

Turbay: Decisão sobre prerrogativa de foro crivou de dÃ°vidas a JustiÃ§a

A restrição do foro por prerrogativa de função seguiu linhas tortas, o que se tornou habitual, notadamente, em julgamentos de matérias criminais pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

O voto vencedor, na Ação Penal 937/RJ, consignou que os parlamentares federais que praticaram crimes em razão do cargo deveriam permanecer com a prerrogativa intacta. Os demais serão remetidos ao juízo *a quo*. A fundamentação, cujo alcance estético é maior que os efeitos jurídicos concretos, é de que “princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república”^[1], são mascarados pela prerrogativa de função, proteção que confina o poder punitivo e garante a higidez da democracia e do exercício do poder estatal.

Não obstante haver concordância desses autores quanto à necessidade de restringir a prerrogativa de função a todos os poderes instituídos, estamos certos de que a parametrização normativa deve ter coerência e ser feita pelo único legitimado, o Legislativo. Explicamos, o exercício do poder estatal está vinculado a uma escala protetiva ampla e simbiótica, que não pode se desatar numa ponta e amarrar em outra. Para estabilidade do sistema jurídico, deve haver sincronização e harmonia no seu conjunto e método^[2].

Outra razão apontada para a restrição à prerrogativa de função é que há uma corrida contra a impunidade, cujo protagonismo cabe a alguns membros do Ministério Público e da magistratura, incluindo ministros das cortes superiores. O argumento é uma minudência jurídica e se confunde com as metas da segurança pública. O combate à impunidade não é fundamento ou pressuposto do Direito Penal, senão meta *a posteriori*.

O ato de ofício

Vencidas as premissas iniciais, ocupamo-nos do tema deste artigo: o elemento conectivo “em razão da função”. A decisão do Supremo, na AP 937/RJ, ronda, novamente, tortuoso tema^[3]. A imprecisão do termo “em razão da função^[4]” redundando em soluções heterogêneas, às quais é imprescindível empenhar uma análise sistêmica. O elemento normativo “em razão da função”, absolutamente, deixa um vácuo ao intérprete.

O ponto de partida é a interpretação do elemento normativo referente, baseada em suportes normativos outros, os quais a concreção surge em figuras típicas positivadas no ordenamento. Esse é o exemplo do artigo 317, *caput* do Código Penal. Ora, não pode haver significações diferentes no ordenamento, um mesmo elemento, já que o comando proibitivo também traz a expressão “em razão da função”.

O tipo penal de corrupção passiva exige que haja solicitação ou recebimento de vantagem indevida, conectada a um negócio jurídico, *lato sensu*, que compreenda a esfera de atribuições concernentes a uma específica função pública, vale dizer, em razão do cargo.

O chamado ato de ofício aparece, novamente, como elemento integrador e conectivo, indissociável. Em que pese se tratar de normas de natureza distinta — competência constitucional e norma de direito

material —, o comando regente é o programa normativo sistematizado.

Não há de se falar que o conteúdo da norma a ser admitido se valerá do artigo 53, parágrafo 6º da Constituição Federal[5]. Ora, o exercício de um poder (mandato) não se confunde com o próprio poder, criador e criatura, óbvio, são espécies distintas.

Sem embargos, a norma em branco que assombra o precedente jurisprudencial em investigação é o mesmo que carece de taxatividade penal, no tocante ao artigo 317, *caput*, do Código Penal. Portanto, vê-se, sem medo de errar, uma oportunidade para o legislador originário inserir no ordenamento nacional as balizas e conteúdo[6] do elemento normativo em razão da função, que projetará, silogisticamente, a concreção do tipo objetivo de corrupção passiva e da regra de competência estabelecida.

Antes disso, estabeleceu-se um limbo que desestabilizará as estruturas e a jurisdição criminal em todo o território nacional. Mediante enfoque utilitarista e pompoarismo hermenêutico, o precedente da Ação Penal 937/RJ crivou de dúvidas a Justiça criminal, o que ocasionará, certamente, efeito contrário ao que se pretendeu.

[1] Voto vencedor do ministro Roberto Barroso, AP 937/RJ.

[2] Enrique Gimbernat Ordeig (ORDEIG, 2002, p. 49) dispõe acerca da interpretação metodológica lógico-sistemática, para qual “as conclusões similares para todas as modalidades contidas num mesmo preceito, ou em preceitos distintos que a mesma lei tenha colocado em conexão [...], examiná-las conjuntamente e perguntar por que o legislador as agrupou”.

[3] A expressão em razão da função compõe o conteúdo do injusto penal de corrupção passiva, artigo 317, *caput*, do Código Penal. Veja, artigo de nossa autoria acerca do ato de ofício, disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-questao-do-ato-de-oficio-20042018>.

[4] Nelson Hungria (1958, p. 369), ao conceituar o ato de ofício, assevera: “O ato ou abstenção a que a corrupção se refere deve ser da competência do intraneus, isto é, deve estar compreendido nas suas específicas atribuições, pois só nesse caso pode deparar-se com um dano efetivo ou potencial ao regular funcionamento da administração”.

[5] Art. 53, §6º, CF. Os deputados e senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações (grifo nosso).

[6] Conteúdo a ser comparado consta no ordenamento jurídico norte-americano, referido pelo célebre precedente, caso Robert F. Macdonnel vs. USA, 2015. Naquela ocasião, a corte constitucional aplicou a 18 U.S.C. § 201 – U.S. Code – Unannotated Title 18. Crimes and Criminal Procedure §201. Bribery of public officials and witnesses, estabelecendo limites ao chamado ato de ofício típico, como sendo “questão, matéria, causa, processo, procedimento ou controvérsia”.