

**PARECER – DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO POR EQUIPARAÇÃO NO
DIREITO PENAL BRASILEIRO. O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO
DA EXPRESSÃO "ATIVIDADE TÍPICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA"
(ART. 327, § 1º, PARTE FINAL, DO CÓDIGO PENAL)**

*OPINION – THE PUBLIC OFFICIAL BY EQUIVALENCE IN BRAZILIAN
CRIMINAL LAW. THE ISSUE OF INTERPRETATION OF THE
EXPRESSION "TYPICAL ACTIVITY OF PUBLIC ADMINISTRATION"
(ART. 327, § 1º, FINAL PART, OF THE PENAL CODE)*

RAQUEL LIMA SCALCON¹

Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, FGVSP, Brasil.
raquel@raquelscalcon.com.br

DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.11094695].

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O artigo é versão adaptada de parecer jurídico no qual se discute a interpretação da expressão "atividade típica da administração pública", presente no art. 327, § 1º, parte final, do Código Penal. Questiona-se a possibilidade

ABSTRACT: The article is an adapted version of a legal opinion discussing the interpretation of the expression "typical activity of public administration", present in Article 327, § 1, final part, of the Penal Code. It questions the possibility

-
1. Doutora pela UFRGS (Bolsista Capes) e Mestre pela PUCRS (Bolsista PUCRS). Graduação em Direito pela UFRGS. Autora de obras e artigos no Brasil e no exterior (Alemanha, Argentina, China, Colômbia, Espanha, Peru, Portugal e Turquia). Professora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (Graduação e Pós-Graduação). Estágio Pós-Doutoral na Universidade Humboldt de Berlim, Alemanha (Bolsista Alexander von Humboldt Stiftung).

Currículo Lattes: [lattes.cnpq.br/6453281990607428].

ORCID: [orcid.org/0000-0001-9817-9229].

E-mail: raquel@raquelscalcon.com.br

SCALCON, Raquel Lima. Parecer – Do funcionário público por equiparação no direito penal brasileiro. O problema da interpretação da expressão "atividade típica da administração pública" (art. 327, § 1º, parte final, do Código Penal). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 212. ano 34. p. 413-434. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2026.
DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.11094695].

de equiparação a funcionário público de sujeito que atua em empresa privada do setor de telecomunicações que, à época dos fatos, segundo a denúncia, seria uma concessionária de serviço público. A conclusão é no sentido da invalidade da equiparação no caso concreto, tanto porque a atividade desempenhada pela empresa não poderia ser qualificada como "típica" da administração pública, quanto porque, ainda que o fosse, a função do sujeito em questão era totalmente desvinculada de tal atividade. Ao final, examina-se ainda a repercussão processual dessa conclusão.

PALAVRAS-CHAVE: Funcionário público por equiparação; Setor das telecomunicações; Interpretação da expressão "atividade típica da administração pública".

of equating a private sector employee in a telecommunications company to a public official, which, according to the complaint, was a public service concessionaire at the time of the events. The conclusion is that the equating is invalid in the specific case, both because the activity performed by the company could not be classified as "typical" of public administration, and because, even if it were, the role of the individual in question was entirely unrelated to such activity. Finally, the procedural repercussions of this conclusion are also examined.

KEYWORDS: Public official by equivalence; Telecommunications sector; Typical activity of public administration.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da consulta. 3. Do parecer. 3.1. Da interpretação da expressão "atividade típica da administração pública" (art. 327, § 1º, parte final, do Código Penal). 3.1.1. O conceito de "serviço público" na Constituição Brasileira de 1988. 3.1.2. Conclusão parcial. 3.2. Da(s) atividade(s) executada(s) pela "EMPRESA X" à luz do art. 327, § 1º, parte final, do Código Penal. 3.2.1. O serviço telefônico fixo comutado (STFC) não deve ser qualificado como "atividade típica da Administração Pública" para os fins do § 1º do art. 327 do Código Penal. 3.2.2. Conclusões parciais. 3.3. Da atividade executada por "gestor" da DIRETORIA Y da EMPRESA X à luz do art. 327, § 1º, parte final, do Código Penal. 3.3.1. Conclusão parcial. 3.4. Da proibição de analogia *in malam partem*: impossibilidade de equiparação a funcionário público para fins penais. Da incomunicabilidade de condição inexistente. 3.5. Conclusão: da atipicidade dos fatos narrados para os crimes contra a administração pública praticados por funcionários públicos e equiparados. Repercussões processuais penais. 4. Da resposta aos quesitos. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de Parecer resumido e adaptado, para fins de anonimização e publicação, decorrente de Consulta a mim formulada por um conjunto de advogados, no interesse de seus clientes, os quais foram denunciados pelos supostos delitos de integrar organização criminosa (art. 1º, § 1º, e art. 2º da Lei 12.850/2013), de peculato-furto (art. 312, § 1º, do Código Penal) e de lavagem de capitais (art. 1º, *caput*, e § 1º, inc. II, da Lei 9.613/98). Afirmou a denúncia que, quanto ao peculato-furto, a apontada empresa vítima seria, à época dos fatos, concessionária de serviço público do setor das telecomunicações (doravante EMPRESA X) e que um dos acusados teria se valido do seu cargo em uma das Diretorias da empresa (doravante DIRETORIA Y) para a perpetração dos ilícitos. Tal agente, à luz da tese acusatória,

ostentaria a qualidade de funcionário público por equiparação, elementar que, conforme argumentou a denúncia, se comunicaria a todos os demais envolvidos.

2. DA CONSULTA

Brevemente relatado o tema, houve a formulação de quesitos pelos consulentes, conforme indicado a seguir:

Quesito 1 – À luz do art. 327, § 1º, parte final, do Código Penal brasileiro (adaptação para fins de anonimização), pergunta-se:

a. Aquele que atuava, à época dos fatos, na DIRETORIA Y da EMPRESA X seria alguém que “trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”?

b. Sua equiparação a funcionário público para fins penais é juridicamente válida ou representa uma analogia *in malam partem*?

Quesito 2 – À luz das regras sobre procedimento comum ordinário do Código de Processo Penal brasileiro, pergunta-se:

a. A tipicidade do fato condiciona o exercício da ação penal? O reconhecimento da atipicidade dos fatos é compatível com o exame sobre a admissibilidade da ação penal, referido nos artigos 397 e seguintes do Código de Processo Penal?

Analizadas as questões e os documentos que acompanham a Consulta, emiti meu Parecer, dividido em cinco seções principais: 1. Da interpretação da expressão “atividade típica da Administração Pública” (art. 327, § 1º, parte final, do Código Penal); 2. Da(s) atividade(s) executada(s) pela EMPRESA X à luz do art. 327, § 1º, parte final, do Código Penal; 3. Da atividade executada por “gestor” da DIRETORIA Y² à luz do art. 327, § 1º, *parte final*, do Código Penal; 4. Da proibição de analogia *in malam partem*: impossibilidade de equiparação. Da incomunicabilidade de condição inexistente; 5. Conclusão: da atipicidade dos fatos narrados para os crimes contra a Administração Pública praticados por funcionários públicos ou equiparados. Repercussões processuais penais.

3. DO PARECER

3.1. Da interpretação da expressão “atividade típica da administração pública” (art. 327, § 1º, parte final, do Código Penal)

A consulta a mim dirigida tem por objetivo final esclarecer a viabilidade da qualificação de um dos corréus a funcionário público por equiparação, nos termos do

2. Usarei o termo “gestor” relativamente ao acusado que integrava a “DIRETORIA Y”, uma vez que foi a qualificação eleita pela peça acusatória.

art. 327, § 1º, do Código Penal, elementar que, pela hipótese acusatória, se comunicaria a todos os demais envolvidos. Tal equiparação estaria baseada, segundo a denúncia, no fato de que o corréu em questão teria sido “gestor” da DIRETORIA Y da EMPRESA X durante alguns anos, bem como no de que a EMPRESA X seria, à época dos fatos, uma concessionária de serviço público.

A peça acusatória, todavia, simplesmente não esclareceu em qual das partes do § 1º do art. 327 do Código Penal a situação examinada se encaixaria. Diante disso, e para os fins desta Consulta, depreendeu-se que o enquadramento teria sido realizado à luz da oração “quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública” (parte final do § 1º do art. 327 do Código Penal).

Depreendeu-se, ainda, que, pela hipótese acusatória, a EMPRESA X executaria atividade típica da Administração Pública, uma vez que seria, na sua classificação, “concessionária de serviço público”. Não constou claramente da narrativa acusatória, todavia, qual seria o serviço público objeto de contrato de concessão, nem este suposto contrato foi devidamente aclarado (partes, duração, cláusulas etc.).

Desenhado o cenário, o Parecer terá como ponto de partida o exame da expressão mais relevante da *parte final* do § 1º do art. 327 do Código Penal, qual seja, “atividade típica da Administração Pública”. Há ao menos duas dificuldades importantes nesse empreendimento: (i) o contexto da sua inserção no Código Penal e (ii) a necessidade de recurso ao Direito Administrativo e ao Direito Constitucional.

Foi a Lei 9.983, de 2000, que transformou o então parágrafo único em § 1º do art. 327 do Código Penal e que, ademais, inseriu a oração “quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”. Quando se investiga a sua tramitação legislativa (PL 933/99), constata-se que a mudança pretendida era bem mais modesta, pois a expressão então constante era atividade “típica da previdência social”, não “típica da administração pública”.

A redação original explicava-se pelo contexto do PL 933/99, que tipificou crimes contra a Previdência Social (como os previstos nos artigos 168-A, 312-A, 337-A, todos do Código Penal). Contudo, uma das emendas ao Projeto alterou a expressão, de tal forma que a redação aprovada ficou descontextualizada da intenção original (*cf.* Scalcon, 2020, p. 257 et seq., 2021, p. 90). A isso se soma o fato de que nem mesmo no Direito Administrativo ou no Direito Constitucional há um conceito doutrinário uniforme de “atividade típica da Administração Pública”. Trata-se, em realidade, de expressão absolutamente singular, não encontrada em outras regras jurídicas que não o próprio art. 327 do Código Penal.

Conferindo-lhe estrito sentido, tal expressão deve representar justamente as duas facetas da atividade estatal, a saber: (i) função pública e (ii) serviço

público³. A marca externa e coincidente de ambas é a submissão a um puro regime jurídico de direito público, ao passo que a marca distintiva entre ambas reside no exercício de poderes estatais ou públicos, essencial na função e rarefeito no serviço público.

Todavia, apenas falar em “função pública” ou em “serviço público” pouco esclarece, sendo necessário, ato contínuo, adentrar em tais conceitos. Para os fins deste Parecer, todavia, será objeto de aprofundamento apenas a noção de “serviço público”, uma vez ser esta a hipótese acusatória em exame, ora reproduzida nos seguintes termos: a EMPRESA X seria uma concessionária de “serviço público” do setor das telecomunicações e, logo, todos que nela trabalham – independentemente da atividade desempenhada – seriam funcionários públicos equiparados.

Passa-se a avaliar a consistência de tal raciocínio.

3.1.1. O conceito de “serviço público” na Constituição Brasileira de 1988

O conceito de serviço público nasceu em crise. Ele jamais foi unanimidade como critério fundador ou último de Estado e de função administrativa. É uma noção que surge com ataque à sua coerência, especialmente em razão da dificuldade de delimitar critérios seguros para sua identificação, tais como regime jurídico, titularidade, características necessárias *versus* contingentes etc. (Giacomuzzi, 2017, p. 227; Manes, 2010, p. 3 et seq.). Sendo assim, sob pena de se ingressar em controversa disputa doutrinária, há de se recorrer à Constituição Federal de 1988, a fim de encontrar regras que ofereçam os necessários critérios de identificação da noção de “serviço público” no ordenamento jurídico brasileiro.

Dentro do atual regime constitucional, pode-se identificar duas grandes espécies de “serviços públicos” (Giacomuzzi, 2017, p. 218). No primeiro grupo estão os chamados “serviços públicos industriais e comerciais”, regulados pelo artigo 175, de titularidade exclusiva do Estado, cuja prestação se dá *com custo* ao cidadão, via pagamento de tarifa. Como exemplo, pode-se indicar o serviço de gás encanado. No segundo grupo estão os ditos “serviços públicos administrativos”, regulados pelo artigo 6º (Da Ordem Social), cuja prestação não é exclusiva do Estado, mas,

-
3. A distinção entre função e serviço público como as duas faces do Estado foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da importante ADI 2.415 (Plenário, Rel. Ministro Ayres Britto, por maioria, public. no *DJe* em 22.09.2011). Também a doutrina administrativista alemã diferencia a “administração de intervenção” da “administração de prestação” (*Eingriffs- und Leistungsverwaltung*), ou seja, poder estatal *versus* serviço público (Ehlers; Pünder, 2016, p. 39 et seq.). A distinção entre função e serviço público é ainda enfrentada pela doutrina penal italiana, como se observa em Manes (2010, p. 16 et seq.) e Sessa (2006, p. 102 et seq.).

SCALCON, Raquel Lima. Parecer – Do funcionário público por equiparação no direito penal brasileiro. O problema da interpretação da expressão “atividade típica da administração pública” (art. 327, § 1º, *parte final*, do Código Penal). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 212. ano 34. p. 413-434. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2026.
DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.11094695].

quando por ele ofertados, o são necessariamente sem custo para o cidadão, que é deslocado integralmente ao Estado. Como exemplo, pode-se indicar os serviços públicos de saúde (SUS) e de educação.

Para os fins deste Parecer, importa tão somente analisar os serviços públicos industriais/comerciais, porque seguramente inaplicável ao caso a noção de “serviço público administrativo”. Sobre isso, não se vislumbra controvérsia. Dessa forma, essencial é a leitura do art. 175, que assim dispõe: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

De tal regra, pode-se extrair os seguintes critérios identitários de tal classe de “serviço público”: (i) incumbe *exclusivamente* ao Estado prestá-los, suprimindo-se a liberdade de um particular acessar este mercado e praticar a atividade; (ii) excepcionalmente, a prestação poderá ser delegada a particulares; (iii) esta delegação deverá ocorrer *necessariamente* via licitação e (iv) sempre sob o regime de *concessão* ou *permissão* (regime exclusivo ou puro de direito público).

A *contrario sensu*, conclui-se que *não* será qualificável como “serviço público” à luz do art. 175 da Constituição aquele cuja exploração estiver aberta à iniciativa privada (ausência de *exclusividade* na prestação), ainda que sob a incidência de arcabouço regulatório; e/ou aquele que possa ser prestado pela iniciativa privada *independentemente* de licitação; e/ou aquele cujo regime incidente não seja *apenas* o de concessão ou de permissão, mas também outros.

Fato é que a redação da regra do art. 175 da Constituição Federal remonta a 1988. Ao longo das últimas décadas, houve um movimento de “liberação dos mercados”, com reversão da exclusividade estatal na prestação de certos serviços (as ditas “privatizações”) e consequente transformação de regimes puramente concessórios (exclusividade estatal) em predominantemente autorizatários (disponíveis à exploração por agentes privados). Foram as grandes Reformas Administrativas, ocorridas no Brasil em 1995 (Emenda Constitucional 8) e em 1998 (Emenda Constitucional 19), que fizeram com que alguns serviços públicos industriais/comerciais sofressem intensa mutação, perdendo a maioria de suas anteriores características centrais.

Os serviços que foram atingidos por tais reformas, no entender deste Parecer, não mais seriam propriamente serviços públicos, transformando-se em “serviços de utilidade pública” ou “de interesse coletivo”⁴. Contudo, tal noção não está contemplada pela expressão “atividade típica da Administração Pública” prevista na

4. Importante lembrar, no ponto, a clássica advertência de Bandeira de Mello, para quem é o Estado “que erige ou não em serviço público tal ou qual atividade, *dentro dos limites constitucionais*” (Mello, 2008, p. 685, g.n.).

parte final do § 1º do art. 327 do Código Penal, porque não representativa da *longa manus* do Estado na sua faceta “prestacional”, à luz da definição do art. 175 da Constituição Federal de 1988.

3.1.2. Conclusão parcial

A expressão “atividade típica da Administração Pública” deve ser interpretada como (a) exercício de função pública ou (b) prestação de serviço público. Quanto à noção de serviço público, tem-se, à luz das regras constitucionais, dois grandes conjuntos: (a) os serviços públicos industriais e comerciais (art. 175 da Constituição Federal) e (b) os serviços públicos administrativos (art. 6º da Constituição Federal). Aqueles sofreram importante processo de quebra de exclusividade de prestação estatal sobretudo na década de 1990, tornando-se atividades abertas à iniciativa privada, com o fim de eliminar estruturas estatais então compreendidas como não mais necessárias e, assim, reformar a máquina pública (Giacomuzzi, 2017, p. 217 et seq.; Manes, 2010, p. 125 et seq.). Tal processo histórico fez com que certos serviços industriais e comerciais propriamente *públicos* (no passado) se transformassem em meros serviços de *utilidade pública* ou de *interesse coletivo* (no presente), os quais não estão abarcados pela expressão “atividade típica da Administração Pública”, constante do § 1º do art. 327 do Código Penal.

3.2. Da(s) atividade(s) executada(s) pela “EMPRESA X” à luz do art. 327, § 1º, parte final, do Código Penal

Uma vez definida a interpretação da locução “atividade típica da Administração Pública” à luz da Constituição Federal, passa-se à sua subsunção ao caso ora examinado. Há de se avaliar se a EMPRESA X, sociedade anônima de capital aberto, seria uma “empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”, nos termos da regra do art. 327 do Código Penal.

Do que se depreende da denúncia, como já referido, a tese acusatória é no sentido de que a empresa em questão seria, à época dos fatos, uma “concessionária de serviço público” e, logo, quem nela trabalhasse seria equiparado a funcionário público para fins penais, por força da parte final do § 1º do art. 327 do Código Penal. Contudo, como salientado, não há uma referência expressa na denúncia a *qual* serviço público seria desempenhado, tampouco ao contrato de concessão em si (objeto, cláusulas, duração, com qual ente da federação foi firmado etc.).

Frente a tais lacunas, assumiu-se, como ponto de partida, que a EMPRESA X possuía, quando dos fatos, um contrato de concessão junto à União Federal para prestação do chamado “STFC” (Serviço Telefônico Fixo Comutado). Como ponto

seguinte, há de se verificar (i) se as atividades da EMPRESA X se resumem à prestação do apontado serviço concedido e (ii) se elas seriam “atividades típicas da Administração Pública”.

Consoante informa a própria EMPRESA X em seu site, sua atividade envolve diversos serviços do setor das telecomunicações e mesmo de outros seguimentos econômicos⁵. Portanto, é certo que as atividades da EMPRESA X não se limitavam à prestação do serviço objeto do mencionado contrato de concessão, sendo este apenas um de seus “produtos” – e, do que se pode depreender, não o mais relevante, tampouco o mais lucrativo.

Tais constatações, por si mesmas, já impedem um “automático” enquadramento da EMPRESA X, simplesmente em razão da concessão detida, na parte final do § 1º do art. 327 do Código Penal – “empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para o exercício de atividade típica da Administração Pública”. Frente a tal diagnóstico, será sempre necessário avaliar, na prática, de qual aspecto da multifacetada EMPRESA X se está a falar: daquela que oferece serviço de telefonia fixa, telefonia móvel, TV por assinatura, produtos digitais etc.?

Inviável, portanto, para os fins da subsunção da parte final do § 1º do art. 327 do Código Penal, tratar tal companhia como um bloco monolítico, sendo imprescindível que se examine (i) *qual atividade* está sendo prestada e (ii) *para quem* (consumidores/clientes/colaboradores etc.). A referida equiparação, portanto, não se dá sob a forma de *status* ou por uma categorização abstrata e estática (tal como ser “concessionária”), mas apenas *durante e pela* efetiva prestação da atividade “típica” da administração pública ao administrado, ou seja, por uma condição que é dinâmica, temporária e localizada (Scalcon, 2021, p. 95 et seq.).

No caso submetido à Consulta, é seguro afirmar a atividade de “STFC” (Serviço Telefônico Fixo Comutado) que seria, afinal, objeto do apontado contrato de concessão entre a companhia e a União Federal não possuía relação alguma com a DIRETORIA Y, na qual atuava o denunciado supostamente equiparado a funcionário público para fins penais. Não por acaso, inexistente menção na peça acusatória a tal serviço de telefonia, nem mesmo a qualquer outro do grande ramo das telecomunicações, tratando a narrativa exclusivamente de questões relativas ao atendimento do seu contingente de colaboradores. Ou seja, um serviço desvinculado do objeto da concessão e do setor das telecomunicações, exclusivamente privado e ofertado *não* aos administrados/cidadãos, mas sim aos próprios colaboradores da EMPRESA X.

Tal constatação, no entender deste Parecer, já seria suficiente para justificar a *inviabilidade* da subsunção da parte final do § 1º do art. 327 do Código Penal ao

5. Link suprimido para fins de anonimização.

SCALCON, Raquel Lima. Parecer – Do funcionário público por equiparação no direito penal brasileiro. O problema da interpretação da expressão “atividade típica da administração pública” (art. 327, § 1º, *parte final*, do Código Penal). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 212. ano 34. p. 413–434. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2026. DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.11094695].

caso examinado nesta Consulta, ainda que se considerasse o serviço objeto da concessão, dentre os demais por ela prestado, uma “atividade típica da administração pública”.

Apesar disso, e no intuito de promover um exaustivo exame da Consulta, dar-se-á um passo atrás, argumentando-se que nem mesmo tal serviço pode ser assim qualificado, o que consequentemente inviabilizará a equiparação dos colaboradores da EMPRESA X a funcionários públicos para fins penais. É o que se passa a realizar.

3.2.1. *O serviço telefônico fixo comutado (STFC) não deve ser qualificado como “atividade típica da Administração Pública” para os fins do § 1º do art. 327 do Código Penal*

O setor das telecomunicações sofreu intensas mudanças desde a nova ordem constitucional, de 1988, quando ainda existente o chamado “Sistema Telebrás”, exclusivo responsável pela prestação do serviço (modelo estatal de exclusividade), e as últimas décadas, nas quais houve a consolidação, em definitivo, da abertura do setor à iniciativa privada⁶. A mudança central teve início ainda na década de 1990, com a introdução da Emenda Constitucional 8 de 1995, acentuando-se com a Lei Geral das Telecomunicações (LGT – Lei 9.472/1997).

A Emenda Constitucional em questão alterou a redação do art. 21, inc. XI, da Constituição Federal, o qual disciplinava os serviços de telecomunicações *lato sensu*, nos seguintes termos:

Redação Anterior	Redação pós EC n. 8/1995
Art. 21 – Compete à União: Inc. XI – explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União;	Art. 21 – Compete à União: Inc. XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

As alterações na redação podem, à primeira vista, parecer sutis; todavia, em nada o foram. Em *primeiro lugar*, há de se notar a fundamental troca do termo “serviços públicos de telecomunicações” por “serviços de telecomunicações”, com a supressão do adjetivo “públicos”. Em *segundo lugar*, o setor sai do absoluto “monopólio”

6. Considera et al., 2002, p. 06 e ss.

estatal (sistema de exclusividade na prestação – mercado fechado) para sua abertura a privados mediante *concessão, permissão ou autorização*, a fim de promoção de competição (sistema de concorrência)⁷. Em *terceiro lugar*, a abertura da exploração de tal atividade à iniciativa privada, antes concentrada no Estado, teve como contrapartida a criação de um arcabouço regulatório e seu respectivo órgão, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).

Note-se ainda que o serviço de telecomunicações, na sua atual feição, tampouco se encaixa na fundamental regra do art. 175 da Constituição Federal, para a qual a prestação de serviços “públicos” industriais/comerciais, como já pontuado supra, é uma incumbência privativa do Estado (exclusividade), que pode ser delegada a privados exclusivamente via licitação e apenas sob o regime de concessão ou permissão. Ora, quando a Emenda Constitucional 8/1995 adicionou, relativamente aos serviços de telecomunicações, ao lado do antigo regime de *concessão*, as modalidades de *permissão* e, em especial, de *autorização*, ela provocou um consequente afastamento da plena incidência do art. 175 da Constituição Federal sobre tal serviço. Na prática, a exploração desta atividade por privados atualmente não depende de um contrato de concessão obtido via licitação, estando aberta à livre iniciativa via autorização, ainda que com ampla sujeição a regras regulatórias da Anatel.

Não por acaso, a Resolução 426/2005 da Anatel, que aprovou o Regulamento do Serviço de Telefone Fixo Comutado (STFC), qualifica-o não como “serviço público”, mas sim como “serviço de telecomunicações de interesse coletivo” (art. 4º)⁸. Ademais, pontua-se na Resolução que o serviço é prestado tanto em regime público quanto em regime privado (sistema misto – art. 5º)⁹ e que a sua exploração está aberta a particulares sem necessidade de concessão ou permissão (via licitação), bastando a obtenção de uma autorização estatal (art. 10-A)¹⁰.

Portanto, não se nega que a EMPRESA X possui uma concessão relativamente a um serviço que, outrora, foi propriamente “público”. Contudo, este mesmo

7. Salienta-se que a promoção da concorrência e a abertura à iniciativa privada foram graduais, consolidando-se em definitivo já no início dos anos 2000. Sobre a evolução do setor de telecomunicações após a EC 08/1995, cf. CONSIDERA et al., 2002, p. 06 e ss.

8. Resolução 426/2005 da Anatel – Art. 4º. “O STFC é classificado, quanto a sua abrangência, como serviço de telecomunicações de interesse coletivo”.

9. Resolução 426/2005 da Anatel – Art. 5º. “O STFC é prestado em regime público e em regime privado, e objeto de, respectivamente, concessão ou permissão e autorização, conforme disposto no Plano Geral de Outorgas (PGO)”.

10. Resolução 426/2005 da Anatel – Art. 10-A. “A exploração do STFC em regime privado depende de prévia autorização, nos termos e condições estabelecidos no Regulamento Geral de Outorgas, aprovado pela Resolução 720, de 10 de fevereiro de 2020” (Redação dada pela Resolução 720, de 10 de fevereiro de 2020).

serviço foi perdendo tal característica à luz da própria Constituição e das regras jurídicas correlatas, em razão de profundas mudanças neste setor econômico, sendo hoje melhor qualificado como um serviço “de interesse coletivo” – isto é, aquele “cuja prestação deve ser proporcionada pela prestadora a qualquer interessado na sua fruição, em condições não discriminatórias”¹¹ –, mas não propriamente como um “serviço público”. O Serviço de Telefone Fixo Comutado (STFC) hoje pode ser oferecido não apenas pelo Estado, mas por qualquer outro agente privado que detenha autorização para explorar a atividade, independentemente de licitação, e em regime de livre mercado, ainda que, repita-se, sob importantes regras regulatórias.

Diante do exposto, o Serviço de Telefone Fixo Comutado (STFC) objeto de contrato de concessão em que a EMPRESA X figura como parte não deve ser qualificado, conforme argumentado, como “atividade típica da Administração Pública” à luz do § 1º do art. 327 do Código Penal.

3.2.2. Conclusões parciais

A atuação da EMPRESA X não se limitava, quando dos fatos, à prestação do serviço objeto de contrato de concessão, sendo esta apenas uma de suas atividades, já que também atuava como autorizatória em outros ramos das telecomunicações. Ainda, por meio de suas controladas, a companhia explorava diversos seguimentos econômicos totalmente desvinculados das telecomunicações.

Ademais, a atividade referida pela denúncia como uma das desenvolvidas pela DIRETORIA Y era desvinculada do objeto da concessão, exclusivamente privada e ofertada apenas aos colaboradores da companhia, não se enquadrando na elementar “atividade típica da Administração Pública” (§ 1º do art. 327 do Código Penal). Subsidiariamente, mesmo o serviço objeto do contrato de concessão – o dito Serviço de Telefone Fixo Comutado (STFC) –, após as reformas no setor das Telecomunicações da década de 1990 e do início da década de 2000, também não se enquadra na elementar “atividade típica da Administração Pública” (§ 1º do art. 327 do Código Penal).

3.3. Da atividade executada por “gestor” da DIRETORIA Y da EMPRESA X à luz do art. 327, § 1º, parte final, do Código Penal

Apesar das conclusões apresentadas supra, e reiterando que a Consulta será respondida da maneira mais ampla possível, esta seção fará um exame subsidiário nos seguintes termos: caso se considere que a EMPRESA X executava, sim, quando

11. O conceito de “serviço de interesse coletivo” consta do art. 17 do Regulamento dos Serviços de Telecomunicações – Resolução 73 de 1998 da Anatel.

SCALCON, Raquel Lima. Parecer – Do funcionário público por equiparação no direito penal brasileiro. O problema da interpretação da expressão “atividade típica da administração pública” (art. 327, § 1º, *parte final*, do Código Penal). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 212. ano 34. p. 413-434. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2026. DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.11094695].

dos fatos, uma “atividade típica da Administração Pública” (premissa da qual se discorda), ainda assim seria viável a equiparação de gestor da DIRETORIA Y a funcionário público para efeitos penais?

Conforme previamente explicado, para os fins da subsunção da parte final do § 1º do art. 327 do Código Penal, não se pode tratar uma empresa como um bloco monolítico, devendo-se necessariamente examinar (i) qual atividade está sendo por ela prestada e (ii) para quem (consumidores/clientes/colaboradores etc.). Em outras palavras, o fato de se concluir que uma empresa privada desempenha uma “atividade típica da Administração Pública” é condição necessária, mas não suficiente para uma automática equiparação da totalidade de seus colaboradores a funcionários públicos para fins penais.

Há outra condição específica que deve se somar àquela, para que a equiparação seja ao menos cogitável, a saber: a efetiva atuação do sujeito na prestação e oferta desta atividade “típica” da administração pública *aos administrados*. Imagine-se um médico de um hospital privado conveniado ao SUS, que também atende via convênio e/ou particular. A sua equiparação – se o caso – somente pode ocorrer *durante* o atendimento aos pacientes pelo SUS, momento em que ele efetivamente representa o Estado em uma atividade típica e assim é visto pelo paciente/administrado. Nas demais atividades profissionais, contudo, tal condição regride e desaparece – é, pois, descontínua.¹²

Quando se aplica o mesmo raciocínio no âmbito de uma empresa que executa uma atividade típica da administração pública, compreende-se que é justamente por ocasião da *execução* da atividade, isto é, pela atualidade da *prestação* aos administrados, que se pode pretender uma equiparação de seus colaboradores a funcionários públicos para efeitos penais. Trata-se de uma condição pessoal dinâmica, não estática. Já *se e quando* o colaborador da empresa está desempenhando uma atividade desvinculada desta prestação, não há como se cogitar a equiparação pretendida, porque neste caso ele simplesmente não representa a *longa manus* do Estado, não está ofertando ao administrado uma essencialidade “em nome do Estado”, retornando, pois, à condição de sujeito privado.

Tal raciocínio é bastante útil quando aplicado ao caso em exame: a EMPRESA X oferece diferentes serviços relacionados ao setor de Telecomunicações aos seus clientes – para além daquele objeto de concessão. Justamente por isso, quem ingressa em uma de suas lojas *com acerto* não considera que está entrando em uma reparação pública, tampouco crê – também *com razão* – que um eventual atendente seria funcionário público equiparado e que poderia, por exemplo, ser vítima de crime de desacato ou autor de crime de peculato.

12. Cf. Scalcon, 2020, p. 261 e ss.; e Scalcon, 2021, p. 95.

SCALCON, Raquel Lima. Parecer – Do funcionário público por equiparação no direito penal brasileiro. O problema da interpretação da expressão “atividade típica da administração pública” (art. 327, § 1º, *parte final*, do Código Penal). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 212. ano 34. p. 413–434. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2026. DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.11094695].

Portanto, em se tratando de uma empresa privada que eventualmente desempenhe – ainda que não só – uma “atividade típica da Administração Pública”, vislumbra-se apenas dois “eixos relacionais” nos quais uma equiparação de seus colaboradores a funcionários públicos para efeitos penais seria cogitável, a saber: (i) eixo Empresa – Administrado (isto é, *durante e pela* prestação de um serviço *propriamente* público); (ii) eixo Empresa – Estado (isto é, no cumprimento de certas obrigações previstas em contrato de concessão). Fato é que nenhum destes eixos pode ser identificado no presente caso.

Nesse contexto, relatou a peça acusatória que um dos denunciados teria sido “gestor” (esse é o termo empregado na denúncia) da “DIRETORIA Y” durante alguns anos. Em razão do seu cargo, sustentou a denúncia que ele seria funcionário público por equiparação, elementar que se comunicaria a todos os envolvidos, tendo contribuído para a consumação de variados crimes de “peculato-furto”, nos termos do art. 312, § 1º, do Código Penal.

Contudo, ainda que se considere a EMPRESA X uma empresa “prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública” (serviço de telecomunicação objeto de contrato de concessão), nos termos do § 1º do art. 327 do Código Penal, premissa da qual se discorda (repita-se), o colaborador/gestor equiparado a funcionário público para fins penais pela peça acusatória não exercia qualquer função minimamente relacionada à prestação desta suposta “atividade típica da Administração Pública”.

Pelo contrário. Sua função, além de desconectada da suposta atividade “típica” da Administração Pública (o serviço objeto de concessão), era, ademais, propriamente irrelevante para a sua prestação ao administrado. Ou seja, uma eventual supressão desta função ou mesmo – em remota hipótese – a extinção desta Diretoria em nada afetaria a prestação de serviços de telefonia fixa pela EMPRESA X. Além disso, os valores objeto de potencial crime de peculato-furto não tinham, consoante a própria tese acusatória, qualquer relação com a promoção de suas atividades-fim (i.e, serviços de telecomunicações *lato sensu* e outros), mas sim com o custeio de um benefício corporativo ofertado exclusivamente aos seus colaboradores (i.e, espécie de plano de saúde).

Por todas estas razões, a conclusão deste Parecer é no sentido de que a atividade executada pelo gestor da DIRETORIA Y dos colaboradores da EMPRESA X não pode ser qualificada como “atividade típica da Administração Pública” à luz do art. 327, § 1º, parte final, do Código Penal.

3.3.1. Conclusão parcial

A conclusão de que uma empresa privada desempenha uma “atividade típica da Administração Pública” é condição necessária, mas não suficiente para a

equiparação de seus colaboradores a funcionários públicos para fins penais. Para que a equiparação seja ao menos cogitável, outra condição específica deve se somar àquela, qual seja: a efetiva atuação do sujeito (a ser equiparado) na prestação e/ou oferta desta atividade “típica” da administração pública *aos administrados*.

À luz de tais premissas, ainda que se considere que a EMPRESA X era, quando dos fatos, “prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública” – conclusão rejeitada por este Parecer –, é certo que o denunciado equiparado a funcionário público pela peça acusatória não exercia, ele mesmo, qualquer função minimamente relacionada à prestação da apontada “atividade típica da Administração Pública”. Razão bastante para *afastar* a incidência do art. 327, § 1º, parte final, do Código Penal na espécie, conforme retro argumentado.

3.4. *Da proibição de analogia in malam partem: impossibilidade de equiparação a funcionário público para fins penais. Da incomunicabilidade de condição inexistente*

O caso sob exame neste Parecer, pelas razões já desenvolvidas, apresenta-se como mais um exemplo de expansão do conceito penal de funcionário público com recurso a inválida analogia *in malam partem*, cuja consequência é a erosão da previsibilidade e da segurança jurídica na aplicação do art. 327 do Código Penal.

Tal diagnóstico é grave, pois essa qualificação subjetiva do agente traz inúmeros reflexos sobre a amplitude da sua eventual responsabilidade penal, permitindo que sobre ele incida uma espécie de “estatuto punitivo da Administração Pública”, cujo sancionamento, em regra, é agravado. Basta se pensar na considerável diferença entre o preceito secundário do crime de peculato-apropriação e de peculato-furto (reclusão, dois a 12 anos) e o das suas respectivas “versões privadas”, o crime de apropriação indébita (reclusão, um a quatro anos) e o crime de furto (reclusão, um a quatro anos). A assimetria é ainda mais evidente entre a corrupção “pública” (reclusão, dois a 12 anos) e a corrupção privada (atípica no Brasil).

Contudo, sendo o art. 327 do Código Penal a “porta de entrada” deste estatuto punitivo agravado, a sua interpretação deve ser a mais restritiva possível. Trata-se de exigência constitucional da legalidade material como proibição de analogia *in malam partem*, bem como de consequência lógica da natureza da norma que se está a interpretar (a saber, regra ampliativa do poder punitivo estatal e restritiva de direitos fundamentais de liberdade). Esse cuidado há de ser redobrado em se tratando de norma que, para promover a equiparação de sujeitos privados a “funcionários públicos”, recorre a termos dotados de significativa vagueza semântica, como “atividade típica da administração pública”.

públicos – com agravamento da sua punibilidade – no intuito de se bem tutelar a “Administração Pública” se ela está, em verdade, ausente. Trata-se, como dito, de uma equiparação em descompasso com as categorias do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, que, ademais, baseia-se em analogia *in malam partem*, constitucionalmente vedada em tal ramo do direito e, logo, destituída de validade jurídica.

3.5. *Conclusão: da atipicidade dos fatos narrados para os crimes contra a administração pública praticados por funcionários públicos e equiparados. Repercussões processuais penais*

O art. 327 do Código Penal é a “porta de entrada” para o subsistema de tutela da Administração Pública contra crimes praticados por funcionários públicos e equiparados. Trata-se, na prática, de delitos que exigem esta especial qualidade do sujeito ativo para sua consumação. Logo, qualquer imputação das condutas previstas nos artigos 312 a 326 (Título XI, Capítulo I, do Código Penal) pressupõe que ao menos um dos agentes envolvidos ostente a condição de funcionário público para fins penais, a qual, por se tratar de elementar típica, poderá vir a ser comunicada aos demais por força do art. 30 do Código Penal.

No caso sob exame, como referido, a peça acusatória pontuou que um dos corréus seria funcionário público por equiparação, elementar que se comunica a todos os envolvidos. No entanto, este Parecer considerou juridicamente inválida, à luz do § 1º do art. 327 do Código Penal e nos limites da acusação, a equiparação pretendida, bem como, por consequência lógica, a comunicação de tal condição aos demais denunciados. Neste sentido, sustentou-se que nenhum dos imputados poderia ser qualificado como funcionário público equiparado para efeitos penais.

De tal conclusão decorrem consequências imediatas no plano do direito material e do direito processual, das quais se destacam: (i) os fatos narrados são objetivamente atípicos não apenas para o crime de peculato-furto (art. 312, § 1º, do Código Penal), mas – no mínimo – para a totalidade dos crimes contra a Administração Pública praticados por funcionários públicos; (ii) tal atipicidade obstaculiza o prosseguimento da ação penal quanto a esta imputação, pela ausência de justa causa, nos termos do art. 395, inc. III, do Código de Processo Penal; (iii) estando o processo na fase do art. 397 do Código de Processo Penal, tal atipicidade sustenta um juízo de absolvição sumária quanto a esta imputação, nos termos do inc. III do art. 397 do Código de Processo Penal.

Pelos argumentos já apresentados neste Parecer, considera-se que a consequência “i” está devidamente fundamentada, de tal maneira que as próximas linhas estarão dedicadas a justificar as consequências “ii” e “iii”.

A qualidade de funcionário público para fins penais é uma condição necessária, ainda que não suficiente, para figurar como *autor* dos crimes previstos no Título XI, Capítulo I, do Código Penal (crimes contra a Administração Pública praticados por funcionários públicos). Trata-se de um juízo de atribuição, baseado no art. 327 do Código Penal, cuja subsunção, ao menos neste caso (e como regra), independe de qualquer dilação probatória. Em outras palavras, ainda que, por hipótese, fossem considerados verdadeiros os fatos tais como narrados na denúncia, eles seriam objetivamente atípicos para o crime de peculato-furto (art. 312, § 1º, do Código Penal), bem como para a totalidade dos crimes que exigem, como sujeito ativo, um funcionário público ou equiparado.

Tais premissas justificam a consequência “ii”. Explica-se: sendo a qualidade de funcionário público para efeitos penais condição indispensável para ser autor do crime de peculato-furto (art. 312, § 1º, do Código Penal), então sua falta repercute diretamente sobre a exigência de justa causa para o exercício da ação penal, seja pela carência de indícios mínimos de *autoria* quanto ao delito imputado, seja pela própria atipicidade do fato. Em outras palavras, uma vez que os denunciados não podem ser enquadrados como autores do crime de peculato-furto, conforme sustentado neste Parecer, tampouco podem consumá-lo. Conclusões, estas, que conduzem à inviabilidade do prosseguimento da persecução penal relativamente a tal imputação, nos termos do art. 395, inc. III, do Código de Processo Penal.

Ademais, estando o processo na fase do art. 397 do Código de Processo Penal, tais premissas também justificam a consequência “iii”. Explica-se: mesmo em tese e ainda que se reputassem verdadeiros os fatos narrados na peça acusatória, as condutas descritas seriam necessariamente atípicas para o crime de peculato-furto (art. 312, § 1º, do Código Penal), a amparar, do ponto de vista processual, também um juízo de absolvição sumária quanto a tal imputação, nos termos do art. 397, inc. III, do Código de Processo Penal.

Portanto, a atipicidade objetiva pela ausência de imprescindível elementar relacionada à autoria do delito de peculato-furto (a saber, a qualidade de funcionário público para efeitos penais) sustenta, do estrito ponto de vista processual, um juízo de absolvição sumária, nos termos do art. 397, inc. III, do Código de Processo Penal ou, subsidiariamente, um (novo) juízo de rejeição da denúncia, por ausência de justa causa, à luz do art. 395, inc. III, do Código de Processo Penal¹⁴. Trata-se de

14. Consoante Aury Lopes Jr. (2022, p. 840-841), “não existe preclusão *pro iudicato*, e nada impede que o juiz desconstitua seu ato [...]. Dessarte, nenhum óbice existe em o juiz revisar a decisão que recebeu a denúncia para, à luz dos argumentos e provas trazidos na resposta do réu, rejeitá-la”.

sucessivos controles processuais da fragmentariedade e da subsidiariedade da intervenção penal (em sentido similar, cf. Lopes Jr., 2022, p. 251).

Especificamente quanto à absolvição sumária, basta para tal juízo que o fato narrado seja atípico *para o crime imputado*, isto é, que os denunciados cabalmente não tenham cometido *este crime*, com independência de outras capitulações legais. Embora o Código de Processo Penal permita a requalificação jurídica dos fatos pelo próprio Juízo, por ocasião da sentença (*emendatio libelli*), o prosseguimento da ação penal para a fase instrutória pressupõe necessariamente que a capitulação jurídica indicada na denúncia seja, ao menos em tese, viável, o que, conforme argumentado, não ocorre no caso examinado neste Parecer.

Feitas estas considerações, retorna-se a alguns dos julgados do Superior Tribunal de Justiça previamente referidos na seção 4 (a saber, RHC 163.470, RHC 154.188 – AgRg e RHC 153.058 – AgRg)¹⁵. Pretende-se aqui ressaltar a repercussão processual atribuída por aquela Corte à atipicidade dos fatos narrados para o crime de peculato, uma vez constatada a impossibilidade de se qualificar os acusados como funcionários públicos para efeitos penais.

Especificamente no RHC 163.470, entendeu-se “ausente justa causa para a ação penal, mercê da atipicidade da conduta por impossível caracterização do crime de Peculato” e que seria “inviável a adequação típica alvitada pelo Ministério Público, formal e materialmente, pois, além de as condutas narradas não ofenderem a Administração Pública, os seus gestores não são considerados funcionários públicos, nem por equiparação normativa”¹⁶. Diante disso, concedeu-se ordem de *Habeas corpus*, a fim de se determinar o trancamento da ação penal quanto ao delito de peculato.

Igual consequência pode ser constatada no RHC 154.188 – AgRg, tendo o Superior Tribunal de Justiça determinado o trancado da ação penal quanto ao delito de peculato, uma vez que, “com o afastamento da condição de servidor público [...], inviável a imputação da prática do crime previsto no art. 312 do Código Penal [...]”. Dentro desse contexto, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta imputada à recorrente (art. 312 do Código Penal)¹⁷. Similar argumentação e idêntico desfecho pode ser observado ainda no RHC 153.058 – AgRg¹⁸.

15. STJ, RHC 163.470, 5ª T., Rel. Ministro Joel Paciornik, unânime, public. no *DJe* em 27.06.2022; STJ, RHC 154.188 – AgRg, 5ª T., Rel. Min. Ribeiro Dantas, unânime, public. no *DJe* em 28.04.2022 e RHC 153.058 – AgRg, 5ª T., Rel. Min. Ribeiro Dantas, unânime, public. no *DJe* em 21.02.2022.

16. STJ, RHC 163.470, fls. 372-374 (voto).

17. STJ, RHC 154.188, fl. 8642 (decisão monocrática de 3 de dezembro de 2021).

18. RHC 153.058 – AgRg (5ª T., Rel. Min. Ribeiro Dantas, unânime, public. no *DJe* em 21.02.2022). Já no âmbito do RHC 90.847 (5ª T., Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca,

Tudo a reforçar, pois, a conclusão apresentada supra, no sentido de que a atipicidade objetiva dos fatos narrados para o crime de peculato-furto (art. 312, § 1º, do Código Penal), diante da invalidade da equiparação dos denunciados a funcionários públicos para efeitos penais, ampara um juízo de absolvição sumária, uma vez que o fato narrado evidentemente não constitui crime (art. 397, inc. III, do Código de Processo Penal) ou, subsidiariamente, um juízo de rejeição da denúncia, por ausência de justa causa para o exercício da ação penal (art. 395, inc. III, do Código de Processo Penal).

4. DA RESPOSTA AOS QUESITOS

Quesito 1 – À luz do art. 327, § 1º, parte final, do Código Penal brasileiro, pergunta-se:

a. Aquele que atuava, à época dos fatos, na DIRETORIA Y da EMPRESA X seria alguém que “trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”?

Resposta: não.

Síntese da justificativa:

i) A expressão “atividade típica da Administração Pública” deve ser interpretada como (a) exercício de função pública ou (b) prestação de serviço público;

ii) O Serviço de Telefone Fixo Comutado (STFC), após as reformas no setor das Telecomunicações da década de 1990 e do início da década de 2000, não pode ser considerado estritamente serviço público, mas sim serviço de interesse coletivo ou de utilidade pública, não se enquadrando na elementar “atividade típica da Administração Pública” (§ 1º do art. 327 do Código Penal);

iii) Ainda que se entendesse o contrário, é certo que, à época dos fatos, a atividade da EMPRESA X tampouco se limitava à prestação do serviço objeto de contrato de concessão, atuando também como autorizatória em outros ramos das telecomunicações. Não fosse o bastante, a companhia, por meio de suas controladas, explorava diversos segmentos econômicos totalmente desvinculados das telecomunicações;

iv) Soma-se a isso o fato de que a atividade desempenhada no âmbito da DIRETORIA Y era desvinculada do serviço objeto da concessão, exclusivamente privada e ofertada apenas aos colaboradores da companhia, tampouco se enquadrando, ela própria, na elementar “atividade típica da Administração Pública”.

unânime, public. no *DJe* em 18.04.2018), determinou-se o trancamento do próprio *inquérito policial* quanto ao crime de peculato e outros.

b. Sua equiparação a funcionário público para fins penais é juridicamente válida ou representa uma analogia *in malam partem*?

Resposta: a equiparação é juridicamente inválida, por representar uma analogia *in malam partem* do art. 327 do Código Penal.

Síntese da justificativa:

i) Considerar quem atuava na DIRETORIA Y como funcionário público equiparado e ainda estender tal condição aos demais corréus extrapola a *ratio* e o sentido máximo possível da locução “atividade típica da administração pública” dentro da legalidade estrita, baseando-se em uma noção superada acerca da natureza dos próprios serviços de telecomunicações, que, ademais, desconsidera o fato de que a atividade propriamente desenvolvida pelo réu em questão era, de modo incontroverso, desvinculada da prestação de tais serviços de telecomunicações;

ii) A sua equiparação a funcionário público para efeitos penais e a subsequente comunicação de tal condição aos demais corréus pela regra do art. 30 do Código Penal, caso levadas a efeito, representarão mais um exemplo da expansão do conceito penal de funcionário público com recurso a inválida analogia *in malam partem*, cuja consequência é a erosão da previsibilidade e da segurança jurídica na aplicação do art. 327 do Código Penal.

Quesito 2 – À luz das regras sobre procedimento comum ordinário do Código de Processo Penal brasileiro, pergunta-se:

a. A atipicidade do fato condiciona o exercício da ação penal? O reconhecimento da atipicidade dos fatos é compatível com o exame sobre a admissibilidade da ação penal, referido nos artigos 397 e seguintes do Código de Processo Penal?

Resposta: a atipicidade do fato condiciona o exercício da ação penal e o seu reconhecimento é compatível com o exame sobre a admissibilidade da ação penal.

Síntese da justificativa:

i) Sendo juridicamente inviável a qualificação dos acusados como funcionários públicos equiparados para efeitos penais, os fatos narrados na denúncia são objetivamente atípicos não apenas para o crime de peculato-furto (art. 312, § 1º, do Código Penal), mas – no mínimo – para a totalidade dos crimes contra a Administração Pública praticados por funcionários públicos (*premissa*);

ii) O reconhecimento da atipicidade pela ausência de imprescindível elementar relacionada à autoria do delito de peculato-furto (a saber, a qualidade de funcionário público para efeitos penais) prescinde de ulterior dilação probatória, amparando, do estrito ponto de vista processual, um juízo de absolvição sumária, nos termos do art. 397, inc. III, do Código de Processo Penal ou, subsidiariamente, um juízo de rejeição da denúncia, por ausência de justa causa, à luz do art. 395, inc. III, do Código de Processo Penal. Trata-se de sucessivos controles processuais da fragmentariedade e da subsidiariedade da intervenção penal.

5. REFERÊNCIAS

- CONSIDERA, Claudio Monteiro et al. *O modelo brasileiro de telecomunicações: aspectos concorrenciais e regulatórios*. Relatório da SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico – Ministério da Fazenda). Disponível em: [https://www.gov.br/fazenda/pt-br/central-de-conteudo/documentos-de-trabalho-2000-a-2008/2003/documento-de-trabalho-no-18-agosto-2002]. Acesso em: 12.11.2025.
- EHLERS, Dirk; PÜNDER, Hermann (Org.). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 15. ed. Berlin: De Gruyter, 2016.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. O serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 17, n. 68, p. 209-250, abr./jun. 2017.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- MANES, Vittorio. *Servizi Pubblici e Diritto Penale*. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SCALCON, Raquel Lima. *A condição de funcionário público no Direito Penal*. Conceito, distinções e casos. Florianópolis: Emais, 2021.
- SCALCON, Raquel Lima. O médico que atua no Sistema Único de Saúde (SUS) e sua qualificação como funcionário público para efeitos penais. In: ESTELITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flavia (Org.). *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

Autora convidada



PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Crimes praticados por funcionários contra a administração pública e improbidade administrativa, de Leon Frejda Szklarowsky – *RTrib* 32/215-226;
- Extensão e abrangência do conceito de funcionário público: análise do julgado HC 138.484/DF, de Pedro Flávio Cardoso Lucena – *RDAI* 13/337-344; 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.

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- STF, HC 138.484, j. 11.09.2018, *DJe* 18.10.2018.