XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFPR

Coordenadores: Henrique Ribeiro Cardoso; Márcia Haydée Porto de Carvalho; Maria Tereza Fonseca Dias – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN:978-85-5505-531-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Participação popular. 4. Poder Judiciário. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : São Luís, Maranhão).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
– Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

O Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I, realizado durante o XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, em São Luis do Maranhão, reuniu professores e pós-graduandos para debater temáticas contemporâneas do Direito Público. As IES participantes deste GT foram: UFS, USP – Ribeirão Preto, Universidade Dom Bosco, de São Luís, UNIRIO, Universidade Fumec, Universidade Federal de Fortaleza, UENP, Unichristus – Ceará, PUC Paraná, UFRN, UNINOVE entre outras. Pelas instituições de origem dos participantes percebeu-se a diversidade temática e metodológica dos trabalhos abordados, todos eles fruto de pesquisa realizada na pós-graduação em direito.

De cada um dos temas abordados, destacou-se a contribuição que o estudo propiciou para o campo do conhecimento foco deste Grupo de Trabalho. No artigo "Para além do Branco e do Preto: os limites da liberdade de expressão e do discurso de ódio racial no Brasil", da UFS, a contribuição da pesquisa foi a inefetividade da Constituição brasileira quanto a questão da liberdade de expressão, devido ao discurso de ódio e racismo implícito presentes nas relações sociais. O Trabalho intitulado "O constitucionalismo democrático no Brasil: entre a crise de representatividade e a participação", oriundo da USP de Ribeirão Preto, procurou identificar as insuficiências do modelo representativo e como os poderes da República têm legitimidade para aplicar o direito, além de repensar alguns outros valores da Carta constitucional brasileira. O trabalho "Mitigação de normas constitucionais: uma análise hermenêutica sobre a aplicação de princípios e regras" da Universidade Dom Bosco, a partir de pesquisa realizada na Universidade Portucalense, promoveu estudos de julgamentos emblemáticos e recentes do STF, tais como o do cumprimento provisório de sentença, quebra do sigilo bancário pelo Fisco, execução penal entre outros, para verificar o eventual excesso de poderes na hipótese de não haver limites para a ponderação de princípios. A contribuição da pesquisa foi construir um método diferente para compreender as decisões do STF que exorbitam o seu papel de aplicador do direito, atuando, por vezes, como legislador.

O artigo denominado "A restrição do foro por prerrogativa de função e a força normativa da Constituição em tempos de Lava Jato", da UNIRIO, buscou discutir a ineficiência e baixo desempenho do STF para dar conta da questão estudada. Propõe que deveria haver maior harmonia entre os entendimentos da Corte, quanto a restringir o foro para crimes durante o exercício da função. Verificou-se, ainda, que as decisões nessa seara, violam princípios constitucionais e interferem na efetividade do sistema penal.

No trabalho sobre “A trajetória do federalismo brasileiro e as deliberações preliminares do STF frente às competências elencadas na Constituição da República de 1988 aos entes federativos”, da Universidade Fumec, foi estudada a influência do coronelismo na formação do Federalismo brasileiro para demonstrar que esse fenômeno impediu o desenvolvimento fecundo do próprio federalismo no Brasil, se comparado a outros países. O artigo intitulado “O Direito de resistência como instrumento de participação e cidadania”, da UFC, buscou demonstrar que o direito de resistência é direito fundamental e se constitui como espaço de criação de novos direitos na democracia. Além disso, o trabalho constatou que o direito de resistência serviu para justificar a defesa da ordem estabelecida e a criação de novos direitos, razão pela qual deve-se pensar em um novo conceito de direito de resistência na nova realidade social brasileira. NO trabalho sobre a “Análise da supremacia das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito: afronta à democracia?”, oriundo da UFC, discutiu-se primordialmente a legitimidade da Suprema Corte Americana, problematizando e questionando os temas clássicos do ativismo judicial, segundo os quais: o Legislativo não é mais confiável, haja vista o fato de que, depois de eleito, o candidato desconecta-se dos seus eleitores e os governos de maioria, em regra, desrespeitam as minorias. No trabalho sobre “Conselhos de políticas públicas e o direito fundamental a participação democrática”, da UENP, foi discutido em que medida a sociedade civil pode contribuir para a tomada de decisões do Estado, vez que constatado que o problema central dos conselhos de políticas públicas está na sua composição e na falta de paridade entre os diversos segmentos da sociedade. Diante dos critérios de ação, participação e mobilização, demonstrou-se que os conselhos garantem participação, mas não promovem mobilização e ação. No estudo sobre a “A inelegibilidade da pessoa não alfabetizada: segregação antidemocrática e persistente”, do PPGD da Unichristus – Ceará, discutiu-se, diante da existência de 7 milhões de analfabetos no Brasil, a iniquidade da legislação eleitoral brasileira. Demonstrou-se que, ao fim e ao cabo, trata-se de uma minoria que sempre será sempre subrrepresentada, considerando as disposições do Direito Eleitoral. No trabalho oriundo da UFC, intitulado, “Definindo minorias: desafios, tentativas e escolhas para se estabelecer critérios mínimos rumo a conceituação de grupos minoritários” tentou-se buscar os elementos essenciais da noção de minorias, para que haja a luta pelo direito ao reconhecimento, o redimensionamento e rearquitetura dos deficientes. Além do tratamento desigual, o trabalho buscou atentar-se para as diferenças e particularidades, além da afirmação de grupos minoritários, como o caso das pessoas com deficiência, devido a discriminação, desenvolvimento histórico e contingente elevado no Brasil.

O artigo sobre “Direito à segurança como direito fundamental na ordem constitucional brasileira”, da UNIRIO, foram estudados os dados do Mapa da Violência (número de

homicídios, investigação dos crimes etc), para revelar o baixo valor da vida e desrespeito ao direito à segurança como direito fundamental, sobretudo considerando o contexto e a realidade do Rio de Janeiro. Além disso, a pesquisa buscou a indicação de instrumentos e políticas públicas para efetivar o direito à segurança no Brasil. O trabalho "Instituições democráticas no Brasil: por um constitucionalismo popular", da PUC Paraná, demonstrou a fragilidade da democratização na história brasileira, pois os instrumentos de participação ainda são incipientes. Em diversas situações recentes da legislação brasileira, tais como as noções de que o "combinado prevalece sobre o legislado", a participação é deixada de lado em razão de outros valores, como os da Análise Econômica do Direito. Ao contrário dessas tendências, o artigo conclui que a participação tem que ser o elemento central para o processo de democratização brasileiro, vez que se todo poder emana do povo, os sentidos da Constituição não podem ser definidos tão somente pelo STF. No trabalho sobre a "Jurisdição constitucional em tempos de crise: ensaio sobre os limites do STF" foi discutido, primordialmente, o papel do STF em caso de crises políticas e estudados julgados recentes da Corte, como o do impeachement, afastamento de deputados, atos interna corporis, foro privilegiado, entre outros. O trabalho concluiu que o Supremo Tribunal Federal tem um ônus argumentativo em suas intervenções, devendo realizar seu julgamento com uma finalidade política e lançando mão de uma argumentação principiológica. O trabalho sobre a "Justiça social na ordem econômica brasileira e a busca pela efetivação do Estado Democrático" (Escola Paulista de Direito e UNINOVE) visou demonstrar que na Constituição brasileira há a defesa da justiça social no capítulo da ordem econômica e não uma contradição entre ideias liberais e sociais, como costuma ser trabalhado e defendido. O trabalho intitulado "Legitimidade democrática do Poder Judiciário", da UENP, debateu os seguintes temas relevantes do constitucionalismo contemporâneo, como o da jurisdição constitucional e da legitimidade do Poder Judiciário. Atualmente, tem-se que, pela falta de legitimidade do Legislador, o Judiciário exerce funções com caráter normativo e os magistrados promovem a tutela especifica do direito diante da concretização dos direitos. Assim, diante do procedimentalismo da jurisdição, o Judiciário torna-se o intérprete da vontade geral, podendo, para tanto, efetivar os direitos fundamentais haja vista estar legitimado, indiretamente, pela Constituição, que passou pela vontade popular. No trabalho sobre "A crise da lei no estado democrático de direito e o papel da legística no restabelecimento da racionalidade jurídica", da Universidade Fumec, foi analisada a crise da legalidade sobre os aspectos da falência da legitimidade do Estado e da crise do Estado de Direito. Diante desse contexto, concluiu-se que os pressupostos e técnicas da legística possuem meios para o restabelecimento da credibilidade da lei, a partir do processo legislativo. No trabalho "Sobre a autonomia universitária, liberdade de cátedra e o projeto de lei "escola sem partido" discutiu-se os princípios constitucionais e pedagógicos da liberdade de cátedra ou de ensino e da autonomia universitária frente ao projeto de lei concebido pelo "Movimento Escola sem

Partido”. Conclui-se que a limitação à liberdade de ensino ali defendida é inconstitucional.

Os trabalhos apresentados nesse GT, mesmo diante da diversidade temática e de referenciais teóricos distintos, foram bastante críticos no tocante ao ativismo judicial, procurando extrair da Constituição brasileira as inúmeras conexões entre a Constituição e a Democracia.

Profa. Dra. Márcia Haydée Porto de Carvalho - UFMA

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso - UFS

Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias - UFMG/FUMEC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A RESTRIÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO EM TEMPOS DE LAVA JATO

THE RESTRICTION OF THE FORUM BY PREROGATIVE OF FUNCTION AND THE NORMATIVE FORCE OF THE CONSTITUTION IN TIMES OF LAVA JATO

Vanessa T. Bortolon [1]

Resumo

O presente artigo objetiva analisar a possibilidade de restrição do foro por prerrogativa de função como medida de prevenção e controle da corrupção, diante da disfuncionalidade do sistema que fomenta a impunidade. Conclui que a nova interpretação vislumbrada pelo Ministro Relator, no julgamento da Ação Penal 937 que tramita no STF, preza pela máxima efetividade da norma constitucional e traduz a força normativa da Constituição em tempos de Lava Jato, consubstanciando o que Hesse denominou de vontade de Constituição. Se adotada a nova hermenêutica haverá um avanço para a Democracia.

Palavras-chave: Corrupção, Impunidade, Foro por prerrogativa de função, Força normativa da constituição, Lava jato

Abstract/Resumen/Résumé

These article aims to analyze the possibility of restricting the forum by prerogative of function as a measure of prevention and control of corruption, given the dysfunctional nature of the system that promotes impunity. It concludes that the new interpretation envisaged by the Minister Relator, in the judgment of Criminal Action 937 that is processed in the STF, values the maximum effectiveness of the constitutional norm and translates the normative force of the Constitution in times of Lava Jato, consubstanciando what Hesse denominated of will of Constitution . If these hermeneutics is adopted, there will be a breakthrough for Democracy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Corruption, Impunity, Forum by functional prerogative, Normative force of the constitution, Lava jet

[1] Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro- UNIRIO. Advogada. Pós-Graduada pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Mestranda na UNIRIO

1- INTRODUÇÃO

A corrupção, no Brasil, tem gerado um impacto devastador na vida de milhões de brasileiros, disseminando desigualdades e injustiças, causando insatisfação e indignação da população. O desvio de recursos públicos é um obstáculo ao desenvolvimento econômico do país, além de ser uma barreira impeditiva à concretização de direitos fundamentais previstos constitucionalmente, tais como saúde, educação, alimentação, moradia, transporte, segurança, trabalho.

A Operação Lava Jato, que iniciou em 2014, revelou uma corrupção sistêmica no país, caracterizada por um sistema político- empresarial, consistente em uma organização criminosa que explora a sociedade brasileira, segundo Gomes (2017, p. 16-46). O autor destacou que a pesquisa da Fiesp, realizada em 2012, demonstrou que durante a nova democracia (1985 a 2017), cerca de dois terços do PIB, mais de três trilhões, foram subtraídos dos brasileiros. "A corrupção sistêmica que enfrentamos é um crime contra a humanidade, viola os direitos humanos e sangra a nação. Ela rouba a comida, a saúde a escola e a dignidade do brasileiro" (DALLANGNOL, 2017, p.48).

Ademais, a corrupção enfraquece o regime democrático, pois gera uma crise de legitimidade e eficiência dos governos, desencadeando instabilidades político- institucionais e econômicas e uma verdadeira ameaça ao Estado Democrático de Direito. Em razão dos efeitos negativos da corrupção sistêmica, o seu controle deve ser objeto de políticas públicas. Isto é, medidas de combate à corrupção devem ser inseridas entre as políticas públicas de Estado. Entre tais medidas destaca-se a eliminação da negligência e da impunidade, que são umas de suas principais causas. Sendo certo que, entre os diversos fatores que contribuem para a prática da corrupção, a impunidade é uma de suas principais bases de sustentação, esta deve ser eliminada ou, ao menos, mitigada.

O problema do país nunca foi a ausência de leis, mas sim o cumprimento e a efetividade destas que fomentam a pratica de condutas ilícitas. Atualmente, a operação Lava Jato está demonstrando ser uma verdadeira exceção à regra, podendo ser considerado um marco histórico da intolerância às práticas de corrupção e a à impunidade existente no país. Dallangnol (2017, p. 155) ressalta que "a Lava Jato se tornou um símbolo dessa luta porque significou uma reação contra as estruturas de injustiça comandadas por cúpulas que tem influência e poder

necessários para mudar o estado de corrupção endêmica, mas permanecem inertes porque se beneficiam dele. ”

Desde então ganhou maior relevo o debate sobre as mazelas do sistema de justiça criminal tendo em vista que a impunidade acaba sendo fomentada por nossas leis, configurando um desvio de finalidade do nosso sistema jurídico. Entre elas, destaca-se o foro por prerrogativa de função, uma garantia que acaba por privilegiar uma parcela da sociedade contra a responsabilização criminal. Enquanto o cidadão é processado perante um juiz de primeiro grau, boa parte dos políticos e dos altos agentes públicos tem assegurada a garantia de ser investigada e processada por um tribunal.

Sendo assim, o presente artigo objetiva analisar a possibilidade de restrição do foro por prerrogativa de função como medida de prevenção e controle da corrupção, dada a relevância do problema e diante de um sistema disfuncional que fomenta a impunidade. A partir da análise doutrinária e jurisprudencial acerca do instituto do foro de prerrogativa de função, bem como da verificação dos votos dos Ministros no julgamento da Ação Penal 937 que tramita no STF, chega à conclusão de que a nova interpretação vislumbrada pelo Ministro Relator Luís Roberto Barroso preza pela máxima efetividade da norma constitucional e traduz a força normativa da Constituição em tempos de Lava Jato, consubstanciando o que Hesse denominou de vontade de Constituição. Acrescenta que a nova hermenêutica, se adotada pelo STF, não é incompatível com a Proposta de Emenda Constitucional 10/2013, sobre a limitação dessa prerrogativa, que tramita no Congresso Nacional. Ademais, se ambas forem aprovadas, poderá haver um verdadeiro avanço para a Democracia.

2- DEBATE SOBRE RESTRIÇÕES AO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Nesse contexto, acirraram-se as discussões sobre o fim ou a diminuição das garantias que conduzem à impunidade, como as restrições ao foro por prerrogativa de função que estão sendo objeto de debate tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Congresso Nacional.

Isso porque o foro por prerrogativa de função deveria ser exceção, mas tornou-se regra no nosso país, na medida em que cerca de 22 mil autoridades possuem a garantia de foro especial[1], de acordo com Associação Nacional dos Procuradores da República. No Brasil, cerca de 22 mil pessoas têm prerrogativa de foro. Perante o Supremo Tribunal Federal, têm essa

[1] Disponível em: <http://www.anpr.org.br/artigo/106>. Acesso em: 10 ago. 2017.

prerrogativa os seus próprios ministros, o procurador-geral da República, os ministros do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal Militar, Tribunal de Contas da União, os deputados Federais e senadores, os ministros de Estado, presidente e vice-presidente da República, os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, e os chefes de missão diplomática de caráter permanente

Dessa forma a função precípua das Cortes, que é a de ser guardiã da Constituição e de julgar as questões constitucionais mais importantes para a sociedade, fica prejudicada com a sobrecarga de processos criminais, para os quais não possui melhor capacidade dilatória do que um juízo de primeiro grau possui. O que ocorre, na maioria dos casos concretos, é a prescrição (impunidade), em razão de um sistema disfuncional, como foi sustentado pelo Ministro Relator no STF, que será analisado mais adiante.

No STF, foi suspenso o julgamento sobre a nova interpretação constitucional que reduziria a aplicação do foro por prerrogativa de função para os crimes comuns relacionados à função e em razão dela e estabeleceria o marco temporal da fixação de competência do STF. No Congresso, a proposta de emenda objetivava a extinção da garantia, do foro por prerrogativa para os crimes comuns, mas, durante seu trâmite, esta foi reduzida para a preservação da prerrogativa do foro para os chefes dos três Poderes (Presidentes da República, da Câmara, do Senado e do STF).

É certo que, se tais restrições forem concretizadas, poderão ser consideradas um verdadeiro progresso, que se coaduna com a nova ordem constitucional. Nem sempre o país caminhou nesta direção, pelo contrário, a história demonstra que a regra era a concessões de garantias aos detentores do poder para, assim, impedir eventual responsabilização dos agentes públicos que praticassem ilícitos.

No que tange ao foro por prerrogativa de função, em matéria criminal, sempre houve tentativas de mitigar essa nova orientação e estendê-lo para ex detentores de função/ cargo público. Em 3/4/1964, após a deflagração do golpe militar de 1964, foi editado o enunciado da súmula 394 estabelecendo que “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

Após a democratização, em 1999, o enunciado foi cancelado pelo STF. Ocasião em que o STF esclareceu que, em uma República Democrática, o foro só se legitima em bases

excepcionais e nunca para fins de favorecimento pessoal de que detém momentaneamente o exercício do Poder, que pertence ao povo.

Não obstante o cancelamento do enunciado, foi publicada a Lei 10.628/02, que objetivava estender a prerrogativa de foro para ex-autoridades, ao dispor que praticado o crime no exercício de função com prerrogativa de foro, deveria ser mantida a competência do respectivo Tribunal, ainda quando o seu autor já estiver fora do cargo. Pacelli (2016, p. 225) salienta que "com a Lei 10.628/02, que alterou o disposto no art. 84 do CPP, pretendeu-se reviver a antiga jurisprudência da Suprema Corte (Súmula 394) ". Dessa forma o §1º do art. 84 do CPP estabeleceu a manutenção da competência por prerrogativa de função em relação aos atos administrativos praticados pelo agente, enquanto o §2º deste artigo tratou da equiparação entre a ação de improbidade administrativa e a ação penal, para fins de fixação do foro competente em razão da função exercida.

A referida lei foi objeto das ADINs 2.797 e 2.860, diante da invasão legislativa em matéria de competência constitucional. Nesta ocasião, o STF reconheceu a inconstitucionalidade dessa lei e de ambos os parágrafos do art. 84 do CPP, sustentando que o foro por prerrogativa de função em matéria criminal está condicionado ao exercício do mandato.

Já nessa época, os Ministros sustentaram que a existência do foro diferenciado só se legitima em razão da proteção do cargo, ou seja, do interesse público. O seu fundamento não está na pessoa que o ocupa temporariamente, caso em que haveria, ao contrário, a prevalência de um interesse meramente privado.

Nesta ocasião, o Relator Ministro Sepúlveda Pertence, asseverou que o Congresso praticou abuso do poder de legislar, ao tentar restabelecer por lei o foro especial de ex-autoridades, que o STF já tinha derrubado em 1999.

O Min. Celso de Mello na Pet. 3302/ SC[2] ressaltou que o foro por prerrogativa de função é matéria reservada ao poder constituinte e que viola o princípio republicano:

> [...] Em resumo, somente por intermédio de emenda ao texto constitucional tornar-se-á possível o disciplinamento do foro por prerrogativa de função em moldes diversos dos atuais, havendo caudalosa jurisprudência do STF no sentido de seu caráter de direito estrito (previsão numerus clausus). Entendo que a Lei nº 10.628/2002, ao ampliar, de forma substancial, a esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal e de outras Cortes judiciárias, incide em grave violação ao princípio

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Celso de Mello na Rcl 2.138/DF. Relator: Min. Nelson Jobim. Publicado no DOU de 13.06.2007.

> republicano, que traduz postulado essencial de nossa organização político-constitucional. A evolução histórica do constitucionalismo brasileiro, analisada na perspectiva da outorga da prerrogativa de foro, demonstra que as sucessivas Constituições de nosso País, notadamente a partir de 1891, têm se distanciado, no plano institucional, de um modelo verdadeiramente republicano. Na realidade, as Constituições republicanas do Brasil não têm sido capazes de refletir, em plenitude, as premissas que dão consistência doutrinária, que imprimem significação ética e que conferem substância política ao princípio republicano, que se revela essencialmente incompatível com tratamentos diferenciados, fundados em ideações e em práticas de poder que exaltam, sem razão e sem qualquer suporte constitucional legitimador, privilégios de ordem pessoal ou de caráter funcional, culminando por afetar a integridade de um valor fundamental à própria configuração da idéia republicana, que se orienta pelo vetor axiológico da igualdade.[...]

Na mesma linha de raciocínio, o STF defendeu a inconstitucionalidade do foro por prerrogativa de função nas ações por improbidade administrativa, com a mesma interpretação restritiva para o instituto de excepcional deslocamento da competência.

Entendeu-se que o foro privativo somente poderia a ser mantido para o agente político quando ele estiver em efetivo exercício, não se estendendo àquele que estiver licenciado, mesmo que no exercício de outra função a que não se assegure a mesma garantia.

Com a Lava Jato, o referido debate foi retomado. O fim da prerrogativa de função seria uma importante conquista para o Estado Democrático de Direito e para própria operação da Lava Jato, pois se trata de um instituto falido que tem servido para acobertar a impunidade diante da disfuncionalidade do sistema, que não tem estrutura para processar e julgar tantos agentes públicos (principalmente após as delações). Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto que será analisado, trata-se de um sistema que “ foi feito para não funcionar”.

2.1- Ação Penal 937 em Trâmite no STF

Recentemente, em maio deste ano (2017), o STF iniciou o julgamento referente à restrição das hipóteses de foro por prerrogativa de função nos casos penais. O assunto foi analisado na questão de ordem na Ação Penal 937, em que determinado ex-deputado federal foi acusado de corrupção eleitoral (compra de votos) quando era candidato à prefeitura de Cabo Frio (RJ).

O relator do caso, Ministro Luís Roberto Barroso, proferiu voto no sentido de que foro deve ser aplicado apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e em razão dele. Dessa forma, se o fato imputado foi praticado anteriormente à investidura no mandato de função/ cargo público, não se justificaria a atribuição de competência ao STF. Outro

entendimento do Ministro Relator foi o estabelecimento de um marco temporal de fixação da competência, posicionando-se no sentido de que o caso deveria voltar à primeira instância, que já havia finalizado a instrução processual.

No que tange ao sentido e ao alcance do foro, destacou que a interpretação restritiva deve ser imposta para viabilizar a responsabilização dos agentes públicos, observar os princípios constitucionais estruturantes da igualdade e da república; bem como a efetividade mínima do sistema penal, atendendo aos valores da probidade e moralidade administrativa. Defendeu que é indispensável a relação de causalidade do crime imputado com a função, porque o foro por prerrogativa de função deve assegurar o papel constitucional do livre exercício das funções e não o fim ilegítimo da impunidade. Salientou que as estatísticas revelam a disfuncionalidade do sistema, o que causa a indignação à sociedade e traz o desprestígio do STF.

Quanto ao momento de fixação da competência, argumentou que esta torna definitiva após o final da instrução processual penal (com a publicação do despacho de intimação para a apresentação de alegações finais), momento a partir do qual a competência para julgar o caso não será mais afetada por eventual mudança no cargo ocupado pelo agente público.

O relator justificou a mudança de interpretação constitucional no fato de a abrangência da prerrogativa de foro consagrada pela CRRFB/88 não encontrar respaldo na história constitucional brasileira nem no Direito Comparado. Além disso, a extensão do foro decorre, não apenas do número de autoridades contempladas, mas também do número de ilícitos abrangidos.

A Constituição de 1988 prevê que um conjunto amplíssimo de agentes públicos responda por crimes comuns perante tribunais, como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Estima-se que cerca de 34 mil autoridades detenham a prerrogativa no país. Apenas perante o STF são processados e julgados mais de 800 agentes políticos: o Presidente da República, o Vice-Presidente, 513 Deputados Federais, 81 Senadores, os atuais 31 Ministros de Estado. A competência do STF alcança, ainda, 3 Comandantes militares, 90 Ministros de tribunais superiores, 9 membros do Tribunal de Contas da União e 138 chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Outro fundamento é o da disfuncionalidade do foro privilegiado. As constituições anteriores estabeleciam um rol muito menor de autoridades com prerrogativa de foro. Ao longo

dos processos constitucionais originários por que passou o Brasil, a prerrogativa foi ampliada até chegar ao modelo atual, que gera resultados graves e indesejáveis, pois afasta o Tribunal de seu verdadeiro papel de Suprema Corte. Tal modelo atribui ao STF a função de tribunal criminal de primeiro grau, sendo que o juízo de primeiro grau tem melhores condições para conduzir a instrução processual (seja pela proximidade com fatos e provas seja pelo aparelhamento e celeridade). Ademais o STF não tem sido capaz de julgar os casos abrangidos pela prerrogativa de maneira célere e eficiente:

> É o que evidenciam as estatísticas. Tramitam atualmente perante o Supremo mais de 500 processos contra agentes políticos (435 inquéritos e 101 ações penais)11. Com as operações em curso, em especial a Lava Jato, estima-se que o número de autoridades sob investigação ou respondendo a ação penal perante o STF irá aumentar expressivamente. No entanto, segundo recente estudo "Supremo em Números", produzido pela FGV do Rio de Janeiro, desde 2007, o número de processos novos tem sido sempre superior ao de processos encerrados: ou seja, a cada ano, STF sequer tem sido capaz de "vencer" a distribuição.

Acrescentou que "segundo o relatório da FGV, em 2 de cada 3 ações penais o mérito da acusação sequer chega a ser avaliado pelo Supremo, em razão do declínio de competência (63,6% das decisões) ou da prescrição (4,7% das decisões)17. " Ademais, as autoridades com prerrogativa de foro perante o STF ficam sujeitas a julgamento por instancia única e a ausência do duplo grau de jurisdição é incompatível com os tratados internacionais de direitos humanos de que o pais é signatário.

Contudo, o referido julgamento, em junho, foi suspenso, em razão do pedido de vista do Ministro do STF, Alexandre de Moraes, que não concordou com o fato de que a questão deva ser analisada apenas sob o ponto de vista do foro em determinada instância. Isto porque, eventual limitação de aplicação desta prerrogativa de foro, traria repercussões institucionais no âmbito dos Três Poderes e do Ministério Público.

O Ministro Alexandre de Moraes ainda defendeu que não existe estatística ou estudo que comprove o grau de efetividade no processamento de ações penais antes e depois do aumento das hipóteses de foro privilegiado, prevista na Constituição de 1988. É impossível, segundo ele, estabelecer uma conexão, histórica, sociológica ou jurídica, entre o foro privilegiado e a impunidade. Ele também salientou a preocupação com o comportamento de juízes de primeira instância caso o foro seja extinto. Para ele, a história brasileira mostra o contrário. As críticas de Moraes sobre a associação do foro privilegiado à impunidade e a uma suposta ineficiência do STF foram acompanhadas pelos Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

O Ministro Marco Aurélio e as Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia (presidente) anteciparam seus votos, acompanhando o relator. O Ministro Marco Aurélio defendeu a aplicação do foro por prerrogativa de função apenas aos crimes cometidos no exercício do cargo, relacionados às funções desempenhadas. Ao se referir a prerrogativa de foro, comparou o instituto a um "elevador processual". A Ministra Rosa Weber sustentou que o referido instituto foi progressivamente ampliado devido à evolução constitucional, contudo, deve haver uma interpretação restritiva que o vincule aos crimes cometidos no exercício do cargo e em razão dele. A Ministra Cármen Lúcia ressaltou que o foro não é escolha e prerrogativa não é privilégio.

Cabe ressaltar que o debate no STF a respeito da prerrogativa de foro iniciou-se a partir do caso concreto da referida Ação Penal 937, não se tratando de questão principal, mas de uma preliminar de competência. Neste diapasão, há quem defenda[3] que o assunto deveria ser tratado através de PEC, sob pena de violar a separação dos poderes. Dessa forma, em razão do princípio da autocontenção, o STF só poderia preencher esta lacuna legislativa no caso de evidente omissão do Legislativo, devendo limitar-se a tomar medidas que a legítima hermenêutica deferir, sem adotar um indesejável ativismo.

2.2- PEC 10/2013 em Trâmite no Congresso Nacional

Paralelamente ao debate no STF, tramita no Congresso Nacional a PEC 10/2013 que visa a alterar as disposições constitucionais a respeito do foro por prerrogativa de função, restringindo a garantia ao Presidente dos Três Poderes e ao Vice-Presidente da República, tendo sido aprovada pela unanimidade do Senado Federal.

Inicialmente, o seu objeto era a extinção do foro por prerrogativa de função para os crimes comuns estabelecidos na CRFB/88, fundamentando-se no princípio republicano e na isonomia, bem como na falta de razoabilidade da utilização da prerrogativa de foro como instrumento de proteção da pessoa e não do cargo. Contudo, a proposta já sofreu emendas e de acordo com o texto já alterado da referida PEC, todas as autoridades e agentes públicos hoje beneficiados pelo foro responderiam a processos iniciados nas primeiras instâncias da Justiça comum, com exceções dos Chefes dos Três Poderes da União (Executivo, Legislativo e Judiciário).

[3] Disponível em: < https://leonardosarmento.jusbrasil.com.br/artigos/432821373/foro-por-prerrogativa-de-funcao-ou-foro-privilegiado-nobres-e-plebeus-limitacao-ou-extincao>. Acesso em: 10 ago. 2017

Outro aspecto relevante sobre a PEC diz respeito ao fato de ela produzir efeitos sobre a Ação Penal 937 que está em curso no STF. Há quem defenda que a PEC seria incompatível com a decisão do STF e geraria a perda do objeto daquela ação penal. Essa alegação não merece prosperar. Não há que se falar em perda do objeto da ação proposta perante o STF, pois enquanto a PEC trata da redução no número de agentes públicos que têm o benefício do foro, o debate sobre aquela ação cuida de nova interpretação sobre a possibilidade de restrição do foro aos crimes comuns relacionados à função bem como do marco temporal para a fixação de sua competência.

Sendo assim, se a Câmara dos Deputados aprovar a emenda constitucional da forma como o Senado já o fez, a prerrogativa deixará de existir na forma ampla, mas continuará existindo para o Presidente da República, Vice-Presidente e os presidentes dos demais poderes. Portanto, nada impediria o julgamento pelo STF sobre a nova interpretação (referente à limitação da prerrogativa aos crimes relativos à função e ao marco temporal de fixação da competência). Além disso, a emenda constitucional, se aprovada, poderia ser discutida novamente na Corte, em sede de controle de constitucionalidade, caso fosse incompatível com os princípios e normas constitucionais, o que reforça a tese de que não há perda do objeto.

Acrescente-se que seria possível harmonizar as decisões de ambos os poderes, evitando-se assim eventual crise institucional. Isto é, se a Câmara dos Deputados aprovar a PEC e se o resultado do julgamento pelo STF for favorável à nova interpretação, ambas poderiam ser compatibilizadas, de forma que a prerrogativa de função poderia ser aplicada restritamente aos Presidente da República, o Vice-Presidente e aos Presidentes da Câmara, do Senado e do STF, em relação aos crimes cometidos no exercício da função e em razão deles.

3- "TESE" DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. CONCEITO.

De acordo com Eugenio Pacelli, o foro por prerrogativa de função fixado pelo constituinte é o foro privativo para o processo e julgamento de infrações penais praticadas por ocupantes de cargos ou funções públicas relevantes em razão das graves implicações políticas que poderiam resultar das respectivas decisões judiciais. Dessa forma, o autor argumenta que:

> optou-se pela eleição de órgãos colegiados do Poder judiciário, mais afastados, em tese, do alcance das pressões externas que frequentemente ocorrem em tais situações, e em atenção também a formação profissional de seus integrantes, quase sempre portadores de mais alargada experiência judicante, adquirida ao longo do tempo de exercício de carreira,

Portanto, o foro por prerrogativa pode ser definido, objetivamente, como um instituto que permite que certas autoridades, sejam processadas e julgadas, originariamente, pelo órgão colegiado superior (tribunais inferiores ou de 2º grau, tribunais superiores ou, até mesmo, pelo Supremo Tribunal Federal, nos casos estabelecidos na Constituição Federal), em virtude do cargo ou função que exercem. Ou seja, é um tratamento especial dado a determinadas autoridades em razão de determinado cargo ou função que ocupa.

Segundo Renato Brasileiro (2016, p. 473-474), a competência por prerrogativa de função é uma competência *ratine funcionae* que, através da constituição federal, das constituições estaduais e da legislação infraconstitucional, confere a certos agentes, o direito de serem julgados por Tribunais, em virtude da relevância das funções por eles desempenhadas. O autor destaca que "a competência por prerrogativa de função é estabelecida não em virtude da pessoa que exerce determinada função, mas sim como instrumento que visa resguardar a função exercida pelo agente". Acrescenta que:

> essa jurisdição especial assegurada a certas funções públicas tem como matriz o interesse maior da sociedade de que aqueles que ocupam certos cargos possam exerce-los em sua plenitude, com alto graus de autonomia e independência, a partir da convicção de que seus atos se eventualmente questionados, serão julgados de forma imparcial por um Tribunal

Mello (2004) salienta que só há que se falar em função quando alguém está investido no dever de satisfazer interesses de outrem e, no caso da função administrativa, esta relaciona-se necessariamente ao interesse público (interesse da coletividade). Há, portanto, uma subordinação do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos e não à pessoa que exerce o poder. Dessa forma as prerrogativas da Administração Pública só são legítimas se e quando indispensável ao atendimento dos interesses públicos, isto é, do povo, de quem o poder emana nos Estados Democráticos.

Sendo assim, o foro por prerrogativa de função deve ser fundamentado através da natureza especial da função do cargo exercido, e não da pessoa que o ocupa, sob pena de violar o Princípio da Isonomia. Portanto, o foro especial deve seguir a regra da atualidade do mandato, isto é, deve prevalecer somente enquanto perdurar a função ou o cargo que o justificar.

O foro por prerrogativa de função diferencia-se do foro privilegiado, quando o primeiro se traduz em uma prerrogativa que diz respeito à função, o segundo atende diretamente aos interesses pessoais do jurisdicionado e não à função que ocupa.

4- ANTÍTESE DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Lima (2016) destaca que a excepcionalidade do foro por prerrogativa de função em face de preceitos sensíveis da CRFB , como o princípio da isonomia e o do juiz natural (vedação do tribunal de exceção e distribuição da competência judicial pela Constituição da República), possui uma razão de ser própria, especifica, justificável, que transmuda sua conotação de privilégio, no sentido pejorativo da palavra para prerrogativa essencial ao bom exercício da função, desde que tais hipóteses sejam interpretadas restritivamente.

Em que pese o foro por prerrogativa de função objetivar, em tese, assegurar a função e atividade de determinado cargo não é o que ocorre no Brasil, porque no nosso pais o que era para ser exceção tornou-se regra, o que acarreta a prescrição das ações em excesso e a consequente impunidade. Ao contrário, o instituto que deveria amparar o interesse público e o cargo ou função de especial relevância para o Estado, acaba servido como escopo a concessões de odiosos privilégios. Ainda que a intenção do constituinte tenha sido a mais louvável, o instituto não funcionou e se transformou em um privilégio injustificado decorrente de um sistema disfuncional.

A disfuncionalidade do instituto do foro por prerrogativa de função o transforma em foro privilegiado, que não se coaduna com os princípios republicanos e democráticos, tão pouco com os princípios da moralidade, da isonomia, da imparcialidade e da eficiência. Por isso, faz-se necessária uma nova interpretação do referido instituto a fim de eliminar os seus abusos que não encontram respaldo na hermenêutica da Constituição republicana.

Foram destacados pelo Ministro Relator no julgamento em questão, dados recentes da Fundação Getúlio Vargas que demostram como o processo e o julgamento de ações penais nos tribunais é lento e a prescrição acaba sendo a realidade. O sistema é disfuncional e viola o princípio da celeridade e eficiência, eis que os tribunais superiores não foram concebidos para funcionarem como juízos penais de 1º grau, o que exige a oitiva de testemunhas, a análise de perícias, gravações telefônicas e documentos. Acrescente-se que as Cortes devem ocupar-se dos temas mais relevantes para sociedade visando atingir a paz social.

A finalidade do foro por prerrogativa de função é, em tese, proteger o exercício do cargo ao atribuir a um grupo de magistrados, e não a apenas um julgador isolado, a competência para processar e julgar alguns agentes políticos. Dessa forma a prerrogativa garantiria um julgamento adequado, livre de ingerências políticas.

Lima (2016) ressalta a presumida independência do Tribunal de superior hierarquia é uma garantia bilateral, contra e a favor do acusado. Destaca que o Ministro Vitor Nunes Leal já sustentava que o legislador presume que os Tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja a eventual influência do próprio acusado, seja as influencias que atuarem contra ele.

Essa presunção de que um juiz de primeiro grau não teria condições de decidir de forma imparcial não está em consonância com a nossa Carta Constitutiva que estabelece maiores garantias e vedações (art. 95, *caput* e parágrafo único) concedendo aos magistrados mais independência e imparcialidade para proferirem suas decisões. Além disso, há mecanismos de responsabilidade disciplinar e de recursos a outras instâncias, devendo responder perante o seu tribunal e o CNJ.

Ademais, a argumentação atinente à pressão política não é a melhor porque também pode ser sustentado que a nomeação pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal tanto dos Ministros do STF (nos termos do art. 101, parágrafo único da CRFB) quanto do STJ (na forma do art. 104, parágrafo único da CRFB) também é um meio de exercer forte influência política nas Cortes. Ainda que se sustente que um órgão colegiado sofra menor pressão política ao proferir o seu julgamento do que um único julgador, aquele órgão não fica totalmente afastado desta pressão.

Outra questão que deve ser pontuada referente ao foro, diz respeito ao seu caráter itinerante, o que o Ministro Marco Aurélio chamou de “elevador processual”. Pacelli salienta que (2016, p. 226) enquanto o acusado estiver exercendo a função/ cargo público, ele terá assegurado o foro privativo, ainda que a infração penal tenha sido praticada antes do exercício desta função/ cargo. Assim, a ação penal em relação a essas pessoas pode apresentar caráter itinerante, acompanhando tanto o início quanto o fim do exercício do cargo ou função pública, ou seja, uma vez eleito para o mandato de deputado federal o réu de determinada ação penal, os autos deverão ser remetidos ao STF para o prosseguimento do processo, ainda que já sentenciado, cabendo àquela Corte apreciar eventual recurso, podendo apreciar toda a matéria de fato de direito com a repetição da fase probatória. De acordo com Sarmento[4]

> É impensável em um Estado Democrático de Direito a ascensão a determinado cargo servir como mola propulsora de privilégios para crimes perpetrados no passado. *Tempus regit actum*, e eleições democráticas não podem representar privilégios, blindagens pelos malfeitos cometidos do passado. Privilégios

[4] Disponível em: <https://leonardosarmento.jusbrasil.com.br/artigos/432821373/foro-por-prerrogativa-de-funcao-ou-foro-privilegiado-nobres-e-plebeus-limitacao-ou-extincao>. Acesso em: 10 ago. 2017

> travestidos de prerrogativas também não podem trazer aos agentes desviados pela prática de atos estranhos a função que a ordem posta tem por fulcro proteger.

Some-se a isso, o fato de os acusados com foro por prerrogativa de função não terem direito ao duplo grau de jurisdição, isto é, ao reexame integral da sentença de primeiro grau a ser confiado a órgão diverso do que a preferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária.

5- POSSÍVEIS COMPATIBILIZAÇÕES

Dentro desse contexto, tem surgido algumas propostas de alteração, restrição e extinção do foro por prerrogativa de função. Há quem defenda[5] a manutenção do foro através da criação de um órgão no próprio STF, composto de magistrados com vasta experiência em matéria penal, para, sob a supervisão dos relatores, instruírem os inquéritos e as ações penais. Ou ainda através da divisão dos Ministros em três turmas de três Ministros, como de ordinário já ocorre nos tribunais de Justiça, o que aumentaria a força de trabalho da corte.

Há quem sustente[6] a limitação da prerrogativa de foro aos crimes relacionados às atividades políticas. Ou ainda a atribuição a um mesmo juiz de primeiro grau – designado pelo STF e com mandato – a competência para julgar os processos dos ocupantes de cargos relevantes. Outra hipótese seria a extinção da prerrogativa de foro com reserva de cautelares, em que todos seriam julgados por juízes de primeiro grau, mas decisões que afetem o exercício das funções, como prisão ou afastamento de atividades, seriam submetidas a um tribunal.

A Associação nacional dos Procuradores da República [7]defende a extensão, para os casos de prerrogativa de foro perante a Suprema Corte, da solução constitucional já existente para os crimes políticos: processo e julgamento perante a Justiça Federal de 1° grau, com recursos diretamente para o STF (CF, art. 102, II, *b*, c/c art. 109, IV). Além de sustentarem a necessidade de autorização do Supremo Tribunal Federal para a abertura dos inquéritos, a pedido do procurador-geral da República, sendo em seguida remetidos à Justiça Federal, pois haveria vantagem para a defesa dos acusados com a criação de um verdadeiro segundo grau de jurisdição, superando-se a precária e artificial solução engendrada no julgamento do mensalão (utilização de embargos de declaração como se apelação fossem). Com relação aos demais casos de prerrogativa de foro, sustenta: a) a extinção completa, passando todas as autoridades

---

[5] Disponível em:<http://www.conjur.com.br/2017-mar-04/observatorio-constitucional-tres-argumentos-manter-foro-prerrogativa-funcao>. Acesso em: 10 ago. 2017.
[6] Disponível em:<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2017/03/1866552-a-prerrogativa-de-foro.shtml>. Acesso em: 10 ago. 2017.
[7] Disponível em:<http://www.anpr.org.br/artigo/106>. Acesso em: 10 ago. 2017.

a serem julgadas indistintamente pelo juiz singular; ou b) sua restrição aos crimes praticados *propter officium,* ou seja, aqueles delitos relacionados ao exercício da função pública.

Sendo certo que os fundamentos que sustentam o foro por prerrogativa de função não estão mais em consonância com nosso atual estágio de Democracia tampouco com a realidade dos nossos Tribunais, ainda que não se extinga por completo a competência *ratione materiae* para os crimes comuns, a sua limitação já traduziria um significativo avanço para a redução da impunidade e o controle da corrupção.

6- A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSITUCIONAL E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Vislumbrar uma nova interpretação constitucional (sem redução do texto) ao instituto do foro com prerrogativa de função está em conformidade com a realidade social atual do país diante dos clamores por justiça após a Operação Lava Jato. A interpretação restritiva do STF está em consonância com o que Hesse chama de vontade de Constituição.

Nesse contexto, ressalte-se a concepção de Constituição defendida por Konrad Hesse consubstancia-se na Força Normativa de Constituição. Para ele, a constituição não pode se resumir apenas aos fatores reais de poder como foi sustentado por Lassale. Isto porque a Constituição também é dotada de normatividade, que incentiva e coordena as relações entre os cidadãos e o Estado. Da mesma forma que a constituição condiciona a realidade político-social, a realidade também condiciona a constituição. Ou seja, a Constituição apresenta uma relação mútua com a realidade.

Hesse (1991) sustenta que a pretensão de eficácia da norma constitucional não pode se afastar das condições históricas de sua realização, isto é, os aspectos sociais, morais, econômicos, e naturais devem ser levados em consideração. Apesar de depender de tais condições, a pretensão de eficácia constitui um elemento autônomo em relação a elas, na medida em que almeja impor uma ordem e conformação a essa realidade. Por isso, a Constituição não é apenas um reflexo das forças sociais e políticas (expressão de um ser), ela possui normatividade (expressão de um dever ser). Para que uma Constituição tenha eficácia, seu conteúdo deve se aproximar ao máximo à realidade atual, para ser adequada e justa e ter o apoio da consciência geral, de forma que ela se adapte às mudanças fáticas de uma sociedade.

De acordo com Hesse, a força normativa de uma Constituição depende não só da adaptação à realidade, como também de uma vontade de constituição, isto é vontade de respeitar e concretizar a ordem por ela estabelecida. Há três pilares que fundamentam a vontade de Constituição, segundo Hesse: a Constituição não pode ser vulnerável a mudanças e interpretações contrárias aos interesses da sociedade e que justifiquem o autoritarismo dos governos; ela deve estar sempre em processo de legitimação pela realidade fática decorrente de um contexto histórico; sua vigência depende da vontade humana que deve lutar pela sua consolidação.

Contudo, segundo ele, a força normativa da Constituição também possui limites, que não devem ser sacrificadas em razão de uma alteração fática, quais sejam a finalidade de uma norma constitucional e sua vontade (de constituição). Pode se concluir que quanto maior for a vontade de Constituição, menos restrições e limites deverão ser impostos à força normativa da Constituição. Uma interpretação construtiva é condição fundamental para a existência da força normativa da Constituição e de sua estabilidade, mas deve sempre ser realizada dentro desses limites.

Nesse contexto, a interpretação constitucional é de extrema relevância para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição e está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. Isto é, uma mudança das relações fáticas pode (ou deve) provocar mudanças na interpretação da Constituição. Sendo assim, de acordo com Hesse, a realidade histórica condiciona a Constituição e, consequentemente, a sua eficácia. Todavia a Constituição não configura apenas a expressão de uma dada realidade, ela também é dotada de elemento normativo, que ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades e os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser e dever ser.

Por fim, Hesse defende que somente uma Constituição marcada por valores históricos, espirituais, com padrões de razão e com a cooperação da vontade humana, pode alcançar com profundidade a sua razão de ser. Ainda assim, não se pode descartar, no entanto, a presença dos fatores reais de poder em uma Constituição. O que deve haver é um balanceamento harmônico entre estes e a força que a normatividade possui. Atualmente, a Constituição é entendida como o ordenamento jurídico fundamental de uma sociedade, estabelecendo a organização do Estado e sendo dotada de alguma estabilidade, necessária à segurança jurídica, à manutenção das instituições e ao respeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Todavia essa estabilidade não pode ser rígida ao ponto de gerar a imutabilidade das normas constitucionais. Isso porque, o ordenamento jurídico constitucional deve se compatibilizar com a realidade social, que está em constante evolução. O ordenamento jurídico constitucional possui não apenas um caráter estático, como também, dinâmico. O Estado Democrático de Direito requer que o exegeta contemporâneo tenha um compromisso ético e social com a força normativa e sua máxima efetividade da Constituição, observando, nas palavras de Hesse, a vontade de constituição.

7- CONCLUSÃO

A história política e econômica brasileira é marcada por escândalos de corrupção envolvendo representantes do povo e do Estado Democrático de Direito, que atuam com desrespeito ao interesse público, visando a obter vantagens pessoais, bem como grandes empresários, objetivando auferir lucro e priorizando interesses privados.

A Operação Lava Jato revelou um sistema político- empresarial degradante que se consolida em um esquema odioso de corrupção que coloca a democracia em cheque e se configura como uma janela de oportunidade para adoção de medidas de combate à corrupção, destacando-se entre elas a necessidade de diminuição do problema da impunidade no Brasil.

Quando o tema é corrupção, em regra, a tendência é abordar preferencialmente o extenso rol de casos de malversação de verbas públicas e do uso da máquina pública para benefícios privados, sem qualquer menção às ações que o Estado deve tomar para preveni-las ou combatê-las. Nesse sentido devem ser adotadas medidas para a sua prevenção e o seu controle, entre elas a diminuição da impunidade, que sempre foi sua base de sustentação.

A restrição ao foro por prerrogativa de função, objetivado tanto com a PEC como com a nova interpretação vislumbrada pelo Ministro Relator do STF, se concretizada, pode ser considerada um verdadeiro avanço para a diminuição da impunidade, e, consequentemente, um progresso para a prevenção e controle da corrupção. Ademais, essa nova interpretação restritiva, visada pelo Ministro Relator Luís Roberto Barroso na referida Ação Penal em trâmite no STF não é incompatível com a referida PEC e está em conformidade com o princípio republicano, bem como o princípio da igualdade, da moralidade e da eficiência. Além disso, a nova hermenêutica se coaduna com a força normativa da Constituição, prezando pela máxima efetividade da norma constitucional, em tempos de Lava Jato, configurando, na visão de Hesse, a “Vontade de Constituição”.

REFERÊNCIAS

DALLAGNOL, Deltan. **A Luta Contra a Corrupção**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **O jogo sujo da corrupção**. São Paulo: Astral Cultural, 2017, p. 16-46.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processual Penal**. Salvador: JusPodivm, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

HESSE, K. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALE, F. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris,2001.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo:Saraiva, 2008, p.17-20.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2016.