

## A Ampliação do Conceito Criminal de Funcionário Público, Instituída pela Lei nº 9.983/2000

### 1 - INTRODUÇÃO

Com a edição da Lei n.º 9.983, publicada no Diário Oficial da União de 17 de julho de 2000, que já está em vigência desde o dia 15 de outubro transato, foram modificados diversos dispositivos do Código Penal, dentre os quais, o conceito de funcionário público, para fins penais, positivado no art. 327, §1º, do Código Penal, o qual restou sensivelmente ampliado, no que respeita às hipóteses de equiparação.

As repercussões desta ampliação do conceito de funcionário público no ordenamento jurídico-penal serão muitas. É possível antever discussões doutrinárias e pretorianas acerca de tormentosos assuntos, tais como:

1 - Empregado de empresa privada, concessionária do serviço público de transporte coletivo, desempenhando a atividade de cobrador de passagens, ao subtrair estes valores, cometerá qual crime - peculato ou apropriação indébita ?

2 - Empregado de empresa privada permissionária do serviço público, contratada por sociedade de economia mista, para desempenhar a atividade de manutenção das linhas de transmissões elétricas, ao desviar objetos destinados ao labor, cometerá o delito de peculato ou apropriação indébita?

3 - Empregado de empresa privada, prestadora de atividade autorizada pelo Estado, consistente no oferecimento de serviço de táxi, ao subtrair valores em sua detenção, comete apropriação indébita ou peculato?

Para responder às questões suscitadas, é preciso delimitar, portanto, a real abrangência do conceito de funcionário público, à luz da ampliação da equiparação operada pela novatio legis.

### 2 - DA REFORMA DO APARELHAMENTO ADMINISTRATIVO DO ESTADO

A inovação legislativa em análise insere-se no contexto político da chamada Reforma do Aparelhamento Administrativo do Estado, implementada a partir da Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998. Com efeito, a tendência atual das políticas governamentais referentes à Administração Pública é, inequivocamente, a sua descentralização político-administrativa, pela qual o Estado vem, progressivamente, transferindo para entidades privadas inúmeras incumbências que, até então, eram desempenhadas diretamente pelo Poder Público.

O propósito do legislador em ampliar a equiparação do conceito criminal de funcionário público é, por certo, abarcar o conjunto de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, que mantenham vínculos com o Estado, decorrentes da execução de atividades típicas da Administração Pública.

### 3 - DO CARÁTER GERAL DA NORMA PENAL QUE CONCEITUA FUNCIONÁRIO PÚBLICO (art. 327 do CP)

Como é cediço, a localização topográfica das normas penais dentro do Estatuto Repressivo é irrelevante para a classificação quanto ao seu caráter geral ou especial. Assim, há normas penais de caráter geral não só na Parte Geral do Código Penal, mas também na sua Parte Especial, bem como na legislação penal especial. Exemplo típico de norma penal de caráter geral localizada na parte especial do Código Penal é, exatamente o seu artigo 327, que ostentando inequívoco caráter conceitual, apresenta-se como norma de natureza geral (art. 12 CP).

Assim, a nova equiparação penal de funcionário público servirá não só para identificar a especial condição de agente ativo (intraeus) dos crimes contra a administração pública, tipificados no título XI do Código Penal, como também em toda a legislação penal especial.

### 4 - DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA EFETUADA NO § 1º DO ARTIGO 327, DO CÓDIGO PENAL

A nova redação dada ao parágrafo primeiro do artigo 327 do Código Penal, alterado pela Lei n.º 9.983/2000, assim preceitua:

"Art. 327. (...)

§1º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública." (grifo não original).

A redação anterior do Código Penal disciplinava a equiparação ao funcionário público, para fins penais, da seguinte forma:

"Art. 327. (...)

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

Observa-se que, através da alteração legal suscitada, ocorreu uma extensão do termo funcionário público, passando a ser considerado como tal, também, aquele que "trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública".

Há elementares normativas cuja significação reclama esclarecimento. É necessário identificar e definir o que é atividade típica da Administração Pública, assim como as espécies ou formas de prestação de serviço que a Administração Pública pode controlar ou realizar mediante convênios.

## 5 - DO CONCEITO JURÍDICO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Apesar das diferentes conceituações sobre Administração Pública, os doutrinadores admitem uma indissociável entre interesse público e Administração Pública.

Hely Lopes Meirelles, após trazer à lume a classificação de Administração Pública em sentido formal e material, conceitua-a como sendo "todo aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas".

Maria Sylvia Zanella Di Pietro admite haver dois sentidos orientadores para a conceituação da Administração Pública: "Em sentido objetivo, material ou funcional, a administração pública pode ser definida como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico de direito público, para a consecução dos interesses coletivos. Em sentido subjetivo, formal ou orgânico, pode-se definir Administração Pública, como sendo o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado".

O conceito de Administração Pública está indissociavelmente ligado a idéia de atividade desenvolvida pelo Estado, através de atos executórios concretos, para a consecução direta, ininterrupta e imediata dos interesses públicos. Trata-se da função administrativa de competência, predominantemente, do Poder Executivo.

A Administração Pública compreende não só o Poder Executivo, como também a complexa máquina estatal, através da qual o Estado visa a realização dos seus fins. Assim sendo, também integram a chamada Administração Pública não só Poder Executivo, mas também os Poderes Legislativo e Judiciário.

## 6 - DA ATIVIDADE TÍPICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

As diversas espécies de atividades típicas da Administração Pública não possuem classificação unânime na doutrina especializada. Desta forma, torna-se necessário a fixação de critérios seguros, a fim de concluirmos, com maior precisão, quais as atividades desempenhadas pela Administração Pública, direta ou indiretamente, que se amoldam ao conceito jurídico de atividade típica da mesma.

Celso Antônio Bandeira de Mello elenca dois critérios identificadores do serviço público, que se prestam para caracterizar uma atividade como sendo típica da Administração pública:

1 - O Substrato Material - Consiste na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados;

2 - O Traço Formal - Consiste em um específico regime de direito público, isto é, numa unidade normativa, que é indispensável, pois dá-lhe justamente caráter de noção jurídica.

Neste sentido, também é a lição de Odete Medauar, que fixa os seguintes critérios para identificar o serviço público:

1 - Vínculo Orgânico -com a Administração Pública - Revela-se:

a) na presunção de serviço público, quando esta atividade que se traduz é exercida pelo Poder Público;

b) quando houver relação de dependência entre a Administração Pública e a atividade prestada, objeto do serviço público, na qual aquela exerce controle permanente sobre o executor desta. A Administração Pública é responsável pela atividade.

2 - Regime Jurídico - O Outro critério caracterizador do serviço público e assim, identificando a atividade típica da Administração Pública, é o regime jurídico em que esta atividade está submetida, posto que deve ser total ou parcialmente submetida ao Direito Administrativo, mesmo que realizado por particulares. Portanto, não há atividade típica da Administração Pública quando o regime jurídico submetido é, exclusivamente, de direito privado.

Ressalte-se que, pelos motivos expendidos, os chamados serviços de utilidade pública não podem ser qualificados como serviços públicos, por faltar-lhes, exatamente, o vínculo orgânico com a Administração Pública, pois esta apenas reconhece que eles trazem benefício à população, mormente se tiverem caráter assistenciais, culturais ou educacionais.

Neste sentido é o escólio de Hely Lopes Meirelles : "A modalidade de serviços autorizados é adequada para todos aqueles que não exigem execução pela própria administração, nem pedem especialização na sua prestação ao público, como ocorre com os serviços de táxi, de despachantes (...)" E assim conclui: "os quais, embora não sendo uma atividade típica da administração pública, convém que o Poder Público conheça e credencie seus executores e sobre eles exerça o necessário controle no seu relacionamento com o público e com os órgãos administrativos a que se vinculam para o trabalho".

A atividade típica da Administração Pública consiste na prestação de serviço público fruível pelos administrados, que é prestados diretamente ou por organismos ou empresas contratadas ou conveniadas com a Administração Pública, sob o controle permanente desta e sob regime jurídico próprio do Direito Administrativo.

## 7 - DAS ESPÉCIES DE DESCENTRALIZAÇÃO DA ATIVIDADE TÍPICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Estado pode desempenhar suas atividades típicas diretamente (através dos seus órgãos), de forma centralizada ou indiretamente, por meio de outorga aos seus órgãos de administração descentralizada ou através de delegação às empresas particulares, que por

sua vez, colaboram com o Estado no desempenho de atividades típicas da Administração Pública, desde que de interesse coletivo.

Portanto, há duas formas de descentralização das atividades típicas da Administração Pública: a outorga e a delegação.

A outorga de atividades típicas da Administração Pública ocorre quando o Estado descentraliza suas atividades, instituindo, para tanto, autarquias ou entidades paraestatais. O § 2.º do artigo 327 do Código Penal, identifica as entidades paraestatais cujos servidores são considerados funcionários públicos para efeitos penais. São elas: empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público. A doutrina, por outro lado, também insere como entidades paraestatal os serviços sociais autônomos, tais como o SENAC, SENAI, SESC, SESI

A outra forma de descentralização de atividade típica da Administração Pública ocorre através do instituto jurídico da delegação, pela qual, o Estado, mediante contrato, ato administrativo ou convênio, atribui à pessoa jurídica de direito privado ou pessoa física, a incumbência de prestar alguma espécie de atividade típica do Poder Público.

Conforme leciona Odete Medauar "A delegação de atividades administrativas pode ser concretizada, mediante o manejo dos seguintes institutos jurídicos: concessão, permissão, consórcios públicos, arrendamento e franquia".

A propósito, este é o escólio de Celso Ribeiro Bastos: "O Estado ao efetuar descentralização administrativa o faz, comumente, por duas formas: ou delega serviços públicos a particulares (particulares em colaboração com a Administração) ou outorga serviços a entidades públicas (autarquias) ou privadas, denominadas paraestatais (fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas), que cria mediante lei."

Diante deste contexto, tem-se subsídios suficientes para responder às duas primeiras indagações, inicialmente formuladas, quais sejam: 1 - Funcionário de empresa privada, concessionária do serviço público de transporte coletivo, desempenhando a atividade de cobrador de passageiros, ao subtrair estes valores, cometerá qual crime? Peculato ou apropriação indébita? 2 - Funcionário de empresa privada permissionária do serviço público, contratada por sociedade de economia mista, para desempenhar a atividade de manutenção das linhas de transmissões elétricas, ao desviar objetos destinados ao labor, cometerá o delito de peculato, ou apropriação indébita?

Salvo melhor juízo, não nos resta dúvida que, em ambos casos, há que se considerar o sujeito ativo da ação delituosa como funcionário público - e, por conseqüência, capitular os delitos como sendo peculato -, ante a ampliação da equiparação do conceito em análise, efetuada pela Lei n.º 9.983/2000.

Ora, antes da alteração legislativa em comento, para exercerem as atividades objeto do questionamento, considerar-se-iam funcionários públicos somente se a entidade prestadora desta atividade fosse a própria administração pública direta ou entidade paraestatal. Assim, antes da novatio legis não se poderia considerar funcionário público os agentes

supramencionados, pois o §1º do artigo 327 do Código Penal não tinha o condão de abarcar as hipóteses de funcionários de empresas privadas contratadas a título de permissão ou concessão, para a execução de atividade típica da Administração Pública.

Destarte, afigura-nos, por certo, que a mens legis da alteração legal sob análise é, exatamente, alargar o conceito de funcionário público, justamente, para abarcar os funcionários de empresas privadas concessionárias ou permissionárias da atividade típica do Estado, considerando a progressiva descentralização das atividades típicas da Administração Pública que vem sendo implementada.

Pensar em sentido contrário, desconsiderando o conceito de funcionário público para os casos em análise, implica tornar inócua a alteração legal, pois a situação criminal destes agentes permanecerá rigorosamente igual aos fatos cometidos antes da vigência da nova lei, já que os funcionários das entidades paraestatais já haviam sido contempladas antes mesmo da Lei n.º 9.983/2000, indicando ser imperiosa a extensão do conceito de funcionário público para as hipóteses ora aventadas, sob pena de esvaziamento do novo comando normativo.

Ademais, os serviços executados pelas empresas privadas, objeto, dos exemplos aludidos, enquadram-se, perfeitamente, na classificação de atividade típica da Administração Pública, consoante os critérios já apresentados.

## 8 - DA EXCLUSÃO DO CONCEITO CRIMINAL DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO DAS ATIVIDADES AUTORIZADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Estão excluídos do conceito criminal de funcionário público os empregados ou titulares de serviços autorizados pelo Poder Público, pois escapam da abrangência da atividade típica da Administração Pública.

Há certa corrente doutrinária que defende a existência dos serviços impróprios do Estado, conceituando-os como sendo aqueles em que, embora, também atendam às necessidades coletivas, não são assumidos, nem executados pelo Estado, exclusivamente, seja direta ou indiretamente, mas apenas por eles autorizados, regulamentados e fiscalizados, pois esta espécie de serviços inclui-se na esfera de atividades privadas, exercidas por particulares, mas que em face do interesse coletivo, dependem de autorização do Poder Público.

Nesta ordem de idéias, permite-se concluir que os denominados serviços públicos impróprios equivalem aos serviços públicos autorizados e, assim, nem estes, tampouco aqueles, são serviços públicos no sentido técnico. Portanto, os agentes que desempenham esta espécie de serviços não desenvolvem atividade típica da Administração Pública, seja por se tratar de atividade tipicamente de natureza privada, seja por lhe faltar o vínculo orgânico com o Poder Público, consistente, tanto na falta de dependência, quanto na ausência de permanente controle, entre a Administração Pública e o particular autorizado.

São exemplos desta categoria as seguintes atividades: os serviços prestados por instituição financeira, de seguros, de previdência privada, de táxi, de despachantes, de pavimentação de ruas por conta de moradores, de guarda particular de estabelecimentos ou residências.

Feitas estas considerações é possível responder à terceira indagação, qual seja: "Empregado de empresa privada, prestadora de atividade autorizada pelo Estado, ao subtrair valores em sua detenção, comete apropriação indébita ou peculato?"

Ora, os empregados das empresas que prestam atividades autorizadas pela Administração não podem ser equiparados, criminalmente, a funcionário público, mesmo após a ampliação do seu conceito, operada pela Lei n.º 9.983/2000, pois, conforme demonstrado, estas atividades autorizadas escapam da abrangência do elemento normativo do tipo - atividade típica da Administração Pública, insculpido no §1º do artigo 327 do Código Penal, permitindo-nos concluir que o agente pratica o delito de apropriação indébita, pois este não exige a qualidade especial do sujeito ativo, não se enquadrando na classificação de crimes próprios, ao passo que o peculato o é, requerendo do sujeito ativo a qualidade de funcionário público.

## 10 - CONCLUSÃO

As implicações cotidianas da ampliação do conceito criminal de funcionário público, efetuada pela Lei n.º 9.983/2000, constituirão o novo desafio à jurisprudência e à doutrina, especialmente pela superposição de categorias do Direito Administrativo sobre o Direito Penal. Contudo, embora possa parecer prematuro, arriscamos algumas considerações, mesmo que, posteriormente, o tempo demonstre que são impertinentes. O propósito, ressalte-se desde logo, é promover o debate acerca deste tormentoso tema.

Ante os argumentos expendidos e considerando a ampliação operada no § 1º do art. 327 do Código Penal, é possível considerar como funcionário público para os efeitos penais, as seguintes pessoas:

1 - Além dos agentes políticos, vale dizer, as autoridades públicas, todos os demais funcionários da Administração Pública Direta ocupantes de cargo, emprego ou função pública, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, em qualquer das esferas de Governo;

2 - Os funcionários dos órgãos da Administração Pública indireta, quais sejam, as Autarquias e as entidades paraestatais, estas últimas consistentes nas Fundações de Direito Público, as Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas;

3 - Os empregados de empresas privadas, concessionárias ou permissionárias de serviço público, desde que prestem atividade típica da Administração pública, aferida segundo os critérios de:

a) Fruição direta pelos administrados (substrato material); e

b) Incidência de um regime jurídico, total ou parcialmente, de direito público, mesmo que realizado por particulares (substrato formal);

4 - Por fim, conclui-se que os empregados de entidades de direito privado ou pessoas físicas prestadoras de atividades autorizadas pelo Poder Público estão excluídos do conceito criminal de funcionários públicos, mesmo após a sua ampliação, pois estas atividades não são serviços públicos, propriamente ditos, mas sim serviços de utilidade pública, não se identificando como atividade típica da Administração Pública, carecendo, assim, deste novo elemento normativo, que é requisito indispensável, exigido pela equiparação de funcionário público, insculpido no §1º do artigo 327 do Código Penal, através da ampliação efetuada pela Lei n.º 9.983/2000.

A Ampliação do Conceito Criminal de Funcionário Público, Instituída pela Lei nº 9.983/2000. Disponibilizado pela: Coordenadoria Criminal do Centro das Promotorias da Coletividade. Disponível em: [http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal\\_detalle.asp?campo=3251](http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_detalle.asp?campo=3251)>. Acesso em 01/11/06.