

**SUSPENSÃO DE LIMINAR EM MATÉRIA CRIMINAL E O
ARTIGO 316 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL A PARTIR DE
DECISÃO PROFERIDA PELO MIN. MARCO AURÉLIO (ANÁLISE DO
HC 191836/SP E DA SL 1395/SP)¹**

SUSPENSION OF THE PRELIMINARY DECISION IN CRIMINAL LAW AND
THE ARTICLE 316 OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODE FROM THE DECISION
OF MIN. MARCO AURELIO (ANALYSIS OF HC 191836/SP AND SL 1395/SP)

José Carlos Abissamra Filho²

Marcio Ortiz Meinberg³

Habeas Corpus nº 191836/SP

Suspensão de Liminar nº 1395/SP

O caso ganhou até codinome: caso do André do Rap. Em realidade, são dois casos interligados: resumidamente, no *habeas corpus* nº 191836/SP o Min. Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal – STF proferiu decisão observando o artigo 316 do Código de Processo Penal - CPP, que resultou na soltura do paciente André do Rap; já no processo de suspensão de liminar nº 1395/SP o Min. Luiz Fux (presidente do STF) “cassou” a decisão do Min. Marco Aurélio em duvidoso expediente de *suspensão de liminar*, remetendo a matéria, na sequência, ao colegiado.

Chamam atenção dois pontos, os quais serão brevemente apresentados nesse pequeno comentário: em primeiro lugar, não compete ao presidente do Supremo Tribunal Federal cassar – ou suspender a eficácia, como se queira – de decisão de outro ministro da Suprema Corte em

¹ Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1172986340/habeas-corpus-hc-191836-sp-0103803-1220201000000>. Acesso em 03/06/2021.

² Advogado criminal e diretor do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD). Membro das comissões especiais de Processo Penal, de Direito Penal e de Política Criminal e Penitenciária da OAB-SP; além de doutorando e mestre em Direito Penal pela PUC-SP. josecarlos@bvas.com.br - <https://orcid.org/0000-0002-7801-4432>.

³ Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Ibirapuera (UNIB). Advogado em São Paulo. marcio.meinberg@gmail.com - <https://orcid.org/0000-0003-4861-2500>.

matéria criminal como se fosse instância revisora; e, em segundo lugar, a decisão do Min. Marco Aurélio estava correta. Vejamos.

Quanto ao primeiro ponto, na SL 1395/SP, sustentou o Min. Luiz Fux, no exercício da presidência da Suprema Corte, em seu voto, que

A legislação prevê o incidente de suspensão de liminar como meio autônomo de impugnação de decisões judiciais, franqueado ao Ministério Público ou à pessoa de direito público interessada quando se verifique, dentre outros, risco de grave lesão à ordem e à segurança (art. 4º, *caput*, da Lei 8.437/1992; art. 15 da Lei 12.016/2009 e art. 297 do RISTF). (SL 1395 MC-Ref / SP).

Data maxima venia, salta aos olhos a impropriedade na utilização dos mencionados dispositivos legais para cassar decisão preferida em *habeas corpus*. O art. 4º da Lei 8.437/1992, por exemplo, claramente não contempla hipótese de cabimento em matéria criminal, com efeito, seu texto é claro ao dispor 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 (...)” – grifo nosso. Ora, no caso apresentado, não se tratava de ação movida contra Poder Público, mas de *habeas corpus*; não bastasse isso, não é necessário mais que um passar de olhos na Lei 8.437/1992 para constatar que ela não regula matéria criminal, o que significa que não pode ser manejada para cassar decisão proferida em *habeas corpus*!

O mesmo vale para o artigo 15 da Lei 12.016/2009 e art. 297 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - RISTF; ambos os dispositivos tratam de mandado de segurança, sendo certo que o *habeas corpus* tem regulamento próprio, os artigos 647 e seguintes do Código de Processo Penal, onde o legislador não previu, como fez com o mandado de segurança por exemplo, o expediente da suspensão da liminar.

Ora, conforme cediço, se a matéria tem regulamentação própria (tópico próprio para o *habeas corpus* justamente no Código de Processo Penal, estatuto destinado à matéria), não cabe ao intérprete trazer dispositivos de outras áreas do Direito, ainda que em interpretação sistemática ou teleológica, pois, assim fazendo, estará criando uma regra inexistente no sistema, em exercício de função que não lhe compete (a função de criar regras novas é do legislador). Ademais, em se tratando de matéria criminal, ainda que houvesse dúvida - a qual inexiste no caso aqui tratado -, essa dúvida deveria resolver-se em favor da liberdade do cidadão e não o contrário.

Ou seja, por todos os lados que se olhe, não cabe o expediente da suspensão de liminar quando proferida em *habeas corpus*. Apesar disso, em 15/10/2020 o plenário do STF

referendou a decisão do Min. Luiz Fux, ou seja, passou a admitir a possibilidade de o presidente da Corte cassar individualmente decisão de seus colegas.

Quanto ao segundo ponto, a decisão do Min. Marco Aurélio no HC 191836/SP estava correta. Com efeito, o artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, é taxativo: “Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.” (grifo nosso).

Ora, no caso, a decisão proferida pelo órgão emissor não foi revisada no prazo legal, tornando-se, portanto, ilegal. Qual é a dúvida a respeito texto legal?

Os subscritores do presente comentário lamentam que a Suprema Corte tenha emitido juízo, ainda que provisório, no sentido de que “A inobservância do prazo nonagesimal do artigo 316 do Código de Processo Penal não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos” (SL 1395/SP), pois não foi isso, conforme visto acima, que estabeleceu o legislador, mas justamente o contrário: que “deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal”.

Valendo ressaltar que o artigo 316 do CPP, objeto de toda a discussão jurídica tratada nesse brevíssimo comentário, não trouxe nenhuma novidade ao nosso sistema, mas simplesmente consolidou a excepcionalidade da prisão preventiva, a qual somente deve ser decretada ou mantida na exata medida de sua necessidade e, ainda assim, se couber dentro do objeto do processo penal – pois se não couber dentro do objeto, ou seja, da acusação, mesmo sendo necessária, não poderá ser decretada.

Vale também observar que a cassação da decisão preferida no HC 191836/SP foi totalmente inócua para o caso concreto, pois André do Rap não retornou à cadeia. Por outro lado, o estabelecimento da nova tese do STF sobre o artigo 316 do CPP certamente dificultará a concessão de novos *habeas corpus* para os mais de 250 mil encarcerados provisoriamente (sem condenação).

Tudo isso para dizer que, a nosso ver, toda a matéria foi deslocada de seu eixo de legitimidade e juridicidade: não se faz interpretação onde a lei é clara, especialmente para restringir a liberdade do cidadão, pois é flagrante violação do princípio do favor rei; da mesma forma, não cabe suspensão de liminar em casos criminais; o artigo 316 do Código de Processo Penal é claro, está em vigor e, não bastasse tudo isso, está em sintonia com as bases liberais do

nosso sistema jurídico pátrio, não podendo ter seu conteúdo restringido porque a maioria dos integrantes da Suprema Corte decidiram, ainda que de forma cautelar, ou seja, provisoriamente, em sentido contrário ao texto legal.

O que esperam os subscritores do presente comentário é a retomada da legalidade quando do enfrentamento da matéria pela Suprema Corte em momento oportuno.