

A cautelaridade no âmbito da jurisdição militar e as novas medidas cautelares instituídas pela Lei n. 12.403/11

*Sidney Eloy Dalabrida*¹

Por conta do contraste com a estrutura acusatória de processo inaugurada com a Constituição de 1988, o Código de Processo Penal Comum tem sido objeto, especialmente na última década, de uma série de reformas pontuais,² que buscam tanto a sua progressiva adequação às normas constitucionais, como também o seu aperfeiçoamento, nutrindo-as, de modo geral, a aspiração por um processo penal menos formalista, mais célere e realmente eficiente.

Nessa senda, entrou em vigor a Lei n. 12.403/2011, alterando a estrutura cautelar do Código de Processo Penal, que carecia de um tratamento sistemático, notadamente em virtude das alterações legislativas anteriormente promovidas.

Reafirmando a prisão preventiva como *extrema ratio*, logo após estabelecer novas situações de cabimento, em atenção ao princípio da proporcionalidade, a nova lei promoveu um estreitamento do campo de incidência da medida. Além da redefinição de diversos institutos processuais,

¹ Professor de Direito Processual Penal da Universidade do Sul de Santa Catarina. Promotor de Justiça/SC. Mestre em Ciência Jurídica. Doutor em Direito pela Universidade de Navarra – Espanha.

² Leis n.ºs. 11.689/2008, 11.690/08, 11.719/08, 11.900/09.

como o da liberdade provisória com e sem fiança, a recente legislação ampliou o elenco de alternativas ao cárcere provisório, instituindo diversas medidas cautelares descarcerizadoras.

No âmbito da presente tese, o *punctum saliens* reside em saber se as disposições relativas à prisão preventiva constantes da Lei n. 12.403/2011 podem ou não ser aplicadas no âmbito da Justiça Castrense, já que, uma vez mais, o legislador processual se omitiu a respeito. Aliás, lamentavelmente, do mencionado processo de modernização das regras processuais, o processo penal militar vem sendo sistematicamente defenestrado.

Especificamente em relação à prisão preventiva, vozes autorizadas já se erguem para defender que as novas limitações impostas à adoção da medida extrema também devem incidir nas hipóteses de prática dos crimes militares, em especial aquela relacionada ao *quantum* da pena. Sustenta-se que, desse modo, estariam revogadas tacitamente as regras previstas no Código de Processo Penal Militar acerca do instituto que não guardam correspondência com o novo regime legal da prisão preventiva. Em abono à referida tese, em suma, invocam-se os princípios constitucionais da isonomia e da proporcionalidade, bem como a possibilidade jurídica de aplicação da analogia *in bonam partem*.

A açodada conclusão merece ser prontamente repelida, porquanto asentada sobre premissas teóricas equivocadas, carecendo totalmente a interpretação que a alimenta de cobertura principiológica, sendo mais comprometida com a busca preconcebida de novidades do que com a reflexão amadurecida de todo o sistema normativo processual penal.

De partida, em relação à aventada transgressão ao princípio da igualdade, cumpre enfatizar que a diversidade de regramento processual dos crimes militares em relação aos comuns nada mais é do que o resultado da própria especialidade do direito militar. Afinal, é a disparidade de tratamento jurídico-penal que justifica a existência de qualquer direito especial. Por isso, incontáveis são as diferenças na normatização de institutos previstos nos dois diplomas instrumentais (CPP e CPPM), seja o crime propriamente ou impropriamente militar. Desse modo, a circunstância de que a disciplina da prisão cautelar militar se afigura como bem mais gravosa do que aquela prevista pela Lei n. 12.403/11 nada mais é do que resultado lógico da qualidade especial da legislação militar, fundada na peculiar condição dos seus destinatários e na natureza inconfundível dos bens jurídicos protegidos.

A propósito, o Pretório Excelso tem sido enfático em proclamar que a disciplina legal mais gravosa da legislação militar não constitui ofensa ao princípio isonômico, na medida em que se encontra fundada em razões de política legislativa, voltada ao combate com mais rigor dos chamados crimes militares³.

O princípio da proporcionalidade, como método de aferição da constitucionalidade das leis e controle dos atos jurisdicionais, exige cientificidade e técnica em sua aplicação, com a demonstração concreta do atendimento de todos os seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Não se pode admitir que, por meio de uma aplicação totalmente avessa ao seu *prius* lógico, sob a vaga alegação de que fere a proporcionalidade, determinado regime legal em vigor seja simplesmente alijado do mundo jurídico. A proporcionalidade não é uma fórmula mágica, supraconstitucional, uma caixa de pandora, capaz de legitimar subjetivismos sem controle, conveniências episódicas, quase sempre encapsuladas por um garantismo inconsequente, que faz letra morta o princípio da segurança jurídica.

Também não se ignore que, na atualidade, o princípio da proporcionalidade não admite mais uma leitura unilateral, como se fosse apenas uma garantia contra os excessos do poder punitivo. Dito de outro modo, o princípio não se esgota na proibição de excesso, posto que vinculado igualmente a um dever de proteção do Estado contra agressões ao direito de terceiros e da própria sociedade. Com a superação do modelo clássico de garantismo negativo, a vulneração do princípio da proporcionalidade ocorre também por frustração do dever de proteção ao direito a bens jurídicos fundamentais à sociedade (proibição de proteção deficiente).

No expressivo dizer de Lênio Streck, o duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da constituição e tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade, podendo a inconstitucionalidade também advir da proteção ineficiente de direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos⁴.

3 HC n. 73.056/PR, Rel. Min. Néri da Silveira; HC n. 86.459-7, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

4 STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: *da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot)*. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, 97, mar. 2005, p. 180.

Imbricado com a concepção de Estado que posiciona o respeito aos direitos fundamentais no centro de gravidade da ordem jurídica⁵, é certo que o princípio da proporcionalidade deve ser o “*punto de apoyo e pilar fundamental en la regulación y aplicación de la prisión provisional*”⁶, servindo como valioso método para aferição do manejo legítimo da medida.

Justamente por isso é que, ao estabelecer um novo limite quantitativo da pena (CPP, art. 313, I), pretendeu o legislador ordinário impedir o acesso à drástica medida nos casos de infrações penais em relação as quais é possível fazer desde logo um prognóstico de não cumprimento efetivo de pena privativa de liberdade, impedindo desta forma que a medida imposta a título provisório seja mais gravosa que a pena a ser aplicada ao final do processo (proibição de excesso).

Atingiu-se o novo marco atendendo a razões de natureza processual e também material, já que, uma vez não ultrapassado referido *quantum*, tem-se a possibilidade de acesso às medidas descarcerizadoras, tais como a transação, suspensão condicional do processo, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito e ainda a fixação de regime prisional aberto.

No entanto, no âmbito processual penal militar não há substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito ou multa, como também distinto é o sistema de cumprimento da pena⁷. A propósito, o legislador chegou a impedir o acesso a institutos despenalizadores para os crimes militares, independentemente da pena cominada, tão-somente em virtude do bem jurídico tutelado (art. 90-A, da Lei n. 9.099/95). Note-se que, justamente em face da sua especialidade e, de conseguinte, do tratamento jurídico-penal mais rigoroso a que deve ser submetido o responsável pela prática de crime militar, que atinge bens jurídicos de contornos específicos, o próprio acesso à suspensão condicional da pena foi vedado para algumas infrações penais, independentemente do *quantum* da pena (CPM, art. 88, II, “a” e “b”). Ademais, o direito militar apresenta diretrizes e princípios peculiaridades, com espírito próprio, fortemente calcado na disciplina, hierarquia e bom funcionamento das atividades militares.

5 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Editora Malheiros: São Paulo, 2003. p. 398.

6 BARONA VILAR, Sílvia. *Prisión provisional y medidas alternativas*. Barcelona: Ed. Bosch, 1988. p. 67.

7 v. arts. 59 e 61 do Cód. Penal Militar. A respeito: HC n°s 73.920/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso; 77.277/MG, Rel. Min. Moreira Alves; 73.920/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso; 81.306/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim.

Como se nota, não há qualquer similaridade entre os parâmetros utilizados pelo legislador ordinário para a previsão do limite penológico do art. 313, I, do Código de Processo Penal, com aqueles que devem ser observados para a verificação da proporcionalidade da reação estatal em face de uma infração penal militar.

Portanto, o novo umbral quantitativo da pena previsto no art. 313, I, do Código de Processo Penal, não pode servir de critério para identificação da proporcionalidade da medida no âmbito dos crimes militares. Em verdade, no âmbito militar, a nova regra não encontra qualquer apoio no princípio da proporcionalidade. Ao contrário, tem nele sólida base para o seu reproche. Em poucas palavras, o limite penológico estabelecido pelo art. 313, I, do Código de Processo Penal, é flagrantemente inadequado, inidôneo e conseqüentemente desproporcionado para o atingimento da finalidade perseguida pela prisão preventiva militar (proibição da proteção deficiente).

Por fim, a analogia *in bonam partem* igualmente não se presta a sustentar a tentativa de transposição para o processo militar das disposições legais inovadoras relativas à prisão preventiva, porquanto inexistente qualquer lacuna legal que possa ser suprida através deste recurso de auto integração da ordem legal, pressuposto fundante para sua aplicação.

Com efeito, de acordo com o art. 3º, a, do Código de Processo Penal Militar, os casos omissos serão supridos pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar.

A prevalecer a posição oposta, mutilado restaria o próprio direito militar, posto que são inúmeros os institutos do Código de Processo Penal Militar que encontram correspondência na legislação comum, onde são tratados de modo mais flexível. Do contrário, toda a parte geral do Código Penal Militar teria que ser considerada revogada desde a entrada em vigor da Lei n. 7.209/84, posto que visivelmente mais liberal.

É fácil perceber que a contorcionista operação exegética implicaria na criação de um verdadeiro *tertium genus*: um processo penal misto, com violação flagrante do princípio da reserva legal e do próprio princípio da separação dos poderes. Seria legislar a pretexto de utilizar a *lex mitior*.

Nas hipóteses em que determinado instituto processual, como é o caso da prisão preventiva, estiver previsto tanto no CPP como no CPPM,

não se pode aplicar apenas as disposições processuais militares mais favoráveis ao réu, de modo a selecionar o que cada um dos regimes tem de mais favorável ao acusado. Tal postura hermenêutica caracterizaria um verdadeiro hibridismo regratório, subvertendo o princípio da especialidade das leis e debilitando significativamente um regime jurídico assentado sobre os princípios da hierarquia e disciplina, “sem os quais não se pode falar das instituições militares como a própria fisionomia ou a face mais visível da ideia de ordem”⁸.

Por todas essas razões, diante da incidência do princípio da especialidade normativo-penal, conclui-se que as disposições relativas à prisão preventiva previstas pela Lei n. 12.403/11 não podem ser aplicadas à legislação castrense, sob pena de quebra da sua estrutura sistêmica.

Distinta deve ser a conclusão em relação às novas medidas cautelares estabelecidas através da Lei n. 12.403/2011, uma vez que, neste caso, respeitada a especificidade do crime militar, a omissão do legislador castrense autoriza o recurso à analogia.

Com efeito, prescreve o art. 3º, “a” e “e”, do Código de Processo Penal Militar que: “Os casos omissos neste Código serão supridos: a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar; [...] e) pela analogia.”

Como se vê, o legislador castrense conferiu autorização legal expressa para aplicação das normas previstas pela legislação processual comum, desde que não afrontem a natureza do processo penal militar, razão pela qual, por exemplo, não há como aplicar-se a liberdade provisória mediante fiança. Neste caso, aliás, a própria Lei n. 12.403/2011 vedou a sua aplicação em casos de prisões militares.

Perceba-se que a adoção da medida cautelar aqui ventilada se dá em substituição a prisão preventiva, ou seja, trata-se de analogia *in bonam partem*.

Avulta notar que a incidência do princípio da proporcionalidade sobre as medidas cautelares penais implica necessariamente na necessidade de cotejamento da segregação cautelar com outras medidas alternativas igualmente provisórias, menos danosas ao investigado, pois que, “sendo possível realizar o objetivo perseguido, com a mesma intensidade, por meio de

8 HC n. 103.684/DF, Rel. Min. Ayres Britto.

outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido, impõe-se tê-lo como desnecessário e conseqüentemente desproporcional”.⁹

Assim, diante da entrada em vigor da Lei n. 12.403/11, que contemplou uma série de medidas descarcerizadoras, alternativas à decretação da prisão preventiva, a não aplicação destas medidas alternativas aos crimes militares implicaria na subversão do princípio constitucional da proporcionalidade.

Desse modo, uma vez identificada justa causa para sua adoção, sendo a medida necessária e adequada (CPP, art. 282, I, II), frente ao disposto no art. 3º, “a” e “e”, do Código de Processo Penal Militar, tem-se como cabível a imposição das novas medidas cautelares previstas pela Lei n. 12.403/2011 (a exceção da fiança), em substituição à prisão preventiva decretada no âmbito da jurisdição militar.



9 BUCHELE, Paulo Arminio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 130.