

Funcionário público: titularidade passiva nos crimes contra a administração pública — Equiparação, para fins penais, de servidores das autarquias

PAULO CYRILLO PEREIRA

Promotor de Justiça, aposentado — SP (*)

SUMÁRIO: 1 — Conceito de funcionário público, e de servidor de autarquia; sua equiparação para fins penais; 2 — Conceito de funcionário público, para fins penais; 3 — Titularidade passiva de quem exerça cargo, emprego ou função em entidade paraestatal

1 — Conceito de funcionário público, e de servidor de autarquia; sua equiparação para fins penais

Denominam-se servidores públicos aquelas pessoas que prestam serviços à Administração (Direta e Autárquica), e que são subespécie dos agentes públicos administrativos.

Funcionários públicos são aqueles servidores da Administração Direta, os admitidos para serviços temporários, servidores contratados em regime especial e servidores contratados pela CLT.

Os funcionários públicos propriamente ditos são os servidores legalmente investidos nos cargos públicos da Administração Direta e sujeitos às normas do Estatuto da entidade estatal a que pertencem.

Segundo Hely Lopes Meirelles, em sua obra "Direito Administrativo Brasileiro", págs. 366/367, o que caracteriza o funcionário público e o distingue dos demais servidores é a titularidade de um cargo criado por lei, com denominação própria, em número certo e pago pelos cofres da entidade estatal em cuja estrutura se enquadra "cargo público".

(*) Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito de Itu e Diretor desta mesma Faculdade.

Os servidores admitidos para serviços temporários e os contratados para funções de natureza técnica especializada não ocupam cargos públicos, e devem possuir, por força de mandamento constitucional, regime jurídico próprio, estabelecido em lei especial, isto é, diversa da que rege os funcionários públicos.

Os servidores contratados no regime da CLT, também chamados empregados públicos, são os que prestam serviços à Administração Direta ou à Autarquia mediante contrato de trabalho, nos termos e condições da legislação trabalhista.

Os servidores autárquicos estatutários, também chamados impropriamente funcionários autárquicos, são os que exercem cargo ou função nas autarquias, segundo as normas de seu estatuto peculiar ou de um estatuto comum a todas as autárquicas de uma mesma entidade estatal.

2 — Conceito de funcionário público, para fins penais

Dispõe o Código Penal, em seu artigo 327: "Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública".

O conceito de funcionário público, para fins penais, se aparta da noção do Direito Administrativo, onde duas principais teorias são formuladas: uma restritiva, segundo a qual só é funcionário público aquele que, na representação da soberania do Estado, exerce um poder de império ou dispõe de autoridade, ou a quem é confiado um certo poder discricionário; e outra extensiva, onde funcionário público é quem quer que exerça, profissionalmente, uma função pública, seja esta de império ou de gestão, ou simplesmente técnica.

Preleciona Gavazzi que o conceito de funcionário público deve ser, assim, ligado a qualquer atividade do Estado que vise diretamente a satisfação de uma necessidade ou conveniência pública.

Nosso Código Penal adotou a noção extensiva, dando maior elasticidade ao conceito de funcionário público, não exigindo, para caracterização de funcionário público, nem mesmo o exercício profissional ou permanente da função pública.

Segundo Nelson Hungria ("Comentários ao Código Penal", vol. IX, pág. 398), como corolário do art. 327, 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, remunerativa ou gratuita, exercida profissionalmente ou não, efetiva ou interinamente, ou **per accidens** (ex.: o jurado, a cujo respeito achou de ser expresso o art. 438 do C.P. Penal; o depositário nomeado pelo juiz etc.).

Considera-se funcionário público, segundo o texto legal, não só o indivíduo investido, mediante nomeação e posse, em cargo público, ou que serve em emprego público (eventual posto de serviço público, fora dos quadros regulares e para o qual não haja necessidade, sequer de título de nomeação), como também qualquer pessoa que exerça função pública, seja esta qual for.

O art. 327 do C. Penal abrange todas as atividades do Estado: a de **legis executio** (atividade retórica, pela qual o Estado praticamente se realiza); a da **legis latio** (atividade legislatória, ou de normatização da ordem político-social); e da **juris dictio** (atividade judiciária, ou de apuração e declaração de vontade da lei nos casos concretos).

Não confundir, entretanto, função pública com múnus público, estes não exercentes de função pública, como, p. ex., os tutores e curadores dativos, os inventariantes judiciais, os síndicos falimentares (estes últimos sujeitos à lei especial).

Também não são funcionários públicos os concessionários de serviços públicos e os seus empregados.

Os eleitores, bem assim os mesários, são exercentes de função pública; mas têm regime penal especial.

3 — Titularidade passiva de quem exerça cargo, emprego ou função em entidade paraestatal

Prescreve o parágrafo 1.º do Código Penal: "Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal".

Como se vê, a lei penal equiparou, para todos os efeitos, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal.

A indagação que se faz é se, no referido parágrafo, há equiparação para efeitos penais do sujeito ativo ou também no caso do ofendido ser funcionário público, qual seja, se o sujeito passivo exercer cargo, emprego ou função em entidade paraestatal.

Tenho para mim, na esteira da melhor jurisprudência, que a equiparação prevista no parágrafo 1.º, do artigo 327 do Código Penal, somente se aplica aos crimes em que o funcionário público é **sujeito ativo**, não tendo cabimento — nos crimes definidos nos capítulos II e III deste título — limitados aos crimes funcionais.

O Código Penal diz o que se deve entender por funcionário público: quem, embora transitoriamente e sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

A equiparação a que se refere o parágrafo 1.º do artigo 327 do Código Penal é para os efeitos penais correspondentes aos crimes em que o funcionário público é **sujeito ativo**, não tendo aplicação quando é **sujeito passivo**.

Dante Busana, em parecer inserto na RT 483/212 assim se manifesta:

"A equiparação do parágrafo único (atual parágrafo 1.º) do artigo 327 do Código Penal diz respeito apenas ao sujeito ativo de crime contra a Administração Pública. Esta é a opinião de Nelson Hungria ("Comentários", vol. IX/401) e o magistério de Magalhães Noronha, perfeitamente ajustável à espécie em debate:

"Necessário, entretanto, é observar que essa equiparação é feita exclusivamente tendo em vista os efeitos penais, quando aqueles empregados forem sujeitos ativos do crime. Destarte, se alguém, **verbi gratia**, ofender um empregado de entidade paraestatal, no exercício da função, não comete o delito de desacato" ("Direito Penal", vol. IV/292).

Em Acórdão publicado na Revista JTACrSP, vol. 67, págs. 381/383, sendo relator Penteado de Moraes, houve o entendimento de que estão incluídos nos lindes da expressão "funcionário público" para os efeitos penais, por força da extensão inscrita no parágrafo primeiro do Código Penal, os empregados das autarquias. Mas, essa dimensão do conceito penal de funcionário público só se aplica nas hipóteses em que é ele **sujeito ativo** da infração.

Arremata aludido Acórdão que, se quisesse o legislador prolongar o conceito de funcionário público aos casos em que ele aparece como sujeito passivo do delito, e

não teria incluído a disposição em causa somente no Capítulo dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, mas, certamente, a mesma teria feito expressa remissão no capítulo em frente, que cuida dos crimes praticados por particular contra a administração em geral.

No mesmo sentido, RT 378/181, 409/70 e RTJESP — 76/299.

Segundo corrente doutrinária minoritária, a equiparação prevista no parágrafo 1.º do artigo 327 do Código Penal se aplica também aos crimes onde o funcionário público é sujeito passivo.

Neste sentido, Heleno Claudio Fragoso e Julio Fabrini Mirabete.

Sustentam os partidários desta corrente que, embora o artigo 327 do Código Penal esteja no Capítulo "Dos crimes praticados por funcionários públicos", o conceito aí definido se estende não só a toda parte especial como às leis extravagantes, tendo a característica de regra geral.

Arrematam ditos doutrinadores que, neste sentido, pratica corrupção ativa quem oferece vantagem indevida a um presidente de autarquia, nos termos do artigo 333 do Código Penal.

No entendimento, portanto, da corrente doutrinária e jurisprudencial majoritária, à qual me filio, o empregado de autarquia, por conseguinte, é funcionário público enquanto sujeito ativo do crime, mas não se lhe estende essa qualidade, quando sujeito passivo da infração.