

O caso Cunha no STF e a defesa da integridade constitucional: a decisão liminar na AC 4.070 e o sentido adequado das prerrogativas e imunidades parlamentares – Por Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, Bernardo Gonçalves Fernandes, Diogo Bacha e

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

Diogo Bacha e Silva

Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia

Bernardo Gonçalves Fernandes 10/05/2016

Em longa decisão monocrática de 04 de Maio de 2016, o Ministro Teori Zavascki deferiu liminarmente pedido da Procuradoria Geral da República na AC 4070 de suspensão do mandato de Deputado Federal e, por consequência, da função de Presidente da Câmara dos Deputados de Eduardo Cunha[1]. Ato contínuo, no dia seguinte, 05 de Maio de 2016, o Plenário, à unanimidade, referendou a decisão do Ministro Teori Zavascki[2].

Muito embora seja fato notório que o requerido o Dep. Eduardo Cunha tenha se valido do exercício da função de Presidente da Câmara dos Deputados com evidente desvio de poder, seja “manipulando” o Regimento Interno para aprovar certas medidas de seu interesse, seja na abertura de um processo de *impeachment* sem a configuração da justa causa em crime de responsabilidade, ou ainda obstruindo o processo aberto na Comissão de Ética que visa condená-lo e declarar a perda do mandato, a questão a ser discutida é o sentido constitucional das prerrogativas parlamentares e a atuação da jurisdição constitucional.

Nessa medida, em sua decisão liminar, o Min. Teori Zavascki enfrenta sérias dificuldades para fundamentar sua decisão de suspensão do mandato do Deputado e do afastamento da função de Presidência da Câmara dos Deputados. O Ministro, em primeiro lugar, se fundamenta no sentido de que o requerido é o primeiro na linha sucessória da Presidência da República e, no entanto, é réu, já que o próprio STF recebeu a denúncia promovida pela Procuradoria Geral da República no Inquérito 3983 em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal. Segundo o Ministro, a Constituição prevê requisitos mínimos para o exercício da Presidência da República: “É indispensável, como a própria Constituição se ocupou de salientar, que seja ele brasileiro nato (art. 12, § 3º, II). É igualmente necessário que o Presidente da Câmara dos Deputados não figure como réu em processo penal em curso no Supremo Tribunal Federal. Isso porque, ao normatizar as responsabilidades do Presidente da República, o texto constitucional precatou a honorabilidade do Estado brasileiro contra suspeitas de desabono eventualmente existentes contra a pessoa investida no cargo, determinando sua momentânea suspensão do cargo a partir do momento em que denúncias por infrações penais comuns contra ele formuladas sejam recebidas pelo Supremo Tribunal Federal. A norma suspensiva não teria qualquer sentido se a condução do Estado brasileiro fosse transferida a outra autoridade que também estivesse sujeita às mesmas objeções de credibilidade, por responder a processo penal perante a mesma instância”[3].

Diante disso, conclui o Min. Teori Zavascki que o requerido “não possui condições pessoais mínimas para exercer, neste momento, na sua plenitude, as responsabilidades do cargo de Presidente da Câmara dos Deputados, pois ele não se qualifica para o encargo de substituição da Presidência da República, já que figura na condição de réu no Inq. 3983, em curso neste Supremo Tribunal Federal”[4]. A preocupação da decisão do Min. Teori, nesse momento, parece ser a sucessão presidencial. Mas, será mesmo que o papel da jurisdição constitucional é de escolher quem tem ou não tem condições de exercer as funções presidenciais? Precisamos lembrar que o Poder Constituinte já determinou a realização de eleições diretas, no caso de vacância da Presidência nos dois primeiros anos do mandato, e eleições indiretas, no caso de vacância da Presidência nos dois últimos anos do mandato (art.

81 da CR/88).

De qualquer forma, o problema é que a preocupação do Ministro leva-o a criar uma norma constitucional “ad hoc” em verdadeiro exercício de uma jurisdição enquanto poder constituinte permanente, inserindo normas constitucionais inexistentes: “é de se lamentar que o texto constitucional não tenha universalizado expressamente esta regra de suspensão funcional imediata para os casos de instauração de processo penal contra os ocupantes de cargos de liderança máxima em outros poderes, nomeadamente aqueles cujo processamento e julgamento cabe ao Plenário do Supremo Tribunal Federal”[5].

Ainda, a fundamentação de sua decisão continua para asseverar que a medida cautelar concedida estava ligada não ao resguardo do processo-crime, mas sim à própria dignidade da função, invertendo a lógica de existência da medida cautelar, cujo próprio Supremo Tribunal Federal tem dito que o poder-geral de cautela serve ao Poder Judiciário para assegurar suas funções judicativas[6] – o que, de resto, sempre foi lugar-comum na doutrina.

Com essa base termina o Min. Teori Zavascki proferindo uma decisão que, como ele próprio fundamenta, é uma decisão jurisdicional excepcional e pontual diante do caso concreto apresentado: “Decide-se aqui uma situação extraordinária, excepcional e, por isso, pontual e individualizada. A sintaxe do direito nunca estará completa na solidão dos textos, nem jamais poderá ser negatizada pela imprevisão dos fatos. Pelo contrário, o imponderável é que legitima os avanços civilizatórios endossados pelas mãos da justiça. Mesmo que não haja previsão específica, com assento constitucional, a respeito do afastamento, pela jurisdição criminal, de parlamentares do exercício de seu mandato, ou a imposição de afastamento do Presidente da Câmara dos Deputados quando o seu ocupante venha a ser processado criminalmente, está demonstrado que, no caso, ambas se fazem claramente devidas. A medida postulada é, portanto, necessária, adequada e suficiente para neutralizar os riscos descritos pelo Procurador-Geral da República”[7].

Na ratificação no Pleno vários Ministros também destacaram a excepcionalidade da decisão, dentre os quais Luiz Fux, Gilmar Mendes; e, inclusive, Celso de Mello, para quem, ao menos, o afastamento preventivo estaria previsto no art. 319, inc. VI do Código de Processo Penal[8], conforme assentado pelo pedido da Procuradoria Geral da República. Dessa forma, a maioria acredita que a excepcionalidade da situação justificaria a medida cautelar concedida.

Em primeiro lugar, precisamos repetir que decisão “certa” com fundamentação errada é nula por imposição constitucional (art. 93, inc. IX da CR/88) e legal, sendo a fundamentação correta um elemento essencial da sentença (art. 381, inc. III do CPP e art. 489, II e §1º do CPC). Se não, de que adiantaria o processo? O suposto acerto no resultado, mas o erro na fundamentação levanta sérios problemas para a integridade do Direito, pois leva ao absurdo de o Supremo Tribunal Federal poder desconsiderar a própria exigência normativa de reconstrução adequada do sentido da Constituição e, inclusive, invocar no futuro, o argumento da excepcionalidade, tal qual como o fez neste caso.

Com efeito, um parlamentar não pode se esconder por atrás das imunidades parlamentares para atentar contra o próprio Parlamento ou mesmo contra a Constituição. Assim, como já tivemos oportunidade de abordar por ocasião do Caso Delcídio Amaral[9], a questão é de princípio, ou seja, o que está em questão é a própria compreensão das imunidades parlamentares e de seu sentido. Confundir, pois, abuso de prerrogativas com as próprias prerrogativas seria jogar a Constituição contra ela mesma, criando medidas de exceção *schmittianas* em que a Jurisdição Constitucional, numa suposta ausência de norma, poderia suspender no todo ou em parte o edifício constitucional.

Naquela oportunidade, já alertávamos para o risco de que “interpretar uma norma de garantia de direitos de maneira a ampliar uma hipótese de exceção (pela via de uma relativização da proibição da prisão de parlamentar no curso do mandato) corre o risco de tomar uma única exceção constitucionalmente prevista como uma porta de entrada para outras relativizações”[10]. Dito e feito. Agora, o Supremo Tribunal Federal decide, de forma incorreta e, aliás, desnecessária, que a gravidade de uma dada situação autoriza uma medida excepcional, mesmo diante de o que ele entende ser uma suposta ausência de hipótese de suspensão do mandato de parlamentar para o caso.

A questão, insistimos, é a fundamentação utilizada pela decisão. Cabe lembrar que a referida decisão não faz

coisa julgada e de revisibilidade constante por se tratar de medida cautelar, cuja finalidade é a garantia do devido processo legal (ou, então, a de proteger o direito da acusação quando o acusado estiver agindo no intuito de impedir atuação legítima da acusação), enquanto perdurar a situação “acautelanda”.^[11]

É interessante que alguns juristas insistem na tese de que a decisão não encontra esteio na Constituição e na normatividade infraconstitucional, por não se encontrar explicitamente prevista. Aqui é de se perguntar se os direitos só são direitos se estiverem enumerados expressamente na Constituição ou mesmo na legislação infraconstitucional.

Alguns outros, ainda, como Rafael Thomaz Oliveira, tentam justificar a fundamentação da decisão do STF ao dizer que essa teria sido acertada por salvar o equilíbrio entre os poderes e, assim, criar como um *direito não enumerado* ao limitar o poder para preservar a Constituição^[12], numa leitura, cabe registrar, equivocada da tese do *Direito como Integridade*, de Dworkin. Que direito não enumerado seria esse? Para restringir direitos?

De toda forma, aliás, Dworkin, ao defender o caráter *constutivo* da interpretação jurídica, critica expressamente a distinção entre direitos enumerados e não enumerados, como sendo essa distinção “apenas outro dispositivo semântico mal entendido” (“only another misunderstood semantic device”)^[13] e como algo que “não faz sentido” (“makes no sense”)^[14]; no que tem razão, dado o reconhecimento do caráter principiológico do Direito. Nesses termos, a crítica corriqueira e míope de não ser um *direito enumerado*, ou mesmo a busca por *direitos não enumerados*, desconsidera, portanto, o *Direito como Integridade*.

A decisão assumiu um sentido pragmático que Dworkin tanto critica, ao visar exclusivamente às suas *consequências*^[15] e, assim, não respeitando a integridade. A integridade que exige que o magistrado recupere os princípios que melhor justifiquem sua decisão a partir de uma leitura *moral* ou, melhor, *normativa* da Constituição, que deveria manter hígidas as imunidades parlamentares e não criar normas “ad hoc” para aplicar contra a própria Constituição – ainda mais quando o suposto “direito” criado seria, na verdade, sob o argumento de uma pretensa excepcionalidade, uma limitação a direitos. ^[16]

Neste ponto, insistimos na normatividade constitucional e, com isso, concordamos com a crítica de Lenio Streck^[17] ao apelo da decisão pelo Tribunal à excepcionalidade, exatamente porque o caso se resolve como - e se trata de - uma questão de princípio, cabendo, pois, levar o Direito mais a sério.

Por isso, bastaria ao Supremo Tribunal Federal recorrer aos princípios constitucionais em jogo, tais como a independência dos próprios poderes republicanos, e controlar o abuso das prerrogativas parlamentares, já que essas não podem configurar uma proteção à pessoa do parlamentar que delas abusa. Tratando-se de uma questão constitucional, o exercício abusivo de prerrogativas constitui, inclusive, falta de decoro parlamentar (art. 55, § 1º, da Constituição). Ainda que caiba à Câmara julgar e decidir acerca da perda de mandato por falta de decoro (art. 55, § 2º da Constituição) ou ao STF por crime (art. 53, § 1º, da Constituição), a própria garantia do devido processo legal nesse julgamento não constitui, mesmo no primeiro caso, matéria *interna corporis*, já que o abuso das prerrogativas atenta contra seus próprios fundamentos, configura uma fraude à Constituição.

Este mesmo recurso possibilitaria a aplicação de forma adequada do art. 319, IV do CPP: “São medidas cautelares diversas da prisão: VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;”, já que se encontram presentes os pressupostos para o afastamento cautelar do Dep. Eduardo Cunha, pelo que fez e poderia continuar fazendo em sua atuação, tanto como deputado, quanto como Presidente da Câmara dos Deputados.^[18]

De fato, o STF não apenas decide por último, mas pode errar por último. Insistimos: o argumento na excepcionalidade prejudica a decisão, que poderia ser válida apenas se tivesse levado a sério o Direito e suas exigências de integridade e coerência.

Notas e Referências:

[1] Decisão disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/ac-4070-teori-afasta-cunha.pdf>, acesso em 07 de Maio de 2016.

[2] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316009>, acesso em 07 de Maio de 2016.

[3] Decisão disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/ac-4070-teori-afasta-cunha.pdf>, acesso em 07 de Maio de 2016.

[4] É de se lamentar que o texto constitucional não tenha universalizado expressamente esta regra de suspensão funcional imediata para os casos de instauração de processo penal contra os ocupantes de cargos de liderança máxima em outros poderes, nomeadamente aqueles cujo processamento e julgamento cabe ao Plenário do Supremo Tribunal Federal.

[5] Decisão disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/ac-4070-teori-afasta-cunha.pdf>, acesso em 07 de Maio de 2016.

[6] STF, ADPF 309 MC-Ref / DF , rel. Min. Marco Aurélio, j. 25/09/2014.

[7] Decisão disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/ac-4070-teori-afasta-cunha.pdf>, acesso em 07 de Maio de 2016.

[8] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316009>, acesso em 07 de Maio de 2016.

[9] BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco, BACHA E SILVA, Diogo, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O Caso Delcídio – Imunidades parlamentares e princípio da separação de poderes no Estado Democrático de Direito: Breves comentários a partir da decisão do STF na Ação Cautelar n. 4039. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/o-caso-delcidio-imunidades-parlamentares-e-principio-da-separacao-de-poderes-no-estado-democratico-de-direito-breves-comentarios-a-partir-da-decisao-do-stf-na-acao-cautelar-n-4039-por-alexandre/>, acesso em 07 de Maio de 2016.

[10] BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco, BACHA E SILVA, Diogo, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O Caso Delcídio – Imunidades parlamentares e princípio da separação de poderes no Estado Democrático de Direito: Breves comentários a partir da decisão do STF na Ação Cautelar n. 4039. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/o-caso-delcidio-imunidades-parlamentares-e-principio-da-separacao-de-poderes-no-estado-democratico-de-direito-breves-comentarios-a-partir-da-decisao-do-stf-na-acao-cautelar-n-4039-por-alexandre/>, acesso em 07 de Maio de 2016.

[11] Alguém poderia perguntar: “Quem vai pedir a anulação de uma decisão *correta* em razão de um fundamento *errado*, visando apenas repetir o mesmo dispositivo, só que com outros fundamentos? Não haveria interesse de agir! Ou a fundamentação faz coisa julgada com o dispositivo?” Pensamos que, aqui, não se trata disso e a própria indagação não estaria bem posta. Lembrando que se trata de uma cautelar, ela não faz coisa julgada, visando, como dissemos, garantir o devido processo legal (ou proteger o direito da acusação quando o acusado estiver agindo no intuito de impedir a atuação legítima da acusação), enquanto subsistir a situação de cautela: sendo, pois, de revisibilidade constante, é sempre temporária. No mais, ainda que se diga que ninguém vá pedir a anulação de uma decisão em razão do erro no fundamento dela, a não ser quem tenha sido afetado pelo próprio dispositivo e dele discorde, isso não impede a doutrina de fazer a devida crítica a essa fundamentação errada, pelo contrário. Porque ainda que a fundamentação não faça coisa julgada com o dispositivo, cabe dizer que ninguém invoca uma decisão como um possível precedente sem considerar a fundamentação que naquele caso foi de fato utilizada.

[12] OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Decisão do STF que suspendeu mandato de Cunha foi juridicamente correta. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-07/diario-classe-decisao-stf-suspendeu-cunha-foi-juridicamente-correta>, acesso em 07 de Maio de 2016. Caberia, em princípio, concordar que a decisão do Tribunal seria correta se de fato o STF tivesse realmente fundamentado a decisão na linha do que Rafael Oliveira argumentou. Mas não foi isso que o Tribunal fez ao conceder a cautelar nos termos do voto do Min. Zavascki. O Ministro, apesar de ter analisado todas as alegações dos abusos que teriam sido cometidos pelo Presidente da Câmara, chegou à conclusão de que, embora não houvesse hipótese constitucionalmente prevista, a gravidade dos

fatos alegados justificava uma medida excepcional. Em outros termos, o Tribunal não argumentou, como Rafael Oliveira pretendeu, com base em princípios. Mas, sim, de forma decisionista, *amarrou* toda a argumentação na excepcionalidade, não sendo essa, portanto, de forma alguma, um argumento secundário. Necessário, portanto, desconstruir esse argumento chave para a decisão. Nesse sentido, embora concordemos com Rafael Oliveira que o Tribunal devesse afastar o Deputado da Presidência da Câmara e do mandado, para garantir a própria instituição e o devido processo legal na apuração dos fatos alegados, dados os alegados abusos que estariam sendo cometidos, não podemos concordar que uma decisão motivada na excepcionalidade e não em princípios seja correta.

[13] DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. Oxford: Oxford University, 1996, p. 76

[14] DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. Oxford: Oxford University, 1996, p. p.80.

[15] E mesmo assim a que *consequências*, considerando o fato da demora do Tribunal em julgar o pedido de cautelar. Daí a crítica de muitos juristas a o que poderia implicar a perda do próprio *periculum in mora* como requisito da concessão da cautelar. Por exemplo, STRECK, Lenio Luiz. Supremo poderia usar fundamento da “excepcionalidade” para julgar Cunha? Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-08/streck-supremo-usar-excepcionalidade-julgar-cunha>, acesso em 08 de Maio de 2016. E em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/supremo-poderia-usar-fundamento-da-excepcionalidade-para-julgar-cunha>, acesso em 09 de Maio de 2016.

[16] Portanto, o uso dos princípios na teoria dworkiana rechaça a distinção entre direitos enumerados e não enumerados, na medida em que a aplicação do Direito não fica reduzida a uma questão meramente semântica e se liga a uma “questão de interpretação”. Dworkin deixa claro que podemos derivar da Constituição um corpo de princípios que definem um ideal político de assegurar ao Estado tratar todos com igual consideração e respeito. DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. Oxford: Oxford University, 1996, p.98. DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 359-386.

[17] STRECK, Lenio Luiz. Supremo poderia usar fundamento da "excepcionalidade" para julgar Cunha?. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-08/streck-supremo-usar-excepcionalidade-julgar-cunha>, acesso em 08 de Maio de 2016. E em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/supremo-poderia-usar-fundamento-da-excepcionalidade-para-julgar-cunha>, acesso em 09 de Maio de 2016.

[18] Aqui, de toda forma, caberia discutir a eficácia temporal, apenas “ex nunc”, da concessão, no caso, da cautelar deferida, como bem considera STRECK, Lenio Luiz. Supremo poderia usar fundamento da "excepcionalidade" para julgar Cunha?. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-08/streck-supremo-usar-excepcionalidade-julgar-cunha>, acesso em 08 de Maio de 2016. E em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/supremo-poderia-usar-fundamento-da-excepcionalidade-para-julgar-cunha>, acesso em 09 de Maio de 2016.

Imagem Ilustrativa do Post: Dep. Eduardo Cunha // Foto de: PMDB Nacional // Sem alterações

Disponível em: <https://www.flickr.com/photos/pmdbnacional/17313220642>

Licença de uso: <http://creativecommons.org/licenses/by/2.0/legalcode>

O texto é de responsabilidade exclusiva do autor, não representando, necessariamente, a opinião ou posicionamento do Empório do Direito.