

- (13) Cite-se o voto vencido (isolado) do Ministro Rogério Schietti Cruz, que valorou a importância de se dar interpretação diferente ao art. 18 do CPP, em face da sentença da Corte IDH. Em síntese, o art. 18 ambiciona evitar ações arbitrárias e até mesmo vingativas de autoridades policiais e ministeriais na reabertura de inquérito policial arquivado. Não pode ser interpretado para impedir a realização de justiça exigida por um tribunal internacional imparcial como a Corte IDH. Superior Tribunal de Justiça, Resp 1.351.177, Rel. para o Acórdão Min. Sebastião Reis Júnior, julgamento de 15-03-2016, DJe 18-04-2016.
- (14) Ver comentários sobre todas as sentenças da Corte IDH contra o Brasil em RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos...*
- (15) RAMOS, André de Carvalho. Crimes da Ditadura Militar: a ADPF n. 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Crimes da ditadura militar: sua*

análise à luz da jurisprudência interamericana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 174-225.

- (16) RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos...* p. 346-348.

André de Carvalho Ramos

Doutor e Livre-Docente em Direito Internacional pela USP.
Professor de Direito Internacional da USP.
Procurador Regional da República.
Ex-Secretário de Direitos Humanos e Defesa Coletiva da
Procuradoria-Geral da República (2017-2019).
ORCID: 0000-0003-3157-8262
carvalhoramos@usp.br

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Supremo Tribunal Federal

Não se revela suscetível de conhecimento, por incabível, recurso de agravo (“agravo regimental”) contra decisão do Relator, que, motivadamente, defere ou indefere pedido de medida liminar formulado em sede de “*habeas corpus*” originariamente impetrado perante o Supremo Tribunal Federal. Precedentes. (STF – Tribunal Pleno – AgRg na MC no HC 94.993/RR – rel. **Celso de Mello** – j. 26.11.2008 – public. 13.02.2009 – **Cadastro IBCCRIM 6117**)

Anotação

Raphael Debes Chan Spinola Costa

Agravo contra decisão liminar em habeas corpus no Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento no sentido de ser incabível agravo regimental contra decisão de medida liminar em *habeas corpus*, conforme mencionado precedente do Tribunal Pleno, constantemente reafirmado em decisões monocráticas exaradas pelos eminentes Ministros.

Em tempos de Operação Lava Jato, a impetração de *habeas corpus* tem se intensificado perante o Supremo Tribunal Federal, sobretudo para combater decretos de prisão preventiva apontados como ilegais.

Buscando cessar imediatamente a ilegalidade, o remédio heroico vem acompanhado de pedido de medida liminar, que é julgado, em regra, monocraticamente pelo relator sorteado ou preventivo.

Questiona-se, porém, a possibilidade de impugnação da decisão de medida liminar proferida pelo relator, concessiva ou denegatória, por meio do agravo previsto nos artigos 39 da Lei 8.038/90 e 317 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF).⁽¹⁾

No início da década de 1990, por ocasião do julgamento do agravo regimental no HC 69.331/RJ, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu pela impossibilidade de interposição de agravo contra decisão liminar em *habeas corpus*, aplicando-se, por analogia, o

mesmo posicionamento adotado pela Corte em relação ao mandado de segurança, “*ante a ausência de justificativa para tratamento diverso aos dois institutos*” (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 09.10.92).⁽²⁾

O Supremo Tribunal Federal entendia que as Leis 1.533/51 e 4.348/64, que tratavam do mandado de segurança, não previam a possibilidade de recurso contra decisão liminar do relator, e que o agravo previsto no Regimento Interno da Corte relacionado ao mandado de segurança tem como finalidade combater decisão específica do Presidente (art. 297 do RISTF).⁽³⁾

Posteriormente, em 1995, o Pleno teve a oportunidade de avaliar a questão, prevalecendo novamente o entendimento, por maioria de votos, de que o julgamento da liminar em *habeas corpus* deve ser feito exclusivamente pelo relator, argumentando, para tanto, ser necessário “*pôr termo à sucessiva recorribilidade das decisões*”; o eventual prejuízo do pronunciamento antecipado do colegiado sobre os requisitos da prisão, em especial o *fumus commissi delicti*; e que a tramitação do *habeas corpus* “*é rápida*” (AgRg no HC 70.937/PA, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 10.11.95).

A jurisprudência da Suprema Corte, então, sem o devido aprofundamento do tema e sempre fazendo referência às decisões anteriores, consolidou-se no sentido de não ser suscetível de conhecimento, “*por incabível, recurso de agravo (‘agravo regimental’) contra decisão do Relator, que, motivadamente, defere ou indefere pedido de medida liminar formulado em sede de ‘habeas corpus’ originariamente impetrado perante o Supremo Tribunal Federal*” (AgRg na MC no HC 94.993/RR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 13.02.09).⁽⁴⁾

Referido entendimento passou a ser adotado em diversos Tribunais do país.⁽⁵⁾

Desde 2009, no entanto, as razões invocadas nos precedentes firmados pela Suprema Corte não mais seriam suficientes para impedir a interposição de agravo regimental contra decisão que indefere o pedido liminar da parte impetrante.

Em relação à aplicação por analogia dos regramentos do mandado de segurança, com a entrada em vigor da Lei 12.016/09, a decisão liminar proferida no *mandamus* passou a

ser impugnável por meio de agravo (art. 16, parágrafo único),⁽⁶⁾ razão pela qual não subsiste o argumento para impedir a análise do agravo regimental do impetrante em *habeas corpus*.

A inovação legislativa mostra-se absolutamente adequada, considerando que, por vezes, apenas a imediata suspensão do ato coator impedirá o perecimento do direito.⁽⁷⁾

Tratando-se de constrangimento manifestamente ilegal à liberdade, a garantia de pronunciamento judicial célere se revela ainda mais indispensável, como registrou **Nelson Hungria** quando ocupou a nobre função de Ministro da Suprema Corte: “*Um dia de privação de liberdade jamais poderá ser restituído. O nobre advogado do paciente diz que só Deus pode reparar essa transitória perda de liberdade. Nem Deus, porém, pode fazê-lo. É a única coisa que Deus não pode fazer: tornar ‘desacontecido’ aquilo que já aconteceu. Deus nos pode ferir de amnésia, para que esqueçamos o fato, como pode crescer de um dia livre a vida do prejudicado, mas não suprimir no passado o dia de privação de liberdade*” (HC 36.801/DF, Rel. Min. Rocha Lagôa, j. em 26.08.53).

A decisão liminar em *habeas corpus*, embora não prevista em lei, decorre de sólida e definitiva construção jurisprudencial, ao interpretar o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. É, nas palavras de **Fernando da Costa Tourinho Filho**, “*uma das mais belas criações da nossa jurisprudência*”.⁽⁸⁾

Atualmente, grande parte dos Tribunais incorporou a liminar em *habeas corpus* no seu regimento interno (vide: arts. 21, IV e V, e 191, do RISTF).

Embora o *habeas corpus* tenha prioridade de julgamento na Suprema Corte (art. 149, II, do RISTF), a excessiva quantidade de processos atualmente em tramitação praticamente inviabiliza a prestação jurisdicional dentro de prazo razoável, nos termos do que preconiza a Constituição Federal (art. 5º, LXXVIII), tornando ainda mais relevante eventual reanálise do pedido liminar.⁽⁹⁾

Com a entrada em vigor da Lei 12.403/11, o sistema binário (prisão preventiva ou liberdade provisória) anteriormente previsto na legislação processual penal sofreu significativa alteração, possibilitando ao magistrado aplicar medidas cautelares alternativas ao cárcere (art. 282 e seguintes do Código de Processo Penal).

Sem que seja necessário o aprofundamento na análise do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, é possível, em sede liminar e apenas em juízo de proporcionalidade, a substituição da prisão por medidas cautelares alternativas enquanto se aguarda o julgamento final do *writ*, sem que isso comprometa eventual avaliação do colegiado acerca do mérito do *habeas corpus*.

Assim, considerando ainda o entendimento estabelecido no HC 105.959/DF (Rel. para acórdão Min. Edson Fachin, DJe 15.06.16), no sentido de também ser incabível *habeas corpus* para impugnar decisão monocrática de Ministro, não pode a Suprema Corte, guardiã dos direitos e garantias constitucionais, diante da autorização legal e regimental, deixar de reavaliar, em recurso de agravo, o pedido liminar rejeitado monocraticamente pelo relator: “*Não se há negar jurisdição ao que reclama prestação do Poder Judiciário, menos ainda deste Supremo Tribunal, quando se afigure ilegalidade flagrante*” (STF, HC 89.681/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 02.02.07); “*diante de flagrante violação à liberdade de locomoção, não pode a*

Corte Suprema, guardiã-maior da Constituição, portanto dos direitos e garantias constitucionais, quedar-se inerte” (STF, HC 86.864/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 16.12.05).

Por outro lado, o agravo regimental ou interno apresentado pela Procuradoria-Geral da República contra decisões liminares em *habeas corpus* são, de fato, incabíveis, pois o *Parquet* não figura como parte na impetração.

Segundo dispõe o artigo 317 do RISTF, caberá agravo regimental, no prazo de cinco dias, contra decisão de Relator “que causar prejuízo ao direito da parte”.

Por sua vez, a Lei 8.038/90, que trata da ação penal originária e dos recursos para o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, também possibilita o agravo regimental contra decisão de Relator “que causar gravame à parte” (art. 39).⁽¹⁰⁾

Nos Tribunais, os autos relativos a processos de *habeas corpus* são remetidos ao Ministério Público para elaboração de parecer, no prazo de dois dias, antes de serem conclusos ao Relator para julgamento (art. 1º, §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei 552/69). No âmbito do Egrégio Supremo Tribunal Federal, a tramitação do *habeas corpus* está regulamentada nos artigos 188 a 199 do RISTF, sendo o prazo de dois dias para parecer ministerial também reproduzido na estrutura regimental (art. 192, § 1º).

O Ministério Público, ao apresentar parecer em autos de *habeas corpus*, atua na qualidade constitucional de *custos legis*, ou seja, no exercício da atividade fiscalizadora do exato cumprimento da lei e correta aplicação do direito (arts. 127, *caput*, da Constituição Federal, e 257, II, do Código de Processo Penal): “*O Ministério Público, no processo de ‘habeas corpus’ – que configura processo penal de caráter não condenatório –, desempenha a típica função institucional de ‘custos legis’*” (STF, HC 109.598/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 04.05.15).

Veja-se que o artigo 1º, § 1º, do Decreto-Lei 552/69, prevê que, quando não atendido o prazo de dois dias para manifestação, “os autos, com ou sem parecer serão conclusos ao relator para julgamento”. Embora de indiscutível relevância, o parecer do Ministério Público é dispensável, revelando, também por tal aspecto, que a posição por ele ocupada na relação processual é distinta da posição de parte.

O próprio RISTF, em seu artigo 52, parágrafo único, possibilita que o Relator do *habeas corpus* dispense a vista dos autos ao Procurador-Geral quando “*houver urgência*” ou “*a matéria versada no processo já houver o Plenário firmado jurisprudência*”, reforçando a posição de fiscal da lei do Ministério Público na ação constitucional.

Por isso, a atuação do *Parquet* nessa condição será imparcial e, como assentou o eminente Ministro Francisco Rezek, “*substancialmente distinta daquela das partes, e substancialmente análoga à do juiz*” (STF, ADI 758/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 08.04.94).

O fato de o Ministério Público, em seu parecer, eventualmente corroborar as alegações apresentadas pelo membro oficiante nos autos, nas instâncias ordinárias, não altera sua posição equidistante na relação processual.⁽¹¹⁾

Nesse contexto, não há como confundir as funções constitucionais do Ministério Público de defensor da ordem jurídica, isenta e opinativa, com a de titular da ação penal em

que se busca o *jus puniendi*.⁽¹²⁾

Justamente por não figurar como parte é que se consolidou entendimento nos Tribunais no sentido de que, após apresentação de parecer ministerial em segundo grau ou em instâncias extraordinárias, não há contraditório a ser assegurado à parte Impetrante.⁽¹³⁾

Interpretar a atuação do *custos legis* de forma diversa inverteria a própria lógica do devido processo legal, conferindo à acusação a oportunidade de se pronunciar sobre os fatos por último, em evidente afronta ao artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal e à legislação processual penal.

Além disso, não há como a Procuradoria-Geral da República interpor agravo regimental ou interno, na qualidade de “parte”, pugnando pelo restabelecimento da prisão e, posteriormente, apresentar manifestação isenta, nos termos do que determina a lei e a Constituição Federal: “*afigura-se inviável, por parte de qualquer agente público ou político, o exercício de uma fiscalização isenta após este mesmo agente ter atuado na defesa de interesse controvertido no seio de uma relação processual*” (STJ, HC 136.771/GO, Rel. para acórdão Min. Jorge Mussi, DJe 19.12.11).

Excetuada a hipótese de *custos legis*, o representante do Ministério Público poderá figurar, em situações excepcionais, como Autoridade Coatora em *habeas corpus*, manifestando-se por meio de informações, bem como Impetrante, nos termos do artigo 654 do Código de Processo Penal, desde que tenha como finalidade a tutela da liberdade de locomoção ilicitamente ameaçada, conforme precisa lição de **Tales Castelo Branco**: “*A legitimação do Ministério Público para impetrar habeas corpus não o desobriga, todavia, de ostentar, claramente, o interesse de agir em favor da liberdade do paciente. A nenhum pretexto é lícito ao Ministério Público valer-se do remédio heroico, para defender interesses do Estado, ou buscar benefício que venha ajudar a acusação*”⁽¹⁴⁾.

Qualquer outra intervenção por parte de seus membros na ação mandamental não encontra respaldo legal ou regimental.⁽¹⁵⁾

Conclui-se, portanto, que apenas o agravo contra decisão que indefere pedido liminar em *habeas corpus* deve ser conhecido e analisado pelo colegiado, pois a Procuradoria-Geral da República não figura como parte na impetração, devendo o relator negar seguimento ao recurso ministerial, nos termos do artigo 21, § 1º, do RISTF, em razão de ser manifestamente incabível.

Notas

- (1) “Art. 39 – Da decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator que causar gravame à parte, caberá agravo para o órgão especial, Seção ou Turma, conforme o caso, no prazo de cinco dias” (Lei 8.038/90). “Art. 317. Ressalvadas as exceções previstas neste Regimento, caberá agravo regimental, no prazo de cinco dias de decisão do Presidente do Tribunal, de Presidente de Turma ou do Relator, que causar prejuízo ao direito da parte” (RISTF).
- (2) A Segunda Turma já havia decidido no mesmo sentido em 25.06.91 (AgRg no HC 68.740/DF, Rel. Min. Célso Borja, DJ 12.03.93).
- (3) O entendimento quanto ao mandado de segurança chegou a ser sumulado pelo Supremo Tribunal Federal: “Não cabe Agravo Regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em Mandado de Segurança” (Súmula 622, DJ 13.10.03).
- (4) No mesmo sentido: AgRg na MC no HC 160.178/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 07.02.19; AgRg no HC 150.654/CE, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 13.12.17; AgRg na MC no HC 128.278/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 10.06.15; AgRg na MC no HC 123.291/SP, Rel. Min. Celso

de Mello, DJe 29.08.14; AgRg na MC no HC 85.769/AP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 13.02.09; AgRg na MC no HC 89.837/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16.02.07; AgRg na MC no HC 89.649-9/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 01.12.06; AgRg na MC no HC 84.788/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 20.10.04; AgRg no HC 80.284/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21.08.00; AgRg no HC 72.783/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 29.09.95; entre tantos outros.

- (5) No mesmo sentido: STJ, HC 520.296/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 10.09.19; TJSP, Agravo Regimental 2121758-53.2016.8.26.0000, Rel. Des. Camargo Aranha Filho, DJe 13.07.16; TRF3, *Habeas Corpus* 0012725-11.2014.4.03.0000/SP, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, DJe 12.08.14; entre tantos outros.
- (6) O enunciado da Súmula 622/STF foi declarado insubsistente pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do agravo regimental no MS 28.177/DF, em 18.12.09, tendo em vista a entrada em vigor da Lei 12.016/09.
- (7) “A verdade é que, no curso da demanda, surgem com bastante frequência atos jurisdicionais ilegais, cuja execução é apta a provocar dano irreparável a uma das partes. (...) Nesses casos, o único meio capaz de evitar o dano é o mandado de segurança, notadamente pela suspensão liminar do ato impugnado” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 399).
- (8) *Processo penal*. v. 1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 679.
- (9) “A realidade pública e notória enfrentada pelo STJ e por esta Corte, marcada pela excessiva carga de processos, impede a plena realização da garantia constitucional do julgamento célere” (STF, HC 100.498/PI, Rel. Min. Eros Grau, DJe 29.10.09).
- (10) O agravo interno previsto no Código de Processo Civil não se aplica aos procedimentos criminais, pois, no âmbito penal, há “suporte específico na Lei 8.038/90, que constitui ‘*lex specialis*’, inclusive no que concerne ao lapso temporal pertinente ao ‘agravo interno’, tendo em vista a circunstância de o art. 39 dessa mesma Lei nº 8.038/90, que incide no tema ora em exame, não haver sido derogado pelo novíssimo Código de Processo Civil, ao contrário do que ocorreu, p. ex., com os arts. 13 a 18, 26 a 29 e 38, todos do já referido diploma legislativo (CPC, art. 1.072, inciso IV)” (STF, HC 134.554/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 15.06.16).
- (11) “quando o Ministério Público atua como *custos legis*, não compõe nenhum dos polos da relação processual, ainda que se oponha às teses trazidas pelo réu” (STJ, HC 196.025/SP, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 15.06.11).
- (12) “a atuação do Ministério Público como *custos legis* (art. 127, *caput*, CF/88) não se confunde com o dever de promover a ação penal (art. 129, inciso I, CF/88), sendo nítida a diferença entre o dever de se manifestar no processo de maneira imparcial como defensor da ordem jurídica e o dever de atuar como parte (*dominus litis*) na persecução penal buscando a condenação do acusado” (STF, ARE 956.372/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 03.06.16).
- (13) “após a manifestação do Ministério Público, como fiscal da lei, não há contraditório a ser assegurado” (STF, HC 81.436/MG, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 22.02.02).
- (14) BRANCO, Tales Castelo. *Teoria e prática dos recursos criminais*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 155
- (15) “Embargos não conhecidos. (...) no *mandamus*, temos o paciente, o impetrante (que pode coincidir com a pessoa do paciente) e a autoridade coatora. Neste caso, a autoridade coatora foi o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Não consta, portanto, o Ministério Público do Estado de São Paulo. Ademais, diferentemente da ação penal pública, que busca o *jus puniendi*, o *habeas corpus* visa justamente o status liberais do agente. Assim, o Ministério Público não atuará como parte, apenas com fiscal da lei” (STJ, EDcl no HC 296.848/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 04.02.15).

Raphael Debes Chan Spinola Costa

Bacharel em Direito pela PUCSP.

Pós-graduado em Processo Penal pela Universidade de Coimbra.

Pós-graduado em Direito Penal Econômico e Corporativo pela Escola de Direito do Brasil.

Advogado.

ORCID: 0000-0002-6451-0822

raphael@cbadvogados.com.br