

A Autolimitação Judicial Aplicada em Sede de Medida Cautelar Penal de Afastamento do Detentor de Cargo Eletivo à Luz de um Caso Concreto. Contenção da Jurisdição Penal em Deferência Judicial à Soberania Popular.

José Muiños Piñeiro Filho

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Público (UNESA).

César Manuel Granda Pereira

Pós-graduado em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Assessor de Desembargador. Aprovado no XVII Concurso da Magistratura Federal da 2ª Região, aguardando nomeação.

RESUMO: A autolimitação judicial, que se apresenta como princípio funcionalmente limitativo, tem origem na jurisprudência constitucional estadunidense e é apontado como parâmetro para o exercício da função jurisdicional. Tradicionalmente aplicável ao campo constitucional, o critério de autolimitação afigura-se também como parâmetro para a aplicação de medidas cautelares penais de afastamento de ocupantes de mandatos eletivos, porquanto é matéria especialmente sensível à dinâmica do funcionamento dos poderes constitucionais e igualmente sensível ao respeito à soberania popular. Tais constatações teóricas são apresentadas tendo

como objeto de análise caso decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que se considerou as peculiaridades do contexto político do município de Niterói como importante fator para se deixar de determinar o afastamento cautelar do prefeito.

PALAVRAS CHAVES: Autolimitação judicial. Medidas Cautelares Penais. Afastamento de Cargo Político Eletivo.

ABSTRACT: Judicial self-restraint, which is presented as a functionally limiting principle, has its origin in the American constitutional jurisprudence and is pointed as a parameter for the exercise of the judicial function. Traditionally applied to the constitutional field, the judicial self-restraint also works as a parameter for the application of penal provisional measures in order to suspend the mandate of elected members of the Parliament or the Executive Power, since it is especially sensitive to the dynamics of the functioning of constitutional powers and equally sensitive to the respect for popular sovereignty. These theoretical findings are presented with the analysis of a case decided by the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro, in which has been considered the peculiarities of the political context of the municipality of Niterói as a decisive factor to prevent the order of the said provisional measure.

KEYWORDS: Judicial Self-Restraint. Provisional Measures. Suspension of elected members.

INTRODUÇÃO

Por vezes, o atuar na Magistratura apresenta realidades concretas que fazem com que se pense os próprios limites de atuação no exercício do Poder; dizer o direito com força de definitividade é, indubitavelmente, técnica que exige a prudência como virtude. O direito que se propõe como meta à concretização da justiça - ou seja, todo ele, sob pena de contradição com o que lhe é inerente- deve se debruçar sobre realidades concretas; o estudo e a formação que são caros ao exercício da atividade judicante são as ferramentas úteis à leitura dos fatos em julgamento. O presente estudo assim se originou.

Foi submetido à julgamento, do qual participou o primeiro autor deste artigo, caso em que se discutia a manutenção - ou não - da medida cautelar prisional e/ ou a possibilidade de aplicação de cautelares alternativas à prisão a, dentre outros, prefeito em exercício do Município de Niterói. Dentre os pontos apontados para fundamentar, de modo excepcional, a manutenção do denunciado no exercício de suas funções, esteve a consideração das circunstâncias fático-políticas daquele Município. Observou-se que, em respeito à soberania popular, manifestada pelo voto, bem como ao equilíbrio institucional entre os Poderes, havia de ser feita uma autocontenção judicial, no ponto.

O princípio da autolimitação judicial, que encontra aplicação primordial em sede da jurisprudência constitucional de controle de constitucionalidade, afigurou-se, para o caso em julgamento, como relevante fundamento decisório. Portanto, busca-se no presente estudo a análise do sentido da expressão autolimitação judicial, para compreender sua origem e como se relaciona à função jurisdicional.

A seguir, se analisam as questões relacionadas às cautelares penais de afastamento das funções públicas quando implicam afastamento de ocupante de cargo eletivo. Destacam-se as peculiaridades da medida, porquanto diretamente relacionadas ao sistema democrático e ao respeito da vontade popular, apontando ainda como tem decidido os Tribunais Superiores quanto à matéria.

Por fim, são expostas as circunstâncias e elementos fáticos do caso que inspirou o presente estudo, isto é, o que motivou a manutenção do Prefeito de Niterói em suas funções, ao passo que os codenunciados que estavam presos, embora também tenham tido a revogação da medida prisional, tenham sido afastados do exercício de suas funções no setor público ou privado. Explana-se, assim, como se visualizou a aplicação do princípio da autolimitação à análise da medida cautelar.

A aproximação entre o conhecimento teórico e a práxis é feita com peculiar acuidade pelo Ministro Luís Roberto Barroso; suas decisões judiciais enriquecidas de alto valor doutrinário já se encontram nos anais da história da Excelsa Corte. O presente estudo é nosso contributo para homenagear o ilustre jurista.

1. O SENTIDO DA EXPRESSÃO “AUTOLIMITAÇÃO JUDICIAL”

A noção de autolimitação judicial está associada aos próprios limites da função jurisdicional. A origem terminológica tem sede na jurisprudência constitucional estadunidense, sendo definida pelo juiz Marshall como significando haver certas “questões políticas” da competência do Presidente, em relação às quais não pode haver controle jurisdicional¹.

Contudo, a expressão ganha especial relevo em contexto mais atual, mormente a partir da década de 1950, com a discussão relativa ao papel da Suprema Corte estadunidense no âmbito do controle judicial de constitucionalidade das políticas públicas daquele país, isto é, se a Corte deveria, diante de tais temas, se restringir aos métodos interpretativos clássicos e analíticos – gramatical ou lógico – ou se, em vez disso, poderiam optar por uma abordagem mais flexível, com valorização do contexto histórico e identificação das condições e expectativas da sociedade contemporânea².

Daí surge a relação estabelecida entre ativismo e autolimitação judicial, em que são apontados como antônimos. O ativismo judicial é entendido por BARROSO como associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, o que é manifestado por meio de diferentes condutas, as quais incluem: a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas³.

Em sentido oposto, a autolimitação judicial é compreendida como uma postura judicial que restringe a extensão da atuação judicial na análise dos atos emanados dos outros Poderes. Por essa razão, o constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho classifica a autolimitação judicial como

1 CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7a ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 1309.

2 MCWHINNEY, Edward. *Palestra Judicial Activism and the International Court of Justice proferida na Série de Conferências da Biblioteca Audiovisual de Direito Internacional das Nações Unidas*. Disponível em: <http://legal.un.org/avl/ls/McWhinney_CT.html>

3 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In *Synthesis*, v.5. n. 1, 2012. ps. 23-32. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>.

*princípio funcionalmente limitativo*⁴, o que, de fato, se verifica. A autocontenção judicial está atrelada aos limites funcionais da função jurisdicional, da qual o correto funcionamento depende o projeto constitucional e o equilíbrio institucional, mormente por se considerar o amplo acesso ao Judiciário previsto na Constituição da República de 1988 e a amplitude das matérias tratadas pelo texto constitucional.

Nesse sentido, com base no pensamento de Niklas Luhmann, destaca o Desembargador Federal Néviton Guedes:

*A diferenciação funcional do direito, destacando-o dos outros subsistemas sociais (exemplos: moral, economia e política), é uma das maiores conquistas modernas das democracias ocidentais, pois foi ela que permitiu aos cidadãos saber o que esperar do Estado e o que o Estado deles poderia exigir. No dizer de Niklas Luhmann, o direito tem a (relevantíssima) função de estabilizar normativamente as expectativas humanas e, numa sociedade cada vez mais complexa, caracterizada por um crescimento desorganizado (indeterminado) dessas expectativas, essa função só será adequadamente alcançada por meio de uma seleção (normativa) de tais expectativas. Quando órgãos judiciais, contudo, passam a atender (expressa ou veladamente), com regularidade, expectativas sociais não selecionadas normativamente pelo direito, como são o caso de exigências essencialmente políticas, econômicas ou morais, estar-se-á esgarçando a diferenciação funcional do direito, que permitiu às democracias ocidentais uma de suas mais importantes conquistas: a previsibilidade na ação do Estado e da própria sociedade*⁵.

De fato, como aspecto central à noção da autolimitação está a percepção de que o sistema jurídico é inábil a dar as melhores respostas para todas as questões que surgem no espectro social. A expansão do sistema jurídico para áreas que devem estar em outros sistemas gerará, quando pouco, desfuncionalidade e instabilidade institucional e, por conseguinte, descrédito ao Judiciário perante o corpo social.

Ainda dentro do alcance conceitual da expressão “autolimitação judicial” - e de seus sinônimos: “autocontenção judicial” e “*judicial self-restraint*” - encontram-se as doutrinas *Chenery* e *Chevron*, igualmente

4 CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7a ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 1308.

5 GUEDES, Néviton. O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>>. Acesso em 18 de setembro de 2019.

frutos da jurisprudência constitucional estadunidense, mas que ganharam ampla repercussão, inclusive chegando às decisões do Supremo Tribunal Federal.

Em relação à primeira, *Chenery Doctrine*, ressalta-se que acaba por representar princípio do direito administrativo estadunidense, cuja formulação clássica provem de decisão da *Supreme Court* de 1943 no caso *SEC versus Chenery Corp.*⁶ No referido caso, estabeleceu-se que: “Uma decisão administrativa não pode ser mantida, a menos que os fundamentos sobre os quais a agência tenha atuado no exercício de seus poderes sejam aqueles sobre os quais suas ações possam ser sustentadas” (tradução nossa)⁷.

Assim, ao contrário do que ocorre em relação às leis, cuja constitucionalidade poderá ser objeto de análise judicial, e das decisões das instâncias judiciais inferiores, cujo mérito será passível de revisão judicial nos moldes previstos pelo sistema recursal, em se tratando de revisão judicial da atuação da Administração, o Judiciário não poderá fornecer ou substituir fundamentos por elas fornecidos. Dito de outro modo, a validade da atuação das agências depende da validade da fundamentação de que elas se valem.⁸

Por sua vez, a doutrina *Chevron* (*Chevron Deference*) foi cunhada em razão do *case* que firmou o precedente: *Chevron U.S.A. Inc versus Natural Resources Defense Council*⁹, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1984. O tema se insere especificamente no âmbito do controle judicial dos atos editados pelas agências reguladoras e constitui verdadeiro norte para a relação entre o Poder Judiciário e as agências reguladoras, em que se forjou o princípio da deferência técnico-administrativa.

No julgamento do caso, foi estabelecido um teste legal destinado a determinar quando a Corte deve aceitar a resposta ou interpretação da agência, sendo tal deferência apropriada nos casos em que a resposta da agência não seja desarrazoada e desde que o Congresso não tenha se manifestado diretamente sobre a questão. Assim, caso haja uma delegação

6 Suprema Corte dos Estados Unidos. *Caso Securities and Exchange Commission v. Chenery Corporation et al. 1943*. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/318/80>>. Acesso em 20 de setembro de 2019.

7 “An administrative order cannot be upheld unless the grounds upon which the agency acted in exercising its powers were those upon which its actions can be sustained”.

8 STACK, Kevin M. *The Constitutional Foundations of Chenery*. Yale Law Journal. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/pdf/520_vohvg5vq.pdf>. Acesso em 19 de setembro de 2019.

9 Suprema Corte dos Estados Unidos. *Caso Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/467/837>>. Acesso em 20 de setembro de 2019.

legislativa não explícita a uma agência a respeito de uma questão pontual, não cabe ao Judiciário substituir interpretação razoável ou racional feita pela agência por uma outra que lhe pareça mais adequada¹⁰.

No Brasil, também há manifestação da autolimitação judicial na jurisprudência constitucional. Em ADI proposta pela Confederação Nacional da Indústria, o Supremo Tribunal Federal fez referência expressa à deferência administrativa e ao Caso Chevron, manifestando-se nos seguintes termos:

Definidos na legislação de regência as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Aplicação da doutrina da deferência administrativa (Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council).¹¹

Como se nota, o tema da autolimitação já permeia a própria jurisdição constitucional brasileira. Representa, ainda, a percepção de que cabe ao próprio Poder Judiciário promover a definição dos limites de seu âmbito de atuação, tendo em conta o amplo acesso ao Judiciário, que se estende tanto à legitimação dos sujeitos quanto ao rol de matérias apreciáveis, o que, por certo, impõem desafios que serão resolvidos apenas pelos próprios órgãos julgadores ao determinarem o limite de suas atuações.

No que concerne à jurisdição penal exercida por órgãos togados, tem-se, inclusive, hipótese constitucional de contenção e limitação, qual seja, a dos casos dos crimes dolosos contra a vida, posto que condenações ou absolvições decididas pelo Tribunal do Júri não podem ser revisadas quanto ao mérito, tudo em respeito à soberania popular dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, “c”, da Constituição da República de 1988).

10 WEX Legal Dictionary. 2017. Legal Information Institute. Cornell Law School. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/chevron_deference>. Acesso em 19 de setembro de 2019.

11 Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 4874/DF. Rel., Min. Rosa Weber. J. 01/02/2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28DEFER%CANCIA+T%C9CNICO%29&base=baseA-cordaos&url=http://tinyurl.com/y22d3glc>>. Acesso em 20 de setembro de 2019.

2. A MEDIDA CAUTELAR DE AFASTAMENTO DAS FUNÇÕES PÚBLICAS EM RELAÇÃO A MANDATOS POLÍTICOS DECORRENTES DE ELEIÇÕES

No texto original do Código de Processo Penal de 1941, para além das medidas prisionais, não houve a previsão de medidas cautelares de natureza pessoal, mas tão somente as cautelares reais (como o sequestro e a hipoteca legal) e as cautelares destinadas a funções probatórias (busca e apreensão).¹²

A situação no campo normativo apenas se alterou setenta anos depois da promulgação do referido diploma legal, com o advento da Lei nº. 12.403/2011, que alterou a redação de diversos dispositivos no Código de Processo Penal para passar a dispor verdadeiro sistema de cautelares pessoais. Tais medidas se espelharam na legislação portuguesa (art. 197 e seguintes do Código de Processo Penal português), que em terras lusitanas recebem a alcunha de medidas de coação, as quais, a seu turno, foram inspiradas no sistema italiano (art. 280 e seguintes do *Codice di Procedura Penale*).¹³

Dentre as novas cautelares previstas, destaca-se a de 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, prevista no art. 319, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Apesar de sua previsão expressa datar de 2011, tal medida já vinha sendo aplicada pelos tribunais a título de medida cautelar atípica que, não raramente, era decretada levando-se em consideração os mesmos fundamentos que embasavam a prisão preventiva, com base no princípio da proporcionalidade¹⁴.

Questão que causa indagação e tem gerado controvérsia diz respeito à extensão da expressão “funções públicas” presente no inciso VI do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Parcela da doutrina tem defendido a limitação do alcance da expressão para afastar a aplicação aos ocupantes de cargos eletivos. Nesse sentido:

¹² PACHELLI, Eugênio. As medidas cautelares pessoais no processo penal: introdução à instrumentalidade. 29/03/2018. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/03/29/as-medidas-cautelares-pessoais-no-processo-penal-introducao-instrumentalidade/>>.

¹³ PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. Pág. 516.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94147, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 27/05/2008, DJe-107 DIVULG 12-06-2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC 114.734/ES, Rel. Ministro Paulo Gallotti. Julgado em 17/03/2009, DJe 30/03/2009.

Já quanto ao conteúdo das atividades, a interpretação há que ser restritiva, evitando-se a expansão dos horizontes da aludida medida cautelar, extremamente gravosa aos direitos fundamentais. Por função pública há que se entender toda atividade exercida junto à Administração Pública. A delimitação de seus contornos conceituais há que ser encontrada no Direito Administrativo. Compreende-se por função pública, então, toda a sorte de atividade desenvolvida na prestação de serviços pelo servidor público, o que incluiria também o emprego público sob o regime trabalhista. (...) Em caso de mandato eletivo, em que o exercício do cargo deriva de fundamentação constitucional, e, mais, vem lastreado na livre manifestação do voto popular, somente em caso de condenação eleitoral e no Código Eleitoral – todos, porém, autorizados na Constituição da República (art. 14, §§ 9º e 10, e art. 15) – é que se poderá pretender o afastamento do cargo. O fato de ser possível a prisão de alguns ocupantes de mandato eletivo – respeitados os casos de imunidade processual e material do Presidente da República e dos membros do Congresso Nacional – não autoriza a compreensão de ser cabível o afastamento do mandato eletivo. Esse, o mandato, tem como legítimo titular a soberania do voto popular. (grifos nossos)¹⁵

Em que pese o receio de parcela da doutrina, fato é que, com o advento da alteração legislativa, no campo jurisprudencial tem se firmado posição pela possibilidade de afastamento de detentor de cargo político, o que se verifica tanto nas decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal¹⁶ quanto pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁷.

Em defesa da possibilidade da aplicação da cautelar à detentores de mandatos eletivos, destaca-se o sustentado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, com brilhantismo, quando de seu voto na ADI 5526/DF ao analisar a hipótese de afastamento de um parlamentar, mas que sem dúvida pode ser estendido para outros cargos políticos:

¹⁵ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. Pág. 521.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. AC4070/DF. Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 5/5/2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário ADI 5526/DF. Rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 11/10/2017.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Quinta Turma. RHC 88.804/RN, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/11/2017, DJe 14/11/2017; BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Quinta Turma. RHC 94.002/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi. Julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019.

O afastamento de um parlamentar numa democracia não é, absolutamente, uma medida banal. Pelo contrário, é uma medida excepcionalíssima, como excepcionalíssimo há de ser o fato de um parlamentar utilizar o cargo para praticar crimes. Evidentemente, essa não é a regra, essa é a exceção e, portanto, exceção contrabalançada por exceção. A ideia de que o Poder Judiciário não possa exercer o seu poder cautelar para impedir o cometimento de um crime que esteja em curso é a negação do Estado de Direito. Significa dizer que o crime é permitido para algumas pessoas. Eu não gostaria de viver em um país que fosse assim.

Por outro lado, verifica-se que as decisões dos Tribunais Superiores têm realizado mitigações em prol dos detentores de cargos políticos, a fim de mitigar a interferência no exercício do mandato eleitoral. Nesse sentido, destaca-se o decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 5526/DF, em que se determinou a aplicação, por analogia, da regra prevista no art. 53, § 2º, da Constituição da República¹⁸, às medidas cautelares diversas da prisão, quando estas tenham o condão de impedir, direta ou indiretamente, que o parlamentar exerça seu mandato. Ressalta-se, ainda, que a Excelsa Corte, no julgamento conjunto das ADI 5823-MC/RN; ADI 5824-MC/RJ e ADI 5828-MC/MT¹⁹, fixou entendimento de que é extensível aos deputados estaduais a possibilidade de revogação das cautelares fixadas judicialmente pela Assembleia Legislativa, definindo-se a tese de que o Poder Legislativo estadual tem a prerrogativa de sustar decisões judiciais de natureza criminal, precárias e efêmeras, cujo teor resulte em afastamento ou limitação da função parlamentar.

O Superior Tribunal de Justiça também tem realizado mitigação dos efeitos das cautelares de afastamento do mandato eleitoral, mas com base no critério temporal. Isso porque, embora reconheça a possibilidade de aplicação da medida cautelar prevista no art. 319, VI, do Código de Pro-

¹⁸ § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 5823 MC/RN; ADI 5824MC/RJ e ADI5828MC/MT. Rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgados em 8/5/2019.

cesso Penal aos detentores de mandatos políticos, reputa ilegal a permanência prolongada do afastamento²⁰.

De fato, tem-se que as cautelares alternativas à prisão atendem as finalidades instrumentais do processo penal, afastando a dicotomia entre prisão e liberdade, para atender, com base no princípio da proporcionalidade, às finalidades cautelares, evitando-se o encarceramento inadequado, ou desnecessário que o caso concreto apresente.

Não há razão para excluir do âmbito de incidência do art. 319, VI, do Código de Processo Penal os detentores dos cargos eletivos. Se, por um lado, pondera-se o respeito à soberania popular manifestada no processo eleitoral, por outro, tem-se que o mandato eleitoral não pode ser encarado como couraça à persecução penal. Não obstante, tal medida não pode ser banalizada, já que tais determinações judiciais devem se atentar para a inerente densidade política da matéria, bem como sua estreita relação entre o equilíbrio dos Poderes e com a valorização da soberania popular, temas sensíveis na dinâmica constitucional.

3. ANÁLISE DE CASO CONCRETO

Tendo em consideração as peculiaridades inerentes ao afastamento do exercício do mandato eleitoral acima identificadas, analisa-se um caso concreto, julgado pelo Terceiro Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que se entendeu pela autocontenção judicial²¹ quando da análise de medidas cautelares alternativas à prisão.

O caso que ora se analisa tem como origem ação penal deflagrada em face da suposta prática dos crimes de corrupção passiva e ativa (arts. 317 e 333, do Código Penal), bem como de organização criminosa (art. 2º da Lei n.º 12.850/2013), praticados, em tese, por empresários do ramo de transporte urbano e agentes públicos, incluindo o Prefeito do município de Niterói, uma das mais relevantes cidades do Estado do Rio de Janeiro.

20 BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Quinta Turma. HC228023-SC. Rel. Min. Adilson Vieira Macabu, julgado em 19/06/2012; BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Quinta Turma. HC 449.680/BA, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. Julgado em 04/09/2018, DJe 13/09/2018

21 O presente texto visa a analisar apenas as questões já julgadas no âmbito dos Agravos Internos, na **Ação Penal Originária n.º 0068811-80.2018.8.19.0000**, que impugnavam a prisão cautelar e em que foi analisada a imposição de medidas cautelares alternativas à prisão. Os fatos apurados na ação penal originária ainda pendente de julgamento não são objeto de análise no presente estudo.

Quando do ajuizamento da ação penal, foi deferida a prisão preventiva dos envolvidos, incluindo a do Prefeito em exercício. As defesas recorreram da decisão monocrática e houve o julgamento favorável dos agravos interpostos, no sentido de revogar a prisão preventiva, com a determinação de medidas cautelares alternativas à prisão. Com exceção do Prefeito, a todos os outros que estavam segregados cautelarmente foi imposta a cautelar de afastamento das funções que ocupavam, seja no âmbito do Poder Público (secretário municipal), seja na atividade empresarial. Assim foi decidido, entre outras razões, pela aplicação da autocontenção judicial, diante das peculiaridades que o caso apresentava.

A peculiaridade no tratamento da matéria decorre da soberania constitucional do voto e da situação política específica do Município de Niterói, o que recomendou a manutenção do chefe do Executivo local no exercício de seu mandato.

Destaca-se que o Município não possuía vice-prefeito – o titular renunciou ao cargo para concorrer ao cargo de vice-governador - de tal modo que, com a prisão e afastamento do denunciado do cargo de Prefeito, quem assumiu o Poder Executivo municipal foi o Presidente da Câmara dos Vereadores. Tal situação de desestabilidade institucional demandou especial ponderação na análise da manutenção do afastamento cautelar do cargo de Prefeito.

Cumprе ressaltar ainda que, caso fosse mantido o afastamento, e tendo em consideração o tempo inerente ao processamento da ação penal, acabar-se-ia, por via transversa, a se esvaziar o restante do mandato eleitoral do Prefeito, já que a gestão terminaria, com alto grau de probabilidade, antes do término da ação penal.

Além disso, diante do fato de o Vice-Prefeito eleito ter se afastado para concorrer ao cargo de Vice-Governador, a soberania popular expressa no processo eleitoral acabaria por ser atingida mais gravemente, uma vez que, na prática, quem assumiria o restante do mandato seria o Presidente da Câmara dos Vereadores, que, por óbvio, não fora eleito com tal finalidade.

O político investigado havia sido **reeleito** com quase 60% (sessenta por cento) dos votos válidos, e tal expressão popular, embora não seja o único fator de análise, não poderia ser desconsiderada pelo Poder Judiciário na apreciação das medidas cautelares penais.

O Poder Judiciário, por um lado, não deve se curvar à opinião pública ou ao clamor popular quando do exercício de seu labor de dizer o direito com força de definitividade. Não obstante, tampouco deve exercer a sua atividade desconsiderando os efeitos práticos e consequências políticas de suas decisões, mormente em se tratando de matéria inerente ao respeito às decisões democráticas, derivadas do voto, particularizada por não se tratar de eleição, mas renovação do mandato popular e de uma das mais relevantes cidades do Estado do Rio de Janeiro, a qual já foi, inclusive, capital.

Concluiu-se que o afastamento do acusado do cargo de Prefeito seria inadequado e se revelaria desproporcional.

Assumiu-se, portanto, postura que, em privilégio à soberania popular, da qual emana todo o poder constitucional, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República, realizou-se a autocontenção da atuação judicial ao se deixar de determinar o afastamento do denunciado da função no Executivo Municipal.

Conforme se viu, em que pese a autocontenção ter aplicação, primordialmente, no âmbito da jurisdição constitucional quando do exercício do controle de constitucionalidade, aplicável também à hipótese em análise, porquanto a decisão relativa à privação da liberdade e/ou restritiva de direitos implica necessariamente em choque entre direitos e garantias fundamentais, mais especificamente entre os direitos individuais garantidos no art. 5º, incisos LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”); LXI (“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”); e LXVI (“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”) e os direitos políticos assegurados no art. 14, todos da Constituição da República, e tudo sob o abrigo da **soberania popular**, erigido a princípio constitucional **fundamental** (art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*”).

Havendo colisão entre Direitos Fundamentais, a contextualização fática, social e política será a balizadora da solução que melhor atenda à sociedade ou lhe minore as consequências.

Com efeito, a manutenção do Prefeito em seu mandato constitucional decorreu não apenas da desnecessidade da cautelar diante dos elementos fáticos concretos, mas também do respeito ao equilíbrio institucional entre os Poderes Municipais, dada a situação de anencefalia que restaria provocada no Poder Executivo, bem como pelo respeito à soberania popular expressada reiteradamente no processo eleitoral, vez que o Prefeito foi reeleito para o cargo.

Desse modo, deixou-se de promover ou manter o afastamento do acusado do cargo de Prefeito, e teve-se as demais medidas cautelares alternativas à prisão - comparecimento periódico, proibição de contato com os corrêus, proibição de saída do estado ou do país sem prévia autorização - como suficientes às funções instrumentais.

CONCLUSÃO

Em que pese a autolimitação judicial, entendida como princípio funcionalmente limitativo, ter origem no campo da jurisprudência constitucional estadunidense, mormente no controle de constitucionalidade dos atos editados pelos demais Poderes, tem-se que, diante das peculiaridades do afastamento cautelar do cargo eleitoral no âmbito do processo penal, também é possível a utilização dos critérios de autolimitação como razão de decidir.

Circunstâncias concretas, como as verificadas no caso judicial analisado, indicavam a manutenção do agente político no exercício da Chefia do Executivo Municipal, em exercício de compreensão da autolimitação do exercício da jurisdição penal no caso.

As situações particulares levadas em consideração perpassaram a constatação de que inexistia Vice-Prefeito, por ter este renunciado ao cargo em momento posterior à posse, gerando situação de instabilidade entre os Poderes locais, já que o Executivo seria assumido pelo Presidente da Câmara de Vereadores, evidentemente sem a representatividade democrática necessária à condução de um dos mais relevantes municípios do Estado do Rio de Janeiro. Além disso, verificou-se que o Prefeito afastado havia sido reeleito, o que sinalizava, com especial ênfase, a sua legitimidade democrática, bem como o fato de que a manutenção do afastamento cau-

telar ao longo do processo acabaria, na prática, por esvaziar o restante do mandato eleitoral, tendo em vista o tempo natural da instrução processual.

Viu-se, portanto, que o princípio limitativo da atuação jurisdicional se afigura instrumento jurídico-teórico útil não apenas a decisões no âmbito do controle de constitucionalidade, mas também em matérias outras que envolvam o respeito à divisão de Poderes e à soberania popular, como é o caso do afastamento cautelar de ocupante de cargo eleitoral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In *Synthesis*, v.5. n. 1, 2012. ps. 23-32. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Quinta Turma. RHC 88.804/RN, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/11/2017, DJe 14/11/2017.

_____. Superior Tribunal De Justiça. Quinta Turma. HC228023-SC. Rel. Min. Adilson Vieira Macabu, julgado em 19/06/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC 114.734/ES, Rel. Ministro Paulo Gallotti. Julgado em 17/03/2009, DJe 30/03/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 4874/DF. Rel., Min. Rosa Weber. J. 01/02/2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28DEFER%CANCIA+T%C9CNICO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y22d3glc>>. Acesso em 20 de setembro de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 94147, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 27/05/2008, DJe-107 DIVULG 12-06-2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário ADI 5526/DF. Rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 11/10/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 5823 MC/RN; ADI 5824MC/RJ e ADI5828MC/MT. Rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgados em 8/5/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. AC4070/DF. Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 5/5/2016

CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Caso Securities and Exchange Commission v. Chenery Corporation et al. 1943*. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/318/80>>. Acesso em 20 de setembro de 2019.

GUEDES, Néviton. O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>>. Acesso em 18 de setembro de 2019.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. *As medidas cautelares pessoais no processo penal: introdução à instrumentalidade*. 29/03/2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/03/29/as-medidas-cautelares-pessoais-no-processo-penal-introducao-instrumentalidade/>>.

STACK, Kevin M. *The Constitutional Foundations of Chenery*. Yale Law Journal. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/pdf/520_vohvg5vq.pdf>. Acesso em 19 de setembro de 2019.