

Andrada: Não cabe suspensão de liminar contra decisões em HC

21/12/2021

"Sempre que se procede contra o habeas corpus está-se a cortar algo que proveio da espiritualidade humana e tal atitude basta para se caracterizar o regime em que se está" [1] . Essa passagem é de uma das mais célebres obras já escritas sobre Habeas Corpus, *História e Prática do Habeas Corpus*, de Pontes de Miranda, cujo falecimento completará 42 anos no próximo dia 22.



Não é difícil imaginar o que pensaria o mestre alagoano

— se vivo ainda estivesse — ao ler as decisões proferidas pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, ao suspender liminares concedidas em Habeas Corpus, em sede de suspensão de liminar [2] .

Os institutos de "*Suspensão de Liminar*" e de "*Segurança*" estão previstos nas Leis 8.038/90, 8.437/92 e 12.016/09 e também nos regimentos dos tribunais. Trata-se de institutos bastante extravagantes que concedem aos presidentes de tribunais a possibilidade de suspender, *em alguns casos*, os efeitos de decisões concedidas contra o "*Poder Público*", sem prejuízo dos recursos eventualmente cabíveis e com base em fundamento eminentemente *político e discricionário* [3] .

Justamente por serem restritos à proteção do "*Poder Público*", o uso é quase que restrito à advocacia pública, tornando-os pouco conhecidos pelos advogados em geral, sobretudo para aqueles que militam fora do Direito Administrativo.

A primeira restrição legal diz respeito à *legitimidade* para propositura das medidas de contracautela. Segundo as referidas leis, são partes legítimas "*a pessoa jurídica de direito público interessada*" e o "*Ministério Público*". É verdade que, com o tempo, a jurisprudência alargou essa legitimidade, "*no sentido de que não só a entidade pública como também o órgão interessado têm legitimidade para pleitear a suspensão da liminar, e ainda as pessoas e órgãos de direito privado passíveis da segurança*" [4] . Essa extensão aos agentes privados ocorreu sob

influência do atual desenho constitucional da Ordem Econômica, que permite intensa participação da iniciativa privada na prestação de serviços públicos [5] .

De forma controversa, a jurisprudência também passou a admitir a legitimidade de agentes públicos que foram afastados de seus cargos em ações penais e em ações de improbidade — notadamente cargos eletivos — tendo em vista o interesse público envolvido na matéria [6] .

Ainda no que toca à legitimidade, discute-se se, nas instâncias superiores, somente o Procurador-Geral da República poderia representar o MP, diante da redação do artigo 25 da Lei 8.038/90 e do artigo 297 do RISTF. A respeito desse assunto, o ministro Lewandowski, na SL 798, abriu vista à PGR para se manifestar acerca da legitimidade do *parquet* estadual para formular tais pedidos diretamente à Corte. Na referida SL, a PGR se manifestou pela *ilegitimidade* do *parquet* estadual. Contudo, a Presidência não chegou a aprofundar na questão, pois a PGR assumiu o pedido do MP local, perdendo-se o objeto da discussão.

A segunda restrição diz respeito ao *cabimento*, limitado às "*ações movidas contra o Poder Público*". O artigo 4º da Lei 8.437/92 prevê que "*Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas*".

Apesar de não haver um conceito preciso do que seja "*Poder Público*", a expressão tem sido lida como equivalente a "*Administração Pública*" ou a "*Fazenda Pública*", ou seja, está relacionada às funções executivas e administrativas. Scarpinella Bueno explica que "*Poder Público deve ser entendido como a pessoa jurídica ou ente que exerce função administrativa e que atua, consequentemente, sob o manto de um regime jurídico de direito público*" [7] . Por isso, a contracautela tem sido usualmente utilizada em mandados de segurança, ações civis públicas e ações populares — ações que são expressamente mencionadas nas leis que instituem as medidas de suspensão. Há tempos a prática judicial também tem associado as medidas de cautela às questões administrativas:

"Interpretando construtivamente e com largueza a 'ordem pública' o então presidente do TFR (e posteriormente ministro do STF) José Néri da Silveira explicitou que nesse conceito se compreende a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas. o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas. Realmente, assim há que ser entendido o conceito de ordem pública para que o presidente do Tribunal competente possa resguardar os altos interesses administrativos, cassando liminar ou suspendendo os efeitos da sentença concessiva de segurança quando tal providência se lhe afigurar conveniente e oportuna." (MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 116-117).

Ainda dentro das hipóteses clássicas de cabimento — ou seja, contra atos *administrativos que causem grave lesão* — a jurisprudência tem admitido o uso das medidas de contracautela

somente de forma excepcionalíssima e, mesmo assim, quando houver demonstração do *efeito multiplicador* da medida questionada, sem o qual não há que se falar em grave lesão à ordem administrativa [8] .

Segundo o ministro Joaquim Barbosa, "*a cognição do pedido exige a demonstração inequívoca de risco de iminente ruptura social ou de ruína institucional decorrente diretamente da decisão que se pretende suspender*" [9] . Essa excepcionalidade se justifica pelo caráter eminentemente político da medida e para se evitar supressão de instância e substituição indevida do sistema recursal, funcionando como uma via expressa de acesso aos tribunais, com burla às regras de competência.

Definidas essas primeiras balizas, surge a questão: é correto o uso em matéria penal? Como alertou Douglas Fischer [10] , podemos dizer que ao menos o *uso* da contracautela nessa seara não é *inédito* (o que não significa que seja *correto*).

A primeira hipótese (e mais comum) do uso da SL no processo penal (e também em sede de improbidade administrativa e processos de *impeachment*), diz respeito à aplicação de medidas cautelares que afastam agentes públicos de seus cargos, sendo corriqueiro o uso por detentores de mandatos eletivos. Há inúmeros precedentes neste sentido, tanto no STJ [11] como STF [12] .

Nestes casos, apesar da controvérsia da matéria, a especificidade da situação parece justificar o seu uso: o interesse do *agente público*, indevidamente afastado de seu cargo, *coincide* com o *interesse público* e do próprio órgão/ente público envolvido. Por exemplo, o afastamento abusivo de um Prefeito atenta contra os interesses do próprio Município e dos eleitores, revestindo-se a questão de inegável interesse público. Ademais, este tipo de afastamento, via de regra, vem acompanhado de profundas alterações administrativas (nomeações, exonerações, alterações de políticas públicas, por exemplo). Por isso, nos parece correto o uso da contracautela nestas hipóteses.

A situação se torna mais tormentosa nos casos penais que envolvam a concessão de Habeas Corpus, que são muito mais raros, embora também não sejam *inéditos*. Há ao menos dois casos emblemáticos de deferimento do pedido de contracautela no STF antes da Presidência do ministro Fux.

Na SL 453 MC/RJ, o então presidente do STF, Cezar Peluso, concedeu pedido de Suspensão de Liminar formulado pelo Estado do RJ contra decisão concessiva de Habeas Corpus pelo TJRJ que autorizou a transferência do paciente de presídio de segurança máxima em Mossoró-RN, para um estabelecimento no RJ.

Aqui, há alguns aspectos do caso a serem destacados. O primeiro, que se trata de pedido formulado por *ente público*, no caso, o Estado do RJ. Portanto, no que toca à legitimidade, não restam dúvidas. O segundo aspecto, diz respeito ao fato de que, ainda que se trate de

suspensão de decisão concessiva de Habeas Corpus, a concessão da contracautela não alteraria a situação de restrição de liberdade do apenado, que continuaria preso, fosse concedido ou não o pedido do ente público. Portanto, neste caso, o HC não estava sendo usado em sua função precípua de garantia do direito de ir e vir, adquirindo uma natureza material próxima a do mandado de segurança. No mais, a questão da transferência extrapola a questão penal e tangencia também uma questão *administrativa* de gestão prisional. Por essas questões, a concessão da contracautela, apesar de discordarmos, não é *teratológica* ou *absurda*.

O outro caso é a SL 787 MC, que tem como pano de fundo uma situação curiosa. No ano de 2014, a Defensoria Pública do RS passou a impetrar uma série de Habeas Corpus questionando a disposição cênica do Tribunal do Júri, pleiteando a concessão da ordem para que as partes (MP e Defesa) tivessem posição de igualdade no plenário. À época, algumas liminares foram deferidas, o que fez com que o MPRS fosse ao STF, via Suspensão de Liminar, combatê-las. O então presidente do STF, ministro Joaquim Barbosa, deferiu a contracautela e suspendeu as liminares deferidas pelo TJRS.

Neste caso, nos parece que houve evidente desvirtuamento do instituto. A uma, pois o MPRS sequer seria parte legítima para requerer a contracautela no STF, pois, nas instâncias superiores, a legitimidade é da PGR. A duas, pois as decisões proferidas pelo TJRS, apesar de terem como autoridade coatora um agente público, não se dirigiam ao "*Poder Público*" no exercício de *atividade administrativa*. A três, pois não haveria, sejamos francos, qualquer *grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas* em alterar a disposição cênica do plenário do Tribunal do Júri. Basta ver a decisão e o pedido do MPRS para que se perceba que os argumentos são puramente de *controvérsia jurídica*, que deveria ser discutida nas instâncias cabíveis através dos meios *recursais* próprios.

De toda forma, o fato de existirem precedentes do Supremo não encerra a discussão da matéria, sobretudo pelo fato de que são pouquíssimos julgados (e monocráticos).

A nosso ver, o primeiro aspecto que impede a utilização da contracautela em face de decisões proferidas em HCs diz respeito ao fato de que o Habeas Corpus é garantia constitucional erigida à condição de cláusula pétrea e que visa resguardar o direito à liberdade. A liberdade das pessoas, em um Estado Democrático de Direito, deve ser assegurada por critérios *jurídicos* objetivos, e não por questões de *conveniência* e *oportunidade* de autoridades, ou seja, por critérios *políticos*. No entanto, o entendimento da jurisprudência é no sentido de que "*as razões que autorizam o presidente do Tribunal, competente para o recurso, a suspender efeitos de liminares ou de segurança concedidas, são razões políticas*" [13], possuindo os presidentes dos tribunais poderes *discricionários* para definir acerca de seu deferimento ou não. Isso é completamente *incompatível* com a função precípua do *habeas corpus*, que é a proteção da liberdade. Recorremos mais uma vez a Pontes de Miranda, que em sua citada obra dizia que "*onde há violência à liberdade física e ao direito certo, não há mais caso político; há um atentado suscetível de amparo judicial*". Portanto, a natureza *política* e *discricionária* do instituto é inadequada ao sistema de proteção à liberdade.

O segundo indicativo decorre do controle de convencionalidade. A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 7, "item 6", veda que os Estados Partes restrinjam direito a

recurso a um tribunal competente e, ainda, determina que os tribunais decidam sobre a *legalidade* das prisões (ou seja, a CADH assegura a observância de critérios *jurídicos* e não *políticos* na defesa da liberdade).

O terceiro indicativo de não cabimento de SL e SS contra decisões proferidas em HCs decorre da ausência de previsão legal. Como já dissemos, as leis que concedem aos presidentes de tribunais a possibilidade de concessão de contracautela não mencionam, em momento algum, Habeas Corpus. Tais atos normativos que regulam a matéria sempre se referem a outras ações. E nem se diga que os Habeas Corpus constituiriam "*ações movidas contra o Poder Público*", pois não é esse o sentido técnico-jurídico utilizado na lei, deve ser relacionado às funções administrativas do "*Poder Público*".

De toda forma, normas que restringem direitos fundamentais devem ser interpretadas restritivamente. No mesmo sentido, a jurisprudência dos tribunais superiores é pacífica no sentido de que a competência das instâncias extraordinárias deve ser interpretada restritivamente (vide o que aconteceu com o foro por prerrogativa de função...). Portanto, se o STF pretende ser coerente com sua jurisprudência defensiva, não deve alargar as hipóteses de cabimento das medidas de contracautela — mas, sim, fazer o oposto e restringi-las.

O quarto indicativo está na Lei 8.038/90, que trata de "normais procedimentais" perante o STJ e STF. Nesta Lei, o Habeas Corpus é disciplinado em capítulo próprio, limitando-se a dizer que a ele se aplicam "*as normas do Livro III, Título II, Capítulo X do Código de Processo Penal*" (artigo 23). Em outro capítulo, a Lei trata de "*outros procedimentos*", dentre eles mandado de injunção e *habeas data*, remetendo-os às normas específicas do mandado de segurança (artigo 24, parágrafo único). Percebe-se, portanto, que a Lei concedeu tratamento diferenciado ao Habeas Corpus e ao mandado de segurança, situando-os em capítulos distintos e sujeitando cada um deles a um tratamentos jurídicos independentes.

Portanto, pode-se dizer que nosso ordenamento jurídico não autoriza a suspensão de decisões liminares (ou de mérito) que concedem *habeas corpus* no âmbito de Suspensão de Liminar. Deste modo, as decisões proferidas pelo ministro Fux, tanto na SL 1.395 (Caso "André do Rap"), quanto na SL 1.504 (Caso "Boate Kiss"), são inconstitucionais e ilegais. Gostaríamos de avançar ainda mais na análise destes casos concretos, notadamente este último, mas a extensão do presente artigo nos recomenda parar por aqui.

Não poderíamos deixar de registrar, no entanto, que o artigo 4º, §3º da Lei 8.437/90 assegura a interposição de agravo ao Plenário contra a decisão monocrática do Presidente. Caberá às ministras e aos ministros do STF o exercício do papel de *Guardiões da Constituição*, para restringir as hipóteses de cabimento das medidas de contracautela. De toda forma, caso seja mantida a decisão do ministro Fux, ficará a cargo do Congresso Nacional editar norma afastando o uso da contracautela nestes casos e assegurando o óbvio: a liberdade.

- [1] MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus*, vol. 1, 3ª ed. Campinas, Bookseller, 2007, p. 38.
- [2] STF, SL 1.395 e SL 1.504.
- [3] "A decisão suspensiva da execução de medida liminar em mandado de segurança, na forma do art. 4º da Lei n. 4.348/64, não se sujeita a recurso especial, em face de seu viés eminentemente político". (MC 4.507/SP, relator ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. em 22/08/2006).
- [4] MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança e ações constitucionais. São Paulo: Malheiros, 38ª ed., 2019, p. 115.
- [5] *opere citado*, p. 115, Nota de Rodapé nº 234.
- [6] A respeito da ampliação dessa legitimidade, sugere-se a leitura da decisão proferida pela Min. Rosa Weber na SL 1418/RJ.
- [7] BUENO, Cassio Scarpinella. Inconstitucionalidade das Novas Regras da Suspensão de Liminar em Mandado de Segurança. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/cat-parallel/51-13-inconstitucionalidade-das-novas-regras-da-suspensao-de-liminar-em-mandado-de-seguranca.html> (acesso em 17/12/2021).
- [8] STJ, AgRg na SLS 1374, ministra ARI PARGENDLER, p. em 23/09/2011.
- [9] STF, SL 766/RS, j. 12/03/2014.
- [10] FISCHER, Douglas. Cabe suspensão de liminar em matéria penal? Disponível em: <https://temasjuridicospdf.com/cabe-suspensao-de-liminar-em-materia-penal/>. Acesso em 16/12/2021.
- [11] STJ. AgInt na SLS 2492/MG, p. em 12/06/2019.
- [12] STF, SL 924/MG, j. 23/02/2016 e STF, SL 907/ES, j. 20/0/2015.
- [13] STF, Rcl 1705 MC, j. 09/10/2000.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-dez-21/andrada-descabimento-suspensao-liminar-decisoes-hc/>