

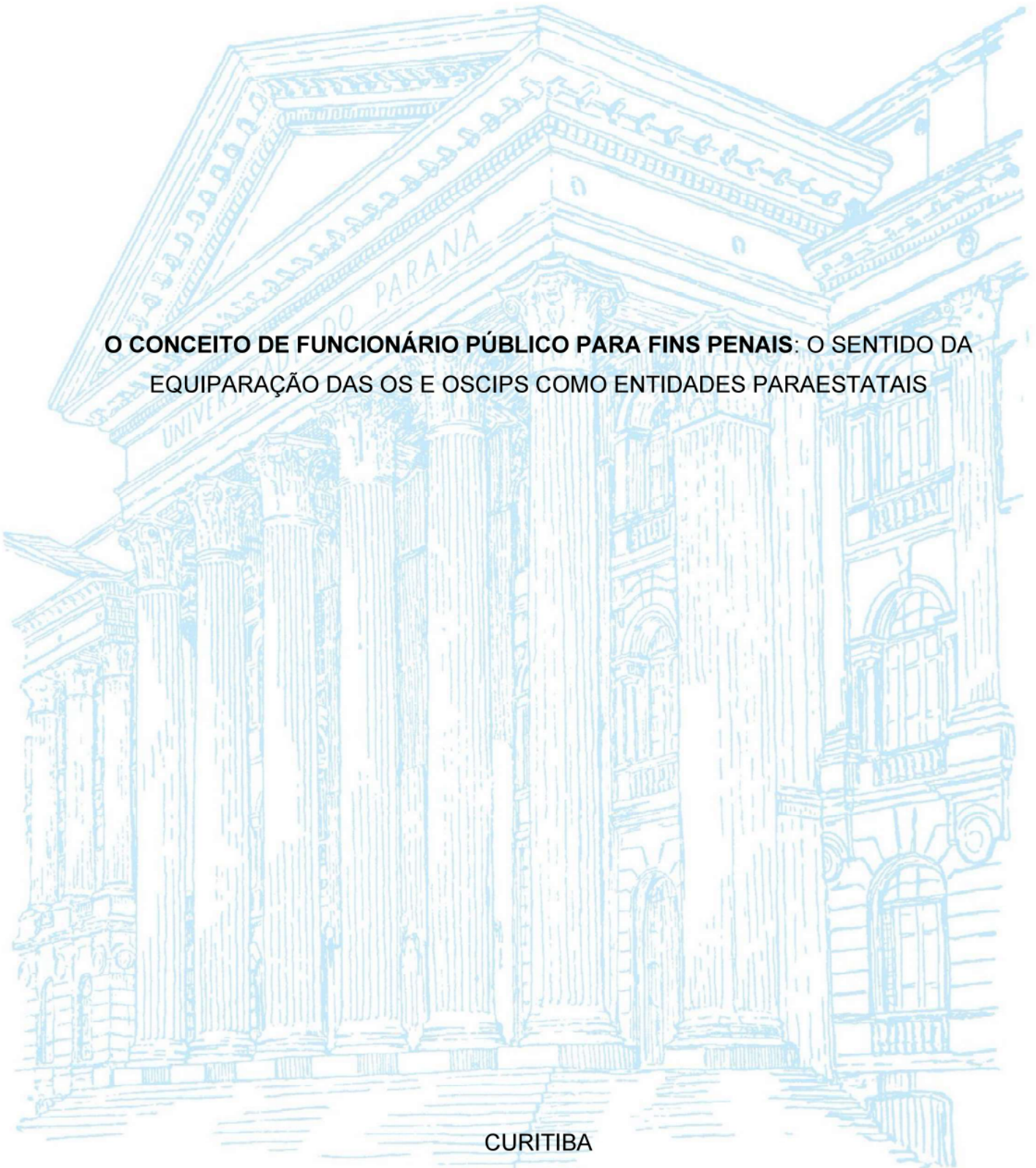
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

EDUARDO MAINES BRECKENFELD

**O CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO PARA FINS PENAIIS: O SENTIDO DA
EQUIPARAÇÃO DAS OS E OSCIPS COMO ENTIDADES PARAESTATAIS**

CURITIBA

2023



EDUARDO MAINES BRECKENFELD

**O CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO PARA FINS PENAIS: O SENTIDO DA
EQUIPARAÇÃO DA OS E OSCIPS COMO ENTIDADES PARAESTATAIS**

Artigo apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel, Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Francisco de Assis Monteiro do Rêgo Rocha Junior

CURITIBA

2023

RESUMO

O presente artigo propõe-se a estudar o conceito de funcionário público para fins penais. Especificamente, o objeto da pesquisa é a classificação das Organizações Sociais e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público como paraestatais para os fins de equiparação de seus integrantes como funcionários públicos nos termos do artigo 327, parágrafo primeiro, do Código Penal. Para isso, foram trabalhados os conceitos em torno da própria tutela penal da administração pública, fazendo referência aos próprios fundamentos do Direito Penal e de sua função de proteção de bens jurídicos em um contexto de expansão. Desse modo, foi objeto de análise o acórdão do *Habeas Corpus* n.º 125.086/DF, em que a primeira turma do Supremo Tribunal Federal entendeu que os dirigentes de uma Organização Social poderiam ser equiparados a funcionários públicos, uma vez que a Organização seria uma entidade paraestatal, por receber recursos públicos e prestar uma função pública. Foi possível concluir que a decisão, a pretexto de proteger a administração pública, empregou os conceitos do artigo 327 de forma vaga e acabou por violar a legalidade na dimensão da proibição da analogia *in malam partem*.

Palavras-chave: Direito Penal; Crimes contra a administração pública; Conceito de funcionário público para fins penais; Entidades Paraestatais; Organizações Sociais; Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

ABSTRACT

This article aims to study the concept of public servant for criminal purposes. Specifically, the object of the research is the classification of Social Organizations and Civil Society Organizations of Public Interest as parastatals for the purposes of treating their members as public servants under the terms of article 327, first paragraph of the Penal Code. To this end, concepts surrounding the public administration's own criminal protection were worked on, referring to the very foundations of Criminal Law and its function of protecting legal assets in a context of expansion. Thus, the *Habeas Corpus* ruling no. 125.086/DF was the subject of analysis, in which the first group of the Federal Supreme Court understood that the directors of a Social Organization could be equated with public servants, since the Organization would be a parastatal entity, for receiving public resources and providing a public function. It was possible to conclude that the decision, under the pretext of protecting the public administration, used the concepts of article 327 in a vague way and ended up violating legality in the dimension of the prohibition of the *in malam partem* analogy.

Keywords: Criminal Law; Offenses against public administration; Concept of public servant for criminal purposes; Parastatal Entities; Social organization; Civil Society Organizations of Public Interest.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A PROTEÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO DIREITO PENAL	8
3 O CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO PARA FINS PENAIS	13
4 OS INTEGRANTES DAS OS E OSCIPs EQUIPARADOS A FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS POR CONTA DA EXPRESSÃO “ENTIDADE PARAESTATAL	21
4.1 UMA DEFINIÇÃO JURÍDICA DESSA INSTITUIÇÕES	21
4.2 AS CONTROVÉRSIAS DA INCIDÊNCIA DAS OS E OSCIPS AO § 1.º, DO ART. 327, DO CÓDIGO PENAL E A INTERPRETAÇÃO DO STF NO HC 125.086/DF	22
5 CONCLUSÃO	26
6 REFERÊNCIAS	28

TERMO DE APROVAÇÃO

O CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO PARA FINS PENAIS: O SENTIDO DA EQUIPARAÇÃO DA OS E OSCIPS COMO ENTIDADES PARAESTATAIS

EDUARDO MAINES BRECKENFELD

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

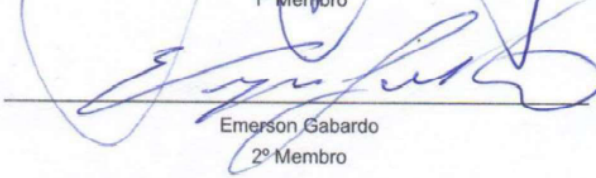


Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Júnior
Orientador

Coorientador



Guilherme Brenner Lucchesi
1º Membro



Emerson Gabardo
2º Membro

1 INTRODUÇÃO

O direito penal é permeado pela necessidade de proteger bens jurídicos das condutas injustas que os lesionem ou os coloquem em perigo concreto. Nesse sentido, o Código Penal, ao tipificar um capítulo de “Crimes contra a administração pública”, pretende protegê-la de uma série de condutas tipificadas.

Nessa discussão, a figura do funcionário público ganha relevância, uma vez que estes seriam os agentes subjetivamente vinculados à administração. Para isso, ao descrever os crimes praticados por funcionários públicos contra a administração em geral, o art. 327, do Código Penal, cunha um conceito de funcionário público, “para fins penais”.

Esse conceito, amplo e de pretensão exauriente, não se confundiria, de acordo com os doutrinadores, com a noção de funcionário público trazida por outros ramos do direito. Nesse sentido, o parágrafo primeiro desse artigo apresenta situações em que o sujeito, ainda que não diretamente vinculado à administração, é equiparado funcionário público para fins penais, ponto que traz uma série de debates na literatura.

Uma dessas hipóteses é a daqueles que se integram às entidades paraestatais, conceito difuso, conturbado e disputado pela doutrina, que oscila quanto à relação desses com a administração, seja pela noção de que pertenceriam à administração indireta, ou se seriam entidades fora da orbita administrativa, apenas em relação de cooperação.

Nesse sentido, as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público são entidades que desafiam que acabam por desafiar a equiparação do parágrafo primeiro do art. 327, especialmente no que tange ao seu enquadramento (ou não) como paraestatais.

Por esse motivo, a interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 125.086/DF é relevante e deve ser destrinchada ao longo do texto, para que se possa compreender o sentido da equiparação das entidades paraestatais ao conceito de funcionário público para fins penais.

2 A PROTEÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO DIREITO PENAL

O Direito Penal pode ser concebido como a disciplina jurídica pela qual são definidos crimes e cominadas penas a partir de critérios de legalidade. Para isso é preciso observar que, dentre seus objetivos, ao menos os declarados¹, cumpre ao direito penal a função de proteger os valores fundamentais para a vida. Tratam-se, portanto, dos bens jurídicos, selecionados a partir de critérios político-criminais fundamentados constitucionalmente (CIRINO, 2020, p. 28-29).

Para Juarez Tavares, a criminalização, primária ou secundária², de alguma determinada conduta, deve sempre estar lastreada na ocorrência de uma lesão ou perigo de lesão. Contudo, sua legitimidade perante a ordem jurídica deve estar alicerçada ou até mesmo subordinada ao que deve corresponder como “lesão de um direito subjetivo” (TAVARES, 2020, p. 107).

Frise-se que o perigo de lesão descrito por Tavares não poderá ser abstrato, mas sim equivalente a uma alteração sensível empiricamente na realidade. Por isso, a criminalização apenas poderá referir-se a lesões ou perigos concretos ao bem jurídico. Essa exigência formular de concretude na proteção penal dos bens jurídicos estaria, portanto, preocupada em delimitar barreiras rigorosas para a incidência da lei penal, em detrimento de uma postura meramente legitimadora da intervenção penal (TAVARES, 2020, p. 108).

Nesse sentido, o Direito Penal deveria proscrever o expediente comum da criminalização simbólica, pelo qual o legislador, em prol da satisfação de interesses políticos punitivos, se vale de construções legais calcadas em fórmulas de perigo abstrato. Esse expediente, para além de perverter a estrutura de legitimidade da ordem jurídica, também acaba iludindo os destinatários da norma, já que é uma tutela que não protege o cidadão de nenhuma alteração na realidade (TAVARES, 2020, p. 108).

¹ Os objetivos declarados (manifestos) do direito penal seriam aqueles destacados pelo “discurso oficial da teoria jurídica da pena”; já os reais (latentes) seriam aqueles apontados por um discurso, criminológicos. Essa contraposição corresponderia à dimensão de ilusão e realidade em que o direito seria um fenômeno ideológico da sociedade contemporânea (CIRINO, 2020, p. 28)

² De um modo geral, a criminalização primária pode ser definida como aquela em que é sancionada uma lei penal abstrata que incrimina determinadas condutas. Por sua vez, a secundária é a ação punitiva exercida concretamente sobre o imputado, que praticou o ato criminalizado primariamente (ZAFFARONI *et al*, 2019, p. 42).

Com isso, Tavares sustenta a necessidade de construção de um sistema concreto e real de proteção penal, que supere as incriminações simbólicas. Desse modo, o cidadão teria a sua disposição dados minimamente objetivos que o permite que ele construa um sistema próprio de orientação de condutas, minimizando riscos penais e até mesmo a própria ocorrência de injustos (2020, p. 109).

Portanto, o bem jurídico seria “um dado relacionado à pessoa humana, como seu elemento de preferência e orientação, o qual adquire valor quando incorporado à respectiva norma de conduta, proibitiva ou mandamental” (TAVARES, p. 115).

O conceito de bem jurídico trazido por Tavares inclui tanto os bens pessoais, como vida, liberdade e patrimônio; bem como aqueles que, ainda referenciados em um plano de afetação pessoal, projetam-se no interesse coletivo (2020, p. 115). Esses interesses gerais podem ser exemplificados pela Administração Pública, Meio Ambiente, Ordem Tributária e Sistema Financeiro Nacional.

Por esse motivo, não haveria um real antagonismo entre bens jurídicos individuais e coletivos, uma vez que a lesão ou o perigo apenas adquirem significado e relevância penal em face da pessoa humana atingida, ainda que indiretamente (TAVARES, 2020, p. 116).

Logo, a proteção dos bens jurídicos realizada pelo direito penal volta-se para a proteção do cidadão, indeclinavelmente lesionado ou ameaçado concretamente por determinadas condutas injustas. Além de servir como elemento de proteção à pessoa, cumpre a função de limitar o poder punitivo estatal, caracterizando seu espaço de legitimidade.

A respeito do tema, as lições de Jesús María Silva Sánchez são relevantes ao apontar a expansão do direito penal nas sociedades pós-industriais. Segundo o autor, essa expansão, que acabou gerando novos bens jurídicos, possui três explicações fundamentais.

De início, surgiram novas realidades, que antes ou não existiam ou eram pouco incidentes, modificam a ordem social a tal ponto que acabam por gerar uma necessidade de maior proteção penal, como seria o caso da expansão das instituições financeiras e de crédito. Em seguida, ele aponta a escassez ou a própria deterioração de bens jurídicos que antes eram tidos como abundantes, cuja eventual vulneração era pouco relevante para a sociedade, como o meio ambiente (SÁNCHEZ, 2011, p. 11).

Por fim, a terceira causa de expansão do direito penal com a criação de novos bens jurídicos seria a transformação social e cultural de certas realidades que há muito não se alteravam, ocasião em que a proteção do patrimônio histórico e artístico acabou ganhando relevo (SÁNCHEZ, 2011, p. 12).

Nesse cenário, de expansão do direito penal no sentido da proteção de interesses difusos e abstratos, é que a administração pública ganha ainda mais relevo enquanto um objeto de proteção e tutela promovida pelo direito penal.

No Código Penal brasileiro, atualmente, existem dezenas de tipos penais que pretendem tutelar a administração pública, entre os artigos 312 e 559-H, todos dentro do Título XI do Código, sendo que, desde a promulgação do Código em 1940, já houve diversas alterações legislativas, sempre no sentido de expandir a tutela penal. Nesse sentido, exemplificativamente, a lei 10.763/2003 aumentou as penas dos crimes de corrupção ativa e passiva e condicionou a reparação do dano causado pelo delito para a progressão de regime nos crimes contra a administração pública³.

Portanto, quando estamos a tratar da tutela penal da administração pública, o quadro da produção legislativa sobre o tema, tanto no plano da *lege lata* como o da *lege ferenda*, a regra é a tendência de expansão do direito penal e seu recrudescimento em face das condutas tipificadas.

De acordo com pesquisa de Conrado Almeida Corrêa Gontijo, é possível observar, como exemplo, que, no curto período entre maio e junho de 2020, teriam sido apresentadas, perante a Câmara dos Deputados, dezenas de projetos de lei voltados à tutela penal da administração. Em todos os casos, os projetos, caso aprovados na forma como apresentados, resultarão no recrudescimento de sanções penais (2020, p. 315).

Isso significa, que o legislador, representando a sociedade que o elegeu, entende que o direito penal seria a tábua de salvação da Administração Pública contra sua imoralidade (GONTIJO, 2020, p. 316).

Percebe-se que quando se está no campo da criminalização dos atos que vulneram a administração pública, os fundamentos de legitimidade do direito penal, como a moderna categoria do bem jurídico e a sua própria noção de subsidiariedade

³ Nesse caso, deve-se destacar que o condicionamento da reparação do dano para a progressão de regime nos crimes contra a administração pública é uma medida que não se encontra topologicamente localizada no Título XI, do Código Penal, mas sim na Parte Geral, no § 4.º, do art. 33.

e fragmentariedade são esquecidas em prol de incriminações abstratas, indefinidas, ampliativas e simbólicas.

Luciano Anderson de Souza, em obra monográfica sobre o tema, apontou que a tutela penal da administração pública realizada pelo Código Penal, em uma aproximação, possuiria diversos problemas de coerência. Isso porque, segundo ele, o primeiro desafio de coerência diz respeito ao desafio de compatibilidade das condutas dentro de um único título (2019, p. 40).

Tanto é assim que dentro do título, existem 6 distintos capítulos insculpidos nele: a) crimes praticados por funcionários públicos contra a administração em geral, b) crimes praticados por particulares contra a administração, c) crimes praticados por particulares contra administração estrangeira, d) crimes licitatórios⁴, e) crimes contra a administração da justiça; e f) contra as finanças públicas.

A incoerência inicial é complementada pelo fato de que, segundo o mesmo autor, seria “difícil” englobar todas as hipóteses típicas sob um mesmo ponto de vista de proteção da administração. Isso seria assim mesmo se partíssemos de um conceito amplo e genérico de administração, relacionado à supremacia do interesse público (SOUZA, 2019, p. 40).

Sendo assim, as inquietações em torno da criminalização da administração pública exigem do legislador e do intérprete uma postura rigorosa no sentido de identificar os interesses jurídicos pelos quais a administração pública deveria ser protegida pelo direito penal. Logo, trata-se da discussão a respeito do bem jurídico a ser tutelado nesse tipo de infração.

Os princípios e fundamentos regentes da Administração Pública, no caso brasileiro, estão previstos na Constituição da República, em seu artigo 37, segundo o qual a administração pública obedecerá aos princípios da “legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Além disso, de acordo com o magistério do administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, o sistema, ou o regime administrativo brasileiro estaria construído em função da consagração de dois princípios fundamentais: a “supremacia do

⁴ Os crimes licitatórios estavam contidos no bojo da Lei 8.666/93, contudo, com a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (14.133/2021), foram integrados ao Código Penal entre os artigos 337-E e 337-P.

interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse públicos pela administração” (MELLO, 2021, p. 49).

Por supremacia do interesse público sobre o privado, é possível derivar que as consequências desse axioma se relacionam com a posição privilegiada do órgão que zelará pelo interesse público, a posição de supremacia do órgão nas suas relações e a existência de sujeições e restrições para o exercício de atividades de interesse público (MELLO, 2021, p. 59).

Já em relação à indisponibilidade do interesse público pela Administração, as consequências seriam mais amplas, englobando todas as consequências do princípio da legalidade administrativa, como o princípio da finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação e responsabilidade estatal. Além disso, a indisponibilidade também se faria sentida no controle administrativo, na isonomia, na publicidade, na inalienabilidade do interesse público e abriria margem para o controle jurisdicional dos atos administrativos (MELLO, 2019, p. 64-65).

Logo, do regime jurídico do direito administrativo, é possível estatuir a prevalência de um sistema que está voltado à satisfação dos interesses públicos e que deverá guiar-se nos trilhos do interesse público, indisponível.

Por isso, ao pensarmos em uma tutela penal da administração pública é preciso que se atinja o objetivo de resguardar seus princípios previstos no *caput* do art. 37, da Constituição, com a preservação da supremacia do interesse público sobre o privado e sua indisponibilidade pela administração e seus agentes.

Pensemos, por exemplo, no caso da corrupção, do Código Penal, tratar-se-ia de um abuso de poder administrativo condicionado por vantagens indevidas, que circulam na esfera privada. A situação possuirá ainda mais repercussões administrativas se envolver a realização de um ato de ofício que esteja no plexo funcional do agente, ocasião em que haverá uma “agressão à legalidade do serviço público”. Isso porque toda forma de vantagem somente pode ser realizada no horizonte delimitado pela lei (GRECO, 2017, p. 46).

Portanto, nota-se que nesse delito, diversos princípios da administração pública, concretamente, são lesionados ou colocados em perigo mediante a prevalência do interesse privado. Mais ainda, o agente desse crime também acaba por tornar disponível o interesse público, colocando-o à preço.

Por isso, o comando constitucional endereça ao legislador penal uma noção de administração pública ampla, extensa e estrutural; indicando a prevalência de um modelo democrático, republicano e não autoritário para com o administrado.

Apesar disso, não é possível deixar de lado as contribuições feitas por Nélson Hungria que, a respeito do tema, definia a administração, para fins penais, como “a atividade do Estado, de par com a de outras entidades de direito público, na consecução de seus fins, quer no setor do Poder executivo (administração pública no sentido estrito), quer no do Legislativo ou do Judiciário.” (HUNGRIA, 1959, p. 313). Segundo ele, esse conceito estaria pacificado pela doutrina penal nacional e alienígena.

Para Hungria, a objetividade jurídica dos crimes contra a administração pública ocupados pelo amplo Título XI, do Código Penal, diria respeito ao interesse da “normalidade funcional, prestígio, incolumidade e decoro” da Administração. Nesse sentido, citando Von Liszt, ele sustenta que a atuação, muitas vezes complexa e diversificada da administração pública na vida social seria a exteriorização, na vida coletiva, da personalidade individual, no sentido do desenvolvimento de suas “energias vitais” (HUNGRIA, 1959, p. 313).

Logo, onde houver o exercício de uma função pública ou o desempenho de algum cargo oficial, poderão ser cometidos crimes contra a administração pública. Essa incidência ocorrerá seja na hipótese de condutas típicas praticadas por aqueles integrados à administração pública, exatamente os funcionários públicos (*intraneu*), bem como pelo particular (*extraneus*) que haja perturbado a Administração.

Delimitado o horizonte dos fundamentos da criminalização em torno da administração pública, é preciso afunilar o horizonte da pesquisa para a figura *intraneu*, tema que envolverá o conceito de funcionário público para fins penais, do artigo 327, do Código Penal.

3 O CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO PARA FINS PENAIS

O Direito Administrativo trata do tema dos funcionários públicos sob o gênero dos “agentes públicos”, que seriam todos os sujeitos que, instrumentalmente, servem ao poder público (MELLO, 2021, p. 202).

De caráter amplo, existiriam quatro categorias de agentes públicos, os agentes políticos, os servidores públicos⁵, os militares e os particulares em colaboração com o Poder Público. (DI PIETRO, 2018, p. 674). Um ponto que merece destaque é que a legislação dos agentes públicos não possui mais a expressão “Funcionário Público”, que era, antes da Constituição de 1988 e da Lei 8.112/1990, o que hoje são os servidores públicos estatutários.

Se, para o direito administrativo, a expressão “funcionário público” hoje representa um termo sem significação jurídica, a situação é absolutamente distinta para o Direito Penal, que não só o adota, como aplica esse conceito com a pretensão de englobar e toda e qualquer relação entre um agente público com o poder público.

O art. 327, do Código Penal, incluído no Capítulo dos “Crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral”, é um dispositivo cuja função é a de prever um conceito que considerará determinados sujeitos, apenas para fins penais, como funcionários públicos; equipara determinados cidadãos como tais e prevê uma causa de aumento de pena. Ele possui a seguinte redação:

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

§ 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. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 2º - 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. (Incluído pela Lei nº 6.799, de 1980) (grifos nossos)

Como se pode notar, para a legislação penal, muitas serão as hipóteses em que alguém será considerado ou equiparado a funcionário público. Por isso, essa definição é muito relevante para a legislação penal, uma vez que o enquadramento de determinado cidadão como funcionário público poderá tornar típica sua conduta, quando não alterar sua pena.

⁵ Nessa categoria, de acordo com a doutrina administrativista de Di Pietro, estariam os: **estatutários**, ocupantes de cargos públicos; os **empregados públicos**, contratados pelo regime trabalhista da Consolidação das Leis do Trabalho e ocupantes de empregos; e os **temporários**, contratados para atender demandas de excepcional interesse público (2018, p. 674).

A título meramente argumentativo, a condição de funcionário público é o que distinguirá a apropriação indébita (art. 168, CP, pena de um a quatro anos) do peculato (art. 312, CP, pena de dois a doze anos). No caso da corrupção, tanto ativa (art. 317), quanto passiva (art. 333); se vantagem for solicitada, recebida, aceita, oferecida ou prometida por alguém que não seja funcionário público, a conduta será atípica.

Além das repercussões práticas, é possível observar que, dentre todos os artigos da parte especial, esse é um dos poucos que possui a natureza de disposição geral, sem conter condutas típicas ou cominar penas.

Por isso, remetendo-se ao debate anterior a respeito da legitimidade e dos fundamentos do direito penal, definir precisamente quem é funcionário público e sob que circunstâncias; será essencial para que o cidadão possa orientar suas condutas no sentido da previsibilidade e clareza da norma penal.

A respeito desse conceito, muitas considerações foram tecidas por Nélson Hungria, autor que celebrava a amplitude da codificação desse conceito de funcionário público, que dirimiu as dúvidas em torno do conceito (1959, p. 400).

Segundo HUNGRIA, à época da edição do Código, existiriam duas correntes administrativistas em torno de um conceito de funcionário público. A primeira delas, mais restritiva, ponderava que funcionário público eram apenas aqueles que agiriam representando a soberania estatal, exercendo poderes de império, discricionários, agindo com autoridade de exame, para que pudesse, concretamente, executar determinada lei ou regulamento (1959, p. 400).

A segunda por sua vez, seria mais ampla e qualificaria o sujeito enquanto funcionário público ante o exercício de determinada “função pública”. Nesse caso, o funcionário não decorreria da autoridade do cargo, mas sim do exercício de qualquer atividade do Estado que visasse diretamente à satisfação de uma necessidade ou conveniência pública. Essa foi a noção adotada e ampliada pelo Código Penal, uma vez que até mesmo o exercício transitório da função já atrairia o predicado. (HUNGRIA, 1959, p. 401).

O que ele sustenta é que o art. 327 do Código Penal não caracteriza o crime funcional pela sua qualificação enquanto funcionário, mas sim pelo exercício de uma função pública, “seja esta permanente ou temporária, remunerada ou gratuita, exercida profissionalmente ou não, efetiva ou interinamente, ou *per accidens*”. Ou seja, qualquer pessoa no exercício de função pública (HUNGRIA, 1959, p. 401).

Assim como havia teorizado em relação à abrangência dos crimes contra a administração pública, para Néelson Hungria, o artigo 327 abrangeria todas as órbitas de atividade do Estado, em todos os poderes, latitudinal e longitudinalmente, de modo que:

Tanto é funcionário público o presidente da República quanto o estafeta de Vila de Confins, tanto o senador ou deputado federal quanto o vereador do mais humilde Município, tanto o presidente da Suprema Corte (sic) quanto o mais bisonho juiz de paz da hinterlândia (HUNGRIA, 1959, p. 402)

Na redação original do Código Penal, o § 1º (único) do artigo 327 fazia a equiparação apenas para os que exerciam “cargo, emprego ou função” em entidade paraestatal, que para Hungria à época eram apenas as autarquias. Por isso, nesse caso, ele não considerava funcionários públicos os concessionários de serviços públicos e não fazia a equiparação aos empregados de sociedades de economia mista (HUNGRIA, 1959, p. 403).

Em obra monográfica sobre o tema dos Crimes Contra a Administração Pública, Luciano Anderson de Souza também tece importantes considerações a respeito do conceito de funcionário público para o direito penal. Assim como Hungria, as lições de Souza revelam um caráter celebratório a respeito da amplitude que o direito penal trouxe ao tema, ainda que teça pontuais críticas de alguns aspectos do artigo 327.

De início ele compara a regra brasileira com a adotada na França, segundo a qual o termo não seria tarifário, mas sim delimitado em cada caso concreto a partir de referentes doutrinários e jurisprudenciais (SOUZA, 2019, p. 61).

Na sequência, menciona a existência de debates acerca de um conceito unitário ou não de funcionário, trazendo o caso do *Codice Rocco*, da Itália do período fascista, no qual eram diferenciados o oficial público, a pessoa encarregada de um serviço público e a pessoa que exerce serviço de necessidade pública⁶. O critério diferenciador italiano pretendia acentuar a subjetividade de cada uma das funções públicas, mas teria causado mais dificuldades que facilidades, tornando-se inconveniente (SOUZA, 2019, p. 62).

⁶ Em italiano, respectivamente, *pubblico ufficiale*, *persona incaricata di un pubblico servizio* e *persona esercente um servizio di pubblica necessità*.

O conceito penal unitário de funcionário público brasileiro, de modo contraintuitivo, deixa de guiar-se exclusivamente pelo sentido trazido pelo Direito Administrativo a respeito do tema. Logo, o conceito, na forma com que foi codificado, não se procedeu ao instituto da norma penal em branco⁷, buscando seu sentido no regime jurídico de direito público, mas, propriamente, cunhou um conceito de funcionário público para si (SOUZA, 2019, p. 63).

Não bastando a amplitude originária do dispositivo, esse ideário unitário foi e vem se ampliando ao longo do tempo, principalmente relacionando-se com a expansão penal desse tema no âmbito global⁸ (SOUZA, 2019, p. 63).

Apesar de toda a divergência conceitual existente no campo dos Agentes Públicos na doutrina administrativista, o Direito Penal não entrará nesse campo de batalha, porque talhou uma noção não ontológica, mas sim fictícia, como uma “regra de interpretação”. Deste modo, discussões sobre o provimento do agente, sua remuneração, estabilidade e demais discussões do direito público estão todas englobadas no conceito penal, preocupado com a função pública. (SOUZA, 2019, p. 67)

Por fim, SOUZA expõe o entendimento de que a necessidade de a interpretação penal ser sempre restritiva em face do texto não infirma a amplitude conceitual do artigo 327, isso porque o dispositivo seria ampliativo ante a possibilidade de uma multiplicidade de sujeitos relacionados à Administração vilipendiarem o interesse penalmente tutelado pela norma (2019, p. 68).

Apesar do tom celebratório em torno do conceito, esse autor, mais adiante em sua monografia, ao tratar dos “Problemas Atuais” do Título XI da Parte Especial do Código Penal, menciona que existem problemas na redação controvertida do artigo 327.

Ele inicia a ponderação já denunciando a inadequação da expressão “funcionário público”, que não encontra mais guarida na ordem jurídica brasileira,

⁷ De acordo com Juarez Cirino dos Santos, as leis penais em branco são “tipos legais com sanção determinada e preceito indeterminado, dependente de complementação por outro ato legislativo ou administrativo (2020, p. 72).

⁸ A Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto 4.410/2000, em seu artigo 1.º, possui a seguinte definição: “Para os fins desta Convenção, (...) entende-se por: “**Funcionário público**”, “funcionário de governo” ou “servidor público” qualquer funcionário ou empregado de um Estado ou de suas entidades, inclusive os que tenham sido selecionados, nomeados ou eleitos para desempenhar atividades ou funções em nome do Estado ou a serviço do Estado em qualquer de seus níveis hierárquicos(...).

devendo ser substituída pela expressão “agente público”. Além disso, imbuído de um espírito expansionista, defende que os vocábulos “cargo” e “emprego” deveriam ser suprimidos, mantendo-se apenas a expressão “funções públicas”, que os abarcaria. Tudo isso estaria de acordo com um critério funcional, privilegiando a “função pública” e evitando espaços de impunibilidade. (SOUZA, 2019, p. 181-182)

Ou seja, a proposta do autor não se destina a alterar os critérios para a qualificação do funcionário público para fins penais, senão para apenas reiterar o modelo do Código Penal de 1940 e a própria doutrina de Néelson Hungria. A alteração, destinada a clarificar o texto, afastando-se mais ainda das disputas doutrinárias administrativistas, manteria tudo como está, pois, materialmente, o âmbito de incidência da norma seria, no mínimo, o mesmo.

Quanto aos dispositivos de equiparação do § 1.º do artigo 327, ele traça ponderações de cunho político criminal a respeito dos limites dos critérios de equiparação. Isso porque, quando se está a tratar das entidades de direito privado que estejam sob a rubrica da administração pública, ele sustenta que, nas hipóteses em que não haja o exercício de uma função pública, deveriam existir critérios de exclusão da equiparação, que só deveria ser mantida para cumprir o critério funcional, situação que poderia ser atestada ou afastada pelo aplicador da norma (SOUZA, 2019, p. 182).

Um contraponto à visão meramente funcional e ampliativa desse conceito foi levantado por Gustavo Quandt, em artigo que analisou o conceito a propósito do julgamento da Ação Penal 470/DF (Mensalão). Ele não nega que o conceito do artigo 327 não se vincula àqueles do direito administrativo ou constitucional, sendo até mesmo mais amplo. Porém, destaca que apenas declarar uma visão negativa ou mencionar a amplitude semântica constituiria uma aproximação simplista. Para ele, a premissa de que o conceito de funcionário é mais extenso que o de servidor apenas proporciona “um núcleo mínimo de abrangência do conceito, mas não lhe fornece quaisquer limites exteriores” (QUANDT, 2014, p. 186).

O sistema do artigo 327 deveria ser, portanto, decomposto em sua análise. Isso porque o seu *caput* e a primeira parte do § 1.º tratam do exercício de cargo, emprego e função pública. Já a segunda parte do § 1.º lida com as situações em que há parceria entre o poder público com empresas privadas, que exerceriam “atividade típica da administração públicas. Por fim, o § 2.º apenas dispõe sobre a causa de

aumento de pena para situações específicas de exercício de função (QUANDT, 2014, p. 187).

Quanto aos casos de cargos, empregos e funções públicas, envolvendo também os integrantes das entidades paraestatais, apesar das dificuldades conceituais de incidência em casos limítrofes, defini-los não é o maior dos problemas, mas sim configura um problema a falta de cuidado da jurisprudência em identificar qual seria o trecho do artigo 327 que incidiria em cada caso, supondo que o conceito de funcionário público seria autoexplicativo (QUANDT, 2014, p. 190).

O autor exorta a doutrina a jurisprudência a abandonar o otimismo em torno da definição penal dos conceitos de cargo, emprego, função, entidade paraestatal e atividade típica da administração pública, uma vez que permaneceram obscuros, sem contornos seguros para a definição de funcionário público. Para isso, uma iniciativa que ele cita como virtuosa seria a de ser apurado, em cada caso penal, detida e especificamente, as efetivas atribuições dos agentes, antes de qualificá-los, *ex ante*, como funcionários públicos. Além disso, as diretrizes para a apuração do plexo funcional do sujeito também deveriam levar em conta, isoladamente, cada tipo de delito imputado (QUANDT, 2014, p. 197-198).

O exemplo que ele cita para corroborar a hipótese é o do empregado de empresa conveniada com a administração para a operação dos radares fixos de velocidade no trânsito, esse empregado seria funcionário público em virtude do art. 327, § 1.º (no trecho, “trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”).

Contudo para ele ser enquadrado como funcionário em um caso concreto, deverá ser analisado exercício da função com o delito que teria sido praticado. Por isso, se ele solicita uma vantagem para contornar uma infração de trânsito registrada, praticou corrupção passiva, uma vez que abusou de sua relação com a Administração Pública. Já um eventual desvio de algum bem da Conveniada não poderia configurar um peculato, já que a qualidade abusada é a de funcionário privado (QUANDT, 2014, p. 198-199).

Ainda em relação ao § 1.º, do artigo 327, o termo “paraestatal” possui uma complexidade ímpar, uma vez que o enquadramento da entidade enquanto tal determinará, em tese, a equiparação à condição de funcionário público para fins penais. Esse termo seria um dos mais obscuros do direito administrativo, cujo efeito seria sentido no direito penal.

Isso porque, conforme o recorte histórico feito por Raquel Scalcon, a interpretação pelos tribunais foi se alterando ao longo do tempo.

Ela menciona que os tribunais, pacificamente, entendiam que as entidades paraestatais seriam aquelas pertencentes à administração pública indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e afins), tanto seria assim que as Paraestatais estavam antecedidas pela expressão: “cargo, emprego e função”, o que ao menos indicava uma aderência à Administração Pública (SCALCON, 2021, p. 67).

O surgimento subsequente dos “Serviços Sociais Autônomos”, entes que não integram a Administração, mas que colaboram com ela e são fomentados pelo estado, teria alterado a definição para englobar essas instituições. Frise-se, que a jurisprudência não passou, automaticamente, a equiparar os integrantes dessas instituições à funcionários públicos e até hoje evita⁹ equipará-los (SCALCON, 2021, p. 68). O próprio art. 84, § 1.º, da antiga Lei de Licitações (8.666/1993), previa que as entidades paraestatais seriam aquelas que estariam sob o controle direto ou indireto da Administração¹⁰.

Contudo, nos anos 90, com a introdução das instituições do Terceiro Setor (Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, respectivamente, pelas leis 9.637/1998 e 9.790/1999), pessoas jurídicas de direito privado, não-governamentais e sem quaisquer fins lucrativos; o entendimento dos Tribunais alterou-se sensivelmente, equiparando seus integrantes à funcionários públicos, por força da expressão “entidade paraestatal”.

A interpretação feita, no âmbito penal, a respeito das “entidades paraestatais”, é diametralmente oposta daquela que as considerava como integrantes da administração pública indireta, hoje, elas são as que não mais possuem vínculos com a administração pública em nenhum grau (SCALCON, 2021, p. 71)

⁹ Nos termos do AgRg no RHC n. 153.058/PE (STJ), Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5.ª Turma, j. em 15/2/2022: “**não se aplicam aos dirigentes do "Sistema S" a Lei n. 8.666/1993 (Lei das Licitações) e o Capítulo I do Título XI do Código Penal, o qual tipifica os crimes praticados por funcionários públicos contra a administração em geral**”

¹⁰ Destaca-se que a nova lei de licitações (Lei. 14.133/2021), ainda que tenha suprimido a expressão paraestatal, entende que as “entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e as fundações por ele instituídas ou mantidas” são consideradas integrantes da Administração Pública.

As problemáticas repercussões em torno dessa questão, no horizonte das OS e OSCIPs será objeto de discussão no capítulo seguinte.

4 OS INTEGRANTES DAS OS E OSCIPs EQUIPARADOS A FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS POR CONTA DA EXPRESSÃO “ENTIDADE PARAESTATAL

4.1 UMA DEFINIÇÃO JURÍDICA DESSAS INSTITUIÇÕES

Conforme já mencionado, as Organizações Sociais são regidas pela Lei 9.637/1998 que, de acordo com o seu art. 1.º, são pessoas jurídicas de direito privado “cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde”.

Também o relacionamento entre essas organizações e o poder público, de acordo com o art. 5.º dessa lei, se dará na forma jurídica do “contrato de gestão”, que tem por objetivo a formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º. A iniciativa privada, contudo, não cria uma “organização social”, mas sim apenas uma pessoa jurídica de direito público sem fins lucrativos (associações e fundações), sendo que tal qualificação decorre de qualificação habilitada pelo Poder Público (DI PIETRO, 2018, p. 635)

Seu regime jurídico, portanto, é o de direito privado, mas por envolver a prestação e a administração de recursos públicos, se submeterá ao *caput* do art. 37, da Constituição (DI PIETRO, 2018, p. 638).

O contrato de gestão, vínculo entre a Administração e a organização, de natureza sinalagmática, fixará pormenorizadamente as metas que deverão ser cumpridas pela parte privada e a forma pela qual o Poder Público fomentará a instituição; cedendo bens públicos, transferindo recursos financeiros ou ainda cedendo servidores públicos (DI PIETRO, 2018, p. 637).

Sendo assim, o vínculo celebrado terá como objeto a delegação fomentada da gestão do serviço público. A associação ou fundação exercerá uma atividade de natureza privada, mas sob o incentivo Estatal, o que materialmente configura uma privatização da gestão dos serviços públicos (DI PIETRO, 2018, p. 638).

As OSCIPs, reguladas pela lei 9.790/1999, por sua vez, possuem um conteúdo material muito semelhante ao das OS, sendo que a diferença precípua será

que a OSCIP exercerá atividade de natureza privada, contando apenas com o auxílio estatal (DI PIETRO, 2018, p. 642).

O auxílio recebido pela OSCIP também terá natureza de fomento, só que as OSCIPs serão mais desenvolvidas e complexas que as OS, uma vez que a lei exige mais requisitos para a obtenção da qualificação. Uma vez obtida a outorga da qualificação de OSCIP, o vínculo com a Administração não será automático, mas dependerá de um específico “Termo de Parceria”, instrumento previsto no art. 9.º de sua lei (DI PIETRO, 2020, p. 644).

O termo de parceria deverá individualizar um programa de trabalho, com metas de resultado e cronogramas; programar seu balanço financeiro, detalhando nele o fomento que será realizado pela Administração; e apresentar um relatório anual (DI PIETRO, 2018, p. 645).

Sendo assim, a diferença fundamental entre as OS e OSCIPs residiria no fato de que, nas OS há a delegação da gestão de serviços públicos, em que a iniciativa privada os assume; enquanto nas OSCIPs, é a iniciativa privada, qualificada, que recebe o fomento no sentido de auxiliar a prestação dos serviços públicos, sem que haja qualquer tipo de delegação (DI PIETRO, 2018, p. 646).

Considerando que há um vínculo entre essas organizações de direito privado com a Administração Pública, é necessário discutir a possibilidade (ou não) de equiparar seus integrantes como funcionários públicos, nos termos do art. 327, § 1.º, do Código Penal.

4.2 AS CONTROVÉRSIAS DA INCIDÊNCIA DAS OS E OSCIPS AO § 1.º, DO ART. 327, DO CÓDIGO PENAL E A INTERPRETAÇÃO DO STF NO HC 125.086/DF

A regra de equiparação do art. 327, § 1.º, do Código Penal faz com que sejam considerados funcionários públicos aqueles que exercem “cargo, emprego ou função em entidade paraestatal” e aqueles que trabalham para “empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.”

O segundo parágrafo, que incide sobre as empresas, de plano, pode ser afastado. Isso porque, as OS e OSCIPs, são pessoas jurídicas de direito privado de finalidade não lucrativa, o que afastaria sua natureza empresarial. O Código Civil, em seu artigo 966, entende que o empresário é aquele que “exerce profissionalmente

atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Esse exercício organizado, feito por meio da empresa, ao envolver a produção e circulação de riquezas, possui finalidade lucrativa decorrente da atividade econômica (GONÇALVES NETO, 2019, p. 73).

Como se a finalidade de lucro não fosse suficiente por si só para afastar a segunda parte do § 1.º, do art. 327; a regulamentação jurídica das OSCIPs, taxativamente, no art. 2.º¹¹, I, da lei 9.790/1999, veda a qualificação de OSCIP para as sociedades comerciais.

Portanto, se quisermos tratar da equiparação à funcionário público, é preciso decidir se estamos diante de um caso de exercício de “cargo, emprego ou função em **entidade paraestatal**”. Para isso, deve ser retomada a discussão travada acerca do significado da paraestatalidade.

Conforme já mencionado anteriormente, o sentido original de paraestatal no Código Penal dizia respeito aos órgãos da administração pública indireta. À época de Néelson Hungria, a equiparação das entidades paraestatais dizia respeito às entidades autárquicas, no sentido de que o funcionário público do Código Penal “não é apenas o que serve à administração direta do Estado”.

Nesse sentido, a literatura administrativista não é pacífica quanto à localização topológica das entidades paraestatais na Administração Pública.

A doutrina clássica de Hely Lopes Meirelles sustentava que, apesar de serem pessoas jurídicas de direito privado, teriam sua criação autorizada pela lei, patrimônio público (com a possibilidade de patrimônio) e executariam atividades de interesse coletivo, sob controle estatal, mas em um regime de cooperação com a Administração Pública. Por esse motivo, integrariam a administração pública indireta (MEIRELLES, 1978, p. 1-2)

Com o desenvolvimento da Constituição de 1988, a doutrina passou a estender o sentido de paraestatal, sustentando que seriam aquelas entidades que, externas à administração, colaborariam com ela, recebendo recursos públicos (SCALCON, 2021, p. 101).

¹¹ O rol do artigo 2.º é muito amplo e contempla ao menos 13 formas jurídicas distintas, porém, ao que importa ao argumento, apenas o inciso I seria capaz de vedar às instituições empresariais de buscarem a qualificação de OSCIP.

Ainda que tal orientação aproximasse o sentido da paraestatalidade às OS e OSCIPs, não se pode perder de vista, conforme já destacado anteriormente, que o art. 84, § 1.º, da Lei 8.666/1993, reaproximou a interpretação da paraestatalidade ao controle, direto ou indireto, do Poder Público (SCALCON, 2021, p. 103), o que excluiria as OS e OSCIPs do conceito.

Nesse sentido, Raquel Scalcon menciona que o Supremo Tribunal Federal de fato teria considerado os integrantes das autarquias como equiparados pela natureza paraestatal do órgão no julgamento do RE 35.424/DF¹² (2021, p. 69). Em seguida, menciona que também o reconheceu a equiparação para um integrante de uma sociedade de economia mista, que detinha o monopólio do sistema de ônibus na cidade de São Paulo, no HC 44.729¹³ (2021, p. 69).

Esse entendimento perdurou por um bom tempo, mas o advento das OS e OSCIPs alterou drasticamente a interpretação da questão. Scalcon narra que hoje, o sentido da expressão paraestatal, radicalmente diferente seria o das entidades que não fazem parte da administração, mas apenas colaboram com ela (2021, p. 71).

Após 60 anos entendendo que as entidades paraestatais seriam correspondentes à administração pública indireta, o STF inverteu o sentido da expressão, no julgamento do HC 125.086/DF, que tratava dos crimes de Peculato envolvendo o ICS – Instituto Candango de Solidariedade, Organização Social da área da saúde do Distrito Federal.

O ICS, uma vez qualificado como OS, celebrou com o Governo do Distrito Federal, contratos de gestão, cujos valores teriam sido apropriados pelos seus dirigentes, sem o cumprimento das prestações assumidas pela instituição. Desse modo, a discussão pairava em torno da equiparação dos gestores do ICS à condição de funcionários públicos (SCALCON, 2021, p. 66). Isso seria fundamental para determinar ou excluir a imputação de peculato.

¹² Sob a relatoria do Ministro Luiz Gallotti, 1.ª turma, em 29/05/1958. Apenas para fins de esclarecimento, é necessário frisar que a matéria penal é utilizada na decisão apenas como reforço argumentativo, uma vez que a causa em julgamento era administrativa e previdenciária. Para que se tenha noção, o Ministro Gallotti, na ementa, pontuou que: “Se a lei, para os efeitos penais, equipara a funcionário público quem exerce emprego ou função em entidade paraestatal (art. 327 § único do Código Penal), é porque o servidor de autarquia não é funcionário público”

¹³ HC 44729, Relator(a): ALIOMAR BALEEIRO, Segunda Turma, julgado em 21-11-1967, DJ 20-12-1967 PP-04402 EMENT VOL-00714-11 PP-04162

Exatamente nessa questão, a 2.^a Turma do STF, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, em acórdão que acabou por manter a denegação, decidiu que as OS seriam entidades paraestatais, de modo a atrair a equiparação do § 1.º, do art. 327, do Código Penal. Essa foi a ementa do acórdão:

EMENTA: “HABEAS CORPUS” – ALEGADA ATIPICIDADE DAS CONDUTAS PERPETRADAS PELOS ORA AGRAVANTES – INOCORRÊNCIA – DIRIGENTES DO INSTITUTO CANDANGO DE SOLIDARIEDADE (ICS) – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS CONSUBSTANCIADORES DA NOÇÃO CONCEITUAL DE **ORGANIZAÇÃO SOCIAL – QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DE ENTE PARAESTATAL – EQUIPARAÇÃO DE SEUS DIRIGENTES AO CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO PARA EFEITOS PENAIS** – DOCTRINA – **PRECEDENTES** – PRETENDIDA NULIDADE DA PENA DE MULTA FIXADA NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA – MATÉRIA INSUSCETÍVEL DE ANÁLISE NESTA SEDE PROCESSUAL – INEXISTÊNCIA DE QUALQUER SITUAÇÃO DE DANO EFETIVO OU DE RISCO POTENCIAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO FÍSICA DOS RÉUS – DESCABIMENTO DA AÇÃO DE “HABEAS CORPUS” – **PRECEDENTES** – PARECER DA DOUTA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DO AGRAVO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

(HC 125086 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19-11-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-252 DIVULG 26-11-2018 PUBLIC 27-11-2018)

Na fundamentação do voto, relativamente à equiparação, é possível observar exatamente aquilo denunciado por Gustavo Quandt em seu artigo, a fragilidade da fundamentação a respeito da incidência vínculo, que deixa de apontar concretamente os argumentos pelos quais o agente ostentaria a condição de funcionário público (2014, p. 186)

Isso se deu na página 4 do acórdão, quando sustentou que, considerando a natureza de OS:

“orienta-se no sentido de conferir-lhes a condição de entes paraestatais, o que torna legítima a qualificação de seus dirigentes, para efeitos penais, como funcionários públicos, **tendo em vista o conceito amplo que deriva da norma consubstanciada no art. 327 do Código Penal**”

Ainda que tenha apresentado fundamentos doutrinários pelos quais entendia serem paraestatais as OS, sua argumentação concentrou-se em apontar a abrangência do conceito de funcionário público para fins penais (2018, p. 6).

A verdade é que essa predileção também foi evidenciada na argumentação do Relator a partir dos julgados que utilizou para a corroboração de seus argumentos.

No caso do HC 97.710/SC¹⁴, citado à p. 6 do acórdão, o caso em julgamento sequer tratava do terceiro setor, muito menos da definição de “paraestatal”.

No voto daquele julgado, o Min. Eros Grau, em seu primeiro parágrafo, menciona que a equiparação feita dizia respeito à **empresa** (hospital), que possuía convênio com o Sistema Único de Saúde (2010, p. 4). Logo, o Relator do HC 125.086, aplicou um entendimento que nada tinha a ver com as OS, que não possuem natureza empresarial.

Em seguida, colacionou a ementa do RHC 90.523/ES¹⁵, em que constava, precisamente, que se tratava de “hospital privado que, mediante **convênio**, se credencia para exercer atividade de relevância pública, recebendo, em contrapartida, remuneração dos cofres públicos” (2018, p. 7).

Depois de apresentar dois julgados que não possuíam pertinência com a temática de julgamento, mencionou o HC 138.484/DF, julgado um mês antes pela 1.^a Turma do STF, que também reconhece a natureza paraestatal do mesmo instituto (ICS) sob o mesmo fundamento, o de que as OS seriam entidades paraestatais.

A respeito da interpretação que o Supremo Tribunal Federal, Raquel Scalcon salientou que o tribunal teria violado o princípio da legalidade penal, incorrendo em proibida analogia *in malam partem* uma vez que descartou o entendimento que havia sido pensado pelo legislador e adotou uma premissa antitética ao sentido original. Sucessivamente, acabou por agir criando uma hipótese de criminalização, à margem do parlamento (SCALCON, 2021, p. 72).

5 CONCLUSÃO

Ao longo do presente artigo, foi possível discutir o horizonte de proteção da administração pública pelo direito penal, permeado pelos debates a respeito dos fundamentos de legitimidade da criminalização, a noção de bem jurídico e a expansão do direito penal promovida nas sociedades pós-industriais.

¹⁴ HC 97710, Relator(a): EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 02-02-2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-05 PP-00998

¹⁵ RHC 90523, Relator(a): AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 19-04-2011, DJe-201 DIVULG 18-10-2011 PUBLIC 19-10-2011 EMENT VOL-02610-01 PP-00024 RT v. 101, n. 917, 2012, p. 572-583

Apesar das incoerências entre os fundamentos da criminalização e a tutela penal promovida no campo dos crimes contra a administração pública, a noção de supremacia do interesse público e sua indisponibilidade relacionam-se com as tipificações lá presentes.

Desse modo, considerando a existência de um conceito penal de funcionário público, capaz de qualificar o *intra-neu* da administração pública, verificou-se a amplitude desse conceito. Por esse motivo, verificou-se a tendência dos intérpretes em “dar de barato” o conceito, aceitando sua aplicação e equiparação sem uma fundamentação profunda a respeito do exercício da função e sua relação com o crime imputado.

Isso se fez ainda mais presente no âmbito do conceito de entidade paraestatal, essencial para a equiparação do parágrafo primeiro do art. 327, do Código Penal. O sentido originário do Código Penal tratava dessa equiparação no sentido de estender a punibilidade dos integrantes da chamada administração indireta. Conduto, com o desenvolvimento de institutos de direito administrativos de natureza privatista, que colaboram com a administração ou prestam serviços para ela, essa noção acabou por abranger entidades do terceiro setor, que não possuem laços com o Poder Público

As OS e as OSCIPs, pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, nesse contexto, notabilizam-se por prestarem serviços essenciais para o interesse público, recebendo bens públicos como contrapartida.

O STF, ao considerar, para fins penais, as OS e OSCIPs como entidades paraestatais, fez isso sem tecer considerações profundas a respeito do enquadramento legal dessas instituições, muito menos a respeito do sentido trazido pelo Código Penal.

Dessa forma, o Tribunal acabou por empregar argumentos redundantes e singulares no sentido de meramente apontar a amplitude conceitual do funcionário público para fins penais, deixando de analisar detidamente a concretude da função pública exercida pelos agentes no contexto da Organização.

Com isso, teria violado o princípio da legalidade com o emprego de analogia *in bonam partem*, adotando um conceito antitético àquele formulado pelo legislador de 1940, criando uma hipótese de criminalização por vias judiciais.

7 REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. Notas sobre os crimes contra a administração pública no Código Penal de 1940 e o *lobby*. In: REALE JÚNIOR, Miguel; *et al* (Org.). **Coleção 80 anos do Código Penal**: Volume 2 (Parte Especial – Primeiro Tomo). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). **Crime e política**: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. São Paulo: FGV Editora, 2017

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**: vol. IX. 2ª Ed. 1959, Rio de Janeiro: Forense.

MEIRELLES, Hely Lopes. A licitação nas entidades paraestatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 132, p. 32-40, jan/jun. 1978.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35.ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva. A propósito do julgamento do “Mensalão” (Apn 470 do STF). **RBCrim — Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 106, p. 181-204, 2014.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **La Expansión del Derecho Penal**: Aspectos de la Política Criminal em las sociedades postindustriales. 3ª Ed. Buenos Aires: Euros Editores, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 9. ed., ampl. e atual. Curitiba: ICPC, 2014.

SCALCON, Raquel Lima. **A Condição de funcionário público no direito penal: conceito, distinções e casos**. Florianópolis: Emais, 2021.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Crimes contra a Administração Pública**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 2ª Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ZAFFARONI, Eugénio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro – I**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.