

## CORRESPONDÊNCIAS ENTRE O JUSNATURALISMO CLÁSSICO E A DECISÃO MONOCRÁTICA NA AÇÃO CAUTELAR 4.070, CONFIRMADA PELO PLENO DO STF. UM INDÍCIO DA VIGÊNCIA DO DIREITO NATURAL

### *CORRESPONDENCES BETWEEN CLASSICAL JUSNATURALISM AND THE MONOCRATIC DECISION ON THE PRECAUTIONARY LAWSUIT 4.070, CONFIRMED BY THE PLENARY COMPOSITION OF THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT. A SIGN OF THE LEGAL FORCE OF NATURAL LAW*

Frederico Augusto Bonaldo Silva\*

**RESUMO:** o intuito deste trabalho é argumentar em favor da hipótese de que a decisão monocrática do então Ministro Teori Zavascki – posteriormente referendada pela totalidade dos membros do Supremo Tribunal Federal – que suspendeu o ex-parlamentar Eduardo Cunha dos seus cargos de deputado federal e de Presidente da Câmara dos Deputados aduz razões que correspondem a certos tópicos centrais do chamado jusnaturalismo clássico, cujos principais expoentes históricos são Aristóteles, os juristas romanos do período clássico do Direito romano e Tomás de Aquino. Se esta hipótese se verifica realmente, pode-se afirmar que a referida decisão jurisprudencial constitui um indício de que o direito natural é uma realidade vigente no mundo jurídico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Jusnaturalismo clássico. Decisão do STF na Ação Cautelar 4.070. Indício da vigência do direito natural.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Dois pontos preliminares. 1.1 Esclarecimento sobre a expressão “direito natural”. 1.2 As duas principais teorias do direito natural. 2 A decisão do Ministro Teori Zavascki na Ação Cautelar 4.070. 2.1 Resumo da decisão. 2.2 Lugares da decisão em que se pode constatar correspondências com o jusnaturalismo clássico. 2.2.1 O modo adequado de interpretar o Direito. 2.2.2 A inexistência de um dispositivo justo na CR 88. 2.2.3 A legitimidade de o mandato legislativo ser suspenso pelo Judiciário. 2.2.4 A impossibilidade de Eduardo Cunha assumir eventualmente a Presidência da República. 2.2.5 A juridicidade do afastamento de Eduardo Cunha. Considerações Finais. Referências.

**ABSTRACT:** the aim of this paper is to discuss in favor of the hypothesis that the monocratic decision taken by the former Minister Teori Zavascki – confirmed later by the totality of the members of the Brazilian Supreme Federal Court – which suspended the former congressman Eduardo Cunha from his posts of federal deputy and President of the Chamber of Deputies, brings forward reasons which correspond to certain central topics of the so-called classical jusnaturalism, whose main historical representatives are Aristotle, the Roman Law jurists of the classic period, and Thomas Aquinas. If this hypothesis really comes true, it is possible to contend that such judicial decision constitutes a sign that natural law is a reality with legal force within the juridical domain.

**KEYWORDS:** Classical jusnaturalism. Decision of the STF on the Precautionary Lawsuit 4.070. A sign of the legal force of natural law.

\* Doutor em Filosofia do Direito e do Estado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Doutorando em Filosofia pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP). Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Filosofia do Direito, Ciência Política e Teoria do Estado, Ética e Ética Profissional nas Faculdades de Direito e Filosofia da Universidade Católica de Santos, São Paulo.

## INTRODUÇÃO

Nos ambientes jurídicos da atualidade – mais nos acadêmicos que nos forenses –, a expressão “direito natural” ainda é considerada inconveniente, por ser entendida como antiquada e inútil. No entanto, já o foi mais. Com efeito, o espaço intervalo entre o fim do século XIX e a década de 1960 foi o período de hegemonia dos diversos tipos de positivismo jurídico, cuja forma mais extrema é o legalismo, que foi eficazmente sintetizado na fórmula “a lei é todo o Direito; a lei é toda Direito”<sup>1</sup> – o Direito inteiro está contido na lei e não há nada na lei que não seja Direito<sup>2</sup>. Dos anos 1960 para cá, o panorama jusfilosófico tem-se tornado mais diversificado com o surgimento de correntes rivais ao juspositivismo puro e duro, tais como o positivismo jurídico inclusivo, o *Critical Legal Studies*, as teorias não positivistas de fundamentação do Direito e até mesmo propostas declaradamente jusnaturalistas, algumas das quais se mencionam mais adiante.

Por tudo isto, nos dias de hoje, apesar de ainda receber a pecha de “academicamente incorreta”, a doutrina do direito natural encontra mais espaço no mundo dos juristas – e, insista-se, de modo mais frequente nos tribunais que nas Faculdades de Direito.

Tomando o anterior em consideração, aponta-se agora o objetivo deste estudo. Pretende-se argumentar em favor da hipótese de que direito natural não é um tema vetusto nem etéreo, mas uma realidade cujos indícios podem ser aferidos no raciocínio jurídico e na atividade cotidiana dos juristas contemporâneos. O caminho adotado para satisfazer essa pretensão é o cotejo de aspectos relevantes do jusnaturalismo clássico com passagens da decisão – proferida no primeiro semestre de 2016 – do Ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Zavascki – falecido em janeiro de 2017 – de suspender o agora ex-parlamentar Eduardo Cunha do seu mandato de deputado federal e, por arrastamento, da Presidência da Câmara dos Deputados.

Talvez fosse possível escolher qualquer decisão judicial para evidenciar a atualidade e indício de vigência do direito natural, até mesmo uma decisão completamente formalista, tomada com base na literalidade da lei de forma rigorosa. Diz-se isto porque, como é sabido, o

<sup>1</sup> LOMBARDI VALLAURI, Luigi. *Corso di filosofia del diritto*. Padova: CEDAM, 1981, p. 29.

<sup>2</sup> Apesar da contundência desta proposta, o ponto unificador e central de todo pensamento juspositivista não é a mensagem do legalismo, mas a ideia de que “o Direito vincula-se exclusivamente ao fenômeno da coação, isto é, do poder social – teoria coativa ou teoria das fontes sociais”, e, por conseguinte, nada tem a ver com uma origem natural, seja divina ou racional (SERNA, Pedro. Sobre las respuestas al positivismo jurídico. In: RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato (Coord.). *Las razones del derecho natural: perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*. 2. ed. Buenos Aires: Ábaco, 2008, p. 126).

texto inerte da lei ou de qualquer outra fonte jurídica adquire robustez de significado quando lido dentro de um contexto dinâmico; e, entende-se aqui, essa dinamicidade é proporcionada justamente pelo direito natural, que subjaz às valorações do intérprete do Direito, o qual as compõe e as emite ao captar intelectualmente as exigências desse direito natural em maior ou menor medida<sup>3</sup>. Contudo, escolhe-se essa decisão do Min. Zavascki porque se pensa que nela o direito natural está presente de maneira muito perceptível – ainda que não expressamente –, o que facilita o entendimento daquilo que ele é no fim das contas.

Antes, porém, considera-se necessário explicar dois tópicos, a fim de que se entenda melhor o que se expõe durante o exame da decisão judicial escolhida.

## 1 DOIS PONTOS PRELIMINARES

### 1.1 Esclarecimento sobre a Expressão “Direito Natural”

De acordo com o jusnaturalismo de matriz greco-romana e baixo-medieval, as expressões “direito natural” e “direito positivo” não são rigorosamente corretas dos pontos de vista ôntico e, por conseguinte, semântico. A razão disto é que, para esta versão jusnaturalista, não há dois Direitos – um natural e outro positivo, separados –, mas apenas um Direito – aquele que é institucional, isto é, constituído dentro da vida social, ao longo da história humana e promulgado formalmente pelas autoridades públicas. Esse único Direito institucional é parcialmente composto de elementos naturais – provenientes da natureza humana e da natureza das coisas – e parcialmente composto de elementos culturais, convencionais, postos em vigência pela vontade do ser humano ou, numa palavra, positivos. Em suma, o Direito é uma realidade unitária, que em parte é natural e em parte, positiva.

Ainda que este motivo aponte carências de correção ôntica e semântica na expressão “direito natural”, o uso deste vocábulo é legítimo contanto seja entendido como uma metonímia de conteúdo pelo continente, isto é, que expresse a ideia de que, dentro do único Direito

<sup>3</sup> Aliás – já se adianta –, o direito natural torna-se historicamente vigente precisamente por meio da sua promulgação formal na lei jurídica – entendida aqui em sentido amplo – ou pelo decisor jurídico; no entanto, caso isso não ocorra, o direito natural não perde a capacidade de ser justificado, isto é, fundamentado racionalmente; mas se, posteriormente, o legislador ou o julgador o apreende e declara, passa a vigorar na história.



existente, uma parte dele é composta por exigências naturais de justiça. E esta mesma relação metonímica ocorre com a expressão “direito positivo”.

## 1.2 As Duas Principais Teorias do Direito Natural

Assim como o juspositivismo compõe-se de várias teorias, o jusnaturalismo tampouco é um fenômeno homogêneo. Dentre as diversas propostas do que seja o direito natural, duas adquiriram maior relevância, quer em virtude da sua coerência teórica e da sua viabilidade prática, quer em decorrência do maior número de adeptos que angariaram. Estas são as teorias do direito natural clássico e a do direito natural racionalista.

A teoria do direito natural clássico é elaborada principalmente com base no pensamento jurídico de Aristóteles (séc. IV a.C.), dos jurisconsultos do chamado período clássico do Direito romano (sécs. II e III d.C.) e de Tomás de Aquino (séc. XIII d.C.). A teoria do direito natural racionalista fundamenta-se basicamente nos trabalhos realizados, nos sécs. XVII e XVIII, pelos juristas Samuel Pufendorf e Christian Thomasius, e pelo filósofo Christian Wolff.

Reitere-se que tudo o que se disse sobre o direito natural vigente, que, junto com o direito positivo, compõe a única ordem jurídica que existe, é propugnado pela teoria do direito natural clássico. Nesta teoria, constata-se todo um empenho intelectual de harmonização da natureza (da sua imutabilidade essencial, dos princípios que podem advertir-se nela) com a história e a cultura (com a variabilidade acidental que imprimem à natureza, com as características peculiares que conferem a cada caso jurídico concreto). No entanto, isto não se observa na teoria do direito natural racionalista. Javier Hervada caracteriza-o da seguinte maneira:

Com o jusnaturalismo racionalista, este fator histórico desaparece. Assim como o universo tem leis físicas perpétuas, universais e imutáveis, alheias à mudança histórica, a sociedade também tem – para a mentalidade racionalista – um conjunto de leis racionais, leis da natureza, fixas, imutáveis, alheias ao tempo e à história. Assim, a universalidade e a imutabilidade adquiriram uma fixidez e uma rigidez desconhecidas até então. No pensamento racionalista, o direito natural converteu-se num direito rígido e ahistórico<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> HERVADA, Javier. *Historia de la ciencia del derecho natural*. Pamplona: EUNSA, 1996, p. 258.



E, a seguir, o mesmo autor alerta para uma distinção muito importante:

É preciso advertir com clareza estas diferenças notáveis entre a [teoria do direito natural racionalista e a] doutrina anterior do direito natural [a clássica], porque é frequente que os críticos modernos do direito natural – e isto é observável até mesmo em historiadores do pensamento jurídico – interpretem a primeira [a clássica] com os esquemas da segunda [a racionalista], confundindo assim duas correntes bem distintas<sup>5</sup>.

Paradoxalmente, a corrente de direito natural iniciada no séc. XVII estava destinada a transformar-se em positivismo jurídico, o que realmente aconteceu pouco tempo depois, quando do advento do denominado movimento da codificação. Como explica Montoro com precisão,

o direito natural [racionalista], em lugar de ser um corpo restrito de princípios, a serem utilizados como fundamento e critério no trabalho de elaboração jurídica, passa a constituir um Código completo de regras, que servem de modelo ao direito positivo<sup>6</sup>.

Os códigos jurídicos da Prússia, de 1794, e, sobretudo, da França, de 1804, pretenderam plasmar um Direito inequívoco, estável e perene, proveniente na sua integralidade dos órgãos legislativos do Estado<sup>7</sup>. E esse foi o marco-zero do positivismo jurídico legalista – tão bem sintetizado na já referida fórmula “a lei é todo o Direito; a lei é toda Direito” –, que, com o decorrer do tempo, foi originando outras modalidades de negação da vigência jurídica do direito natural.

Por todo o exposto, resta evidente que só se pode tentar identificar traços jusnaturalistas na decisão do Ministro Teori Zavascki sobre a suspensão dos cargos políticos do ex-deputado federal Eduardo Cunha com fulcro na teoria do direito natural clássico.

Para finalizar este segundo ponto preliminar, vale sublinhar que a teoria do direito natural clássico tem sido objeto de estudo e de esclarecimento de numerosos juristas de todo o mundo, especialmente a partir da segunda metade do século XX. Dentre eles, destacam-se os escritos de Javier Hervada e de John Finnis, em virtude do seu detalhamento e das conexões que estabelecem entre o direito natural clássico e outras tradições de pesquisa acerca da natureza do Direito.

<sup>5</sup> Ibidem, p. 259.

<sup>6</sup> MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 33. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 321.

<sup>7</sup> Cf. FASSÒ, Guido. *Storia della filosofia del diritto*. 5. ed. v. III: ottocento e novecento. Bari: Laterza, 2009, p. 10-14.

Finnis procura utilizar com profusão o vocabulário e o método do juspositivismo analítico, do qual foi adepto no início da sua carreira acadêmica e que talvez seja a corrente jurídica predominante atualmente no âmbito anglo-saxônico. Hervada, por sua vez, é mais linear que Finnis do ponto de vista expositivo e talvez didaticamente mais claro, além de empregar uma linguagem familiar para quem foi formado na linhagem jurídica romano-germânica<sup>8</sup>.

Ainda cabe destacar os já numerosos e profícuos trabalhos do jusfilósofo e juiz argentino Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, que, entre outras linhas de investigação, tem produzido muitos escritos em que assinala a presença de elementos hervadianos sobre teoria do direito natural clássico no Direito jurisprudencial, procurando demonstrar assim que as exigências naturais de justiça estão vigentes e são levadas em consideração na prática cotidiana do Direito<sup>9</sup>. Algo similar tenta-se fazer a partir de agora.

## 2 A DECISÃO DO MINISTRO TEORI ZAVASCKI NA AÇÃO CAUTELAR 4.070

84

### 2.1 Resumo da Decisão

No fim de 2015, o Procurador-Geral da República requereu – no âmbito de dois inquéritos já instaurados ali – que o Supremo Tribunal Federal (STF) decidisse liminarmente que Eduardo Cunha fosse afastado tanto do cargo de deputado federal como da função de Presidente da Câmara dos Deputados, sob a alegação de que este se aproveitava do poder de influência que estes dois postos lhe conferiam para obstruir o andamento das ações penais em que era réu, das investigações correlatas em curso e do processo disciplinar de que era alvo no Conselho de Ética da Câmara dos Deputados.

O Ministro Teori Zavascki foi designado para relatar a ação cautelar impetrada; todavia, não estabeleceu uma data para proferir a sua decisão. Mas, na madrugada de 05 de maio de 2016, Zavascki o fez, deferindo a medida requerida pelo Procurador-Geral da República. Na

<sup>8</sup> Para uma primorosa e pormenorizada comparação do cerne das propostas de John Finnis e de Javier Hervada, veja-se o capítulo V de MASSINI-CORREAS, Carlos I. *Jurisprudencia analítica y derecho natural: análisis del pensamiento filosófico-jurídico de John Finnis*, 2015, ainda inédito, intitulado “Bienes humanos: Finnis y Hervada”.

<sup>9</sup> A listagem de boa parte dos escritos de Rabbi-Baldi sobre este tema pode ser vista em <<http://www.rabbibaldicabanillas.com/investigaciones/teoria-y-filosofia-del-derecho/estudios-sobre-la-polemica-iusnaturalismo-iuspositivismo/>>. Acesso em: 06 jul. 2018.

tarde do mesmo dia, o Plenário do STF reuniu-se e todos os outros Ministros acompanharam o posicionamento do relator. Assim, Cunha não poderia mais exercer o seu mandato parlamentar nem a chefia de uma das casas legislativas federais em caráter temporário – mas nada foi dito sobre a duração desse lapso temporal.

O ineditismo da decisão causou alvoroço nas esferas política e jurídica. De fato, foi a primeira vez que, por via judicial, um parlamentar teve o seu mandato suspenso e um Presidente da Câmara dos Deputados foi afastado da sua função. Além disso, a solução do STF contrastava fortemente com o recente caso do senador Delcídio do Amaral, que, apesar de ter tido a sua prisão decretada pelo próprio STF por tentar obstruir os trabalhos do Poder Judiciário e a investigação da Polícia Federal e do Ministério Público Federal na denominada “Operação Lava Jato”, não foi suspenso do seu mandato parlamentar. Não bastasse isto, a inexistência de uma regra constitucional expressa sobre a suspensão do mandato parlamentar no caso de que o seu titular se torne em réu em ação penal talvez tenha sido o fator que causou maior perplexidade.

Todavia, o Min. Zavascki considerou – e os demais membros da Corte assentiram – que a decisão encontrava respaldo no art. 282 do Código de Processo Penal – segundo o qual são cabíveis medidas cautelares em processo penal que visem assegurar a aplicação da lei, resguardar a conveniência das investigações e da instrução penal, além de evitar a prática de infrações penais – e, sobretudo, na interpretação sistêmica da Constituição da República de 1988 (CR 88). (Neste trabalho, há referência e exame disto mais adiante.) A questão da linha sucessória presidencial também foi tratada e levada em consideração, pois, se permanecesse como Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha tornar-se-ia o sucessor imediato do então Presidente da República em exercício Michel Temer se se efetivasse – como veio a acontecer – o impedimento definitivo da então Presidente da República afastada Dilma Rousseff, possibilidade esta que, à época, começaria a ser apreciada pelo Senado Federal. Contudo, na emissão do seu julgamento, Teori Zavascki privilegiou menos este elemento que aqueles mencionados anteriormente.

Antes de prosseguir, é preciso esclarecer que, aqui, não se afirma com toda segurança que a decisão do Min. Zavascki, seguida unanimemente pelos restantes membros do Supremo Tribunal Federal, é justa ou correta. Tende-se a pensar que é, mas este é somente um juízo provisório. E o fator que impede que se diga categoricamente que a referida decisão foi correta é a questão da sua segurança jurídica. Com efeito, apesar da insistência dos julgadores do caso de que o ditame pronunciado possui um caráter excepcional e de que não constitui interferência

indevida de um poder do Estado sobre outro – uma vez que o STF não cassou o mandato de Eduardo Cunha, mas limitou-se a suspendê-lo –, parece não haver maneira de evitar a possibilidade de que, no futuro, esse precedente sirva de escusa para uma ingerência espúria do Poder Judiciário no Poder Legislativo, de modo a causar um grave dano institucional ao Estado brasileiro.

O que parece claro em toda essa questão que envolveu o então deputado federal afastado Eduardo Cunha é que ele realmente não reunia mais elementos de legitimidade para, pelo menos, continuar a presidir a Câmara dos Deputados. No entanto, ao menos outras duas soluções eram possíveis: (1) que o STF se furtasse de intervir no problema, deixando que o próprio Legislativo o resolvesse por meio dos dispositivos regimentais já estabelecidos; (2) ou, que se o fizesse, adotasse a medida heterodoxa de afastar temporariamente Eduardo Cunha da Presidência da Câmara dos Deputados, sem, contudo, suspendê-lo do exercício do seu mandato parlamentar.

Embora aqui se relute mais em admitir estas duas soluções hipotéticas do que a decisão que efetivamente foi tomada, teme-se que as consequências desta última possam ser desastrosas mais adiante. É evidente que “no juízo em que o raciocínio prático culmina, sempre há uma parcela de pura decisão, de salto no vazio, de risco assumido, de aceitação da falibilidade de todo conhecimento das realidades futuras”<sup>10</sup>; no entanto, também é certo que “uma deliberação bem conduzida, com rigor e seriedade, que considera a maior quantidade possível de variáveis, levará, *provavelmente*, a consequências felizes”<sup>11</sup>. A dúvida que se levanta neste texto quanto ao caso que aqui se examina reside na boa qualidade da deliberação que se levou a cabo, dada a pressa com que parece ter se desenrolado; contudo, reafirma-se que, provisoriamente, inclina-se mais para a sua correção que para a sua incorreção.

O que não se põe em dúvida é que, nessa decisão, existem argumentos que se conectam ao direito natural de matriz clássica.

<sup>10</sup> MASSINI, Carlos Ignacio. *La prudencia jurídica: introducción a la gnoseología del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982, p. 70.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 71. A ênfase é do original.



## 2.2 Lugares da Decisão em que se Pode Constatar Correspondências com o Jusnaturalismo Clássico

### 2.2.1 O Modo Adequado de Interpretar o Direito

Ao final da sua decisão, o Min. Zavascki faz suas umas palavras do ex-Ministro Eros Grau sobre como deve ser a interpretação jurídica: “[A] interpretação do direito, e da Constituição, não se reduz a singelo exercício de leitura dos seus textos, compreendendo processo de *contínua adaptação à realidade* e seus conflitos”<sup>12</sup>. Essa contínua adaptação dos textos jurídicos à realidade é precisamente o método propugnado pelo jusnaturalismo para o alcance e dicção do direito justo.

Segundo a doutrina do direito natural clássico, a positivação permanente de dispositivos jurídicos, além de nunca ser completa, não esgota a inteireza de significado deles, isto é, a extrema riqueza e peculiaridade do processo de revelar e garantir o núcleo essencial dos direitos das pessoas em situações complexas. Na verdade, essa inteireza de significado dos preceitos do Direito posto só pode ser colhida – dentro da capacidade cognitiva limitada de qualquer intérprete – na natureza das pessoas humanas e na natureza das coisas que configuram aquela parcela de realidade que se subsume na generalidade dos dispositivos jurídicos<sup>13</sup>.

Devido ao fato de a decisão de suspender o mandato de deputado federal e, por conseguinte, de Presidente da Câmara dos Deputados de Eduardo Cunha possuir um caráter que o próprio decisor monocrático frisa como excepcional – aliás, todos os outros Ministros do STF pronunciaram-se do mesmo modo posteriormente –, o Min. Zavascki também lança mão, a seguir, das palavras restantes de Eros Grau, a fim de pôr em evidência que a decisão tomada não extrapola a esfera do jurídico:

A exceção é o caso que não cabe no âmbito da normalidade abrangido pela norma geral. Ela está no direito, ainda que não se encontre nos textos normativos de direito

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 4.070/DF. Rel. Min. Teori Zavascki, j. 04.05.2016, p. 72. Esta decisão pode ser encontrada em <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/>>, sob o número 10910299. Acrescentou-se a ênfase. É importante fazer notar que, por meio deste link, só se tem acesso à decisão monocrática do Ministro Teori Zavascki; o acórdão posterior do STF é de acesso restrito.

<sup>13</sup> Cf. RABBI-BALDI, Renato. ¿Positivación de los derechos naturales para dejar atrás la polémica “iusnaturalismo-iuspositivismo”? Otro intento insuficiente en la eterna lucha por el derecho justo”. *Quaestio Iuris*, v. 7, n. 1, 2014, p. 269.



positivo. Ao Judiciário, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo não se afasta do ordenamento<sup>14</sup>.

Vê-se nesta operação uma clara coincidência com uma das variantes dos conhecidos juízos de equidade da tradição jurídica romano-germânica: a romana clássica, que logo mais se explicará. A equidade, nas suas diversas modalidades, é um recurso de interpretação jurídica pacificamente aceito pela teoria do direito natural clássico. Com efeito, é sublinhada como modo usual de fazer-se justiça no caso concreto por Aristóteles, pelos jurisconsultos romanos do período clássico e por Tomás de Aquino; ademais, foi empregada abundantemente na práxis jurisdicional do Ocidente desde a Antiguidade até o início da Modernidade. E apesar de ter sofrido severas limitações legislativas a partir da era da codificação, no século XIX e na primeira metade do XX, continuou e continua a ser utilizada pelos julgadores.

Antes de vermos as características da equidade romana clássica, parece relevante consignar que, embora não seja o que se observa na decisão que se estuda, o sentido mais célebre de equidade é aquele da Grécia antiga, o de *epikeia*, tal como expresso por Aristóteles. Quando se emite um juízo de equidade nos moldes da *epikeia* aristotélica, procura-se melhorar a justiça presente numa lei, mais concretamente em certa regra prescritiva, em atenção às características da situação peculiar sobre a qual o juiz tem de decidir e que se mostra subsumível nessa regra; assim, em vez de aplicar-se o justo legal, aplica-se aquilo que, no caso, se afigura equitativo, isto é, uma solução mais justa que a prevista na regra posta, a fim de que não se cometa uma injustiça<sup>15</sup>.

Da concepção aristotélica de equidade extrai-se que não foi esta a empregada no julgamento do STF na AC 4.070, uma vez que a decisão de suspender Eduardo Cunha não se originou da retificação da resposta jurídica oferecida por regra alguma, pelo simples fato de não haver nenhum dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro que trate da suspensão dos mandatos parlamentares e dos ocupantes da Presidência das casas legislativas federais. Como se verá numa das seções seguintes, nota-se claramente que, na decisão que se examina, a solução a que se chegou procedeu precipuamente do contato entre as circunstâncias específicas da atuação de Eduardo Cunha e os princípios constitucionais explicitados *in casu* pelo Min. Zavascki e, em julgamento anterior, pela Min. Cármen Lúcia, a partir dos quais se formulou

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 4.070/DF. op. cit., p. 72.

<sup>15</sup> Cf. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 8. ed. Tradução de María Araujo e Julián Marías. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, v. 10, 1137 b 10 – 25.

uma regra – e é por este motivo que, nas palavras do ex-Ministro Eros Grau, a solução encontrada “não se afasta do ordenamento”. Toda esta operação parece coincidir com a equidade romana clássica, cuja caracterização se oferece a seguir.

Na época dos *iurisprudentes* romanos, a lei (*lex*) promulgada por quem detinha o poder exercia um papel muito relativo na configuração do direito (*ius*), isto é, da solução jurídica estabelecida em cada caso<sup>16</sup>; de fato, “em princípio, a *lex* não modifica o *ius*, e se se diz que é fonte do *ius*, isto se deve a que os novos dados da lei podem ser assimilados pela Jurisprudência”<sup>17</sup>. Pois bem, a forma como o STF dirimiu o caso de Cunha tem as feições próprias da *aequitas* romana, que “é equivalente ao direito [*ius*] inteligido no caso concreto por parte da jurisprudência”, e não “um critério jurisprudencial *corretor das leis dirigido a discernir o direito*”<sup>18</sup>, como é o caso da *epikeia* aristotélica.

De fato, Teori Zavascki não resolveu o caso a partir de uma regra, mas, pelo contrário, formulou uma regra a partir do caso. Ao fazê-lo, alinhou-se a esta lição do jurisconsulto Paulo:

Regra [*regula*] é a que expõe brevemente a coisa, tal como ela é. O direito [*ius*] não se toma da regra, mas é a regra que é feita em conformidade com o direito que há [, que é preexistente]. Assim, pois, por meio de uma regra faz-se breve narração das coisas e, como diz Sabino, [ela] é como que um compêndio da causa<sup>19</sup>.

E para que não parem dúvidas acerca da natureza desse *ius* caracterizado por Paulo, este também escreveu:

Diz-se direito [*ius*] em várias acepções. Numa, quando se chama direito aquilo que é sempre equitativo e bom, como é o direito natural [*ius naturale*]; noutra, aquilo que em cada cidade é útil para todos ou para a maioria, como é o direito civil [*ius civile*]<sup>20</sup>.

Dito em outras palavras: segundo o jurisconsulto Paulo, o *ius* enquanto solução equitativa de um caso específico, do qual se extrai uma regra jurisprudencial, tem a sua origem primeira na natureza, que, por conseguinte, não é inerte, mas normativa, dotada de dever-ser. Uma vez que foi assim que o decisor procedeu no julgamento da AC 4.070, eis aqui, portanto,

<sup>16</sup> Cf. RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato. La interpretación del derecho de acuerdo a “equidad” en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina. *Persona y Derecho*, v. 40, 1999, p. 450-451.

<sup>17</sup> D’ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. Pamplona: EUNSA, 1986, p. 66, apud ibidem, p. 451.

<sup>18</sup> RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato. *Teoría del derecho*. Buenos Aires: Ábaco, 2008, p. 288. A ênfase é do original.

<sup>19</sup> DIGESTO. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. L, XVII, 1. Tradução realizada por Ildefonso L. García del Corral. Barcelona: Jaime Molinas Editor, 1889, p. 944.

<sup>20</sup> DIGESTO. *op. cit.* I, I, 11.



um primeiro momento da decisão do Min. Zavascki em que se pode advertir correspondência com o jusnaturalismo clássico.

### 2.2.2 A Inexistência de um Dispositivo Justo na CR 88

Vejamos um segundo momento em que o mesmo fenômeno parece ocorrer. Quando começa a discorrer sobre a impossibilidade de o deputado Eduardo Cunha, na condição de Presidente da Câmara dos Deputados, vir a ocupar a Presidência da República no caso de destituição da então Presidente afastada Dilma Rousseff e de ausência, pelo menos temporária, do seu sucessor constitucional, o à época Presidente em exercício Michel Temer, Teori Zavascki lamenta-se de a CR 88 não ter estendido a regra de suspensão funcional imediata aos ocupantes dos cargos de liderança máxima do Congresso Nacional contra os quais se instaure uma ação penal.

Com efeito, se houvesse regra constitucional com este teor, o deputado Eduardo Cunha já não estaria naquela altura no exercício da Presidência da Câmara dos Deputados, pois já então se encontrava na condição de réu no Inquérito 3.983 que se achava em andamento no Supremo Tribunal Federal. Para justificar esse seu lamento, o julgador alega:

[E]mbora não implique consequências no plano estrito da culpabilidade, o juízo de recebimento da denúncia, quando coletivamente aferido [...] por [...] integrantes da mais alta magistratura do País, é indicativo de uma atmosfera de incertezas que insufla suspeitas sobre *o compromisso do poder com o interesse público* <sup>21</sup>.

Neste ponto, vê-se que o Min. Zavascki considera adequada uma solução legislativa inexistente. Isto vai ao encontro da tese do jusnaturalismo clássico de que a maior parte das exigências naturais de justiça tem vocação de positividade, isto é, precisa ser explicitada no ordenamento jurídico quando detectada<sup>22</sup>.

De acordo com Tomás de Aquino, essa positivação dá-se de duas maneiras: por conclusão a partir de princípios identificados como pertencentes à lei natural humana ou por determinação de algo ainda indeterminado. Um exemplo de positivação por conclusão é a regra que obriga que se puna o homicida – que, em princípio, é apenas natural, mas que pode ser positivada posteriormente, como realmente acontece –, pois esta regra se obtém a modo de

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 4.070/DF. *op. cit.*, p. 68. Acrescentou-se a ênfase.

<sup>22</sup> Cf. HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. 7. ed. Pamplona: EUNSA, 1993, p. 178-180.





dedução do princípio natural que manda que não se faça mal a ninguém; e um exemplo de positividade por determinação é a regra do *caput* do art. 121 do Código Penal brasileiro que estabelece que o homicida deve ser punido com reclusão de seis a vinte anos, porque isto é especificar de maneira convencional a modalidade e o tempo de pena que naturalmente é cabível ao homicida <sup>23</sup>.

No ponto que ora se examina, entende-se aqui que a razão de justiça natural pela qual a referida regra jurídica positivada de suspensão funcional imediata deveria constar da CR 88 – por conclusão da lei natural – é “o compromisso do poder com o interesse público”, pois é possível identificar na natureza humana um princípio de justiça que ordena que as pessoas devam ser beneficiadas pela atuação da autoridade social constituída.

Além disso, esta opinião de Teori Zavascki dá margem a que se assinale outro aspecto importante do jusnaturalismo clássico: a mutabilidade do direito natural. Com efeito, há exigências naturais de justiça que podem modificar-se ao longo do tempo, fundamentalmente porque, como ensina Tomás de Aquino, com exceção de bens humanos básicos indisponíveis, a natureza humana é mutável em decorrência de eventuais perversões da vontade das pessoas, hipótese em que um direito natural do homem deixa de ser eficaz, como acontece, por exemplo, com um louco que tenta reaver a sua arma que tinha deixado em depósito<sup>24</sup>. Além da natureza humana, a natureza das coisas é muitíssimo suscetível de mudança com o passar do tempo, e isto também influi na conformação das exigências de justiça de cada época. No caso que estudamos, as mudanças ocorridas na atuação institucional dos parlamentares brasileiros de 1988 até a atualidade talvez torne plausível que “o compromisso do poder com o interesse público” seja mais bem protegido e assegurado com a positividade constitucional da regra faltante advertida por Teori Zavascki.

Como adendo, vale consignar que tão ou mais grave que a ausência da regra constitucional mencionada é o desconhecimento de grandes próceres do positivismo jurídico, como Kelsen e Bobbio, de que Aristóteles e Tomás de Aquino, diferentemente dos

<sup>23</sup> Cf. TOMÁS DE AQUINO. *Suma de Teología*. I-II, q. 95, a. 2, respondeo. 4. ed. Madrid: BAC, 1990.

<sup>24</sup> Cf. *ibidem*, II-II, q. 57, a. 2, ad 1.



representantes máximos do jusnaturalismo racionalista do século XVIII, sempre admitiram a mutabilidade do direito natural<sup>25 26</sup>.

### 2.2.3 A Legitimidade de o Mandato Legislativo Ser Suspenso pelo Judiciário

Na sua decisão, há um parágrafo do Min. Zavascki muito significativo, que parece corroborar a tese de que há argumentos da sua decisão constituintes de um indício da vigência do direito natural:

A legitimidade do deferimento das medidas cautelares de persecução criminal contra deputados encontra abrigo farto, mas não isolado, no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição da República). Também acodem esse tipo de medida *preceitos éticos da maior relevância*, e que estão na base do próprio sistema de representação popular que confere movimento ao estado de direito<sup>27</sup>.

Segundo a letra da Constituição brasileira, o mencionado princípio da inafastabilidade da jurisdição consiste em que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV). Como é notório, este princípio também é denominado direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, um direito basilar de qualquer pessoa, não só em decorrência da sua inclusão em diversas Constituições e tratados internacionais de direitos humanos, mas também – como há quem assim opine –, independentemente de qualquer proclamação estatutária, porque é uma exigência de justiça derivada da natureza humana e da natureza das coisas, ou seja, é o título jurídico natural de toda pessoa a defender aquilo que lhe

<sup>25</sup> “A doutrina do direito natural é – em contraposição ao positivismo jurídico como doutrina ‘realista’ – uma doutrina jurídica idealista. Porque o direito natural, quando aceito ao lado do direito real, o positivo, criado pelo arbítrio humano e, portanto, variável, é um direito ideal, *invariável*, identificável com a ‘justiça’” (KELSEN, Hans. *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. Tradução de Eugenio Bulygin. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, v. 6, n. 12, 2008, p. 183-184. Acrescentou-se a ênfase). Na sua obra *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito* compiladas pelo Dr. Nello Morra., BOBBIO aponta como segundo critério de distinção entre direito natural e direito positivo aquele que “se baseia na antítese *imutabilidade/mutabilidade*: o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito* compiladas pelo Dr. Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999, p. 22. A ênfase é do original). A seguir, o autor italiano complementa: “[E]sta característica nem sempre foi reconhecida: Aristóteles, por exemplo, sublinha a universalidade no espaço, mas não acolhe a imutabilidade no tempo, sustentando que também o direito natural pode mudar no tempo” (ibidem). Ao afirmar isto, Norberto Bobbio parece desconhecer completamente o conteúdo do que Tomás de Aquino trata na *Suma de teologia*, II-II, q. 57, a. 2, ad 1, que é recordado no trecho deste trabalho correspondente à nota anterior.

<sup>26</sup> Para uma explicação da mutabilidade do direito natural, veja-se RABBI BALDI CABANILLAS. *Teoría del derecho*, op. cit., p. 231-239, em que este autor expõe esmeradamente o tratamento de Javier Hervada sobre esta questão, ilustrando-o oportunamente com decisões judiciais.

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 4.070/DF. *op. cit.*, p. 21. Acrescentou-se a ênfase.



é devido dentro de um quadro institucional de vedação da violência privada e do consequente monopólio estatal da força, que inclui o monopólio da garantia e da atuação do Direito<sup>28</sup>.

Pois bem, como escreve Renato Rabbi-Baldi acertadamente, “a positivação dos direitos humanos, longe do que muitos acreditam ou aspiram, não encerra debate algum em torno do conteúdo e da dimensão concreta desses direitos”<sup>29</sup>. Com efeito, não é suficiente a positivação do direito à tutela jurisdicional efetiva na CR 88 para daí inferir a regra de que um deputado pode ser perseguido criminalmente através de instrumentos cautelares; ao que parece, esta conclusão depende quase inteiramente de razões jurídicas que não estão positivadas, ou seja, de razões jurídicas naturais fundamentais ou de outras derivadas destas, mas ainda pré-positivas. Por isso, afigura-se razoável admitir que a validade jurídica do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva ou princípio da inafastabilidade da jurisdição,

radica antes em que, *de facto*, é considerado pelo aplicador do direito [...] como hábil para constituir um ponto de partida da decisão, que deverá ser ponderado e harmonizado com outros princípios e dirigido à solução concreta do problema dentro do âmbito definido pelos restantes elementos da ordem jurídica (regras, procedimentos etc.)<sup>30</sup>.

93

Pelo que se vê na decisão do Min. Zavascki, é justamente assim que ele procede. Após afirmar que o deferimento das medidas cautelares de persecução criminal contra deputados também se respalda em “preceitos éticos da maior relevância, e que estão na base do próprio sistema de representação popular que confere movimento ao estado de direito”, ele reproduz parte do voto da Min. Cármen Lúcia no julgamento do *habeas corpus* 89.417, patrocinado em favor do Presidente de uma Assembleia Legislativa Estadual que fora afastado do cargo por decisão do Superior Tribunal de Justiça. Nessa decisão da Ministra, podem colher-se os seguintes “preceitos éticos da maior relevância”: (1) a impunidade é incompatível com a democracia, com a república e com o Estado de Direito<sup>31</sup>; (2) a forma de governo republicana implica garantir ao eleitor que o seu representante legisle em prol das demandas sociais numa atuação parlamentar moralmente aceitável e prob<sup>32</sup>; (3) o público é do povo e o particular é de

<sup>28</sup> Cf. TOLLER, Fernando M. Fundamentos filosóficos y procesales del derecho a la tutela judicial efectiva. In: VIGO, Rodolfo L.; GATTINONI DE MUJÍA, María (Dirs.). *Tratado de derecho judicial*. t. I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2013, p. 490 e 505.

<sup>29</sup> RABBI-BALDI. ¿Positivación de los derechos naturales para dejar atrás la polémica “iusnaturalismo-iuspositivismo”? *op. cit.*, p. 269.

<sup>30</sup> SERNA. *op. cit.*, p. 135.

<sup>31</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 4.070/DF. *op. cit.*, p. 22.

<sup>32</sup> Cf. *ibidem*, loc. cit.



cada um, contanto que não seja pago por todos<sup>33</sup>; (4) “[e]ventualmente, há que se sacrificar a interpretação literal e isolada de uma regra para se assegurar a aplicação e o respeito de todo o sistema constitucional”<sup>34</sup>.

Por fim, Teori Zavascki evoca a noção de freios e contrapesos entre os poderes do Estado – que é o conteúdo do art. 2º da CR 88 (“São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”) – para dela extrair uma consequência que, ao que parece, não se encontra explicitada no ordenamento jurídico brasileiro:

[A] prevalecer uma interpretação que exclua do sistema a possibilidade de suspensão cautelar de parlamentar de suas funções públicas, ter-se-á uma situação de tratamento injustificadamente diferenciado entre os altos agentes políticos vinculados aos diversos poderes<sup>35</sup>.

Em suma, o Min. Zavascki partiu do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República, ponderou-o e harmonizou-o com os quatro princípios descobertos e formulados pela Min. Cármen Lúcia – nenhum deles, frise-se, expresso no nosso ordenamento jurídico –, bem como com o desdobramento particularizado ao caso *sub iudice* que ele depreendeu da noção de freios e contrapesos, para então proferir o seguinte desfecho: “Assim, é inteiramente cabível, por certo que em circunstâncias excepcionais devidamente justificáveis e justificadas, o pedido de afastamento temporário do exercício do mandato parlamentar”<sup>36</sup>.

Pois bem, toda esta operação realizada pelo julgador guarda relação com a doutrina do jusnaturalismo clássico. Opina-se aqui que a explicitação do conteúdo do princípio da inafastabilidade da jurisdição pertinente ao caso concreto, a exposição dos quatro princípios descobertos e formulados pela Min. Cármen Lúcia em outro julgado, bem como o desdobramento particularizado do art. 2º da Constituição da República no tocante à harmonia entre os três poderes da União parecem advir de exigências de justiça presentes na natureza humana – tanto na sua dimensão individual como na social – e na natureza das coisas que cercam os seres humanos no momento histórico e no espaço específico em que se deu a decisão judicial.

<sup>33</sup> Cf. *ibidem*, p. 23.

<sup>34</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>36</sup> *Ibidem*, loc. cit.



## 2.2.4 A impossibilidade de Eduardo Cunha Assumir Eventualmente a Presidência da República

Como já se apontou no resumo da decisão na Ação Cautelar 4.070, o argumento principal para suspender Eduardo Cunha do mandato de deputado federal e da Presidência da Câmara dos Deputados referia-se a um conjunto de indícios dos quais se inferia que ele orquestrava uma série de atividades dirigidas a atravancar os procedimentos judiciais e disciplinares que apuravam supostos ilícitos seus, o que punha em grave perigo o equilíbrio dos poderes estatais.

Mas houve outro fator que pesou para que o Min. Zavascki decidisse da forma que decidiu, e que não fora suscitado pelo Procurador-Geral da República, uma vez que ainda não tinha ocorrido à época do requerimento: se não fosse suspenso do cargo de Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha poderia chegar a assumir a Presidência da República no caso de o impeachment de Dilma Rousseff concretizar-se e numa eventual ausência, ao menos temporária, do seu primeiro substituto constitucional, Michel Temer.

Como é sabido, o art. 86 da Constituição da República de 1988 estabelece que o Presidente da República deve ser suspenso do cargo em duas hipóteses: (1) quando se torna réu no STF sob a acusação de ter cometido infrações penais comuns (§ 1º, I); e (2) quando se instaura o processo de impeachment no Senado Federal para a averiguação de cometimento de crimes de responsabilidade (§ 1º, II). No entanto, o § 4º do mesmo artigo dispõe que “[o] Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções”.

Diante da possibilidade de Eduardo Cunha vir a assumir a Presidência da República e em face dos indícios desabonadores que recaíam sobre ele, bem como da sua condição de réu em ações penais, Teori Zavascki entendeu que o requerido na AC 4.070 nunca poderia chegar a gozar da imunidade prevista pela CR 88 no seu art. 86, § 4º. Assim, o Min. Zavascki concluiu o seguinte:

A solução constitucional é outra: caso tenha contra si recebida denúncia ou queixa-crime, como aqui ocorreu, deixa ele [o requerido] de ostentar condição indispensável para assumir, em substituição, o cargo de Presidente da República<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 69.

Esta parece ser uma interpretação plausível da Constituição. Mas talvez não seja a mais adequada segundo uma concepção mais literal – mas não por isto implausível – do Estado de Direito e do sistema democrático. Assim, por hipótese, poder-se-ia entender mais correta a seguinte solução, também proporcionada pela CR 88: considerando que a Constituição não exige que um deputado federal se afaste das suas funções quando se torna réu em ação penal; considerando que um deputado federal, na condição de réu, não perde nenhuma das prerrogativas do seu mandato, dentre as quais se conta a de poder ser eleito Presidente da Câmara dos Deputados; considerando que, à época, era possível que o impedimento definitivo de Dilma Rousseff se concretizasse e que Michel Temer viesse a ausentar-se, ao menos temporariamente, do cargo de Presidente da República, quem deveria substituí-lo seria o Presidente da Câmara dos Deputados; e considerando, por fim, que a Constituição não proíbe que o Presidente da Câmara dos Deputados seja réu em ação penal, pergunta-se: nas circunstâncias em que Eduardo Cunha se encontrava antes da decisão do Min. Zavascki, ele poderia vir a assumir a Presidência da República, ao menos temporariamente? A resposta é positiva. Não obstante, se se adotasse esta solução, instaurar-se-ia um estado de coisas que, se não fosse anômalo, certamente seria – para usar uma expressão empregada pelo próprio Teori Zavascki na decisão que se examina, ainda que em outro contexto – excêntrico à consciência cívica em geral<sup>38</sup>. Se o que se acaba de especular acontecesse, o questionamento espontâneo seria: por que o Presidente da República não pode permanecer no cargo se se torna réu numa ação penal e um Presidente da Câmara que já o é pode vir a assumir a Presidência da República? E a resposta seria: porque, no primeiro caso, a Constituição assim o determina e, no segundo, não estabelece expressamente nada em contrário<sup>39</sup>.

A partir de tudo o que se considerou até aqui, pensa-se que, diferentemente do que afirmou o Min. Zavascki, não seria imperativo do ponto de vista constitucional que Eduardo Cunha estivesse proibido de chegar a assumir a Presidência da República. É por este motivo que se considera mais consistente outro argumento que Zavascki apresentou, ainda que, na leitura da sua decisão, este pareça somente preparatório para aquele citado mais acima. Escreveu o Ministro:

A esses ingredientes concretos, que evidenciam um incomum comportamento – ao que tudo indica, concertado pelo atual Presidente da Câmara dos Deputados – de um grupo de parlamentares, no aparente afã de desqualificar pessoas, empresas e políticos

<sup>38</sup> Cf. *ibidem*, p. 14.

<sup>39</sup> Todo o raciocínio expresso neste parágrafo foi tomado de um texto do jornalista Reinaldo Azevedo publicado em <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/cunha-stf-vai-decidir-se-ele-podera-ser-presidente-ainda-que-por-alguns-dias-ou-a-lei-e-as-ruas/>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

que se disponibilizaram a colaborar com a elucidação das tramas potencialmente ilícitas que são objeto de vários inquéritos de competência deste Supremo Tribunal Federal – em que figura como investigado, sempre, o Deputado Federal Eduardo Cunha –, a todos esses elementos já redundantemente descritos, vieram a se somar outros dois episódios recentes [a instauração do processo de impeachment contra a Presidente da República no Senado Federal e a eventualidade de Cunha ser convocado, quase com certeza, a assumir a Presidência da República se o impeachment de Dilma Rousseff se efetivar], que agudizaram *os riscos que a figura do investigado impõe para a credibilidade das principais instituições políticas do País*<sup>40</sup>.

A garantia da confiança dos cidadãos brasileiros e estrangeiros, assim como a confiança de outras nações nas instituições políticas do Brasil parece ser o verdadeiro *leitmotiv* do afastamento de Eduardo Cunha do seu mandato parlamentar e do cargo de Presidente da Câmara dos Deputados. Pois bem, até a sua formulação pelo Min. Zavascki, esta não era uma razão jurídica positiva, explicitada no Direito nacional; no entanto, parece indubitável que já sustentava todo o nosso ordenamento positivo e informava todas as suas normas. Se um país não desperta essa confiança generalizada de semblante político, toda a sua população e todas as suas instituições ficam vulneráveis, pois a consecução do interesse público e do bem comum vê-se enormemente obstaculizada. E é uma exigência de justiça que isto não suceda; porém não é uma exigência de justiça apenas culturalmente estabelecida, fruto exclusivo da convenção humana, mas um requerimento primariamente advindo daquilo que o ser humano é e deve ser, isto é, da sua natureza, além de também ser algo devido por força da conformação institucional da sociedade de um país, da natureza das coisas que o compõem, em que a cidadania constitui autoridades para que estas manejem a coisa pública da maneira mais exitosa possível. Mais uma vez, parece que estamos diante de uma correspondência entre um argumento da decisão monocrática de Teori Zavascki e a doutrina do jusnaturalismo clássico.

97

### 2.2.5 A Juridicidade do Afastamento de Eduardo Cunha

Com a palavra “juridicidade” do título desta seção quer-se significar que se chegou ao ponto de lançar luz sobre o *fundamento* da decisão de afastar Cunha temporariamente do mandato de deputado federal e da Presidência da Câmara dos Deputados. Se se perguntasse “por que Eduardo Cunha foi afastado?”, seria errôneo responder “porque o STF assim o decidiu”, “porque o Procurador-Geral da República assim o requereu e foi atendido” ou,

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 4.070/DF. *op. cit.*, p. 66. Acrescentou-se a ênfase.

voltando ainda mais no tempo, “porque ele abusou do seu poder para esquivar-se de condenações judiciais e disciplinares”. Todas estas respostas não dizem respeito ao fundamento da decisão da Corte Suprema, mas às *causas* dela. Como esclarece Barzotto,

Confunde-se a categoria de “fundamento” com a categoria de “causa”. Ora, a história aponta a causa, a gênese ou a origem de um fenômeno, e nunca seu fundamento. Aquele que pergunta pela causa expressa sua questão na forma de um “como?”<sup>41</sup>.

Assim, as respostas anteriores – com a necessária substituição do seu “porque” inicial pelas expressões “por meio de”, “através de” ou “mediante” – corresponderiam à pergunta “*como* Eduardo Cunha foi afastado?”. Um pouco adiante, Barzotto complementa: “O fundamento indica a necessidade de uma justificação, de uma resposta à questão ‘por quê?’”<sup>42</sup>. Então, dentro do texto do Min. Zavascki, tem-se de buscar a resposta a “*por que* Eduardo Cunha foi afastado?” na passagem em que ele assinala o fundamento jurídico ou juridicidade da sua decisão, que necessariamente se encontra na CR 88, uma vez que o STF julga questões afeitas à Constituição brasileira.

Pois bem, quando chegamos a essa passagem, deparamos primeiramente com o seguinte dizer: “Embora a Constituição Federal não declare expressamente a necessidade de afastamento da função de Presidência dos poderes da República – nas lastimáveis hipóteses em que seus ocupantes se venham [*sic*] a se tornar réus – (...)”<sup>43</sup>. Ou seja, não há na CR 88 enunciado algum composto de uma hipótese fática e de uma resposta consequente que justifique ou fundamente o afastamento de Eduardo Cunha. Ainda assim, Teori Zavascki não hesita em asseverar: “[N]ão é demais afirmar que ela [a Constituição] *acena vividamente nesse sentido*, sobretudo nas hipóteses em que seja possível vislumbrar que as infrações penais tenham sido adjetivadas por desvios funcionais”<sup>44</sup>.

Ainda que diga que a CR 88 “acena vividamente” na direção do afastamento de Cunha, não assinala imediatamente qual ou quais dispositivos constitucionais escoram esta resposta jurídica. Após referir-se às infrações penais “adjetivadas por desvios funcionais”, que são as hipóteses fáticas que ensejam a condenação, dedica um extenso parágrafo a dissertar sobre um dos últimos atos cometido pelo requerido e acerca de disposições do Regimento Interno da

<sup>41</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 72.

<sup>42</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 4.070/DF. *op. cit.*, p. 70.

<sup>44</sup> *Ibidem*, loc. cit. Acrescentou-se a ênfase.





Câmara dos Deputados que o reprovam. Só depois disto é que toca o âmago do fundamento ou juridicidade do afastamento de Eduardo Cunha, precedido das seguintes palavras: “Nada, absolutamente nada, se pode extrair da Constituição que possa, minimamente, justificar a sua permanência no exercício dessas elevadas funções públicas”<sup>45</sup>.

Sobre esta afirmação, é preciso repetir o que se explicou na seção anterior deste trabalho: na verdade, a CR 88 não proíbe que um deputado federal, ainda que seja réu de uma ação penal, siga no exercício do seu mandato, que seja eleito Presidente da Câmara dos Deputados e que, portanto, venha a ocupar eventualmente a Presidência da República. Logo, constata-se a existência de uma solução acorde com a Constituição que contraria esta asserção do Min. Zavascki. No entanto, a seguir, o julgador continua:

Pelo contrário, o que se extrai de um contexto constitucional sistêmico, é que o exercício do cargo, nas circunstâncias indicadas, compromete a *vontade da Constituição*, sobretudo a que está manifestada nos *princípios de probidade e moralidade* que devem governar o comportamento dos agentes políticos<sup>46</sup>.

Em outros termos, o núcleo do fundamento da decisão consiste no conteúdo dos princípios constitucionais de probidade e moralidade dos agentes políticos, que, segundo o entendimento do Min. Zavascki, informam toda a CR 88 e, quando postos em contato com os fatos narrados na Ação Cautelar 4.070, prescrevem que Eduardo Cunha não permaneça no desempenho das funções políticas que ocupa.

Pois bem, de onde provém a força deôntica dos princípios constitucionais, a sua qualidade de deveres humanos?

Não pode ser do texto constitucional, que se limita a enunciá-los, sem pormenorizar o seu conteúdo em termos de comportamento antecedente e efeito jurídico consequente, isto é, na forma de proposições prescritivas; e ainda que os dispusesse nesta forma, as proposições prescritivas não se transformam em prescrições deônticas por si mesmas, mas dependem antes das autoridades que as formulam e promulgam. Por sua vez, os atos dessas autoridades fazem que os princípios constitucionais gozem apenas de uma presunção de obrigatoriedade, dado que a sua *auctoritas* – isto é, o reconhecimento e aceitação do seu poder público por parte dos destinatários das suas ordens, sejam órgãos públicos subalternos, seja o conjunto da cidadania – pode rebaixar-se à categoria de mero poder – *potestas* – se a confiança dos seus subordinados

<sup>45</sup> Ibidem, p. 71.

<sup>46</sup> Ibidem, loc. cit. Os destaques foram acrescentados.

na sua capacidade sócio-diretiva diminui drasticamente ou vem a desaparecer por completo, fazendo assim que as normas jurídicas deixem de ser tidas pelos seus receptores como obrigatórias para passar a ser vistas simplesmente como impostas<sup>47</sup>. Ademais, as normas jurídicas positivadas – quer regras, quer princípios – são *factos* sociais; e, como advertiu David Hume com acerto, a dedução de deveres a partir de fatos é uma falha lógica, uma falácia (posteriormente denominada “falácia naturalista”). Os fatos *são*, ao passo que os deveres *devem ser*. Assim, a inclusão de princípios no ordenamento jurídico vigente não os dota por si só de força deôntica, pois o único resultado obtido por essa inclusão restringe-se a transformá-los em fatos sociais ou institucionais – e, reiterar-se, de fatos não podem advir deveres, por mais sociais ou institucionais que eles sejam.

A força deôntica dos princípios constitucionais tampouco pode surgir dos métodos procedimentais de raciocínio a que juízes e tribunais os submetem. O estatuto ôntico do procedimento epistêmico é o de forma, não o de conteúdo; em outras palavras, o procedimento jurídico cognitivo é um meio de alinhar conteúdos deônticos preexistentes – ainda que não declarados – com necessidades humanas presentes aqui e agora; assim, dizer que a condição de deveres dos princípios constitucionais deriva dos procedimentos metódicos também “não é logicamente possível, e remete ao problema de qual é a origem dos conteúdos, que necessariamente têm de ser postos no início do raciocínio a fim de que se obtenham outros conteúdos ao final”<sup>48</sup>.

A força de deveres humanos dos princípios constitucionais também não pode residir num certo consenso de uma época histórica determinada, porque o “fundamento das crenças está no próprio ser, na realidade, e não no fato da aceitação histórica de uma determinada opinião sobre a realidade”<sup>49</sup>. Desacompanhada de uma realidade objetiva, a opinião subjetiva ou intersubjetiva acerca de qualquer entidade extramental é somente uma atribuição de sentido, de valor ou de dever-ser desprovida de todo limite de criatividade. Assim, por absurdo, poder-se-ia atribuir ao dispositivo do art. 121 do Código Penal brasileiro – a despeito da sua interpretação literal, sistemática, teleológica etc. – o sentido ou dever de premiar o autor de um homicídio com uma quantia pecuniária entre R\$ 6.000,00 e R\$ 20.000,00.

<sup>47</sup> Cf. COTTA, Sergio. Seis tesis sobre las relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo. *Persona y Derecho*, v. 8, 1981, p. 160-163.

<sup>48</sup> MASSINI CORREAS, Carlos I. Razón práctica y objetividad del derecho: el debate contemporáneo acerca de los principios jurídicos. *Sapientia*, v. 64, fasc. 224, 2008, p. 110.

<sup>49</sup> BARZOTTO. *op. cit.*, p. 73.

Visto o anterior, a resposta que se afigura mais apropriada para a questão da origem da força deôntica dos princípios constitucionais é a de que “os princípios sintetizam as exigências básicas e permanentes da natureza humana vistas na situação espaço-temporal concreta em que esta se faz presente”<sup>50</sup>, “fundadas no ente [extrassubjetivo] realmente existente e nas suas estruturas descobertas cognoscitivamente pelo entendimento [humano] e constituídas praticamente pelos princípios próprios do intelecto prático”<sup>51</sup>.

Em última instância, parecem ser as exigências naturais de justiça que conferem o dever-ser, a força deôntica, às exigências – dentre as quais se contam os princípios constitucionais – que nós, seres humanos, convenciamos para que vigorem socialmente. E é porque captamos racionalmente aquelas, em maior ou menor medida, que conseguimos formular estas últimas.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, podem-se extrair, ao menos, as seguintes conclusões principais:

1. O Min. Zavascki sustenta que o modo adequado de interpretação da Constituição é ler os seus textos em cotejo com a realidade presente. Isto coincide com a tese do jusnaturalismo clássico de que a positivação permanente de dispositivos jurídicos nunca é completa e que não exaure o significado deles, que só pode ser apreendido mais amplamente na natureza humana e das coisas que configuram a parcela de realidade que vai subsumir-se na generalidade desses dispositivos;

2. Teori Zavascki argumenta que a suspensão de Eduardo Cunha, embora seja excepcional por não encontrar assento em textos normativos de direito positivo, acha respaldo em princípios jurídicos do sistema constitucional brasileiro, dos quais se pode extrair uma regra que contemple o caso em questão, ainda que estejam inicialmente implícitos e que, quando revelados, exibam um conteúdo altamente amplo. Este modo de pensar é consoante com a noção de equidade romana clássica, obra dos jurisconsultos do período de apogeu do Direito romano, que são um dos grandes artífices da teoria do direito natural clássico;

3. O Min. Zavascki lamenta-se de que não haja na CR 88 uma regra que ordene a suspensão funcional imediata dos ocupantes dos cargos de liderança máxima do Congresso Nacional contra os quais se instaure uma ação penal, pois essa regra seria muito conveniente

<sup>50</sup> RABBI-BALDI CABANILLAS. *Teoría del derecho*. *op. cit.*, p. 215.

<sup>51</sup> MASSINI CORREAS, Carlos I. *Razón práctica y objetividad del derecho*. *op. cit.*, p. 108.

para evitar os danos institucionais que decorriam da atuação de Eduardo Cunha. No mesmo sentido, o jusnaturalismo clássico afirma que a maioria das exigências naturais de justiça devem ser positivadas quando detectadas;

4. Teori Zavascki assegura que o afastamento de Cunha encontra abrigo abundante no princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no inciso XXXV do art. 5º da CR 88, quando conjugado com outros quatro princípios implícitos revelados pela Ministra Cármen Lúcia num julgamento anterior e com uma consequência que se pode depreender da noção de freios e contrapesos entre os poderes do Estado. Este modo de conceber a interpretação dos princípios constitucionais vai ao encontro da convicção recente de adeptos do jusnaturalismo clássico de que a enunciação e até mesmo a positivação de princípios constitucionais não esgota o debate acerca do conteúdo e da dimensão deles, que só podem ser hauridos nas exigências naturais de justiça surgidas do cotejo desses princípios com as peculiaridades do caso *sub iudice*;

5. Embora o Min. Zavascki diga que não há solução constitucional diferente da que assevere que Eduardo Cunha não poderia chegar a assumir a Presidência da República, existe, sim, a possibilidade de outra interpretação da CR 88 em sentido contrário. No entanto, numa passagem imediatamente anterior da sua decisão, o julgador aduz o argumento de que a possibilidade do então Presidente da Câmara dos Deputados vir a ser Presidente da República, ainda que temporariamente, impõe riscos à credibilidade das principais instituições políticas do Brasil. Esta não parece ser uma razão jurídica primordialmente positiva, oriunda somente da vontade humana, mas uma exigência de justiça derivada primariamente da condição ou natureza humana – concretamente da natureza de cada pessoa e grupo de pessoas que compõem a cidadania brasileira, os quais se veriam prejudicados por essa eventual falta de credibilidade político-institucional – e da natureza das coisas, especificamente da configuração social consolidada em que a cidadania confia a determinadas pessoas o manejo exitoso da coisa pública;

6. Nas páginas finais da sua decisão, Teori Zavascki afirma que o afastamento temporário de Cunha é ordenado pela Constituição da República na medida em que esta prevê os princípios da probidade e da moralidade como guias do comportamento dos agentes políticos. Ora, a força deontológica dos princípios constitucionais não pode provir da sua simples inclusão no Direito vigente – porque configuraria uma passagem logicamente equivocada de um fato social a um dever humano –, nem dos procedimentos metódico-cognitivos a que juízes



e tribunais os submetem – porque esses métodos são tão somente formas de processamento de conteúdos deônticos necessariamente preexistentes –, nem de certa opinião individual ou consensual acerca da realidade – porque, no limite, essa opinião pode atribuir um sentido inteiramente contrário ao revelado por qualquer forma de interpretação das normas jurídicas –; na verdade, parece que a força deôntica dos princípios constitucionais tem de proceder originariamente da realidade mesma, e não de um querer pessoal, pois, em última instância, esses princípios parecem condensar as exigências basilares e contínuas da natureza humana circunscritas numa determinada época histórica, passíveis de ser captadas pelo intelecto humano prático, isto é, pela razão do ser humano na medida em que procura inteligir para agir.

Se as conclusões anteriores estão corretas, parece poder concluir-se que a decisão examinada constitui um indício de que direito natural está vigente na prática jurídica cotidiana. Se este indício se confirma em outras muitas decisões jurisprudenciais, pode-se chegar à conclusão de que o justo derivado da natureza humana e da natureza das coisas que rodeiam os seres humanos possui uma atualidade da qual seria preciso que todo jurista se aperceba, caso realmente anseie que a ordem jurídica que rege a sociedade vá tornando-se continuamente a mais justa possível.

103

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. 8. ed. Tradução de María Araujo e Julián Marías. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AZEVEDO, Reinaldo. Cunha: STF vai decidir se ele poderá ser Presidente, ainda que por alguns dias. Ou: a lei e as ruas. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/cunha-stf-vai-decidir-se-ele-podera-ser-presidente-ainda-que-por-alguns-dias-ou-a-lei-e-as-ruas/>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito* compiladas pelo Dr. Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 4.020/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 04.05.2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/>> sob o número 10910299. Acesso em: 15 jul. 2018.

COTTA, Sergio. Seis tesis sobre las relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo. *Persona y Derecho*, n. 8, 1981.

DIGESTO. Cuerpo del Derecho Civil Romano. Tradução de Ildefonso L. García del Corral. Barcelona: Jaime Molinas Editor, 1889.

FASSÒ, Guido. *Storia della filosofia del diritto*. 5. ed. v. III: ottocento e novecento. Bari: Laterza, 2009.

HERVADA, Javier. *Historia de la ciencia del derecho natural*. Pamplona: EUNSA, 1996.

\_\_\_\_\_. *Introducción crítica al derecho natural*. 7. ed. Pamplona: EUNSA, 1993.

KELSEN, Hans. La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico. Tradução de Eugenio Bulygin. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, v. 6, n. 12, 2008.

LOMBARDI VALLAURI, Luigi. *Corso di filosofia del diritto*. Padova: CEDAM, 1981.

MASSINI, Carlos Ignacio. *La prudencia jurídica*: introducción a la gnoseología del derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.

MASSINI-CORREAS, Carlos I. *Jurisprudencia analítica y derecho natural*: análisis del pensamiento filosófico-jurídico de John Finnis, 2015, inédito.

\_\_\_\_\_. Razón práctica y objetividad del derecho: el debate contemporáneo acerca de los principios jurídicos. *Sapientia*, v. 64, fasc. 224, 2008.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 33. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato. La interpretación del derecho de acuerdo a “equidad” en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina. *Persona y Derecho*, n. 40, 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoría del derecho*. Buenos Aires: Ábaco, 2008.

RABBI-BALDI, Renato. ¿Positivación de los derechos naturales para dejar atrás la polémica “iusnaturalismo-iuspositivismo”? Otro intento insuficiente en la eterna lucha por el derecho justo. *Quaestio Iuris*, v. 7, n. 1, 2014.

SERNA, Pedro. Sobre las respuestas al positivismo jurídico. In: RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato (Coord.). *Las razones del derecho natural*. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico. 2. ed. Buenos Aires: Ábaco, 2008.

TOLLER, Fernando M. Fundamentos filosóficos y procesales del derecho a la tutela judicial efectiva. In: VIGO, Rodolfo L.; GATTINONI DE MUJÍA, María (Dir.). *Tratado de derecho judicial*. t. I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2013.

TOMÁS DE AQUINO. *Suma de teología*. 4. ed. Tradução de José Martorell Capó. Madrid: BAC, 1990.

Submissão: 18/04/2017  
Aceito para Publicação: 16/05/2018

