

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.2

O SUJEITO PASSIVO NOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LUIZ ROBERTO CICOGNA FAGGIONI

SUMÁRIO: 1. A colocação do problema – 2. Metodologia – 3. A hipótese – 4. Métodos ou etapas de controle da hipótese: 4.1 Método lingüístico; 4.2 Método sistemático; 4.3 Método pragmático; 4.4 Decisão interpretativa – 5. Críticas possíveis à hipótese de interpretação e respostas viáveis a elas – Bibliografia.

Resumo: O presente texto visa propor interpretação ao art. 327 do Código Penal através de metodologia proposta por Francesco Iacoviello, embasada no pensamento de Popper. A hipótese proposta é que podem ser sujeitos passivos dos delitos contra a administração pública tanto a administração direta quanto as fundações instituídas pelo poder público, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as autarquias bem como os funcionários daquela e dessas.

Palavras-chave: Crimes contra a administração pública – Art. 327 do CP – Interpretação – Metodologia – Cargo público – Paraestatal – Empresa pública – Sociedade de economia mista.

1. A colocação do problema

Qualquer operador do sistema é bem ciente do problema de interpretação colocado pelo art. 327 do CP.

Esse artigo por um lado demarca o que se deve considerar funcionário mas, doutro lado, simetricamente, delimita o que é a administração pública para os fins da lei penal.

O objetivo desse estudo é compreender qual a extensão do conceito de administração pública para o Direito Penal.

Portanto, para atingir o intento enunciado basicamente cabe realizar a interpretação do artigo mencionado.

Nenhum problema coloca a cabeça do artigo.

Onde existe cargo, emprego e função pública tem-se administração pública.

Certo que a análise não pode parar por aqui, sob pena de incorrer em vício de linguagem consistente em dizer, por formas diversas, sempre a mesma coisa

(tautologia). Daí incumbe, a seu tempo, definir o que sejam os três elementos mencionados (cargo, emprego e função pública).

A questão complica-se na análise dos parágrafos primeiro e segundo do artigo mencionado. De fato, qual a idéia a ser realizada do termo "entidade paraestatal"? Por outro lado, o parágrafo segundo aplica-se somente ao sujeito ativo ou também dá a entender a inclusão das sociedades de economia mista, empresa pública e fundações instituídas pelo poder público dentro do conceito de administração pública para figurarem, por si, ou por seus funcionários, como sujeito passivo dos crimes contra a administração?

São essas as questões que se pretende abordar.

2. Metodologia

Na realização da interpretação da lei são usualmente empregados os meios: literal (gramatical, lingüístico, verbal); sistemático; histórico e teleológico (ou pragmático).¹

A deficiência de tais métodos é conhecida. O método literal padece dês que as palavras, todas elas, em maior ou menor grau, guardam vagueza; o sistemático sofre na medida em que o sistema por vezes encerra normas e princípios antinômicos; o histórico tende a "fossilizar" a norma, impedindo sua atualização, negando a interpretação atualizadora, e, por fim, a interpretação teleológica arrisca-se a desbordar os limites de interpretação para ingressar em verdadeira criação legislativa.

Inegável que existem tantos outros métodos e regras mas não menos certo que a eles e elas são realizáveis outras tantas críticas.

Ainda deixando perceber a dificuldade do tema por vezes o resultado da aplicação de um método termina por conflitar com a consequência da aplicação doutro. E o mesmo diga-se em relação as regras (como harmonizar o resultado da interpretação analógica com aquela *a contrario sensu*).

Acresça-se a tal panorama a motivação e a pessoa do intérprete, que nunca podem ser descurados. Toda interpretação é realizada por alguém com um fim. E a isso por mais que se queira negar, por muito que intente mitificar a idéia de imparcialidade, de cientificidade neutra, não se logra desperceber.

Com pena d'ouro escreveu Iacoviello:

"No início há sempre um problema a resolver. O intérprete parte de um problema e interroga o texto para procurar uma solução. No interrogar o texto o intérprete não consegue afastar-se de si mesmo. Ao invés, é todo seu mundo envolvido nesse diálogo hermenêutico. O intérprete, então, lê o texto pela tela de

⁽¹⁾ Veja-se: Francesco Ferrara. *Interpretação e aplicação das leis*, Armenio Amado, 1987; Giovanni Tarello. *L'interpretazione delle legge*, Giuffrè, 1980 e Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*, Forense, 1988.

seus 'pré-conceitos', isto é, mediante aquele sistema de conhecimentos e de valores que constituem a sua identidade de homem imerso na história.¹²

Melhor que se conheça a motivação do que deixá-la inconsciente pois, como já provado pela psicanálise, a motivação consciente é aquela permissiva de ser trabalhada, discutida e, por isso, compreendida.

Para possibilitar a melhor interpretação de um texto o melhor é realizar um procedimento interpretativo controlado.³

Tal procedimento tem início com a formulação de uma hipótese decorrente da leitura do texto da lei (hipótese que explicita a motivação do intérprete e o seu conjunto de valores) e, subsequentemente, é submetida a controle que determinará sua validade ou não.

O controle é realizado através de quatro etapas, a saber:

i) – lingüística, a hipótese não pode ofender a baliza da semiótica;
ii) – sistemática; a hipótese não pode ser incompatível com o sistema;
iii) – pragmática; nesse passo a hipótese é observada pelo impacto que provoca no sistema jurídico, na interação com as outras normas e no processo social;

iv) – decisão interpretativa; havendo conflito entre as etapas anteriores caberá ao exegeta indicar a opção que realiza entre um e outro, motivando o entendimento e observando as seguintes regras:

a) – Não pode haver conflito entre a interpretação lingüística e as interpretações sistemática e pragmática. A primeira é margem a ser obedecida, sob pena de se adentrar na esfera de legislação;⁴

b) – No conflito entre o método sistemático e o pragmático a solução deve favorecer o último já que a norma é criada com o escopo de resolver um problema social e não possibilitar unicamente a harmonia do sistema legal.

(2) Francesco Iacoviello. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè, 1997. p. 237.

(3) A idéia vem exposta detalhadamente no capítulo V, "La motivazione in diritto della sentenza del giudice", da obra citada de Iacoviello, *La motivazione...*, p. 233-259.

(4) Mesmo dentro do sistema da *common law* é negado ao intérprete ultrapassar as margens fixadas pela lei. Límpida é a lição de Cardoso ao tratar das relações entre o Juiz e o Legislador: "Each indeed is legislating within the limits on his competence. No doubt the limits for judge are narrower. He legislates only between gaps. He fills the open space in the law. How far he may go without travelling beyond the walls of the interstices cannot be staked out for him upon a chart. He must learn it for himself as he gains the sense of firmness and proportion that comes with years of habitude in the practice of an art. Even within the gaps, restrictions not easy to define, but felt, however impalpable they may be, every judge and lawyer, hedge and circumscribe his action" (Benjamin N. Cardozo. *The nature of the judicial process*, Yale University Press, s.d., p. 113-114).

3. A hipótese

Da leitura do texto exsurge que a administração pública engloba tanto a administração direta quanto a indireta. Daí são parcelas da administração pública as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, bem como as fundações instituídas pelo poder público.

A hipótese decorre da idéia de que a administração pública somente cria tais organismos tendo em vista uma finalidade pública. O conceito de administração pública imbrica-se com a de interesse público.

É o interesse público o fundamento da criação daqueles organismos e da própria administração pública. O fundamento é o mesmo, e, por isso, o corpo não pode ser outro. Cabe observar ainda que o dinheiro posto naqueles organismos é unicamente ou também público. E a injeção de verbas estatais bem demonstra o interesse público naquelas estruturas.

Logo a proteção penal deve ser a mesma.

Daí podem ser sujeitos passivos dos delitos contra a administração pública tanto a administração direta quanto as fundações instituídas pelo poder público, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as autarquias bem como os funcionários daquela e dessas.

4. Métodos ou etapas de controle da hipótese

Seguindo a metodologia proposta submeterei a hipótese às etapas de controle lingüístico; sistemático e pragmático. Com o resultado de tais análises será joeirada a necessidade de realização de decisão interpretativa.

4.1 Método lingüístico

Pelo método lingüístico o intérprete deverá ter por objeto a construção textual da lei. Visa tal método determinar em qual acepção (gramatical, usual, técnica, geral ou particular etc.) dada as palavras empregadas pela lei.

Pois bem. Os termos empregados no art. 327 do CP são indiscutivelmente normativos já que todo o assunto tratado atina com a realidade jurídica, somente existente no plano legal.

A determinação do conteúdo dos termos é, portanto, exclusivamente técnica-jurídica e deve ser procurada no ramo jurídico especializado em sua abordagem. Isto é, no Direito Administrativo.

Assim, cargo público é aquele criado por lei, ou por resolução da Câmara ou do Senado, com denominação própria e vencimentos pagos pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão (Lei 8.112/90, art. 3.º); função pública é aquela que decorre do poder público e configura um encargo, imposição, de interesse coletivo ou público, seja ele remunerado ou não (mesário,

jurado etc.); empregos públicos a seu turno são aqueles relativos a agentes contratados, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, para desempenhar suas funções na administração pública.

Paraestatais são as autarquias, pessoas jurídicas de Direito Público, de capacidade exclusivamente administrativa. As autarquias, segundo ensina Bandeira de Mello,⁵ podem ser titulares de interesses públicos (e observe-se que tal elemento é importante para demonstrar que elas e seus funcionários podem ser sujeito passivo dos crimes contra a administração pública). Mas não só. Com propriedade lembrou Roberto Wagner Battochio Casolato⁶ que o art. 84, da Lei 8.666/93, em seu § 1.º, definiu o que se deve considerar paraestatais, no conceito englobando as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades sob controle direto, ou indireto do poder público.

Sociedade de economia mista “há de ser entendida como a pessoa jurídica criada por lei, como um instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade de sua Administração indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular”.⁷ Vale observar que em tal conceituação vem explícito a característica de que tal espécie de pessoa jurídica tem por objetivo consecução de fins estatais, caracterizador da Administração Pública.

Empresa pública é a pessoa jurídica criada por lei, com capital exclusivamente estatal, para a realização de fins públicos, e personalidade de Direito Privado.

Por fim, segundo o Dec.-lei 200, fundação pública é a “entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de Direito Público, com autonomia administrativa, patrimônio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

Quais são os pontos comuns a unir todas essas formas de estruturação jurídica? Dois são eles: Em todas elas há verbas públicas inseridas em sua formação e interesses públicos que nortearam sua criação.

Patente, portanto, que o método linguístico não contrasta com a hipótese de que são parcelas da administração pública as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as paraestatais (autarquias) bem como as fundações instituídas pelo poder público.

(5) Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, Malheiros, 1998. p. 102.

(6) Roberto Wagner Battochio Casolato. “A doutrina, a jurisprudência e o art. 327 do Código Penal”. *RBCCrim* 22/89-104, São Paulo : RT, 1998.

(7) Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...*, p. 114.

4.2 Método sistemático

Pelo método sistemático o intérprete deverá verificar se a hipótese de interpretação é admitida pelo sistema, sem com ele contrastar, sem ser um corpo estranho a ser rejeitado pelo sistema. Decorre o método sistemático do princípio da unidade do ordenamento jurídico que tem como uma de suas faces “o postulado da exclusão das contradições no seio da ordem jurídica”.⁸ Por dita simples: a hipótese interpretativa não pode ser incompatível com o sistema.

Os diplomas que estruturam a organização administrativa são o Dec.-lei 200 e a MedProv 1.549-38/97. O primeiro estrutura a administração dita indireta e o segundo aquela direta.

Como visto o Dec.-lei 200 normatiza as autarquias, fundações instituídas pelo poder público, empresas públicas e sociedade de economia mista. Lembra o já citado Bandeira de Mello⁹ que todas essas espécies “formam o aparelho administrativo da União”.

De outro lado, um dos bens jurídicos tutelados crimes contra a administração pública é o patrimônio público que certamente é mais fácil de ser atingido por *intraneus*, qualquer seja o cargo por ele ocupado, interessando, *a priori* ter os funcionários daquelas espécies de pessoas jurídicas como públicos para possibilitar maior proteção ao patrimônio estatal (que merece maior resguardo ante a sua reconhecida maior vulnerabilidade decorrente da dificuldade de seu controle e vigilância).

Claro, assim, que antes de se opor, o critério sistemático aconselha a hipótese exegética.

4.3 Método pragmático

O método pragmático, denominado por Ferrara¹⁰ como “Elemento Racional”, quer significar que toda norma é sempre criada com um escopo social. A lei não surge imotivadamente, como mero ato de vontade do legislador de transformar o ordenamento jurídico. Em verdade ela nasce para resolver um problema social percebido pelos detentores do poder. Daí a interpretação que a ela seja dada deve sempre objetivar a solução do entrave que deu causa a sua criação. Nas palavras de Ferrara: “É preciso que a norma seja entendida no sentido que melhor responda à consecução do resultado que quer obter. Pois que a lei se comporta para com a *ratio iuris*, como o meio para com o fim: quem quer o fim quer também os meios”.

(8) Karl Engisch. *Introdução ao pensamento jurídico*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 310.

(9) Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...*, p. 99.

(10) Francesco Ferrara. *Interpretação...*, p. 141.

O norte da hipótese exegética efetuada é justamente dar sentido social ao art. 327 do CP e evitar a criação de uma lacuna legal artificial de proteção.

Dar sentido social vez que a hipótese exegética proposta tutela mais e melhor o patrimônio e a moralidade pública.

A proposta exegética alternativa, no sentido de que somente administração direta e as autarquias seria administração pública (e isso decorreria do entendimento esposado por parte substancial da doutrina nacional que afirma somente os ocupantes de cargos em comissão ou função de direção ou assessoramento de órgão de sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público, seriam funcionários públicos. E, portanto, os demais funcionários daquelas pessoas jurídicas que compõem a administração indireta, não o seriam) deixaria a proteção legal ao patrimônio público e a moralidade administrativa profundamente anêmica, à mercê de integrantes inescrupulosos que fossem parte do segundo, e mais estável, escalão já que esses não seriam funcionários públicos para os efeitos da lei penal, não praticando os crimes próprios de funcionários públicos.

Indubitável, dessarte, que também o método pragmático indica a proposta exegética realizada como viável.

4.4 *Decisão interpretativa*

Como já visto (item 2, iv) a decisão interpretativa, e os critérios para a sua realização, somente têm cabimento quando haja conflito entre os demais métodos integrantes do sistema de controle. Tal conflito não se colocou. Certo dizer que a hipótese de interpretação é admissível.

5. Críticas possíveis a hipótese de interpretação e respostas viáveis a elas

Críticas possíveis:

a) Segundo Paulo José da Costa Júnior e Antonio Pagliaro: “Os funcionários de sociedades de economia mista, de empresas públicas e de fundações instituídas pelo poder público só poderão ser considerados funcionários públicos quando desenvolverem atividade disciplinadas por normas de direito público, mas não quando sua atividade for disciplinada pelo direito privado”.¹¹

b) Referindo-se ao § 2.º do art. 327 do CP, Paulo José da Costa Júnior e Antonio Pagliaro asseveram que: “A interpretação haverá de ser restritiva. A equiparação e a causa de aumento deverão ser restringidas às pessoas mencionadas pela lei. Os demais funcionários da sociedade de economia mista, empresa

⁽¹¹⁾ Paulo José Costa Jr. e Antonio Pagliaro. *Dos crimes contra a administração pública*, Malheiros, 1997. p. 27-28.

pública ou fundação instituída pelo poder público não podem ser considerados funcionários perante a lei penal".¹²

c) No artigo publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*,¹³ Roberto Wagner Battochio Casolato afirma que a equiparação realizada no § 1.º do art. 327 somente é cabível quando se tratar de funcionário público sujeito ativo dos delitos contra a Administração Pública. Terminando por afirmar que haverá dificuldade na demonstração do dolo que deverá abranger a ciência por parte do agente de que os funcionários de entidades paraestatais são também funcionários públicos.

Respostas viáveis:

a) Nada é mais difuso do que os critérios de distinção entre normas de Direito Público e aquelas de Direito Privado. Há muito o Direito Público tem avançado sobre a seara do Direito Privado a tal ponto e tanto que não há mais critério distintivo entre um e outro. Pretender trazer aquele critério, empregado pela lei italiana (art. 357 do CP italiano) é importar insegurança jurídica. Fiandaca¹⁴ não se cansa de criticar a redação do aludido art. 357 do CP italiano justamente em face da inexistência de "critério distintivo realmente convincente". O critério nacional é melhor porque mais seguro.

b) A proposta de que somente as pessoas indicadas no § 2.º do art. 327 do CP brasileiro seriam funcionários públicos, excluindo de tal conceituação os demais funcionários das sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público, cria conflito sistemático. Como visto, o conceito de entidade paraestatal, por expressa determinação legal, engloba aqueles de fundação pública, empresa pública e sociedade de economia mista. Bem escreveu o citado Casolato sobre o tema: "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 remanescerá sem o cogitado aumento".¹⁵

c) O art. 327 do CP é expresso ao conceituar funcionário público e não realizou nenhuma distinção para informar que a equiparação só teria lugar em caso de ser ele sujeito ativo, não cabendo a equiparação dos parágrafos na hipótese de ser ele sujeito passivo. Ora, *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (onde a lei não distingue, não pode o intérprete fazer distinções). É correta a observação de Casolato acerca da dificuldade em provar que o sujeito ativo conhecia a

(12) Paulo José Costa Jr. e Antonio Pagliaro. *Dos crimes...*, p. 29.

(13) Roberto Wagner Battochio Casolato. "A doutrina, a jurisprudência e o art. 327, do Código Penal". *RBCrim* 22/89-104, São Paulo : RT, 1998.

(14) Giovanni Fiandaca e Enzo Musco. *Diritto penale*, Zanichelli, 1997. vol. I, p. 171-172.

(15) Roberto Wagner Battochio Casolato. "A doutrina, a jurisprudência e o art. 327, do Código Penal". *RBCrim* 22/101, São Paulo : RT, 1998.

condição de funcionário público da vítima que, por exemplo, trabalhava em uma sociedade de economia mista. O desacerto da tese situa-se na circunstância de que a ocorrência do erro penal é um problema de fato (atinente a culpabilidade de pessoa determinada) e sua eventual ocorrência não invalida a interpretação da norma penal.

Por tais motivos a hipótese exegética efetuada supera os critérios de controle e, portanto, é ela válida.

Bibliografia

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo : Malheiros, 1998.
- CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*. New Haven and London, Yale University Press, 1991.
- CASOLATO, Roberto Wagner Battochio. "A doutrina, a jurisprudência e o art. 327 do Código Penal". *RBCCrim* 22/89-104, São Paulo : RT, 1998.
- COSTA JR., Paulo José e PAGLIARO, Antonio. *Dos crimes contra a administração pública*. São Paulo : Malheiros, 1997.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 4. ed. Trad. Manuel A. Domingues de Andrade, Coimbra : Arménio Amado Editor, Sucessor, 1987.
- FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo. *Diritto penale*. 2. ed. Bologna : Zanichelli, 1997. vol. I.
- IACOVIELLO, Francesco. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano : Giuffrè, 1997.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. São Paulo : Forense, 1988.
- TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione delle legge*. Milano : Giuffrè, 1980.