estudo do delinquente era encargo das ciências naturais - invocava “o maravilhoso discurso de Arturo Rocco” para ensinar que “o objeto único do estudo do direito penal será o conjunto de normas do direito positivo vigente em um determinado país, num dado momento histórico”, carecendo “de justificativa as indagações de caráter filosófico”: “A lei, unicamente a lei, deve ser objeto das cogitações do jurista” (2004, p. 117)

Com efeito, essa metodologia penal tecnicista, demasiadamente limitada ao texto normativo, fez com que os penalistas não percebessem, no caso sob análise, a força social advinda do costume – aparentemente ingênuo - de presentear funcionários públicos.

Acontece que com o passar dos tempos, a conceituação de dádiva alargou-se para além dos gêneros alimentícios, conforme se aferiu dos comentários dos juristas contemporâneos ao Código Penal de 1940 e nos dias atuais já se fala em brindes, presentes e hospitalidades diversificadas como jantares e viagens.

Seja sob a rubrica de alimentos ou de outros regalos na aparência desinteressados, fato é que essa ressalva permissiva, desde o Brasil Império até o vigente Código Penal de 1940, produziu efeitos subterrâneos que, às suas maneiras, auxiliaram na construção de relações sociais, na manutenção de *status* de um determinado grupo de pessoas e, por consequência, concentrou o poder político em um restrito círculo social, excluindo ainda mais aqueles que estavam distantes desse núcleo.

Nessa análise é interessante o conceito de capital social de Bourdieu, já que a questão a respeito dos presentes e das dádivas não é meramente de capital econômico, ou seja, do valor de tais objetos. Cuida-se, outrossim, de uma maneira de formação do capital social entre as pessoas, no caso, agentes privados que oferecem tais objetos e servidores públicos que aceitam. Entenda-se como capital social, segundo Bourdieu, os vínculos sociais formados a partir de participação em grupos ou redes sociais que podem ser capitalizadas em benefício ao indivíduo.

o conjunto de recursos efetivos ou potenciais que derivam da posse de um ‘network durável’ de relações mais ou menos institucionalizadas de mútuo conhecimento e reconhecimento; ou que, em outros termos, derivam do pertenci-

mento a um grupo como conjunto de atores que não são somente dotados de propriedade comum (perceptíveis ao observador, a eles mesmos e aos outros), mas são também unidos por vínculos permanentes e úteis (1980, p. 2)

O tecnicismo jurídico dos criminalistas contemporâneos ao Código Penal de 1940 (HUNGRIA, 1938, p.15-16; SONTAG, 2009, p. 71; NUNES, 2016, p. 172-174), a despeito das diversas produções em áreas transversais ao direito, bem como do legado já existente desde as Ordenações Filipinas, foi incapaz de captar os riscos advindos daquela permissividade, as quais, na aparente inofensividade, foram altamente funcionais na formação do capital social das elites brasileiras.

Na realidade, o ato de presentear sempre esteve tão presente em na cultura política nacional que, embora notáveis os juristas da época da edição do Código Penal de 1940, foram incapazes de captar os vínculos sociais que se formavam a partir das dádivas.

Com efeito, não lhes chamou a atenção o fato de que as dádivas auxiliaram na confluência do poder no Brasil Colônia e no Império, porque serviram de instrumento para estreitamento de vínculos, reafirmação de uma superioridade social e até de promoções sociais.

Nas palavras de BICALHO:

Ao tecer cadeias de negociação e redes pessoais e institucionais de poder e de patrocínio, a condição de nobreza da terra nas conquistas viabilizou o acesso dos “descendentes dos primeiros conquistadores” e dos “homens principais” a cargos administrativos e a um estatuto político – como o ser cidadão – hierarquizando os indivíduos, assim como os serviços prestados por eles, em espirais de status e de poder que garantiam – a partir de importantes localidades, como o Rio de Janeiro, Salvador e Olinda – a coesão política e o governo do Império (2005, p. 30).

Ou seja, a construção desses vínculos sociais a partir da economia das mercês contribuiu para solidificar a ideia de um estamento em solo brasileiro, criando estruturas hierárquicas e rígidas de poder. Na feliz síntese de Faoro:

O estamento burocrático, fundado no sistema patrimonial do capitalismo politicamente orientado, adquiriu o conteúdo aristocrático, da nobreza da toga e do título. A pressão da ideologia liberal e democrática não quebrou, nem diluiu, nem desfez o patronato político sobre a nação, impenetrável ao poder majoritário, mesmo na transição aristocrático-plebeia do elitismo moderno. O patriciado, despido de brasões, de vestimentas ornamentais, de casacas ostensivas, governa e impera, tutela e curatela. O poder- a soberania nominalmente popular- tem donos, que não emanam da nação, da sociedade, da plebe ignara e pobre (2012, p. 808-809)

A característica do homem cordial brasileiro (Holanda 2014, p. 176), uma espécie de amálgama formado pelas suas raízes rurais e pelo pa-

trimonialismo, encontra nas dádivas tal qual descritas por Mauss, o elemento de conexão e ao mesmo tempo de manutenção de uma estrutura de poder calcada em laços de proximidade e de fidelidade, naquela ideia de *dar, receber e retribuir*.

É nesse contexto histórico, talvez peculiar da formação da sociedade brasileira, que as dádivas ou, mais modernamente, os brindes e presentes a servidores públicos devem ser sopesadas com importantes valores como integridade, honestidade e responsabilidade dos funcionários públicos.

Em minucioso estudo sobre a corrupção no mundo, Rose-Ackerman e Palifka apontam que essa prática social de presentear funcionários públicos, embora encontre respaldo cultural em diversas nações, pode ocultar um *quid pro quo* entre o funcionário e o corruptor. Daí porque não se deve subestimar a força desse hábito.

Bem por isso advertem que:

A carta da sensitividade cultural pode ser jogada por aqueles que recebem e por aqueles que pagam propinas, conforme sirva a seus respectivos interesses. É necessário ser cauteloso em aceitar o valor de face das assertivas de que transações aparentemente corruptas refletem arraigadas práticas culturais, aceitas pela maioria das pessoas. Aqueles com alguma coisa a ganhar vão invocar a cultura como desculpa, quando ela atende a seus interesses (2020, p. 331).

Na seara criminal, partindo da premissa de que a dignidade de uma intervenção penal deve sempre ser calibrada à luz da finalidade de proteção de bens jurídicos do Direito Penal (GRECO, 2014, p. 36-37), o potencial de construir relações sociais e de influenciar – emocional ou psicologicamente – que as dádivas, brindes ou presentes possuem sobre o funcionário público, deve ser levado em consideração em especial na análise da tipicidade material (RUSCA, 2021, p. 29), não sendo o valor patrimonial do regalo a única métrica sugerida.

Nesse sentido, as relações sociais advindas do ato de presentear devem também serem aquilatados para efeitos de análise da danosidade social da conduta, não se limitando aos valões patrimoniais dos presentes.

Como explica Rusca, citando pesquisas de Dana e Lowenstein, já há estudios empíricos demonstrando que os laços afetivos advindos dessa prática de presentear pode de alguma maneira colocar em risco a imparcialidade do funcionário público ao tomar decisões, e isso ocorre independente do valor patrimonial dos presentes.

Precisamente, el peligro más serio de estas prácticas, como demuestra un corpus importante de literatura empírica,³³ radica en el sesgo inconsciente que introducen en la toma de decisiones, ya que, al aceptar regalos, es frecuente que los agentes tiendan a interpretar lo que deben hacer de un modo que coincide con los intereses de aquellos que se los ofrecen (DANA y LOWENSTEIN, 2003, p. 253). En líneas generales, tal sesgo opera indirectamente, al modificar la forma en que los sujetos analizan y valoran la informaci-

ón necesaria para la toma de decisiones (DANA y LOWENSTEIN, 2003, p. 253); esto es, la percepción acerca de lo que constituye la decisión correcta, en definitiva, es modelada por el interés personal en compensar al dador del regalo. De acuerdo con lo que sugieren diferentes estudios experimentales, a menudo, ello ocurre incluso cuando el sujeto intenta verdaderamente mantener un juicio objetivo, lo cual refuerza la idea de que la distorsión que introducen estas prácticas en el proceso decisório funciona fundamentalmente a nivel inconsciente (Dana y Lowenstein, 2003, p. 253). (2021, p.16)

Nesse ponto também com razão Oliveira quando afirma que a questão dos presentes deva merecer maior atenção do intérprete. Ou seja, não é apenas uma questão de valor financeiro, mas também de analisar no caso concreto se o presente tinha potencial de suavizar os escrúpulos do servidor público e, por isso, de ofender o bem jurídico tutelado pelo delito do art. 317 do CP que é a insuspeitabilidade do funcionário público no trato com a coisa pública.

Munuscum (plural *munuscula*) ou *munus exiguum* é o pequeno presente. As leis modernas não o excluem do conceito de vantagem indevida. Mas não porque devam sempre considerar-se tal e sim porque podem, em certas circunstâncias, assumir essa qualidade. Já os romanos diziam que o presentinho é pequeno mas pode ser oportuno: *Munus exiguum, sed opportunum*.

O critério para decidir, em cada caso, se o *munuscum* há de ser considerado instrumento de corrupção deve ser o de saber se a coisa dada teve caráter suavizante dos escrúpulos do funcionário e se esse a recebeu para o fim de realizar o ato funcional. É matéria de fato e, portanto, de prova, a de verificar se ocorreram tais circunstâncias. Na dúvida deve o juiz descartar as intenções criminosas do doador e do funcionário.

Todavia é necessária muita prudência nessa avaliação porque o funcionário é mulher de César: não lhe basta ser honesto, é preciso parecer honrado. O bem jurídico protegido pela lei penal é a insuspeitabilidade do funcionário no trato da coisa pública. Por isso, algumas legislações têm dispositivo específico para o caso de *munuscum*. Sirva de exemplo o Código Penal espanhol, art. 390 e o argentino, art. 259 (OLIVEIRA, 1994, p. 48-49).

Veja-se por exemplo que em relação aos magistrados, a Organização das Nações Unidas promulgou os *Princípios de Bangalore* que é um Código de Conduta Judicial dos magistrados pertencentes aos países da ONU. Nele há o Princípio 4 que diz respeito à *idoneidade*: “Idoneidade e a aparência de idoneidade são essenciais para o exercício de todas as atividades de um juiz” (*Princípios de Bangalore*).

A respeito de tal princípio, nos Comentários aos Princípios de Bangalore de conduta judicial organizado pela própria Organização das Nações

Unidas há um interessante tópico que trata a respeito dos presentes (item 181).

Presentes de valor excessivo não devem ser aceitos 181. Um presente para um juiz, ou para um membro de sua família que com ele reside, de valor excessivo, dá margens a que questões sejam levantadas sobre a imparcialidade do juiz e integridade do cargo e pode demandar a desqualificação do juiz, a qual, de outro modo, não poderia ser exigida. Consequentemente, tais presentes devem ser evitados. É possível para um juiz recusar polidamente tais presentes ou ofertas. Algumas vezes esses presentes são oferecidos espontaneamente sem uma apreciação das regras e convenções que limitam o juiz. A oferta de inscrição em uma academia, feita depois de um juiz celebrar um casamento ou cerimônia de cidadania onde esse ato é permitido por lei, pode ser bem intencionada, mas o juiz deve recusar a oferta, explicando que a aceitação poderia representar o recebimento de taxa ou recompensa pela execução de uma função pública. Por outro lado, presentear com uma garrafa de uísque ou um par de CDs da música favorita do juiz provavelmente não geraria ofensa (Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, 2008, p. 122)

Na seara internacional, no tocante ao aspecto ético-disciplinar, a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, internalizada pelo Decreto nº 5.687/2006, concita seus Estados-membros a adotarem códigos de conduta para os funcionários públicos que zelem pela integridade, honestidade e responsabilidade (art. 8º), sendo que o item 5 expressamente destaca a necessidade de publicidade, pelo funcionário público, de presentes ou benefícios importantes que possam dar lugar a um conflito de interesses relativos a suas atribuições como funcionários públicos.

Cada Estado Parte procurará, quando proceder e em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, estabelecer medidas e sistemas para exigir aos funcionários públicos que tenham declarações às autoridades competentes em relação, entre outras coisas, com suas atividades externas e com empregos, inversões, ativos e presentes ou benefícios importantes que possam das lugar a um conflito de interesses relativo a suas atribuições como funcionários públicos (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção) Grifou-se.

Na mesma esteira, a Convenção Interamericana contra a corrupção, internalizada pelo Decreto nº 4.410/2002, aponta como atos de corrupção a oferta ou solicitação de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas e favores (art. VI, a e b).

I. Esta Convenção é aplicável aos seguintes atos de corrupção:

a. a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerce funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros

benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;

b. a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerce funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas (Convenção Interamericana contra a Corrupção);

Vale destacar que essas regulamentações internacionais foram inspiradas na legislação dos Estados Unidos contra o suborno, o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), haja vista que após a publicação do FCPA os Estados Unidos utilizaram de seu poder hegemônico para que os demais países adotassem políticas antissubornos nos moldes americanos.

Bem por isso FAGALI aponta que:

Assim, é possível concluir topicamente que a estratégia utilizada pelos Estados Unidos pós-Watergate (e Lockheed) para que os demais países criassem severas normas de combate à corrupção empresarial foi a utilização de sua influência política, econômica e cultural para pressionar as organizações transnacionais a costurarem acordos, declarações, tratados e convenções que viessem # e que vieram # coagir os países-membros dessas organizações para tanto. Tudo isso fazia parte de uma agenda imperativa para que a aplicação concreta do FCPA não prejudicasse o interesse ou a competitividade das empresas norte-americanas no exterior (2020, p. 35)

A legislação antissuborno americana traz consigo uma imprecisão terminológica, já que ela permite que aquele acusado de pagar propina a um funcionário público estrangeiro demonstre que tal pagamento é permitido segundo as leis locais. É a chamada *defesa afirmativa* (§78 dd-1, ítem c, do FCPA).

(c) Defesas afirmativas

Constituirá defesa afirmativa das ações previstas na subseção (a) ou (g) desta seção o fato de que –

(1) o pagamento, doação, oferta ou promessa feitos de qualquer item de valor era considerado lícito à luz da legislação codificada e dos regulamentos do país do dirigente governamental, partido político ou candidato de partido político; ou

(2) o pagamento, doação, oferta ou promessa feitos de qualquer item de valor era considerado despesas razoáveis e legítimas, como, por exemplo, despesas de viagem

e acomodação, incorridas pelo dirigente governamental, partido político, dirigente ou candidato de partido político estrangeiro ou em nome destes, despesas essas diretamente relacionadas à -

(A) promoção, demonstração ou explicação de produtos ou serviços; ou

(B) execução ou cumprimento de um contrato com um governo estrangeiro ou órgão do mesmo. Grifou-se

Com efeito, em razão dessa ressalva é que em todos os países recomendou-se a estipulação objetiva do que poderia ser aceitável a título de brindes.

Daí porque as diretrizes de *compliance* adotadas contemporaneamente pelos nossos órgãos públicos já representam uma sinalização quanto à consciência dos efeitos deletérios daquele hábito das dádivas, como a Política de Brindes e presentes do Instituto Nacional de Tecnologia e Saúde do Governo Federal que classifica os brindes como todo item de valor modesto tendo como teto a quantia de R\$ 100,00, desde que distribuído com intuito de divulgação da marca apenas (item 3.4), e como presentes todos os itens com valor comercial e que não se enquadrem como brindes (item 3.5), admitindo-se apenas o recebimento de brindes pelos seus colaboradores nos termos do item 4 (POLÍTICA DE BRINDES E PRESENTES DO INTS).

Colaboradores da instituição não podem dar ou aceitar presentes, entretenimentos e afins do público com o qual se relacionam, seja do setor público ou privado, excetuando-se brindes simbólicos claramente identificados e sem valor comercial.

Entendem-se por brindes todo item de valor modesto (referência: valor máximo de até R\$100,00) distribuído com o intuito de divulgação da marca. Poderá haver exceção, apenas, quanto a entrega ou recebimento, não exclusivos, de materiais e eventos de natureza educacional ou informativo, desde que vinculados a atividade da instituição

Ademais, segundo aquela diretriz o brinde não pode ter como objetivos a troca de favores, a influência em determinada ação, ele não pode significar tratamento privilegiado, deve ser concedido de forma transparente e não causar constrangimento em caso de exposição pública e com periodicidade mínima de 6 (seis) meses.

A oferta e recebimento de brindes será regida pelos seguintes critérios:

- O brinde não terá o objetivo de influenciar uma ação;
- O brinde não representará uma troca de favores;
- O brinde não terá o objetivo de obter vantagem;

- Assegure-se que a entrega do brinde não gerará qualquer tipo de tratamento preferencial e que tampouco possa causar essa impressão;
- Sejam concedidos ou recebidos de forma transparente, não secreta, sem aparência de impropriedade e não gerem qualquer constrangimento em caso de exposição pública para o INTS ou seus colaboradores;
- Certifique-se que as circunstâncias e a época da entrega do brinde não desqualificarão o ato correto, criando uma aparência de tentativa de obter vantagem;
- Os brindes devem ter valor genuinamente institucional, educacional e/ou científico;
- O recebimento ou a concessão de brindes não podem ser frequentes, devendo-se respeitar a periodicidade mínima de 06 (seis) meses;
- Não é permitido receber brindes de Terceiros que estejam participando de processos internos de seleção/contratação.
- Não podem ser oferecidos na forma de dinheiro ou equivalente;
- Não devem ser motivados por um desejo de exercer influência imprópria ou por expectativa de reciprocidade.

Em sentido semelhante, o Código de conduta funcional da Prefeitura Municipal de São Paulo (Decreto nº 56.130/2015) exclui do conceito de presentes, sendo admitida a aceitação pelos servidores públicos, de brindes desde que sem valor comercial ou distribuídos a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual ou por ocasião de eventos especiais ou datas comemorativas, não ultrapassando o valor de R\$ 100,00 (art. 13, incisos I e II).

Art. 13. É vedada ao agente público, incluído o da alta administração, a aceitação de presentes, benefícios ou vantagens, exceto as decorrentes de premiações. (Regulamentado pela Portaria CGM nº 120/2016)

Parágrafo único. Não se consideram presentes para os fins deste artigo os brindes que:

I - não tenham valor comercial; ou

II - que sejam distribuídos a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual ou por ocasião de eventos especiais ou datas comemorativas, não ultrapassando o valor de R\$ 100,00 (cem reais).

A regulamentação da Prefeitura Municipal de São Paulo, com forte inspiração no *Foreign Corrupt Practices Act* dos Estados Unidos, atenta aos vínculos socioemocionais advindos dos brindes, também proíbe sua aceitação quando se tratar de agente público que mantém, no âmbito do desempenho de sua função pública, contato frequente com organizações do setor privado que tenham interesse em decisão individual ou coletiva do Município. Além disso, qualquer que seja o brinde também deve ser recusado quando distribuídos em intervalo inferior a um ano pela mesma organização ou pessoa física (art. 5º, incisos II e III).

Destarte, a questão a respeito das dádivas e presentes a funcionários públicos, modernamente, por uma imposição internacional, tem merecido tratamento mais minucioso e atento às relações de dar, receber e retribuir que nos ensinou Mauss. Relações essas que sempre estiveram presentes na formação social brasileira, mas que permaneceram invisíveis e contribuíram para a formação do estamento e dos donos do poder.

Evidente que a estipulação de um teto para os brindes contribui sobremaneira para a segurança jurídica e em termos de código de conduta. Todavia, há sempre a necessidade de aquilatar o caso concreto para que brindes que não superem o teto, e por isso aparentemente inofensivos, sejam utilizados de forma camouflada, ocultando também uma relação promíscua entre o particular e o servidor público, relação esta danosa a valores de integridade, honestidade e responsabilidade, os quais em última análise representam a insuspeitabilidade do servidor público no trato da coisa pública.

A dignidade da tutela penal, na espécie, não se alicerça apenas no valor do brinde ou do presente, devendo também ser aferido o potencial de lesão a valores tão caros à Administração Pública como a integridade, honestidade e responsabilidade do servidor público, que em última análise representam a confiança que o cidadão deposita no Estado.

Ou seja, não se trata apenas de aquilatar o valor do brinde ou presente recebido indevidamente pelo servidor público, mas sim a desconfiança que tal prática carrega consigo quando se almeja uma Administração Pública republicana.

>> CONCLUSÃO

À guisa de conclusões, então, pode-se afirmar que ao longo da história brasileira a prática das dádivas a agentes estatais, por uma herança cultural catalogada como manifestação de cordialidade, na realidade cumpriu um papel funcional de interesse das elites dominantes, promovendo a concentração do poder, exclusão social e seletividade.

Contudo, o tecnicismo jurídico dos juristas contemporâneos ao Código Penal de 1940 não foi capaz de lançar luzes sobre esses efeitos subjacentes, mantendo-se na tradição jurídico-penal a exclusão de dádivas e presentes do conceito de atos de corrupção, sempre orientados apenas pelos valores patrimoniais dos objetos presenteados e relativizando a importância da representação simbólica das dádivas, que é a cultura da obrigatoriedade de *dar, receber e retribuir*.

Todavia, com a internacionalização do combate à corrupção capitaneada pelos Estados Unidos a partir do seu *Foreign Corrupt Practices Act*, seguindo a toada das recomendações da Convenção das Nações Unidas contra a corrupção e da Convenção Interamericana contra a corrupção, o Brasil tem adotados políticas de *compliance* e, em especial, políticas de recebimento de brindes e presentes por servidores públicos.

Não há dúvidas de que aquela compreensão contextualizada da influência das dádivas na formação social brasileira se faz imprescindível para melhor reflexão acerca das políticas de brindes e presentes em todos os níveis de governo, já que a história brasileira mostra que a prática de presentear prejudica diretamente valores como integridade, honestidade e responsabilidade do servidor público. E inegável que tais valores são relevantes, haja vista que a legitimidade da atuação estatal perpassa pela necessidade de confiança em seus agentes.

>> REFERÊNCIAS

BATISTA, N.. *Notas históricas sobre a teoria do delito no Brasil*. Revista Ciências Penais. Vol. 1/2004, jul-dez/2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BICALHO, M. F.B.. *Conquista, mercê e poder local*: a nobreza da terra na América portuguesa e a cultura política do Antigo Regime. Revista Almanack Brasiliense. n. 2, 2005, p. 21-34. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/alb/article/view/11616/13385>. Acesso em: 10 de março 2023.

BLANCO CORDERO, I.. *Regalos y corrupcion*: sobre la punibilidad de las invitaciones a empleados publicos para asistir a espectaculos y otros eventos. La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, Madrid, v. 12, n. 113, p. 16 p., mar./abr.. 2015. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=132789. Acesso em: 21 set. 2021.

BOURDIEU, P.. *Le capital social*: notes provisoires. In.: *Actes de la recherche en sciences sociales*, n. 31, 1980, pp.2-3.

COMENTÁRIOS AOS PRINCÍPIOS DE BANGALORE DE CONDUTA JUDICIAL. Nações Unidas. Escritório Contra Drogas e Crime (UNODC). Trad. Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf. Acesso em 13 de março de 2023.

CONVENÇÃO Interamericana contra a Corrupção. 29 mar. 1996. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-58.htm>. Acesso em: 11 out. 2022.

CONVENÇÃO das Nações Unidas contra a corrupção. 31 out. 2003. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em: 11 out. 2022.

DE FARIA, B.. *Código penal brasileiro comentado*: parte especial: arts. 286 a 361. Vol. VII. 2. ed., Rio de Janeiro: Distribuidora Récord Editôra, 1959.

FAGALI, B.. *A construção e consolidação do ambiente normativo global de combate à corrupção empresarial*. Revista de Direito Penal Econômico e Compliance. Vol. 1/2020. Jan-Mar/2020. p. 31-75.

- FAORO, R.. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed., São Paulo: Globo, 2012.
- FARIA, A. A. M.. *Peita e suborno como delitos de corrupção no Brasil Imperial (1824-1889)*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 25, n. 131, p. 21-55, mai.. 2017.
- FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT DOS ESTADOS UNIDOS: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf> Acesso em: 10 de março de 2023.
- FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*: arts. 293 a 359, Parte Especial. 4º Vol. 2ª ed., São Paulo: José Bushatsky, 1965.
- FRAGOSO, J.. *E as plantations viraram fumaça: nobreza principal da terra, Antigo Regime e escravidão mercantil*. História (São Paulo) [online]. 2015, v. 34, n. 2 [Acessado 10 de Outubro 2022], pp. 58-107. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1980-436920150002000059>.
- GOMES, L. Fl.. *O Direito Penal e sua evolução metodológica*. Vol. 672/1991. Outubro de 1991. p. 281-291. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- GRECO, L.. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- HESPAÑHA, A. M.. *Como os juristas viam o mundo. 1550-1750*: direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes. Middletown: CreateSpace Independent Publishing Platform, 2015.
- HOLANDA, S. B.. *Raízes do Brasil*. 27. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- HUNGRIA, N.. *A Evolução do Direito Penal Brasileiro*. In: Revista Forense, Julho (1943).
- _____. O tecnicismo jurídico-penal. In: Revista de Direito Penal, v. XXII, 1938.
- _____. *Comentários ao Código Penal*: arts. 250 a 361. Vol. IX., 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959
- ORDENAÇÕES FILIPINAS: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em: 11 nov. 2022.
- MECCARELLI, Massimo. *Le categorie dottrinali della procedura e l'effettività della giustizia penale nel tardo medioevo* In: Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à la fin du Moyen Âge [en ligne]. Rome : Publications de l'École française de Rome, 2007 (généré le 07 octobre 2021). Disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/efr/1842>. Acesso em: 01 dez. 2022.
- NUNES, D.. *Processo legislativo para além do parlamento em Estados autoritários*: uma análise comparada entre os códigos penais italiano de 1930 e brasileiro de 1940. Sequência (UFSC), v. 37, p. 153-180, 2016. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2016v37n74p153/33125>. Acesso em: 11.out. 2022.
- NORONHA, E. M.. *Direito penal*. Vol.4., 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1975
- OLIVAL, F.. *As ordens Militares e o Estado Moderno*. Honra, mercê e venalidade em Portugal (1641- 1789). Lisboa: Estar Ed., 2001.
- OLIVEIRA, E.. *Crimes de corrupção*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PRINCÍPIOS DE BANGALORE. Conduta e éticas judiciais. Manual para Formadores. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/ji/training/bangalore_cards_pt.pdf. Acesso em 13 de março de 2023.

POLÍTICA DE BRINDES E PRESENTES DO INTS: http://ints.org.br/wp-content/uploads/2021/02/PT.CMP_.001-02-Politica-de-Brindes-Presentes-e-Hospitalidade.pdf. Acesso em: 10 . mar. .2023.

ROMEIRO, A.. *A corrupção na Época Moderna*- conceitos e desafios metodológicos. Revista Tempo. Vol. 21, nº 38, 2015, p. 3-22. Disponível em: <https://www.historia.uff.br/tempo/site/wp-content/uploads/2015/12/romeiro2.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2023.

ROSE-ACKERMAN; S.; PALIFKA, B. J.. *Corrupção e governo*: causas, consequências e reforma. Trad. Eduardo Lessa, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2020.

RUSCA, Bruno. *Feliz aniversário, senhor funcionário público! Sobre a justificativa da criminalização da aceitação e da oferta de presentes no âmbito da administração pública*. Revista Direito GV [online]. 2021, v. 17, n. 1 Acesso 7 out. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172202104>

SÃO PAULO. Decreto nº 56.130 de 2015. 25 mai.2015. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-56130-de-26-de-maio-de-2015>. Acesso em: 01 mar. 2023.

SCHWARCZ, L. M.. *Corrupção no Brasil Império*. In: Corrupção: ensaios e críticas. Coord. Leonardo Avritizer et all] 2. ed., Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012.

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*: parte especial. Tomo II. 2^a ed., Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951.

SONTAG, R.. Código e Técnica. A reforma penal brasileira de 1940: tecnificação da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria. Programa de Pós-Graduação em Direito (Dissertação de Mestrado). Florianópolis: UFSC, 2009. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/30373930>. Acesso em 11 out. 2022.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.. *Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado <> (art. 422 CP)*. Revista de derecho penal y criminología: Espanha, Madrid, 3. época, n. 6, p. 151-180, jul.. 2011. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=91023. Acesso em: 21 set. 2022.

XAVIER, Â. B.; HESPAÑA, A. Manuel. *As Redes Clientelares*. In: MATTOSO, José (dir.). História de Portugal. O Antigo Regime (1620-1807), vol. 4. Lisboa: Editorial Estampa, 1993.



