

A SUSPENSÃO DE PROCESSOS CRIMINAIS E SUA (IN) COMPATIBILIDADE COM A PRISÃO E AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS

Caio Diniz Fonseca

Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal
Juiz Federal Substituto

RESUMO: Este trabalho analisa a aplicação dos artigos 1.035, § 5º e 1.037, II, do CPC aos processos criminais, com enfoque na possibilidade ou não de determinação ou manutenção de prisão e outras medidas cautelares diversas aos réus dos processos atingidos com a ordem de suspensão pelos Tribunais Superiores.

PALAVRAS-CHAVE: Processos criminais. Suspensão. Prisão. Medidas cautelares.

INTRODUÇÃO

Em julho de 2019, o Ministro Dias Toffoli acolheu pedido veiculado em petição da defesa do Senador Flávio Bolsonaro nos autos do RE nº 1.055.941, determinando a suspensão, em nível nacional, de todos os processos judiciais em andamento que versassem sobre o Tema 990 da Repercussão Geral, o qual envolve os limites de informação sobre dados bancários e fiscais que devem ser observados pelos órgãos administrativos de fiscalização e controle, como a Receita Federal, o antigo COAF e o BACEN, em sua comunicação direta – isto é, sem intervenção judicial – com o Ministério Público, para fins penais.

A aplicação do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil (CPC), pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) deixou claro que a suspensão se operaria sobre as múltiplas demandas em que se discutia a forma de transferência, para fins penais, de dados obtidos por órgãos administrativos de fiscalização e controle – incluindo o antigo COAF, atual UIF (Unidade de Inteligência Financeira).

Conquanto essa não tenha sido a primeira vez que o Supremo se valeu da regra processual civil para suspender ações penais, é certo que o impacto da medida em milhares de procedimentos investigativos e ações penais em curso envolvendo supostos atos criminosos relacionados aos chamados “crimes do colarinho branco”, incluindo fatos decorrentes da Operação Lava Jato, gerou grandes discussões e reflexões na comunidade jurídica.

Deveras, em que pese o mérito da questão constitucional suscitada no *leading case* RE nº 1.055.941 ter sido julgado no dia 28/11/2019, com fixação de tese em assentada ocorrida no dia 04/12/2019, o intuito deste escrito não é examinar a questão de fundo já apreciada pelo Supremo, senão discorrer sobre a aplicação do art. 1.035, § 5º, bem como do art. 1.037, II, ambos do CPC, aos processos criminais, com enfoque na análise da compatibilidade, ou não, da prisão e das medidas cautelares diversas destas com a suspensão dos processos, em âmbito nacional, por ordem do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, a partir da afetação de determinado tema para julgamento com repercussão geral ou como repetitivo.

1. A APLICAÇÃO DOS ARTS. 1.035, § 5º E 1.037, II, DO CPC AOS PROCESSOS CRIMINAIS

De acordo com o art. 3º do Código de Processo Penal, “*A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.*”. Precisamente com fundamento nessa norma, as disposições processuais civis vêm sendo aplicadas subsidiariamente ao processo penal há longo tempo, sem que se tivesse, quanto a isso, maior controvérsia.

Nada obstante, após a entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o “novo” Código de Processo Civil, reascendeu-se em algum nível a discussão acerca dessa aplicabilidade subsidiária, uma vez que o art. 15 do CPC prevê que, na ausência de normas que regulem os processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as suas disposições [do CPC] serão aplicadas a estes processos supletiva ou subsidiariamente.

O fato de o Código Processual Civil não trazer expressamente a possibilidade de aplicação subsidiária de suas normas ao processo penal, contudo, não impede que essa integração continue a acontecer, uma vez que ela decorre, como já dito, do próprio CPP, que autoriza de forma expressa a analogia, como uma forma de autointegração da norma.

Conforme destaca Renato Brasileiro de Lima¹, “(...) não há nenhuma razão lógica para se afastar a aplicação subsidiária do novo CPC ao processo penal, até mesmo porque tal prática já era – e continuará sendo – recorrente na vigência do antigo (e do novo) CPC.”.

Com efeito, a aplicação subsidiária do CPC ao processo criminal remanesce como expressão do art. 3º da lei processual penal, o qual não foi derogado pelo art. 15 do CPC de 2015, de modo que não há fundamento para se sustentar que, a partir da entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015, não é mais possível a invocação de normas processuais civis em ações penais, quando, por óbvio, houver omissão não proposital do CPP.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça converge muito claramente para a aplicação subsidiária ou supletiva do CPC vigente ao processo penal, conforme se denota dos precedentes firmados nos seguintes processos: REsp 1741784/PR, AgRg no RHC 105.683/RJ, RHC 37.813/SP, dentre outros.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também já reconheceu expressamente a possibilidade de integração da norma processual penal pelo atual CPC, conforme se denota do julgado abaixo ementado:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM NA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRAVENÇÕES PENAIS DE ESTABELECEER OU EXPLORAR JOGOS DE AZAR. ART. 50 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO, CONFORME A DISCRICIONARIEDADE DO RELATOR, DO ANDAMENTO DOS FEITOS EM TODO TERRITÓRIO NACIONAL, POR FORÇA DO ART. 1.035, § 5º, DO CPC/2015. APLICABILIDADE AOS PROCESSOS PENAIS. SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RELATIVA AOS CRIMES PROCESSADOS NAS AÇÕES PENAIS SOBRESTADAS. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ART. 116, I, DO CP. POSTULADOS DA UNIDADE E CONCORDÂNCIA PRÁTICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. FORÇA NORMATIVA E APLICABILIDADE IMEDIATA AOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO EXERCÍCIO DA PRETENSÃO PUNITIVA, DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO PENAL INSUFICIENTE. 1. A repercussão geral que implica o sobrestamento de ações penais, quando determinado este pelo relator com fundamento no art. 1.035, §5º, do CPC, susta o curso da prescrição

¹ *In Manual de Processo Penal*: volume único. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. P. 103.

da pretensão punitiva dos crimes objeto dos processos suspensos, o que perdura até o julgamento definitivo do recurso extraordinário paradigma pelo Supremo Tribunal Federal. 2. A suspensão de processamento prevista no §5º do art. 1.035 do CPC não é consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la. **3. Aplica-se o §5º do art. 1.035 do CPC aos processos penais, uma vez que o recurso extraordinário, independentemente da natureza do processo originário, possui índole essencialmente constitucional, sendo esta, em consequência, a natureza do instituto da repercussão geral àquele aplicável.** 4. A suspensão do prazo prescricional para resolução de questão externa prejudicial ao reconhecimento do crime abrange a hipótese de suspensão do prazo prescricional nos processos criminais com repercussão geral reconhecida. 5. A interpretação conforme a Constituição do art. 116, I, do CP funda-se nos postulados da unidade e concordância prática das normas constitucionais, isso porque o legislador, ao impor a suspensão dos processos sem instituir, simultaneamente, a suspensão dos prazos prescricionais, cria o risco de erigir sistema processual que vulnera a eficácia normativa e aplicabilidade imediata de princípios constitucionais. 6. O sobrestamento de processo criminal, sem previsão legal de suspensão do prazo prescricional, impede o exercício da pretensão punitiva pelo Ministério Público e gera desequilíbrio entre as partes, ferindo prerrogativa institucional do Parquet e o postulado da paridade de armas, violando os princípios do contraditório e do due process of law. 7. O princípio da proporcionalidade opera tanto na esfera de proteção contra excessos estatais quanto na proibição de proteção deficiente; in casu, flagrantemente violado pelo obstáculo intransponível à proteção de direitos fundamentais da sociedade de impor a sua ordem penal. 8. A interpretação conforme à Constituição, segundo os limites reconhecidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, encontra-se preservada, uma vez que a exegese proposta não implica violação à expressão literal do texto infraconstitucional, tampouco, à vontade do legislador, considerando a opção legislativa que previu todas as hipóteses de suspensão da prescrição da pretensão punitiva previstas no ordenamento jurídico nacional, qual seja, a superveniência de fato impeditivo da atuação do Estado-acusador. 9. O sobrestamento de processos penais determinado em razão da adoção da sistemática da repercussão geral não abrange: a) inquéritos policiais ou procedimentos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público; b) ações penais em que haja réu preso provisoriamente. 10. Em qualquer caso de sobrestamento de ação penal determinado com fundamento no art. 1.035, §5º, do CPC, poderá

o juízo de piso, a partir de aplicação analógica do disposto no art. 92, caput, do CPP, autorizar, no curso da suspensão, a produção de provas e atos de natureza urgente. 11. Questão de ordem acolhida ante a necessidade de manutenção da harmonia e sistematicidade do ordenamento jurídico penal.

(RE 966177 RG-QO, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019) (Grifos acrescidos)

O julgado cuja ementa fora transcrita tem especial importância para o presente trabalho porque não só reconheceu a aplicabilidade subsidiária do CPC ao processo penal, como o fez exatamente no contexto do exame das disposições relativas à repercussão geral contidas no CPC e de sua aplicação aos processos de natureza criminal.

Com efeito, no julgamento da questão de ordem suscitada na repercussão geral reconhecida no RE nº 966.177/GO, o órgão Pleno do Supremo Tribunal Federal debateu acerca do alcance da suspensão processual preconizada no art. 1.035, § 5º, da norma processual civil e os seus efeitos sobre os processos de natureza penal cuja matéria tenha sido objeto de repercussão geral reconhecida por esta Corte. Embora a discussão de fundo tenha se dado em torno da possibilidade de suspensão do prazo prescricional da pretensão punitiva deduzida nos processos abrangidos pela suspensão, é certo que, na ocasião, os Ministros reconheceram a aplicabilidade do dispositivo normativo acima mencionado aos feitos penais.

Quanto ao ponto, vale colacionar alguns excertos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, os quais evidenciam o debate sobre o tema e, naturalmente, a sua conclusão nos termos aqui defendido:

“Outra questão cuja resolução prévia se afigura como necessária versa sobre a própria aplicabilidade da hipótese de suspensão processual prevista no §5º supra transcrito ao âmbito dos processos de natureza penal.

(...)

Desse modo, não se visualiza qualquer óbice à incidência da regra prevista no §5º do art. 1035 do CPC, independentemente de qual seja a natureza da relação processual originária em cujos autos se visualizou a existência de questão constitucional de repercussão geral, da onde advém a aplicabilidade do instituto, igualmente, ao âmbito penal e processual penal.”.

O Ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, em sua declaração de voto, fez questão de também consignar seu entendimento pela aplicabilidade do art.

1.035, § 5º, do CPC ao processo penal. Veja-se:

“A primeira observação que faço, em linha de concordância com o Relator, é de que o artigo 1.035, § 5º, aplica-se também ao processo penal. Portanto, acho que é uma hipótese em que o Código de Processo Penal é de uma época em que não havia a previsão constitucional do instituto da repercussão geral, de modo que não vejo problema de se estender o Código de Processo também à matéria penal. Essa é a minha primeira proposição.”

Essa foi, portanto, a orientação seguida pelo Pleno da Corte Suprema, sendo que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, também parece ser clara a possibilidade de invocação do art. 1.037, inciso II, para suspensão dos processos penais em âmbito nacional, como decorrência da afetação de determinado tema para julgamento sob a sistemática dos recursos repetitivos.

A título de exemplo, quando deliberou sobre a afetação do Tema 991, que versa sobre a necessidade ou não de apreensão e perícia da arma de fogo para incidência da majorante do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, a Terceira Seção do Tribunal da Cidadania expressamente invocou o art. 1.037, inciso II, do CPC para determinar a suspensão de todos os processos em que se discutia essa questão no País. Na própria certidão de julgamento consta que “*A TERCEIRA SEÇÃO (...) por maioria, suspendeu o curso de todos os processos pendentes que versem sobre idêntica questão e que tramitem no território nacional, nos termos do art. 1.037, II, do CPC/2015, conforme proposta do Sr. Ministro Relator.*”

Já no recente julgamento da proposta de afetação do Tema 1.027, cuja controvérsia cinge-se a saber se, nos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, deve ser aplicado o rito processual disposto no art. 400 do Código de Processo Penal, ainda que não se tenha determinado a suspensão dos processos em âmbito nacional, é certo que a mesma Terceira Seção deliberou sobre a questão, admitindo, portanto, essa possibilidade, ainda que tenha invocado o art. 1.036, § 1º, do CPC, ao nosso ver erroneamente, uma vez que o dispositivo adequado para essa determinação seria mesmo o art. 1.037, II, do Código de Ritos.

Não se ignore que, após a reforma promovida pela Lei nº 13.964/19, conhecida como Lei Anticrime, na legislação penal e processual penal, o art. 638 do CPP passou a conter a seguinte redação: “*O recurso extraordinário e o recurso especial serão processados e julgados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça na forma estabelecida por leis especiais, pela lei processual civil e pelos respectivos regimentos internos.*”

A expressa menção, no corpo do Código Processual Penal, ao processamento dos recursos extraordinário e especial na forma estabelecida “pela lei processual civil” vem para sacramentar qualquer dúvida ainda remanescente quanto à adoção da sistemática de julgamentos repetitivos pelo STF e pelo STJ em matéria penal, inclusive no que toca ao comando de suspensão dos feitos, o qual se justifica pela necessidade de se conferir uniformidade de tratamento aos processos em tramitação nas diversas instâncias judiciárias, sendo, pois, medida de necessária aproximação com o valor da segurança jurídica.

Impende realçar, ademais, que, conforme orientação jurisprudencial já consolidada tanto no STJ, quanto no STF, a suspensão dos processos pela afetação do tema para julgamento repetitivo ou com repercussão geral não se opera *ex lege*, dependendo, pois, de expressa determinação do Tribunal, ainda que por voz monocrática do relator.

No âmbito do Supremo, a questão foi exaustivamente debatida no RE nº 966.177/GO, já mencionado neste escrito, merecendo destaque os seguintes trechos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, uma vez que trata da questão particularmente sob o prisma da jurisdição penal:

“No que pertine a tal questão, de plano, cabe estabelecer a seguinte premissa: embora a sistemática da repercussão geral vise a preservar a organicidade do direito, impende que se faculte ao relator dispor, discricionariamente, acerca da possibilidade de sobrestamento, sob pena de se sobrepor a aplicação do instituto a valores outros que também possuem fundamento constitucional, tais como a segurança jurídica e a própria efetividade da persecução penal, atrelada ao princípio da proporcionalidade e a consequente vedação à proteção penal insuficiente.

(...)

Cumprido, portanto, em suma, quanto a esta primeira questão prejudicial, que se faculte ao relator do recurso extraordinário paradigma não apenas dispor se, conforme as circunstâncias peculiares de cada tema de repercussão geral reconhecida, irá ou não determinar o sobrestamento dos processos correlatos, como também, se for o caso, modular os efeitos de tal sobrestamento. Conseqüentemente, em se entendendo que a sobredita determinação de sobrestamento consiste em questão afeta à discricionariedade do relator, mostra-se imperativo apontar que não consistirá ela em consequência automática do reconhecimento da repercussão geral, dependendo, assim, da necessária prolação de despacho do relator para produzir efeitos.

Embora a questão evidencie-se assentada no âmbito jurisprudencial, é de rigor enfatizar o acerto da posição firmada pelos Tribunais, a despeito da literalidade do § 5º do art. 1.035 e do inciso II do art. 1.037, ambos do CPC, que sugerem a determinação de suspensão como consequência imediata do reconhecimento da repercussão geral ou da afetação do recurso especial como repetitivo.

Deveras, em que pese a redação dos dispositivos – i) “*o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento*” e ii) “*o relator, no tribunal superior, (...) determinará a suspensão do processamento*” - transparecer uma forte recomendação ao julgador, disso não passa, ou seja, não descamba para a obrigatoriedade de que essa determinação ocorra.

Com efeito, caso a lei quisesse injungir a suspensão automática, bastaria prever que o reconhecimento da repercussão geral ou a afetação do tema como repetitivo impusessem a paralisação do trâmite de todos os processos pendentes relativos à matéria no território nacional. Poderia ainda o legislador prever que o relator obrigatoriamente determinasse a suspensão, o que não ocorreu. Ademais, o sobrestamento cogente do trâmite de centenas ou de milhares de feitos por todo o país, por tempo indefinido, parece não se coadunar com os princípios da eficiência e da razoável duração do processo, mormente quando essa suspensão se operar de forma desnecessária, no caso concreto, daí decorrendo a conclusão de que é da discricionariedade do relator ou do Tribunal determinar e até modular eventual ordem de sobrestamento.

No âmbito penal, há de se realçar, a suspensão geral dos processos em que se discuta, central ou tangencialmente, a matéria afetada, é capaz de gerar consequências ainda mais sérias, na medida em que, embora o Supremo já tenha definido, na bastante citada Questão de Ordem no RE nº 966.177/GO, que a suspensão da ação penal por força de decisão do Pretório Excelso implica na suspensão da prescrição da pretensão punitiva, é certo que há outros problemas que se descortinam, um deles a ser tratado de forma mais específica mais adiante.

Destarte, notadamente no âmbito penal, convém que a análise acerca da pertinência de se determinar a suspensão, em território nacional, de todas as ações relacionadas com o tema afetado para julgamento repetitivo ou com repercussão geral, dê-se casuisticamente, num juízo de necessidade e adequação.

No caso específico do Tema 990, o Ministro Dias Toffoli, em jurisdição extraordinária de plantão, deferiu a medida de suspensão requerida pela defesa do Senador Flávio Bolsonaro sob o fundamento de que “*a depender do que se decidir no paradigma da controvérsia, o risco de perseguições penais fundadas no compartilhamento de dados bancários e fiscais dos órgãos administrativos de fiscalização e controle com o Ministério Público, sem o adequado balizamento*”

dos limites de informações transferidas, podem redundar em futuros julgamentos inquinados de nulidade por ofensa às matrizes constitucionais da intimidade e do sigilo de dados (art. 5º, incisos X e XII, da CF)”. Havia, portanto, nesse caso, o risco de que alguns procedimentos investigativos e ações penais pudessem avançar com mácula de nulidade, o que ensejou o reconhecimento de que a medida de suspensão traria mais segurança jurídica, até porque o julgamento do mérito do tema já tinha data para ocorrer.

Ocorre que, com a suspensão, no Brasil inteiro, centenas e possivelmente milhares de ações penais cuja origem derivava do compartilhamento com o Ministério Público, pelo COAF, de relatórios detalhados de movimentação financeira, foram sobrestadas, gerando discussões e dúvidas acerca da compatibilidade de decretação e/ou manutenção de prisões e medidas cautelares diversas em desfavor dos investigados ou acusados.

É disso que se passa a tratar.

2. A PRISÃO E AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS NAS AÇÕES PENAS SUSPENSAS

Como dito em linhas pretéritas, a possibilidade de suspensão das ações penais em decorrência de determinação oriunda do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, a partir da afetação de certa matéria para julgamento com repercussão geral ou repetitivo, induz à necessidade de se refletir acerca da legitimidade de determinação e manutenção das prisões ou medidas cautelares diversas, nos feitos atingidos pela ordem de sobrestamento.

O Supremo, na paradigmática Questão de Ordem no RE 966.177, fixou, dentre outras premissas relativas à suspensão dos processos criminais pela afetação do Tema à repercussão geral, a seguinte: “*em nenhuma hipótese, o sobrestamento de processos penais determinado com fundamento no art. 1.035, § 5º, do CPC abrangerá ações penais em que haja réu preso provisoriamente.*”

A despeito de eventual controvérsia que possa ser suscitada quanto à natureza vinculante do precedente, tendo em vista que fora firmado em julgamento de questão de ordem, é certo que se trata de um precedente qualificado, com altíssimo grau de persuasão, mormente por se originar do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Aliás, importa destacar que o Pretório Excelso já admitiu o manejo de reclamação por suposta violação ao que foi decidido no RE-QO 966.177, o que indica um possível caráter cogente ou vinculante do julgado.

Deveras, como precedente qualificado que é, a orientação segundo a qual as ações penais que tenham réu preso não devem ser atingidas por eventual deter-

minação de sobrestamento em razão da afetação da matéria discutida revela como única opção, aos Magistrados, o prosseguimento dos feitos com réus custodiados, independentemente do tipo de questão que vá ser discutida no âmbito do recurso repetitivo ou da repercussão geral. Essa não parece ser, com todo o respeito à decisão do Supremo Tribunal Federal, a melhor solução.

Ora, há situações em que a matéria afetada para julgamento repetitivo ou com repercussão geral envolve algum elemento essencial do processo, tal como a validade de determinada prova ou mesmo a configuração de determinada prática como crime. Nesses casos, o prosseguimento da ação penal, com a manutenção da prisão do réu, em absoluta ignorância à afetação do tema angular, caminha na direção contrária dos valores da segurança jurídica, estabilidade e isonomia, que orientam o sistema de precedentes desenhado no ordenamento jurídico, notadamente no CPC.

Invoca-se, aqui, o exemplo do Tema 990 da Repercussão Geral, que inaugurou este escrito, no bojo do qual o Supremo viria a decidir acerca dos limites de informação sobre dados bancários e fiscais que devem ser observados pelos órgãos administrativos de fiscalização e controle, como a Receita Federal, o antigo COAF e o BACEN, em sua comunicação direta – isto é, sem intervenção judicial – com o Ministério Público, para fins penais.

É certo que, pouco mais de cinco meses após afetar o tema, determinando a suspensão nacional dos processos, bem como do processamento de todos os inquéritos e procedimentos de investigação criminal (PICs), o STF julgou a repercussão geral e admitiu o compartilhamento de informações entre os órgãos fiscais e os órgãos de investigação e persecução criminal, tal como já ocorria antes que se suspendessem as apurações criminais em curso.

Contudo, era possível que outra sorte fosse dada ao julgamento, reconhecendo, o Supremo, a nulidade da prova – inclusive por derivação – obtida a partir dos relatórios detalhados de movimentação financeira remetidos ao Ministério Público sem prévia autorização judicial. Era possível, ainda, que o julgamento não tivesse ocorrido tão celeremente, como, aliás, é comum acontecer com as repercussões gerais de grande relevância, dada a complexidade das discussões e os seus impactos.

A solução ofertada pela Corte Suprema, assim, corroboraria para que réus fossem processados em situação de prisão e até condenados, para tempos depois perceber-se que, de acordo com o entendimento sufragado na repercussão geral, a nulidade da prova por ilicitude (violação a regra de direito material) ou ilegitimidade (violação ao direito processual) impediria a admissão daquela prova fundamental ou mesmo o processamento da demanda, por força do art. 157, § 1º,

do CPP, se configurada situação de nulidade do acervo probatório por derivação.

É evidente o prejuízo do réu, que teve sua liberdade cerceada por longo tempo no curso de um processo cuja nulidade viria a ser reconhecida. É notório também o prejuízo à própria jurisdição, porquanto mobilizada toda a estrutura judiciária no processamento de uma demanda fadada à nulidade.

Não se pode ignorar que a ideia de impedir o sobrestamento das ações penais com réus presos deriva de uma legítima e elogiável preocupação do Supremo Tribunal Federal com a manutenção dessas prisões cautelares por tempo um tempo longo ou indeterminado, mormente porque, como se sabe, o excesso de prazo da prisão não definitiva caracteriza, na esteira da jurisprudência, constrangimento ilegal. Entrementes, o exame acima feito leva à conclusão de que, a depender do caso, a solução conferida pela Corte no RE-QO 966.177 pode não ser a mais adequada.

Aqui vale realçar que não se está a insinuar, por óbvio, que a ordem de sobrestamento decorrente da afetação do tema pelo STJ ou pelo STF deve se operar indiscriminadamente nos feitos criminais, inclusive sobre aqueles em que os réus estão presos preventivamente. O que se passa sustentar, inclusive, parte da mesma premissa estabelecida pelo Supremo, quanto à incompatibilidade ordinária entre a custódia e a suspensão sem prazo preestabelecido.

Com efeito, no que toca à prisão, sabe-se que a jurisprudência dos Tribunais Superiores orienta-se no sentido de que a demora na tramitação do feito pode ensejar o chamado constrangimento ilegal por excesso de prazo, quer seja porque a prisão preventiva ostenta natureza cautelar, não podendo configurar adiantamento de pena, quer seja porque a todos é garantido, nos termos do art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal (CF/88), a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Ora, se o parâmetro comumente utilizado para se medir a razoabilidade do ritmo processual é a deflagração da fase instrutória e sua conseqüente conclusão, diante da suspensão dos processos em decorrência da afetação de determinado tema como repetitivo ou para julgamento com repercussão geral, acinzentando-se no horizonte qualquer perspectiva concreta para que esses feitos voltem a tramitar. Assim é que, a princípio, o sobrestamento das ações penais afigura-se incompatível com a decretação ou manutenção de prisão preventiva.

Deve-se deixar claro que, naturalmente, essa incompatibilidade é apenas inicial, de modo a ser perfeitamente possível que o Magistrado decrete a prisão durante o período de sobrestamento, se sobrevier motivo para tanto, o que pode ser vislumbrado, por exemplo, na situação em que o acusado descumpra reiteradamente as medidas cautelares fixadas, ou evidencie comportamento que faz surgir

a necessidade imperiosa de garantia da ordem pública, da ordem econômica ou da aplicação da lei penal.

Por outro lado, sem maiores restrições, tem-se por perfeitamente compatível com a ordem jurídica vigente a imposição de medidas cautelares diversas da prisão em desfavor dos acusados nos processos sobrestados.

De fato, não há dúvida de que a prisão preventiva é a mais drástica e invasiva medida cautelar prevista no ordenamento, a uma porque suprime – e não apenas limita – a liberdade do agente, a duas porque o próprio Código de Processo Penal estabelece uma ordem lógica de gravidade no seu 282, § 6º, ao condicionar a decretação da prisão ao não cabimento da sua substituição por outra medida cautelar.

Edilson Mougenot², ao tratar em sua obra sobre a característica da substitutividade das medidas cautelares, assim leciona:

“A lei estabelece, ainda, que a prisão preventiva só poderá ser imposta quando não for possível sua substituição por outra medida cautelar (art. 319 do CPP). Há, pois, um escalonamento nas medidas restritivas dos direitos fundamentais, da menos onerosa (hipóteses das cautelares alternativas à prisão) para a mais onerosa (cerceamento da liberdade via prisão provisória), funcionando a prisão como ‘último soldado’, adentrando ao cenário processual apenas no caso de insuficiência ou inconveniência das outras medidas tomadas, oportunidade em que, nesse caso, assumiria o protagonismo ou papel principal”.

Deveras, a partir da ampliação significativa do rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão cautelar pela Lei nº 12.403/2011, ficou ainda mais claro o prestígio do legislador aos elementos de necessidade, utilidade e proporcionalidade, enquanto balizadores da fixação, pelo julgador, das medidas cautelares, devendo ser buscadas, sempre que possível, alternativas para o cárcere cautelar, com o estabelecimento de restrições menos drásticas à liberdade do acusado, mantendo-se, contudo, a garantia da eficácia do processo.

Assim é que, se a manutenção da custódia do acusado pelo tempo em que suspenso o processo emerge desproporcional e, por isso, insustentável em um cenário de total ausência de perspectiva para o levantamento da ordem de sobrestamento, a imposição de outras medidas pode revelar-se não só adequada, mas imprescindível à conjugação do direito do indivíduo à liberdade, aliada à presunção de não culpabilidade que lhe assiste, com a necessidade de se garantir a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a

2 *In Curso de processo penal* – 13. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 624.

aplicação da lei penal.

Aqui cabe realçar que, no diálogo do processo penal com as regras processuais civis, é invocável a inteligência do art. 314 do CPC, o qual, ao tratar da suspensão do processo, preceitua que “*Durante a suspensão é vedado praticar qualquer ato processual, podendo o juiz, todavia, determinar a realização de atos urgentes a fim de evitar dano irreparável, salvo no caso de arguição de impedimento e de suspeição.*”

Deveras, a possibilidade de o Estado-Juiz atuar, mesmo que durante o período de sobrestamento do processo, é óbvia, tanto é que o art. 366 do CPP permite que o Magistrado, suspendendo o processo que corre contra o acusado citado por edital que não comparece aos autos nem constitui advogado, decrete a sua prisão preventiva.

Aliás, o próprio Supremo, ao estabelecer as premissas para invocação do art. 1.035, § 5º, do CPC ao processo penal, na multicitada Questão de Ordem no RE 966.177, assentou que “*em qualquer caso de sobrestamento de ação penal determinado com fundamento no art. 1.035, § 5º, do CPC, poderá o juízo de piso, no curso da suspensão, proceder, conforme a necessidade, à produção de provas de natureza urgente.*”.

Destarte, se é possível que, durante o sobrestamento, sejam praticados atos urgentes para instrução do processo, afigura-se perfeitamente cabível a atuação cautelar do Juízo com o fim de garantir o resultado útil e prático do processo, desde que presentes o *fumus comissi delicti*, enquanto juízo apriorístico de viabilidade e probabilidade da ação penal, e o *periculum in libertatis*, consistente no efetivo risco de manter-se o réu em liberdade ampla e irrestrita.

Não bastasse isso, a moderna doutrina, bem assim a jurisprudência, reconhecem ao Magistrado um poder geral de cautela no processo penal, o qual se constitui num permissivo para que, atuando dentro de uma margem de discricionariedade abalizada pela lei, o Juiz estabeleça medidas tendentes a proteger determinado bem jurídico de ameaças, podendo esse bem jurídico ser, naturalmente, a ordem pública, a efetividade da lei penal ou qualquer das outras situações que autorizam a imposição de medidas cautelares típicas ou atípicas.

A jurisprudência do STF, aliás, já sinaliza, ainda que timidamente, o poder geral de cautela no âmbito criminal, ainda que os efeitos desse poder recaiam sobre algum direito ou liberdade do réu, como restou assentado na ADI 4362 (Rel. Min. Dias Toffoli) e no HC 94147 (Rel. Min. Ellen Gracie).

Também o Superior Tribunal de Justiça admite que, por força do poder geral de cautela, de forma excepcional e motivada, pode o magistrado impor ao investigado ou acusado medidas cautelares típicas ou atípicas, evitando os riscos

sociais ou ao processo, observados os ditames do art. 282 do CPP (vide AgRg no HC 527.078/RS e HC 473.630/MG).

Ora, é antiga a máxima de que “*in eo quod plus est semper inest et minus*”. Se ao Magistrado é dado decretar a prisão preventiva ainda em fase pré-processual, ou quando suspenso o processo nos termos do art. 366 do CPP, por exemplo, evidencia-se lógico o seu poder-dever de impor medidas cautelares menos graves aos acusados em algumas situações, mormente diante da necessidade de se conformar, como já dito, a presunção de inocência e o direito à liberdade dos indivíduos, com o interesse público, uma vez que, nos termos do art. 282, inciso I, do CPP, as medidas cautelares diversas da prisão deverão ser aplicadas observando-se a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais e, desse modo, proteger a própria sociedade (ordem pública).

Portanto, conclui-se que, nos casos em que a afetação de algum tema para julgamento com repercussão geral ou como repetitivo, respectivamente pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, enseja a determinação de sobrestamento de ações penais em curso nas instâncias ordinárias, é legítima a fixação de medidas cautelares diversas da prisão, a vigorarem durante o período de suspensão do processo.

No que tange à prisão preventiva, conquanto a orientação ordinária do Supremo, fixada no RE-QO 966.177, seja no sentido de que a ordem de sobrestamento não deve se aplicar aos processos com réus presos provisoriamente, afigura-se viável, a depender da matéria afetada e do seu impacto na ação penal em tramitação, que o Magistrado – aqui compreendidos também os Tribunais – avalie a possibilidade de suspender o trâmite do feito, fixando, em desfavor daqueles que estão com a sua liberdade cerceada, medidas cautelares diversas da prisão, como forma de compatibilizar valores como a presunção de inocência, a salvaguarda ao resultado útil do processo e à ordem pública, bem como a isonomia e segurança jurídica, âmagos do sistema de precedentes vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

A possibilidade de suspensão dos processos criminais, em decorrência da afetação de determinada matéria para julgamento repetitivo ou com repercussão geral, respectivamente pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, decorre dos próprios valores que sustentam o sistema de precedentes aperfeiçoado com Código de Processo Civil de 2015, dentre os quais a segurança jurídica, a previsibilidade, a isonomia e a integridade da jurisprudência.

Essa suspensão tem como base normativa os arts. 1.035, § 5º e 1.037, inciso II, do CPC, que dialoga com o processo penal em decorrência da aplicação subsidiária autorizada pelo art. 3º do Código de Processo Penal, não se podendo ignorar que a recente Lei nº 13.964/19, conhecida como Lei Anticrime, alterou o art. 638 do referido Código para fazer valer expressamente que a lei processual civil tem aplicação ao processamento dos recursos extraordinário e especial interpostos em ações penais.

O Supremo, aliás, já havia expressamente reconhecido tal possibilidade no julgamento da Questão de Ordem no RE nº 966.177/GO, ocasião em que fixou, dentre outras premissas importantes, a de que “*em nenhuma hipótese, o sobrestamento de processos penais determinado com fundamento no art. 1.035, § 5º, do CPC abrangerá ações penais em que haja réu preso provisoriamente.*”.

Neste escrito, buscou-se argumentar que, a despeito da legítima e elogiável preocupação do Supremo Tribunal Federal com a manutenção dessas prisões cautelares por tempo um tempo longo ou indeterminado, há situações em que o prosseguimento dos feitos em que se discuta a matéria afetada pode não ser a solução mais adequada.

De fato, restou assentado que, conquanto a prisão preventiva seja, em princípio, incompatível com o sobrestamento do feito, é possível vislumbrar-se, legitimamente, a imposição de outras medidas cautelares necessárias, adequadas e proporcionais à garantia do resultado útil do processo ou mesmo à preservação de valores como a ordem pública.

Isso porque, durante o prazo de suspensão, o próprio CPC estabelece, em seu art. 314, a possibilidade de o juiz praticar atos urgentes, a fim de evitar danos irreparáveis, admitindo o Pretório Excelso, ainda, como consequência da suspensão dos processos penais, que o Magistrado proceda, conforme a necessidade, à produção de provas de natureza urgente, o que indica não haver uma cessação, em absoluto, da jurisdição, enquanto vigorar a ordem de sobrestamento.

Destarte, conquanto a manutenção da custódia do acusado pelo tempo em que suspenso o processo exsurja, ao menos ordinariamente, desproporcional e, por isso, insustentável em um cenário de total ausência de perspectiva para o levantamento da ordem de sobrestamento, a fixação de medidas cautelares diversas da prisão pode revelar-se não só adequada, mas imprescindível à conjugação do direito do indivíduo à liberdade, aliada à presunção de não culpabilidade que lhe assiste, com a necessidade de se garantir a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Vânia Hack de. **Do efeito vinculante à força obrigatória dos precedentes**. In: As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro / Vânia Cardoso André de Moraes, coordenadora. Brasília: Enfam, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 5. ed. rev, ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NETO, Ney Castelo Branco. **Recursos repetitivos no novo CPC**: sistematização e racionalidade. In: Julgamento de casos repetitivos / Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, coordenadores. Salvador: JusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**: volume único. 10.ed. rev, ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de direito processual civil contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.