

## EXTENSÃO E ABRANGÊNCIA DO CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO: ANÁLISE DO JULGADO HC 138.484/DF

---

### *EXTENSION AND SCOPE OF THE CONCEPT OF PUBLIC AGENT: ANALYSIS OF THE COURT HC 138,484/DF*

PEDRO FLÁVIO CARDOSO LUCENA

Advogado em RN-Natal. Especialista em Direito Tributário (IBET). Mestre em Direito Administrativo (PUC-SP).  
Doutorando em Direito Administrativo (PUC-SP). ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-1519-7622].  
pedro@cardosolucenaadv.com

Recebido em: 08.02.2020  
Aprovado em: 10.03.2020

ÁREAS DO DIREITO: Administrativo; Penal

**RESUMO:** O presente artigo realiza uma análise acerca do julgado no HC 138.484/DF, portanto, tem como objeto de estudo o conceito de funcionário público – sua extensão e abrangência em relação ao disposto no artigo 327, § 1º, do Código Penal. Dessa forma, após pontuar os fundamentos dos votos ministeriais, o exame explora criticamente os principais argumentos elencados mediante a investigação do uso do termo “funcionário público” antes e depois da vigência da Constituição Federal de 1988, bem como por meio da plausibilidade de incidência do artigo 327, § 1º, do Código Penal no tocante à responsabilidade de agentes diretores de organizações sociais. Finalmente, destacando a Lei 8.429/92 e a Lei 9.637/98, o artigo apresenta o entendimento do autor sobre o acerto do que fora firmado perante o julgamento do HC 138.484/DF.

**PALAVRAS-CHAVE:** Funcionário público – Servidor público – Organização social – Direito Penal – Direito Administrativo.

**ABSTRACT:** This article analyzes the judgment of HC 138,484/DF, therefore, its object of study is the concept of public official – its extension and scope in relation to the provisions of article 327, § 1º, of the Penal Code. Thus, after scoring the fundamentals of ministerial votes, the exam critically explores the main arguments listed – by investigating the use of the term civil servant, before and after the validity of the 1988 Federal Constitution, as well as through the plausibility of incidence of the article 327, § 1º, of the Penal Code with regard to the liability of directors of social organizations. Finally, highlighting Law 8,429/92 and Law 9.637/98, the article presents the author's understanding of the correctness of what was signed in the HC 138.484/DF judgment.

**KEYWORDS:** Public agent – Public server – Social organization – Criminal Law – Administrative law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Voto relator. 3. Demais votos. 4. Análise crítica do julgado. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O referido julgado teve como objeto a discussão acerca do conceito de *funcionário público* – ou, de forma mais específica, a extensão do que se entende em relação ao termo, quando vislumbrado mediante a perspectiva de aplicabilidade do artigo 327, § 1º, do Código Penal<sup>1</sup>.

Cumprе destacar: no tocante ao contexto fático, o HC 138.484/DF se debruçou sobre a possibilidade jurídica de qualificar, em equiparação ao conceito de funcionário público, dirigentes e prestadores de serviço de uma organização social denominada Instituto Candango de Solidariedade. Precisamente, um diretor condenado, dentre outros crimes, por prestação de serviços superfaturados e desvio de valores decorrentes de contratos de gestão celebrados com a Administração Pública do Distrito Federal.

## 2. VOTO RELATOR

A relatoria do *Habeas Corpus* restou incumbida à responsabilidade do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio Mello, cuja iniciativa do voto teve como nota introdutória a disposição do artigo 327, § 1º, do Código Penal.

Para tanto argumentou, o Ilustre Ministro, que no tocante a fins penais, investe-se na qualidade de funcionário público – por equiparação – o sujeito que exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal. Destacou, ainda, a mesma incidência aos que trabalham em empresa prestadora de serviço conveniado ou contratado para execução de atividade típica da Administração Pública.

Aurélio Mello igualmente observou, que o caso em tela tem como contexto fático a atuação de um diretor do Instituto Candango de Solidariedade, ou seja, pessoa jurídica com natureza de organização social, nos termos do artigo 19 da

---

1. “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.”

Lei distrital 2.415/1991<sup>2</sup>. Tal circunstância, em acordo com o entendimento relator, autoriza o instituto a receber a qualificação de entidade paraestatal, ante a vinculação e a atuação da organização social mediante a assinatura de contratos de gestão com o Estado.

Outra importante pontuação observada pela relatoria restou esclarecida em acordo com o posicionamento de inaplicabilidade interpretativa do artigo 84, § 1º, da Lei Federal 8.666<sup>3</sup> no tocante à fixação de parâmetro para definição de tipos penais. A justificativa que embasa a defesa está relacionada, nos termos da perspectiva ministerial, a uma maior abrangência do campo penal em relação ao administrativo, principalmente quando investigadas as situações específicas do substrato fático analisado, que não poderiam favorecer – em tese – a impunidade.

Finalmente, no que se refere ao objeto do presente comentário, o Ilustre Ministro finalizou o voto em estudo nos seguintes termos: “Ante o cargo desempenhado pelo paciente em entidade paraestatal, mostra-se adequada a observância da extensão prevista no artigo 327, § 1º, do Código Penal.”

### 3. DEMAIS VOTOS

Além do voto relator, o Excelentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso proferiu seu entendimento no mesmo sentido supracitado, ainda, ressaltando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que segue a perspectiva apresentada pela relatoria. Esse foi o mesmo raciocínio explicitado em voto proferido pela Ilustre Ministra Rosa Weber, que reiterou os inúmeros julgados da corte constitucional.

Por outra via, apresentando argumento ainda não exteriorizado, o Douto Ministro Luiz Fux suscitou o artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429 –, que, em sua opinião, de maneira indubitável: “[...] equipara todos aqueles que exercem atividade privada, mas com múnus público a funcionário público para todos os fins de direito, inclusive para fins de Direito Penal.”

---

2. “Art. 19. O Instituto Candango de Solidariedade é declarado como organização de interesse social e utilidade pública, nos termos desta lei e para todos os efeitos legais.”

3. “Art. 84. Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.

§ 1º Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público.”

Finalmente, o Eminentíssimo Ministro Alexandre de Moraes se posicionou ao mesmo lado do voto relator, destacando, também, a incidência da Lei de Improbidade Administrativa, que, em acordo com o seu entendimento, acaba por estabelecer uma interpretação *lato sensu* do conceito de *servidor público*. Nos termos elencados pelo juízo ministerial, a extensão já era prevista a partir do artigo 327, § 1º, do Código Penal, porém a disposição reiterada em artigos 1º e 2º da Lei 8.429, em verdade, subscrevem, ou seja, renovam a intenção legislativa diante das novas estruturas jurídicas que se deparam em face do Estado.

#### 4. ANÁLISE CRÍTICA DO JULGADO

Inicialmente, cumpre constatar que em todos os votos, o único que utilizou a expressão “servidor público” foi o proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes. A percepção é importante para a análise do julgado, pois se antes da Constituição Federal de 1988 a expressão “funcionário público” era comumente utilizada nas mais diversas legislações do ordenamento jurídico brasileiro, com a promulgação da atual Magna Carta, houve relativa homogeneização, de modo que se passou a ser predominante o uso do termo servidor público<sup>4</sup>.

Não obstante, entendemos que normas anteriores, quando devidamente recepcionadas pela Constituição, não perderam vigência<sup>5</sup> e, portanto, continuam a gerar efeitos no ordenamento jurídico pátrio: é o caso do artigo 327, § 1º, do Código Penal. Esse é o primeiro aspecto a ser investigado em relação à incidência do

4. A título elucidativo, basta consultar a Constituição Federal de 1988 para perceber que, expressamente, há apenas uma citação ao termo funcionário – isso precisamente no tocante ao tema do *habeas corpus*, artigo 102, inciso I, alínea “i”. De maneira diversa, as expressões “servidor” e “servidor público” são amplamente utilizadas pelos dispositivos constitucionais, o que nos parece ser muito mais uma intenção de categorização do que mera coincidência. Tanto é assim, que a Lei Federal 8.666/99, explicitamente, opta pelo uso da palavra servidor e não funcionário.

5. Nesse sentido é a doutrina de Maria Sylvania Zanella Di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Servidores públicos. Servidores públicos na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1), bem como é o entendimento de Raquel Dias da Silveira Motta (MOTTA, Raquel Dias da Silveira. *Agentes públicos: classificação*. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo: “Direito Administrativo e Constitucional”. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). Disponível em: [<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/3/edicao-1/agentes-publicos:-classificacao>]).

dispositivo penal supracitado, que, para efeitos penais, dispõe uma compreensão *lato sensu* do conceito de funcionário público.

Ato contínuo, necessário é observar o § 1º do artigo em estudo, que, expressamente, equipara a funcionário público todo aquele que exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal. A intenção de aumentar a extensão conceitual com o intuito de abranger, o máximo possível, aqueles que exercem – ainda que de modo transitório – uma função pública é evidente e, inclusive, tal perspectiva consta intrínseca em disposição no *caput* do próprio artigo.

Entretanto, chama atenção no parágrafo supracitado a expressão *paraestatal*, que, a nosso ver, é ponto fundamental à análise. Se por um lado é inequívoca a existência de inúmeros conceitos para uma definição precisa do que se entende por entidade paraestatal<sup>6</sup>, é fácil perceber a majoritária perspectiva de que a denominação é gênero da qual faz parte, enquanto espécie, a organização social.

As organizações sociais – também conhecidas na prática forense pela abreviação “OS” – foram instituídas no ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Lei 9.637/1998. Em termos genéricos, recebem essa qualificação as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que firmam parcerias com o Estado para a execução de serviços sociais<sup>7</sup>. Por conseguinte, por

---

6. Marçal Justen Filho assevera: “Entidade paraestatal ou serviço social autônomo é uma pessoa jurídica de direito privado criada por lei para, atuando sem submissão à Administração Pública, promover o atendimento de necessidades assistenciais e educacionais de certos setores empresariais ou categorias profissionais, que arcam com sua manutenção mediante contribuições compulsórias” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 173). Em sentido semelhante é a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho: “[...] a expressão, a nosso ver, e tendo em vista o seu significado, deveria abranger toda pessoa jurídica que tivesse vínculo institucional com a pessoa federativa, de forma a receber desta os mecanismos estatais de controle. Estariam, pois, enquadradas como entidades paraestatais as pessoas da administração indireta e os serviços sociais autônomos. Na verdade, sequer as autarquias deveriam, a rigor, estar excluídas da categoria das paraestatais, como sustentam alguns estudiosos” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018. p. 486).

7. O intuito da presente análise não é se debruçar de forma pormenorizada acerca das organizações sociais, portanto, não iremos detalhar os requisitos e especificidades elencados pela Lei Federal 9.637/1998. Enquanto sugestão de leitura: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Terceiro setor e o direito administrativo. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo: “Direito Administrativo e Constitucional”. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina

intermédio de um contrato de gestão, a Administração Pública poderá ceder, por exemplo, agentes, bens e recursos financeiros à organização social, que, essencialmente, fará a gestão desses ativos para o exercício de suas atividades fins.

Analisando a dinâmica das organizações sociais no cenário administrativo brasileiro, Ricardo Marcondes Martins aduz que o Estado “[...] na prática, faz tudo, exerce a atividade. A única coisa que o Estado não faz é gerenciar: tudo é público, exceto a gestão.”<sup>8</sup>

Ora, ante o exposto, principalmente levando em consideração atribuições para fins penais, é evidente que a expressão funcionário público deve ser entendida de forma abrangente. Não nos parece razoável que um diretor de uma organização social, verdadeiro gestor de agentes, bens e recursos financeiros públicos não possa ser equiparado a um funcionário público, em acordo com a disposição do artigo 327, § 1º, do Código Penal.

Cumprido ressaltar: no tocante ao tema da responsabilização, a extensão do conceito de servidor público (funcionário público) não decorre de mero esforço interpretativo, mas, ao reverso, verdadeira intenção legislativa se relacionada a uma visão global do ordenamento jurídico pátrio. Exemplo disso é a abrangência determinada pelos artigos 1º e 2º da Lei 8.429, que, em nosso entendimento, explicita um parâmetro de incidência a ser seguido no caso em tela.

É de obviedade ululante que, para fins penais, não pode ser aplicada uma interpretação restrita do conceito de servidor público (funcionário público), tal

---

Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). Disponível em: [<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/33/edicao-1/terceiro-setor-e-o-direito-administrativo>].

8. Crítico da política administrativa introduzida pela Lei Federal 9.637/1998, o Ilustre doutrinador continua: “Isso não é fomento. De maneira prosaica, ao invés de ajudar a pescar, o Estado fornece o anzol, a isca, o pescador, remunera o pescador e, ainda, paga um valor pecuniário ao particular enquanto este aguarda a pescaria. Ocorre a privatização da gestão de um fundo público sem a privatização do fundo” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 142). Para o estudioso, a única forma de se estabelecer uma interpretação conforme a Constituição, conseqüentemente, considerando lícita a existência das organizações sociais seria qualificando-as como verdadeiras autarquias, vejamos: “A saída é rever a realidade à luz da Constituição: como o serviço público social não pode ser privatizado e a gestão de todo um fundo público não pode ser transferida aos particulares, então, a única saída jurídica possível é supor a publicização da entidade privada. Ao receber a qualificação de OS e celebrar o contrato de gestão, a entidade pública torna-se pessoa jurídica de direito público transforma-se numa autarquia” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 144).

qual a expressa perante o artigo 84, § 1º, da Lei Federal 8.666. Isso causaria uma insegurança jurídica extrema, pois retiraria a responsabilidade de gestores que, por meio de suas decisões, deliberam acerca de inúmeros interesses públicos.

Finalmente, um último argumento a ser considerado – que, inclusive, não foi suscitado nos votos ministeriais – é o da incidência dos artigos 9º e 10 da Lei Federal 9.637/1998º – reguladora das organizações sociais. Tais dispositivos são claros e inequívocos ao estabelecerem uma responsabilidade solidária ao servidor responsável por fiscalizar a execução dos contratos de gestão firmados entre as organizações sociais e o Estado.

Em verdade, a responsabilidade solidária equipara os agentes, o que demonstra mais um argumento para a determinação de uma interpretação extensiva, nos termos do artigo 327, § 1º, do Código Penal, restando, assim, em nossa opinião, o acerto em relação ao decidido no julgado HC 138.484/DF.

## REFERÊNCIAS

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Servidores públicos. Servidores públicos na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de Direito Administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MOTTA, Raquel Dias da Silveira. Agentes públicos: classificação. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade

- 
9. “Art. 9º Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

Art. 10. Sem prejuízo da medida a que se refere o artigo anterior, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.”

Católica de São Paulo, 2017. Tomo: “Direito Administrativo e Constitucional”. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). Disponível em: [<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/3/edicao-1/agentes-publicos:-classificacao>].

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Terceiro setor e o direito administrativo. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo: “Direito Administrativo e Constitucional”. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). Disponível em: [<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/33/edicao-1/terceiro-setor-e-o-direito-administrativo>].

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrinas

- A doutrina, a jurisprudência e o art. 327, do Código Penal, de Roberto Wagner Battochio Casolato – *RBCCrim* 22/89-104, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 6/415-435 (DTR\1998\175); e
- Funcionário público: titularidade passiva nos crimes contra a Administração Pública – equiparação, para fins penais, de servidores das autarquias, de Paulo Cyrillo Pereira – *RT* 665/258-260, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 6/409-413, *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo* 7/1321-1325 (DTR\1991\46).

### Veja também Jurisprudência

- Conteúdo exclusivo Web: JRP\2018\1327776.