

2. DOCTRINA NACIONAL

A DOCTRINA, A JURISPRUDÊNCIA E O ART. 327, DO CÓDIGO PENAL

ROBERTO WAGNER BATTOCHIO CASOLATO

SUMÁRIO: 1. O *caput* – 2. O § 1.º: a extensão da equiparação conceitual – 3. O § 2.º: só causa de aumento? Causa de aumento e equiparação? Se há, qual a equiparação? – 4. O alcance dos dispositivos: da definição do *caput* e da equiparação consagrada no § 1.º.

“Funcionário público

Art. 327 Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1.º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal.

§ 2.º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.”

1. O *caput*

O art. 327, na verdade, vem estudado pela maioria da doutrina antes mesmo do art. 312, iniciando-se pela norma definidora a análise do Capítulo I do Título XI da Parte Especial do CP, capítulo que contempla os crimes praticados por funcionários públicos contra a administração e que tem na referenciada norma a sua última disposição. Não cabe, aí, nenhum reparo, a nosso

ver. O rol dos delitos que vêm definidos nos arts. 312 a 325¹ – à exceção do crime de abandono de cargo público (art. 323) – se põe, no atinente à subjetividade ativa, sob a regência do dispositivo ora enfocado. Sujeito ativo de tais crimes (ressalvada, insista-se, a exceção do art. 323), a despeito de no tipo constar menção a “cargo” ou a “função”, é o agente conceituado no art. 327, do diploma penal. Tais delitos têm, no dizer de Magalhães Noronha, “como *pressuposto* o ser o agente ou sujeito ativo funcionário público”² daí derivan-

(1) Importa observar que o art. 326 foi revogado pelo art. 94, da Lei n. 8.666/93.

(2) *Direito Penal*, Saraiva, 1995, v. 4, p. 203. O autor cita Riccio, que se reporta à qualidade funcional como atributo do sujeito ativo para dizer que ela “constitui um elemento lógico e temporale antecedente alla condotta, il quale, riguardato da un punto di vista statico, va considerato come un presupposto” (idem, pp. 203-4). Como se percebe, a condição de ser funcionário público do agente, na visão do penalista ora considerado, precede, lógica e temporalmente, a realização da conduta do chamado *crime funcional*, bem aceitando ser situada como seu pressuposto. Voltaremos à questão mais adiante, observando, à luz da lição de Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Júnior (*Dos Crimes contra a Administração Pública*, Malheiros, 1997),

do toda a importância de que se dê saber o que se deve considerar como tal.

Pois bem: a expressão “funcionário público” não é, decididamente, daquelas cuja conceituação venha despida de divergências. Na doutrina administrativa acham-se, de outra parte, termos que bem mereceriam o qualificativo de “paralelos”, como *servidores* e *agentes públicos*³. Assim, cabia ao legislador

que mais que a aludida (e existente, não se pode negar) relação de *estática precedência*, se estabelecerá entre a condição de ser funcionário sujeito ativo de crimes contra a administração e a conduta pelo agente desenvolvida uma prevalente relação de *dinâmica contemporaneidade*, já que se extrairá aquela (a condição de ser funcionário público *autor* de crimes funcionais) desta (da conduta tipificada enquanto caracterizadora de um crime funcional). Por outras palavras, será necessário examinar a conduta, caracterizá-la como uma conduta *funcional* para, aí sim, se poder afirmar que seu realizador atuou, penalmente, *enquanto* funcionário, *como* funcionário. Sim porque o só fato de o agente ser titular de cargo público, por exemplo, não faz de todas as suas condutas criminosas condutas de crimes funcionais.

- (3) Julio Mirabete, sobre o conceito em pauta (*Manual de Direito Penal*, Atlas, 1996, v. 3, pp. 288-9): “Em sentido mais amplo, na doutrina são ‘os servidores legalmente investidos nos *cargos públicos* da Administração Direta e sujeitos às normas do Estatuto da entidade estatal a que pertencem’ — *definição que o autor traz desde Hely Lopes Meirelles* —. São eles uma das espécies de servidores públicos, como os agente políticos, os agentes honoríficos e agentes delegados, reunidos sob a denominação genérica de agentes públicos. Agentes públicos são ‘todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitariamente, do exercício de alguma função estatal’ — *nova citação do pensamento de Meirelles* —. No dizer de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, agente público é ‘toda pessoa física que presta serviço ao Estado e às pessoas jurídicas da administração indireta’. No intuito de evitar divergências e controvérsias referentes ao conceito de

penal contornar tais controvérsias. Foi o que buscou fazer: para o Código, e no âmbito de aplicabilidade do art. 327, é funcionário público, como se depreende do *caput*, quem exerce cargo, emprego ou função pública, mesmo que transitoriamente, mesmo que sem remuneração.

A ênfase, assim, foi dada à atividade (função pública) que o agente exerce, não aos seus predicados *formais* de servidor público (legalizado titular de posto nos quadros do funcionalismo): *Não interessa que se trate ou não de um verdadeiro funcionário público, segundo o define o Direito Administrativo, uma vez que nossa lei considerou menos a condição de funcionário público do que o exercício da função pública*⁴.

funcionário público, além de resguardar mais efetivamente a Administração Pública, a lei dispõe: ‘Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública’ (art. 327). Com esse dispositivo, adotou-se a expressão no sentido mais amplo possível, correspondente ao conceito doutrinário de *agente público*”.

- (4) Ementa de acórdão do TACrimSP (Julgados 90/74-7), da lavra de Clineu Ferreira, sufragando entendimento que é mesmo caro aos nossos tribunais: “Aquele que desempenha funções ou atribuições de interesse público, recebendo e executando ordens emanadas de uma autoridade, para efeitos penais, deve ser considerado funcionário público, enquadrando-se na definição do art. 327 do CP. Tal conceituação decorre da tendência dos modernos códigos repressivos em ampliar a noção de servidor público, em vista de ser a noção de função pública mais ampla que a de funcionário estatal” (JTACrim 3/45, grifamos). “A caracterização de funcionário público, para efeitos penais, dispensa a investidura regular. Basta o exercício da função pública” (RT 550/356). Os dois últimos julgados foram extraídos da obra de Pagliaro e Paulo José (cit., p. 181).

Ora, numa estrita acepção, tem-se que funcionário público seria o titular de um cargo público. Este, *cargo público, é o criado por lei, com denominação própria, em número determinado de postos e cuja atividade é remunerada pelos cofres públicos.*⁵ Mas um tal conceito, de caráter administrativo, se entendeu por demais restrito, incompatibilizando-se com a destinação de tutela penal que o Código quis conferir à administração pública, preservando-a dos ataques que os próprios servidores podem cometer. Desse modo, houve o legislador penal por estender a definição de funcionário, de tal forma que não apenas os ocupantes de cargo público nela viessem inseridos, mas também os que servem em emprego público e mesmo os exercentes de função pública.⁶

(5) A Lei n. 8.112/90 (que dispõe sobre o regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, as autarquias e das fundações públicas federais), dá a saber, em seu art. 3º: *Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor. Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.* Na obra de Mirabete se tem que o cargo público é o "lugar instituído na organização do funcionalismo, com denominação própria, atribuições específicas e estipêndio correspondente" (p. 289).

(6) Noronha (ob. cit., p. 205) inicia seu estudo do tema por mencionar Nino Levi que, "com toda razão, chega a dizer que as definições de funcionário público são 'tante quanti gli autori'... Avança, todavia, o mestre: "De modo geral, pode-se dizer que o conceito é tomado em sentido amplo ou restrito. Neste, funcionário é aquele que exerce um poder de império, autoridade ou discricionário, por pequeno que seja. Em sentido amplo, o conceito está jungido ao de *função pública*, isto é, à atividade exercida pelo Estado, para consecução de

Assim, *por emprego público se deve entender o vínculo trabalhista que o Estado estabelece com o indivíduo,*

seus fins. Agiu bem nosso Código, conceituando amplamente esse elemento do tipo" (idem, ibidem). Heleno Fragoso também elabora seu pensamento a partir da *noção de função pública*: "É realmente o exercício de função pública o que caracteriza o funcionário público perante o direito penal. *Função pública*, na lição de Maggiore, II, 111, 'é toda atividade que realiza os fins próprios do Estado, mesmo quando exercida por pessoas estranhas à administração pública. A publicidade da função é, assim, avaliada *objetivamente*, fazendo-se abstração das pessoas que nela são investidas. O que conta não é a qualidade do sujeito, público ou privado, mas, a natureza da função. Se esta é tal que o sujeito forme ou concorra para que se forme a vontade do Estado para a obtenção de fins públicos, quem nela está investido se transforma em órgão da administração pública, e, somente por isso, torna-se funcionário público" (*Lições de Direito Penal*, Forense, 1986, Parte Especial, v. II, p. 385). Nélson Hungria é outro que assim desenvolve seu raciocínio: "O conceito de *funcionário público* deve ser, assim, ligado à noção de 'função pública'. Este, o critério prevalente ou moderno. Consoante a lição de Gavazzi, o conceito de funcionário público já não deriva do de *autoridade*, mas do de *função pública*, e por função pública se deve entender *qualquer* atividade do Estado que vise diretamente à satisfação de uma necessidade ou conveniência pública. Adotando a noção extensiva, o nosso Código ainda lhe deu maior elástico, não exigindo, para caracterização de funcionário público, nem mesmo o exercício *profissional* ou *permanente* da função pública. Pode dizer-se, como corolário do art. 327, que não é propriamente a *qualidade de funcionário público* que caracteriza o *crime funcional*, mas o fato de que é praticado por quem se acha no exercício de função pública, seja esta permanente ou temporária, remunerada ou gratuita, exercida profissionalmente ou não, efetiva ou interinamente..." (*Comentários ao Código Penal*, Forense, 1959, v. IX, p. 400-401).

contratando-o para o desempenho de serviço temporário, sob um contrato em regime especial ou nos moldes da Consolidação das Leis de Trabalho. Servem em empregos públicos os diaristas, mensalistas, tarefeiros...

Já o conceito penalístico de *função pública*, nos termos do art. 327, deve ser o de uma atividade que o Estado comete a alguém, que a desempenhará no interesse plural da coletividade (interesse público e, então, do Estado), seja remunerada, ou não, seja permanente ou transitória.⁷

(7) Do Superior Tribunal de Justiça, em voto do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro (RHC n. 3.900-0-SP, in RT 728/460-3), se recolhe: "O Código Penal, como faz com domicílio (art. 150, § 4.º), estrada de ferro (art. 260, § 3.º) e outras hipóteses, emiteu conceito de funcionário público. Estatuiu no art. 327, *verbis*: 'Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública'. Cargo, repetem os administradores, é lugar e conjunto de atribuições confiadas pela Administração a uma pessoa física, que atua em nome do Estado. Emprego é o vínculo de alguém com o Estado, regido pelas leis trabalhistas. Função pública, por seu turno, atividade de órgão público que realiza fim de interesse do Estado. Nota-se, o conteúdo do art. 327 engloba todas as modalidades de atuação do Estado. A última categoria - função pública - nessa passagem, é gênero. Os dois casos anteriores, espécies. As funções são amplas. Abrangem todas as atividades do Estado. Pouco importa se legislativa, executiva, ou judiciária. Permanentes, temporárias, eventuais, é indiferente. Assim, o funcionário público, titular de cargo, exerce função. O servidor contratado por tempo certo também o é. O jurado e o presidente da mesa receptora de votos, não obstante a eventualidade, também exercitam função pública". Exemplo de exercente de função pública que não se exhibe permanente nem remunerada é mesmo o do *jurado*, sendo certo que o Código de Processo Penal, no art. 438,

Será útil distinguir, desde já, função de *múnus público*, em que a atividade cometida ao agente se desenvolverá em prol de um interesse privado, de um, ou de alguns poucos.⁸ Exercente de *múnus*

fixa: "Os jurados serão responsáveis criminalmente, nos mesmos termos em que o são os juízes de ofício, por concussão, corrupção ou prevaricação (Código Penal, arts. 316, 317, §§ 1.º e 2.º, e 319)".

(8) Exemplos de *múnus públicos*, em uma tal significação penalística, se acham arrolados no inciso II do § 1.º do art. 168 do Código, em que se alistam, na condição de agentes de apropriação indébita (e não peculato, justamente por *não* haver aí *função pública*) majorada os que receberam a coisa alheia móvel de que se irão apropriar "*na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamentário ou depositário judicial*". Veja-se: as atividades por tais pessoas desempenhadas, ainda que provenientes de um comando estatal, se realizarão em benefício de um interesse particular (de um ou de alguns: tutelado, curatelado, da massa, do espólio, do depositante e dos eventuais terceiros interessados). O acórdão citado em nota de rodapé anterior (STJ, RT 728/460-3) referia-se a *advogado remunerado por convênio público*, que veio compreendido como *realizador de um múnus público*, excluído, portanto, do âmbito de abrangência do art. 327 do Código: "O Defensor Público, ao contrário do advogado, exerce função pública. O advogado, designado para exercer a defesa de alguém, exerce *munus publicum* (Lei n. 8.906, 14.07.1994, art. 2.º, § 2.º). Assim, não exercendo função pública não é funcionário público para os efeitos penais". E, de fato, o aludido diploma da advocacia (Lei n. 8.906/94, Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB) dispõe: "Art. 2.º *O advogado é indispensável à administração da justiça. (...) § 2.º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público*". Mas, ao mesmo Min. Cernicchiaro incumbiu relatar outro feito (RHC 1.208-SP). Ali, por estabelecer a análise da atividade do perito judicial em confron-

público *não* é funcionário público, portanto, nos termos do artigo ora em estudo.⁹

E, predominante para a determinação do conceito oferecido pelo art. 327, a noção de função pública, como se desprende da passagem de Fragoso, admite mesmo ser situada como gênero: “Pode o exercício da função pública ser voluntário ou obrigatório; permanente ou eventual; gratuito ou remunerado, e sua natureza específica é irrelevante. Pode, assim, tratar-se do exercício de uma função pública, correspondente a cargo ou emprego público eletivo (membros do Poder Legislativo), de nomeação ou contratual, como também de

mera situação de fato. São funcionários públicos, no sentido da lei penal os funcionários de fato (irregularmente investidos), a menos que pratiquem usurpação de função pública”¹⁰.

to com a do advogado, desenvolveu o insigne penalista interessante raciocínio: “O processo desenvolve-se por atos. A instrução probatória inclui a perícia. O perito, por seu turno, ainda que indicado pelas partes, exerce função pública. O Estado tem interesse porque indispensável ao processo e integrante da prestação jurisdicional. Ao prestar o compromisso, ou ao fazer a perícia sob o compromisso de seu grau, desvincula-se da parte que o indicou. Investe-se de agente de função pública. Aliás, falsa perícia é crime contra a Administração da Justiça. Tal como o jurado, desempenha função pública. Em consequência, para os fins penais, o perito é funcionário público. (...) O perito judicial, para os fins realçados, não se confunde com o advogado. Este, ao contrário daquele, desempenha, no processo, através da *legitimatatio ad postulandum*, atos de interesse privado, ou seja, de seu constituinte. O experto, por seu turno, é investido na função pública. O Estado confia-lhe a missão de trazer elementos úteis ao julgamento. Não no interesse da acusação ou da defesa. Mas no interesse de esclarecer o fato descrito na imputação” (RT 679/398-402, grifamos).

⁽⁹⁾ Fragoso diz não serem funcionários públicos “aqueles que apenas exercem um *mínus público* (curadores e tutores dativos, inventariantes judiciais, etc.) em que prevalece um interesse privado” (ob. cit., p. 385).

⁽¹⁰⁾ Ob. cit., p. 385-6. Mirabete (ob. cit., p. 289): “Como bem acentua Hungria: ‘Referindo-se à função pública *in genere*, o art. 327 abrange todas as órbitas de atividade do Estado: a de *legis executio* (atividade *rectória*, pela qual o Estado praticamente se realiza), a da *legis latio* (atividade legislatória, ou de normatização da ordem político-social) e a da *jurisdictio* (atividade judiciária, ou de apuração e declaração da vontade da lei nos casos concretos)’. O mesmo Mirabete, elencando julgados pertinentes a cada um deles, alista como sendo funcionários públicos para os efeitos do art. 327: o Presidente da República, o prefeito municipal, eleito ou nomeado, os membros das casas legislativas, inclusive o vereador, o militar, o serventuário de Justiça (oficial, escrivão, escrevente) de cartório não oficializado, ainda que não remunerado, o perito judicial, o advogado encarregado da cobrança da dívida ativa municipal, o contador da Prefeitura Municipal, o guarda municipal, o inspetor de quarteirão, o guarda-noturno no exercício de função de policiamento... Conclui, então, seu raciocínio: ‘Estende-se o conceito a todas as pessoas que exercem qualquer atividade com fins próprios do Estado, ainda que estranha à administração pública, com ou sem remuneração’ (idem, *ibidem*). Na obra de Alberto Silva Franco e Outros (“Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial”, RT, 1997, v. 1, tomo II, p. 3.653 a 3.656) também se acham julgados sobre estudante de direito em estágio junto à Defensoria Pública e leiloeiro judicial, além do seguinte escólio sobre titulares e auxiliares de tabelonatos e ofícios de registro: “Funcionário público – Serventuários de Justiça – Responsabilidade penal – “Funcionário público para efeitos penais (CP, art. 327): titulares e auxiliares de tabelonatos e ofícios de registro: caracterização não afetada pelo art. 326 da Constituição. O art. 326 da Constituição – ao dispor que os serviços notariais

2. O § 1.º: a extensão da equiparação conceitual¹¹

O texto do parágrafo é claro: “equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal”. Nada obstante, a aplicabilidade do dispositivo tem ensejado intensa controvérsia, derivada da imprecisão de significado da expressão “entidade paraestatal”.

Parte da doutrina, refletindo uma posição que até estaria a merecer o tratamento de “tradicional” no pensamento penal brasileiro, tem o dispositivo como *alusivo exclusivamente às autarquias*. Hungria¹²: “Assim, em face do Código, funcionário público não é apenas o que serve à administração direta do Estado, senão também o empregado de entidades paraestatais (autarquias que gravitam na órbita da União, Estados-membros ou Municípios), não passando estas, em última análise, de desdobramentos ou descentralizações da administração pública ou estatal¹³”. Noronha assim também se posiciona: “Têm-se em vista, aqui, órgãos descentralizados da administração pública, dotados de personalidade jurídica toda própria: refere-se a lei às

autarquias¹⁴. Damásio, de sua parte: “Seguimos a orientação restritiva¹⁵. A norma do art. 327 é de extensão, conceituando a elementar ‘funcionário público’ contida em várias incriminações. Por isso é também norma penal incriminadora. Sua interpretação deve ser restritiva, não podendo ser alargada¹⁶”.

Mirabete tem outra visão, uma visão que, pelo esmero de sua exposição, nos permitimos transcrever: “As *entidades paraestatais*, não se confundem com as autarquias, órgãos do próprio Estado e que realizam atividades públicas típicas. Aquelas, paralelas ao Estado, são ‘pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação é autorizada por lei, com patrimônio público ou misto, para realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado’. Dividem-se elas em *empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações instituídas pelo*

e de registro serão exercidos em caráter privativo, por delegação do Poder Público – não lhes afetou, mas antes lhes confirmou a publicidade da natureza, da qual resulta a consideração de seu pessoal como funcionários públicos, para efeitos penais, ainda que não para outros efeitos. (STF – 1ª T. – RE – Rel. Sepúlveda Pertence – j. 11.02.1992 – RDA 188/75)”.

(11) O atual § 1.º era, primitivamente, o parágrafo único do dispositivo. Foi a Lei n. 6.799/80 que, para acrescentar o atual § 2.º, operou tal modificação.

(12) Cujos ensinamentos se deram em momento precedente da Lei n. 6.799 (de 1980), nunca é demais lembrar.

(13) Ob. cit., p. 403.

(14) Ob. cit., p. 206. Segue-se, na lição do grande penalista brasileiro, que “*Autarquia* significa direção própria, *administração de si mesmo*. Referindo-se a ela, escreve Oscar Saraiva que ‘estes organismos são, por isso, verdadeiras emanações do Estado e representação sua num determinado setor da atividade. Buscando na biologia imagem para ilustrar este processo criador, poderíamos dizer que tal criação se assemelha à reprodução da célula por cissiparidade, em que da célula matriz se destacam células menores, que passam a ter vida independente. Do Estado, célula *mater* da administração, destacam-se essas microadministrações, que passam a ter vida própria...’ (idem, p. 207).

(15) Que o próprio autor se incumbiu de caracterizar: “para essa posição, a *equiparação só alcança as autarquias* (pessoas jurídicas que realizam atividades públicas típicas), não se aplicando às sociedades de economia mista ou aquelas em que o poder público figura como acionista majoritário” (ob. cit., p. 102, grifamos).

(16) Ob. cit., p. 102.

Poder Público e serviços autônomos. As duas primeiras, juntamente com as autarquias, compõem a Administração Indireta da União, e, os dois últimos, fora dessa Administração, constituem os entes de cooperação. Embora a interpretação literal do § 1.º do art. 327 não deixe dúvidas quanto à inclusão no conceito de funcionário público, para os efeitos penais, das pessoas que exercem cargo, emprego ou função pública nessas entidades paraestatais, há na doutrina séria resistência em abrangê-las na definição. Fragoso afirma que, realizando essas entidades serviços industriais ou comerciais que não constituem fins próprios do Estado e que não configuram função pública para os efeitos da lei, a ampliação é inadmissível. Ana Maria Babette Bajer Fernandes, afirmando que na elaboração do Código Penal não se previa o desenvolvimento 'desenfreado' da estrutura burocrática do Estado, repele a solução normal da interpretação progressiva, recomendando que se restrinja o conceito. Na jurisprudência, embora pacífica a admissão de funcionários autárquicos no conceito (RT 555/393, 564/356¹⁷; RF 176/334, 232/389; JTACrSP 67/381), alguns tribunais não têm admitido essa qualidade nos funcionários de sociedades de economia mista, como o Banco do Brasil S/A, por exemplo, entendendo não serem elas entidades paraestatais (RT 376/113, 472/388, 513/451, 591/330-331; RF 159/344, 267/328).

Recentíssimas decisões do Superior Tribunal Federal, porém, confirmam que 'o empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista está equiparado, para os efeitos penais, ao funcionário público' (RECr. 96.358-8-RJ, DJU de 28.08.1982, p. 7.874¹⁸; RTJ 101/869 e 413; RT 566/406). Assim tem-se decidido em outras ocasiões no STF (RTJ 56/766, 46/27; RT 589/418), no TFR (RF 182/308)¹⁹, no TJSP (RT 613/318)²⁰, no TACrSP (JTACrSP 69/

(18) "O empregado de empresa pública está equiparado, para os efeitos penais, aos funcionários públicos" (STF, RE, rel. Min. Alfredo Buzaid - DJU 20.08.1982, p. 7.874). Há, ainda, outros decisórios da Suprema Corte, elencados na obra de Silva Franco e Outros (cit., p. 3.658): "*Penal - O empregado de empresa pública está equiparado, para os efeitos penais, ao funcionário público* - A Companhia Brasileira de Alimentos - COBAL - é empresa pública, cujo capital foi constituído exclusivamente pela União. Comete peculato e não apropriação indébita o empregado de empresa pública, que pratica o crime previsto no art. 312 do CP" (STF, RE, rel. Min. Alfredo Buzaid, RTJ 103/413); "*Peculato - Empregado de empresa pública* - Apropriação de dinheiro pertencente à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, praticada por empregado da mencionada entidade no exercício de suas funções. Crime de peculato e não de apropriação indébita. Aplicação dos arts. 312 e 327 do CP" (STF, RE, rel. Min. Soares Muñoz, RTJ 103/869).

(19) "A norma penal em branco do art. 327 do CP equipara a funcionário público qualquer servidor de entidade paraestatal, seja ela empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público" (TFR, rel. Carlos Thibau, RTFR 117/239).

(20) "*Peculato - Crime atribuído a gerente de Caixa Econômica estadual - Função pública por ele exercida - Admissibilidade - Condenação confirmada - Inteligência e aplicação dos arts. 312 e 327 do CP de 1940* - Para efeitos penais, o art. 327

(17) De fato, sem que se descure da conceitualização administrativa que *distingue* as autarquias das entidades paraestatais, assume ares de *incontroversa* a inclusão do funcionário de *autarquia* no conceito de funcionário público emanado do § 1.º do art. 327: "O empregado de autarquia é funcionário público enquanto sujeito ativo do crime, mas não se lhe estende essa qualidade quando sujeito passivo da infração" (TACrimSP, rel. Juiz Penteado de Moraes, RT 564/356).

287) e no TJDF (RF 22/267). Não há que se negar que, em se tratando de entidade paraestatal de qualquer espécie, a equiparação é indiscutível. Não é só a interpretação literal da expressão 'entidade paraestatal' que leva a esta conclusão. A Lei n. 6.799, de 23.06.1980, que reenumerou o antigo parágrafo único para § 1.º e acrescentou o § 2.º, dissipa qualquer dúvida ao dispor: 'A pena será aumentada de terça parte quando os autores dos crimes previstos nestes capítulos forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou função instituída pelo poder público'. Adotou o legislador, portanto, o sentido jurídico próprio da expressão *entidade paraestatal* na conceituação de funcionário público para os efeitos penais, abrangendo todos os que exercem cargo, emprego ou função nessas entidades (diretores ou empregados), embora o aumento de pena previsto no dispositivo somente se aplique aos ocupantes dos cargos especificados na lei. Não se pode concluir que a equiparação se refere apenas aos dirigentes; já no § 1.º, referindo-se a lei à entidade paraestatal, abrange todas as entidades citadas, o que fica confirmado no § 2.º. Embora possam não ter elas fins próprios do Estado, são constituídas, ao menos em parte, com patrimônio público, visam à realização de vários fins de interesse coletivo, e se submetem às normas e controle do Estado,

do CP de 1940 considera funcionário público também aquele que exerce emprego público, como o contratado, o diarista etc., ou de qualquer modo exerce função pública. O conceito advém, portanto, desta, dando-lhe a legislação penal maior extensão que a do Direito Administrativo" (TJSP, rel. Des. Dirceu de Mello, RT 613/318).

justificando-se a maior proteção que a lei vai-lhes emprestando"²¹.

Rui Stoco também vê a expressão "entidades paraestatais" com plena significação: "Em síntese, para efeitos penais, consideram-se funcionários públicos, independentemente da forma de admissão, regime jurídico ou remuneração (ainda que não haja remuneração por parte da Administração direta ou indireta), as pessoas físicas que exerçam cargos ou funções, em caráter permanente ou transitório, na Administração Direta, Indireta (autarquias, entidades paraestatais - de que são espécies a empresa pública, sociedade de economia mista e serviços sociais autônomos) e fundacional da União, Estados e Municípios"²².

De grande valia será considerar, ainda, o pensamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "Como ensina Cretella Júnior (1980:140), *paraestatal* ou *parestatal*, 'é vocábulo híbrido formado de dois

(21) Ob. cit., p. 290-291. O autor alinha mais um seu argumento: "O Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, aprovado pelo Decreto n. 1.171, de 22.06.1994, prevê a criação de comissões de ética em órgãos e entidades da Administração Pública direta, indireta, autárquica e fundacional, ou qualquer órgão ou entidade que exerça atribuições delegadas pelo poder público. Para fins de apuração de comprometimento ético, entende-se por servidor público todo aquele que, por força de lei, contrato ou qualquer ato jurídico, preste serviços de natureza permanente, temporária ou excepcional, ainda que sem retribuição financeira, desde que ligado direta ou indiretamente a qualquer órgão do poder estatal, como as autarquias, as fundações públicas, as entidades paraestatais, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, ou em qualquer setor onde prevaleça o interesse do Estado" (idem, p. 291).

(22) "Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial", cit., v. 1, tomo II, p. 3.658.

elementos, a saber, a partícula grega *pará*, que significa 'ao lado de', 'lado a lado', e *estatal*, adjetivo forjado sobre o nome latino *status*, que tem o sentido de Estado. À letra, paraestatal é algo que não se confunde com o Estado, porque caminha lado a lado, paralelamente ao Estado'. Conforme demonstrado por Celso Antonio Bandeira de Mello (1968:350), o termo foi empregado, pela primeira vez, no direito italiano, em um decreto-lei de 1924, para indicar a existência de certos entes paraestatais, ao lado das autarquias; para alguns autores, o que se quis abranger, sob essa designação, seria um *tertium genus* intermediário entre as pessoas públicas e privadas; por outras palavras, seria um pessoa semi-pública e semi-privada. No entanto, posteriormente, o mesmo vocábulo foi utilizado, em outras leis italianas, para fazer referência a autarquias de base fundacional. O termo passou para o direito brasileiro com a mesma imprecisão conceitual, havendo diferentes correntes de pensamento a respeito de seu significado: 1. para Cretella Júnior (1980:140-141), baseado na lição de Miguel Reale, 'paraestatais são as *autarquias* que conservam fortes laços de dependência burocrática, possuindo, em regra, cargos criados e providos como os das demais repartições do Estado, âmbito de ação coincidente com o do território do Estado e participando amplamente do *jus imperii*'; 2. segundo Themístocles Brandão Cavalcanti, o vocábulo designa os entes autárquicos que têm menores laços de subordinação com o Estado (*apud* Cretella Júnior, 1980:141); 3. para Hely Lopes Meirelles (1996:320) '*entidades paraestatais* são pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação é autorizada por lei específica, com patrimônio público ou misto, para realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado'; são o meio termo

entre o público e o privado; compreendem as *empresas públicas*, as *sociedades de economia mista*, as *fundações instituídas pelo Poder Público* e os *serviços sociais autônomos*; 4. para Celso Antonio Bandeira de Mello (1968:353), a expressão abrange pessoas privadas que *colaboram* com o Estado desempenhando atividade não lucrativa e à qual o Poder Público dispensa especial proteção, colocando a serviço delas manifestações de seu poder de império, como o tributário, por exemplo. Não abrange as sociedades de economia mista e empresas públicas; trata-se de pessoas privadas que exercem função típica (embora não exclusiva do Estado), como as de amparo aos hipo-suficientes, de assistência social, de formação profissional (SESI, SESC, SENAI). O desempenho das atividades protetórias (próprias do Estado de polícia) por entidades que *colaboram* com o Estado, faz com que as mesmas se coloquem próximas do Estado, paralelas a ele".

A eminente administrativista, então, se posiciona: "Na realidade, o vocábulo não deveria ser utilizado na legislação, a não ser que fosse por ela definido. No entanto, encontra-se, por vezes, a menção a entidades paraestatais em dispositivos legais; cite-se, a título de exemplo, o art. 327, parágrafo único²³, do CP, que equipara a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal; o sentido óbvio é o de alcançar as pessoas que exercem *função pública*, mesmo que o façam em entidades *paralelas* ao Estado; quer-nos parecer que tal dispositivo abrange as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais. Da mesma forma, o Código Judiciário do Estado de São Paulo (Decreto-lei Complementar n. 3, de 27.08.1969) que, no art. 36, confere

(23) Hoje, § 1.º, como se viu.

juízo privativo às *entidades paraestatais*, parecendo-nos ter a mesma abrangência já assinalada e que é aquela com que a expressão se vulgarizou no direito brasileiro. Não a empregaremos mais nesta obra, por entendermos que não tem sentido jurídico preciso²⁴.

Pois bem, temos que o acerto está com esta última posição. Não se trata, pensamos, de “alargar” a significação de “entidade paraestatal”, mas de *dar à expressão o seu efetivo significado*. Um significado que hoje decorre da letra da lei.

Isso mesmo: *a lei que vige definiu sim o que se deve entender por elas, entidades paraestatais*. O art. 84, da Lei n. 8.666/93, dispositivo de patente similitude com o art. 327, do CP, estabeleceu, no *caput*, que: “Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público”. No § 1.º, de evidente paralelismo com o estudado § 1.º do art. 327, o legislador fez certo que: “Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, *assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público*”²⁵.

Diferenciando-se de seu modelo (o art. 327), o legislador de 1993, ao elaborar o preceito equiparador no § 1.º do art. 84, foi além, dando saber, com positividade, *quais entidades se devem considerar paraestatais*: “além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público”. Para nós, o § 1.º do art. 84, da Lei n. 8.666 pode ser tomado

como uma resposta do legislador à oscilação doutrinária e à conseqüente incerteza pretoriana.

Assim, e escorada na jurisprudência dos últimos tempos referida por Mirabete, nossa posição é a de que a expressão “entidade paraestatal” do § 1.º abrange: as autarquias (abstraida a discussão de cunho administrativo sobre a sua natureza), no que o pensamento dos autores e das cortes jamais divergiu, as *empresas públicas*, as *sociedades de economia mista*, as *fundações instituídas pelo Poder Público*²⁶.

Cabe, todavia, uma ressalva, notadamente em razão das sociedades de economia mista: quando a entidade ostentar uma face privada, será o agente de ser considerado funcionário público para se ver enquadrado nos tipos do estudado Capítulo I quando, ao delinquir, estiver atuando em setor que desempenhe função pública (serviço público, atividade pública), ou, se delinquir para atingir um tal setor. Se a atuação revestir um ataque que se resolva em âmbito exclusivamente particular a incriminação deverá vir em outros dispositivos que não os do Título XI do Código.

Nesse sentido, merece transcrição a lapidar lição de Pagliaro e Paulo José: “Os crimes funcionais são compreendidos na mais ampla categoria de ‘crimes próprios’, que são aqueles delitos que podem ser praticados, no que se refere

(26) Ainda: *dado o afirmado e reafirmado caráter de priorização da função pública de que se valeu o legislador do Código*, pensamos que até mesmo os entes de cooperação, sob controle do Estado (os *serviços sociais autônomos* de que cuida Meirelles), poderiam admitir caracterização enquanto entidades paraestatais. Mas, impõe-se-nos registrar, doutrina e jurisprudência, como se viu, não chegam a tanto.

(24) “Direito Administrativo”, cit., p. 307-309.

(25) Grifamos.

aos autores, somente por aqueles indivíduos dotados de particular qualificação. (...) Os delitos funcionais dispõem, entretanto, entre os crimes próprios, de uma característica de todo particular. Neles, a qualificação subjetiva não precede o fato, mas deriva do sujeito por uma atividade que ele exercita no momento do fato. (...) Em outras palavras: o *prius* lógico dos crimes funcionais é que o sujeito, na situação concreta, esteja exercitando uma função pública. Deste dado de fato (e não da qualidade de funcionário público honorário, etc.) deriva a qualificação de funcionário público necessária à configuração dos crimes. Logo, os delitos funcionais podem ser classificados como "delito próprios com estrutura inversa", no sentido de que é necessário indagar sobre o fato antes de concluir que a qualificação subjetiva de funcionário público subsista realmente. Mesmo diante de uma vinculação constante com a administração pública, e até com relação àqueles funcionários públicos considerados "sempre em serviço", poderá suceder que uma conduta concreta não tenha qualquer relação com o exercício da função pública. Em tais casos, a qualificação de funcionários públicos não poderá fundamentar nem agravar o crime"²⁷.

Com efeito, se na maioria dos crimes próprios as condições pessoais (qualidades que no tipo identificam o sujeito ativo) são autônomas em relação ao fato praticado, nos crimes funcionais a condição de funcionário público virá caracterizada à medida em que a conduta for uma conduta de função pública, como vimos. Por isso que o só fato de ser funcionário de sociedade de economia mista não fará do apropriador indébito um peculatório. Não sempre, pelo menos. Haverá de haver uma apropriação

que se relacione ao exercício, naquela entidade paraestatal, de uma atividade (função) pública pelo agente. Bem por isso citamos, uma outra vez, a anotação de Nélson Hungria: "Pode dizer-se, como corolário do art. 327, que não é propriamente a *qualidade de funcionário público* que caracteriza o *crime funcional*, mas o fato de que é praticado por quem *se acha no exercício* de função pública, seja esta permanente ou temporária, remunerada ou gratuita, exercida profissionalmente ou não, efetiva ou interinamente..."²⁸.

3. O § 2.º: só causa de aumento? Causa de aumento e equiparação? Se há, qual a equiparação?"²⁹

Duas coisas são certas neste segundo parágrafo.

Primeira: ele se reporta aos *funcionários enquanto autores dos crimes previstos no Capítulo I* (do peculato, art. 312, até a violação de sigilo funcional, art. 325).

Segunda: *os funcionários nele designados – ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público* – sofrerão majoração de terça parte da pena quando vierem condenados pela prática de um de tais delitos. Com isso o dispositivo abriga uma causa de exasperação (aumento especial de pena em padrão fixo: um terço).

Bem assim, é inteiramente cabível a destacada (e reiterada) referência a este § 2.º que boa parte da doutrina realiza quando da abordagem do sujeito ativo

(28) Ob. cit., p. 401, grifamos.

(29) O § 2.º veio acrescido ao art. 327 pela Lei n. 6.799, de 23.06.1980, relembre-se.

(27) Ob. cit., pp. 30 e 31.

no estudo de *cada um dos delitos do capítulo*. Por isso, seja um dirigente o peculatório, o corrupto, o prevaricador, etc. e sua sanção virá majorada.

Pois bem: para nós não há mais na disposição legal. *Ela encerra uma causa especial de aumento de pena (majorante), nada além*. Majoração relacionada ao elevado posto que o funcionário delinqüente ocupa quando do crime. Tais agentes, desfrutando de posição privilegiada na estrutura da instituição a que pertencem, deterão maiores poderes de atuação, gozarão de maior prestígio e influência sobre os demais, sofrerão menor vigilância. Ora, porque sua responsabilidade é mais grave que a dos subordinados, porque sua posição poderá lhe facilitar o crime, a pena de um tal sujeito ativo vem exasperada, no que se mostra o legislador perfeitamente razoável.

Mas uma grande parte da doutrina – para quem o § 1.º somente se refere aos funcionários de autarquias – vê também neste § 2.º a norma que equipara a funcionário público, *para os efeitos penais do artigo*, alguns (*somente aqueles mencionados no dispositivo*) funcionários de sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações instituídas pelo poder público.

Fragoso: “O § 2.º do art. 327 (introduzido pela Lei n. 6.799, de 23.06.1980), altamente defeituoso, realiza equiparação implícita a funcionário público de ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento em sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público. A equiparação é limitada, pois somente se refere aos crimes do primeiro capítulo do título XI (crimes praticados por funcionário contra a administração em geral) e só se aplica nos casos em que o funcionário é *autor* do crime. Por outro lado, a equiparação só abrange os ocupantes de

cargos em comissão, de função de direção ou de assessoramento. Assim sendo, quem ofender um diretor de empresa pública, no exercício do cargo, pratica apenas um crime contra a honra comum, e não desacato. Os funcionários de sociedades de economia mista, de empresa pública ou de fundação instituída pelo poder público, que não ocupem cargo em comissão, nem exerçam função de direção ou de assessoramento, *não são funcionários públicos para os efeitos da lei penal*”³⁰. Damásio: “somente são funcionários públicos, sofrendo a causa de aumento de pena dos crimes previstos no Capítulo I, as pessoas expressamente mencionadas, as que ocupam cargos em comissão ou exercem função de direção ou assessoramento nas entidades indicadas. Os outros, por exemplo, os que não exercem função de direção etc., não são funcionários públicos”³¹. Pagliaro e Paulo José: “A equiparação e a causa de aumento deverão ser restringidas às pessoas mencionadas pela lei. Os demais funcionários da sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público não podem ser considerados funcionários perante a lei penal”³².

⁽³⁰⁾ Ob. cit., p. 387. Como se percebe, também para Fragoso o § 1.º só se aplica aos funcionários de autarquias. Assim, entende o mestre que a equiparação que atinge os funcionários de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais somente veio estabelecida neste § 2.º e de modo restrito, atingindo apenas estes agentes de maior proeminência na estrutura das instituições. Diz ele, sintetizando: “A tendência para ampliar o círculo dos funcionários públicos para os efeitos penais é imprópria” (idem, ibidem).

⁽³¹⁾ Ob. cit., p. 103 (grifamos), em que conclui o autor: “Essa é a posição que entendemos correta”.

⁽³²⁾ Ob. cit., p. 29.

Pensamos, todavia, que o § 2.º, longe de promover qualquer equiparação, justamente reforça a idéia de que é no § 1.º que se acha a ampla equiparação de todos os funcionários das entidades paraestatais aos funcionários públicos para os efeitos do art. 327. É que o mencionado § 2.º, vindo para aumentar a pena de alguns, dá a entrever que, silenciando quanto aos demais, a (existente, portanto) sanção destes remanecerá sem o cogitado aumento.

Em lapidar acórdão do TACrimSP³³ o sempre profícuo Corrêa de Moraes proporciona uma apurada visão da questão. Merece transcrição o primoroso trabalho de Sua Excelência: *“Não oferece dúvida que se equipara a funcionário, para os efeitos penais, quem tenha vínculo empregatício com entidade paraestatal (gênero de que a sociedade-vítima é espécie, por ser de economia mista). A equiparação, formulada em termos expressivamente genéricos, não leva em conta o estrato hierárquico do cargo ocupado nem o nível de importância da função exercida. Tivesse em mente restringir a equiparação aos ‘ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento’, o legislador (Lei n. 6.799, de 23.07.1980) simplesmente teria substituído o parágrafo preexistente pelo atual § 2.º, que traz implícita a equalização. Por outras palavras, fosse também para reduzir o âmbito da equiparação, — e não apenas para cominar punição mais severa a agentes mais categorizados —, razão não havia para a manutenção do atual parágrafo primeiro. Tão apodictica é a impossibilidade de aplicação extensiva da causa especial de aumento de pena (§ 2.º), quanto é evidente que o acréscimo legislativo não havia de estar destinado*

a ‘esvaziar’ o parágrafo mantido. De modo que segue equiparado a funcionário público, para os efeitos penais, quem ocupe qualquer cargo, tenha qualquer tipo de emprego, exerça qualquer função em entidade que se inclua na categoria de paraestatal (v.g., a sociedade de economia mista), conquanto diverso o tratamento punitivo relativamente à posição hierárquica do agente. Insista-se: objetivasse a adição do § 2.º não apenas punir com maior severidade agentes mais categorizados, mas, também, a eles reduzir o âmbito da equiparação, não se justificaria a manutenção do atual § 1.º”. Percebase, por outro lado, como o eminente magistrado paulista também lê o § 1.º como abrangente de outras entidades paraestatais, além das autarquias. Para nós, o julgado é uma lição a seguir.

Também vale registrar ter o Ministro Soares Muñoz declarado que o § 2.º veio “explicitando quais sejam as entidades paraestatais a que se refere o § 1.º”³⁴.

4. O alcance dos dispositivos: da definição do *caput* e da equiparação consagrada no § 1.º

Outra questão que pende, objeto da controvérsia doutrinária, é a que respeita ao alcance das disposições abrigadas no dispositivo ora estudado. Por um lado, cabe considerar a situação topográfica do artigo. Quis o legislador

(34) RTJ 103, em voto encartado nas p. 872 e 873, onde se lê, inclusive: “Poderá, quicá, objetar-se que o mencionado § 2.º foi acrescentado ao art. 327 pela Lei n. 6.799, de 23.06.1980, sendo assim posterior ao fato *sub judice*. A objeção, entretanto, não procede, porque o argumento extraído do aludido parágrafo é de mero reforço, harmônico que se acha o texto do novo dispositivo com o *caput* do artigo, o qual apenas completa e explicita”.

(33) Apelação n. 588.839/6, julgado de 27.09.1990.

instalá-lo no Capítulo I, que cuida dos crimes cometidos por funcionário público em detrimento da administração. Nessa conformidade, ter-se-ia que a definição só alcança os funcionários enquanto sujeitos ativos dos delitos. De fato, a disposição poderia ter vindo na Parte Geral do Código, ou, ao menos, em um capítulo que dispusesse genericamente sobre a criminalidade contra a administração³⁵. Mas, não.

Por outro lado, há a dicção da norma em si considerada. Por ela, a disposição teria abrangência, inexistindo ali qualquer delimitação tópica para o conceito que se anuncia: "Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem...".

Pois bem: com relação à norma do "caput" o pensamento dominante é o de que tal disposição tem alcance não restrito ao estudado Capítulo I do Título XI, apresentando-se como autêntica regra de caráter geral, "aplicável a todo o Código Penal e à legislação penal extravagante", como aponta Celso Delmanto³⁶.

Mas em função da equiparação estabelecida no § 1.º - cujo conteúdo, como vimos, não se exhibe satisfatoriamente definido... - estabeleceu-se controvérsia, havendo os que afirmam que aqueles exercentes de cargo, emprego ou função em entidade paraestatal - uma vez que se determine o que se deve entender por ela... - também se apresentarão como funcionários públicos quando o delito os tiver como vítimas.

Pois bem, Fragoso assim se posiciona: "A definição de funcionário público estabelecida no Código Penal, embora situada no capítulo relativo aos crimes praticados por funcionários contra a administração em geral, aplica-se não só ao título XI inteiro, como também a todas as demais disposições contidas no Código Penal e em leis extravagantes". O mestre fluminense prossegue, sustentando a aplicabilidade do conceito estabelecido no art. 327 (*caput* e § 1.º) inclusive para as situações em que o funcionário vier como *ofendido*: "Diante de nossa lei, portanto, parece-nos não haver dúvida de que pratica corrupção ativa quem oferece vantagem indevida a um presidente de autarquia, nos termos do art. 333, sendo ele, pois, sujeito passivo secundário. O legislador poderia dispor diversamente, mas sem dúvida não o fez, e o intérprete não poderá distinguir onde a lei não distingue"³⁷.

Pagliari e Paulo José: "A definição de funcionário público, embora localizada no final do capítulo dedicado aos crimes praticados por funcionários públicos contra a administração em geral, é válida para todas as disposições contidas no Código e em leis extravagantes. Esta definição de funcionário público, apesar de colocada no final do capítulo dedicado aos funcionários públicos, é válida para os casos em que uma disposição do Código Penal ou de uma lei especial faça referência a um funcionário público. Isto resulta da expressão 'para fins penais', a qual significa que, sempre que a lei penal se referir ao funcionário público, os critérios para determinar aqueles que devem reentrar nessa categoria são extraídos do art. 327. Corolário disto é que a definição vincula o intérprete não só quando o funcionário público é o sujeito ativo do

(35) Algo como, por exemplo, o Capítulo IV do Título VI do Código (arts. 223 a 226), onde se encartam disposições pertinentes aos antecedentes crimes contra os costumes, ou o Capítulo VIII do Título II (arts. 181 a 183), em que se encontram as imunidades para os delitos patrimoniais.

(36) Ob. cit., p. 493.

(37) Ob. cit., p. 384 e 386.

crime, mas também quando é ele o ofendido, como no delito de desacato³⁸.

Hungria, entretanto, tem outra visão, e doutrina, aludindo àquele que era o parágrafo único do artigo (hoje, § 1.º): “Cumpra, porém, notar que a equiparação é tão-somente para os efeitos penais concernentes aos crimes em que o funcionário é *sujeito ativo* (isto é, somente em relação aos crimes chamados *funcionais*). Se assim não fosse, o art. 327 teria de figurar como disposição geral do Título XI, e não apenas do respectivo cap. I”³⁹.

Noronha, referindo-se ao § 1.º e se reportando ao abono de Hungria para a posição: “Necessário, entretanto, é observar que essa equiparação é feita exclusivamente tendo em vista os efeitos penais, quando aqueles empregados forem *sujeitos ativos do crime*. Dessarte, se alguém, v.g., ofender um empregado de entidade paraestatal, no exercício da função, não comete o delito de desacato”⁴⁰.

Mirabete: “Na esteira de Hungria, tem-se afirmado que a equiparação a

funcionário público daqueles que exercem cargo, emprego ou função em entidade paraestatal tem em vista os efeitos penais apenas com relação ao *sujeito ativo* do crime (RT 483/312). ‘Se assim não fosse – afirma o mestre – o art. 327 teria de figurar como disposição geral do Título XI, e não apenas do respectivo Capítulo I.’ Na jurisprudência não se tem considerado como funcionário público, na qualidade de sujeito passivo do crime, os empregados de empresa de economia mista (RT 378/181, 409/70, 606/449; RTJ 118/328; JSTJ 8/244; RJTJESP 76/299). Não há que se fazer tal distinção. Embora o art. 327 do CP esteja no capítulo dos crimes praticados por funcionários públicos, o conceito aí definido, como é pacífico na jurisprudência, estende-se não só a toda parte especial como às leis penais extravagantes, tendo a característica de *regra geral* como a chama o art. 12 do CP. O fato de ter sido incluída na parte especial não lhe retira essa qualidade. Ademais, referindo-se a lei genericamente a ‘efeitos penais’, não há porque se excluir do conceito de *sujeito passivo* do crime aqueles que a lei equipara ao funcionário público como agentes do delito (RT 655/328), máxime quando se admite como vítima de crime praticados contra funcionários públicos, aqueles que não são no sentido estrito, como os vereadores (RT 551/351-4), e mesmo os particulares quando exercem função pública (RT 617/301), como os peritos judiciais (RTJ 100/135; RT 556/397) e guardas-noturnos (RT 374/164; JTACrSP 29/327-8)”⁴¹.

Para nós a razão, no ponto em estudo, está com Hungria e Noronha. O dispositivo instalado no § 1.º deve ser tomado como alusivo aos funcionários

(38) Ob. cit., p. 22.

(39) Ob. cit., p. 404. *Damásio* (ob. cit., p. 102) é outro que se escora na questão topográfica para sustentar sua inclinação pelo entendimento *restritivo*, ou, aquele no sentido de que a equiparação do § 1.º (que para ele somente alude aos funcionários das autarquias) incide apenas sobre a figura do *sujeito ativo* dos crimes.

(40) Ob. cit., p. 208. O mesmo Noronha, ao cuidar do *caput* do art. 327, e antes, portanto, de lecionar sobre o § 1.º: “o citado artigo, ao lado de outros, como os arts. 140, § 1.º; o 142; o 181 etc., podia, sem qualquer inconveniente, figurar na *Parte Geral*. Tal significa que o conceito de funcionário público que o legislador enunciou nesse artigo aplica-se a todo o Código Penal e mesmo a outras leis penais” (ob. cit., p. 204). Assim, imaginamos que o mestre vê um alcance para o *caput* e outro para o § 1.º.

(41) Ob. cit., p. 291-292.

enquanto agentes dos crimes do Capítulo I, em que se situa⁴². Se a cabeça do artigo, a despeito da topografia, pode servir como regra geral, pensamos que será ampliar demasiado o tratamento penal das questões que envolverem o funcionário de paraestatal como *vítima* ou *elemento do tipo* de crime considerar tal funcionário um funcionário público. Aqui, sim, há a considerar a prevalência de um posicionamento restritivo.

Ademais, não será exagero considerar que já haverá alguma dificuldade na demonstração do dolo (no atinente à imprescindível ciência, ainda que leiga, de que se atua contra ou em face⁴³ de um funcionário público) quando de um crime cometido contra (em face de) exercente de determinados empregos públicos que, mercê de sua transitoriedade, talvez inviabilizem a percepção de que aquela pessoa é um "funcionário público". O mesmo se poderá observar quando de práticas desenvolvidas em detrimento (em face) de exercentes de dadas funções públicas. Ora, tomando-se o *caput* como regra geral, a questão, já problemática, se reduzirá à ambiência probatória...

Com efeito, e avançando no raciocínio: muito mais difícil se tornará a caracterização do conhecimento, pelo autor de um desacato, v.g., de que a pessoa aviltada (ou desobedecida, num exemplo de desobediência) naquela sociedade de economia mista (autarquia,

empresa pública, fundação...) era um funcionário público.

Alberto Silva Franco, em julgado de sua lavra, acrescenta outro argumento: "O próprio § 2.º, recentemente introduzido no art. 327 do CP, se tornou argumento exegético de real importância. Se, em verdade, a equiparação coubesse indiferentemente para o sujeito ativo e para o sujeito passivo, a causa de aumento de pena não deveria conter limitação alguma: atenderia logicamente às duas posições: a ativa e a passiva. No entanto, o referido dispositivo penal só autoriza o aumento em quantidade fixa de pena, para os crimes funcionais e só para a hipótese em que os ocupantes de cargos em comissão, de função de direção ou assessoramento de entidades paraestatais sejam autores daqueles crimes. O dispositivo não deixou, portanto, de ser uma definição do legislador a respeito do sentido e do alcance da equiparação, na linha de pensamento de Nelson Hungria e Magalhães Noronha"⁴⁴.

Concluindo: para caracterizar o conceito de funcionário público como vítima ou elemento da definição de um delito melhor será desprezar a equiparação elaborada à luz das entidades paraestatais (no § 1.º), equiparação que se instituiu para servir à conceituação do funcionário quando autor dos crimes funcionais.

(42) Podendo o mesmo se dar, de outra parte, quando da determinação dos *sujeitos ativos* dos crimes *funcionais* alojados em outros capítulos do Código (delitos qualificados ou especialmente agravados em virtude de terem sido cometidos por funcionário público) e também na legislação extravagante.

(43) "Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela" (art. 331); "desobedecer a ordem legal de funcionário público" (art. 330).

(44) Julgado de 02.06.1981, prolatado, portanto, pouco depois da Lei n. 6.799/80, e extraído da obra de Silva Franco e Outros (cit., v. 1, tomo II, p. 3.660). Delmanto é outro que professa esse sentir: "A nosso ver, o novo § 2.º deixou claro que a primeira corrente é a certa, pois limitou a causa de aumento 'aos autores dos crimes previstos neste capítulo', demonstrando que tanto a equiparação do § 1.º, como a do § 2.º - para Delmanto há uma equiparação no § 2.º, como se pode perceber - devem ficar limitadas ao sujeito ativo" (ob. cit., p. 493).