

A possibilidade jurídica de adoção das medidas cautelares diversas da prisão no Processo Penal Militar

Ronaldo da Silva Cruz¹

RESUMO

Este estudo tem por condão apurar a legalidade do emprego das novas medidas cautelares oriundas da Lei n. 12.403/2011 no processo penal militar, haja vista que a justiça militar não possui dispositivos idênticos em sua legislação, bem como ignora princípios constitucionais quando não procura se adequar a eles, sem olvidar da tutela da disciplina e do dever militar que devem estar permanentemente presentes na processualística castrense. O método de pesquisa foi pautado, principalmente, em revisão bibliográfica, alicerçado em doutrina processual comum e militar, procurando sempre fazer uma junção das legislações de forma a se alcançar o objetivo maior deste exame. O resultado alcançado demonstrou, nitidamente, que o acautelamento no processo comum também pode ser aplicado ao processo militar, o que, com as devidas ressalvas de cunho hierárquico-disciplinar, somente modernizará a resposta dada pela justiça militar aos casos a ela propostos. Infere-se que o processo penal militar não vem sendo tão impactado constantemente por mudanças quanto o processo penal comum, logo, faz-se necessário, com o devido cuidado em função da singularidade do processo militar, que este se atualize e passe a ter um poder de cautela mais eficiente e menos estigmatizante.

Palavras-chave: Medidas Cautelares, Lei n. 12.403, Processo Penal Militar.

¹ Capitão da Polícia Militar de Santa Catarina - Mestrando em Educação – Especialista em Direito Criminal - Professor do Curso de Direito da UNISUL desde 2009 – E-mail: ronaldocruz4@ibest.com.br

ABSTRACT

This study has the prerogative to ascertain the legality of the use of new precautionary measures derived from the Law 12.403/2011 in military criminal proceedings, given that the military justice system does not have identical devices in its legislation and ignores constitutional principles when not looking being fitted by it, without forgetting the tutelage of discipline and military duty that must be permanently present in processualistic castrense. The research method was guided mainly on literature review, based on common procedural doctrine and military, always looking to make a junction of the laws in order to achieve the larger goal of this examination. The result obtained showed clearly that the common precaution in the process can also be applied to the military process, which, with appropriate caveats imprint hierarchical-disciplinary, only modernize the answer given by the military justice cases it proposed infers that the military criminal proceedings has not been as impacted by changes constantly as ordinary criminal process, so it is necessary, with due care because of the uniqueness of the military process, if this update and are subject to a power of caution more efficient and less stigmatizing.

Keywords: Precautionary Measures, Law nº 12.403, Military Criminal Proceedings.

I INTRODUÇÃO

Há muito se reclamava no âmbito processual penal sobre a sua ausência de adequação aos princípios insculpidos da Constituição Federal de 1988, a qual assegurou vários direitos ao cidadão, incluindo também neste rol as prerrogativas aos indigitados.

Todo este reclame veio a ser sucumbido com a vinda à tona da Lei n. 12.403, em 04 de julho de 2011, cujo conteúdo não somente melhor sintoniza o nosso rito criminal com a Magna Carta, mas também expande a possibilidade de ações a serem empreendidas pelo magistrado quando se vê impingido a decretar uma medida acauteladora em desfavor de uma pessoa.

Ocorre que as inovações constantes que vêm passando o processo penal comum ainda não aportaram peremptoriamente no processo penal militar, cujo carece de atualização para que possa caminhar *pari passu* com os demais códigos processuais que vigem em nosso país.

Em assim sendo, esta pesquisa coteja os dispositivos desencarcerizantes da 12.403 com as parcas medidas cautelares presentes no Código de Processo Penal Militar (CPPM), para, num segundo momento, demonstrar a aplicabilidade de tais medidas diversas da prisão dentro do processo criminal castrense.

2 MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL COMUM

Para a inauguração desta escrita acadêmica, estudaremos o conceito e demais nuances sobre as medidas cautelares no âmbito do processo penal, o qual se encontra no epicentro do problema suscitado por este trabalho.

Pois bem, primeiramente vale dizer que as medidas cautelares não estão presentes somente no processo penal, pois também marcam presença em outros ramos da processualística judicial pátria, como: processo civil (arresto, sequestro, caução, etc...), processo trabalhista (emprega-se subsidiariamente o processo civil) e processo administrativo (ex: afastamento preventivo do servidor, sem prejuízo da remuneração), entre outros².

Em comum, percebe-se que a cautelaridade em todas estas searas visa à realização de providências urgentes para que, num aspecto macro, o devido processo legal não seja maculado.

Todavia, mais precisamente no processo criminal, estas medidas são imperativas “para assegurar a correta apuração de um fato delituoso, a futura e possível execução da pena, a proteção da própria coletividade ..., ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito”³.

Logo, faz-se necessário o acautelamento para combater “a notória morosidade da prestação jurisdicional”⁴, que retira a eficácia de uma futura decisão final diante da lide enfrentada.

Neste diapasão, observa-se que, no processo criminal, uma medida cautelar somente poderá ser decretada se observados alguns princípios constitucionais, como: a presunção de inocência; a proporcionalidade; a necessidade; a adequação e a liberdade, os quais devem ser sopesados pelo juiz a fim de determinar a medida que menos interfira no direito fundamental de liberdade, sem olvidar do interesse público na causa⁵.

Ademais, a cautelar deve satisfazer aos pressupostos de validade, a saber: *fumus boni iuris e periculum in mora*, ou como são mais habitualmente chamados no processo penal: *fumus comissi delicti e periculum libertatis*, respectivamente.

2 OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 429.

3 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2. ed. Niterói: Ímpetus, 2012. p. 1109. v.1.

4 BOTTINI, Pierpaolo. Medidas cautelares: projeto de lei 1111/2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas do processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 453.

5 FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 7. ed. Niterói: Ímpetus, 2010. p. 867.

Por *fumus comissi delicti* entende-se como sendo a prova da existência do crime aliado à presença de indícios suficientes de autoria, enquanto que o *periculum libertatis* tem o significado de revelar ser ameaçador, para a eficácia do processo, a demora de uma resposta jurisdicional⁶.

Logo, ao terminar este primeiro tópico, concluímos, em poucas palavras, que as medidas cautelares no rito criminal têm o propósito de assegurar e proporcionar a maior eficiência possível ao inquérito ou ao processo e, por ser uma determinação excepcional, não podem ignorar os estamentos constitucionais e legais que a validam.

Dentre as medidas existentes no CPP temos:

2.1 Prisão provisória

Antes da vigência da Lei 12.403, o processo penal brasileiro comportava uma única cautelar, a saber: a prisão provisória, sendo que a liberdade provisória era vista como a solitária medida de contracautela. Esta dualidade foi batizada como a “bipolaridade das medidas cautelares”⁷.

Então, como um dos poucos meios, até então, de acautelamento dentro do processo penal, a prisão provisória é interpretada como a conhecida “privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa ao cárcere, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal”⁸.

Neste sentido, a prisão provisória deve estar vinculada com a instrumentalização do inquérito ou processo, devendo respeitar os princípios constitucionais e comportar os pressupostos de validade já vistos no tópico anterior, além de não servir de cumprimento antecipado da pena, tampouco tendo o desiderato de dar uma falsa noção de eficiência ao aparelho repressor do Estado, de forma a dar uma satisfação à opinião pública⁹.

Para a grande parte da doutrina penalista, as prisões provisórias se dividem em três espécies: temporária (Lei n. 7960/1989), em flagrante (Arts. 301 a 310 do CPP) e preventiva (Arts. 311 a 316 do CPP)¹⁰. Todavia, dentro do processo militar atuam somente a prisão em flagrante e a prisão preven-

6 DEMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 194.

7 LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 1118.

8 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 575.

9 LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 1189.

10 MUCCIO, Hidejalma. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 1096.

tiva, não incidindo a temporária, por conta dos crimes militares não estarem previstos na já mencionada Lei 7960. Ademais o Código de Processo Penal Militar também traz a prisão do desertor e do insubmisso, previstas nos Arts. 452 e 463, respectivamente, como outra forma de instrução cautelar¹¹.

Por óbvio, entretanto, o Códex Processual Penal da caserna nada traz sobre as inovadoras ordens que podem ser decretadas com base na 12.403, mas esta desatualização será comentada pormenorizadamente mais à frente.

2.2 Liberdade provisória

Como direito fundamental que é (Art 5º, inc. LXVI, CF), a liberdade provisória é analisada como uma medida intermediária, em que a pessoa não permanece presa provisoriamente, porém também não goza de plena liberdade¹².

Esta restrição da liberdade se caracteriza pela vinculação do indiciado ou acusado a certas obrigações, portanto o descumprimento de tal compromisso acarreta uma sanção ao indivíduo¹³.

Esta penalidade, até a entrada em vigor da lei n. 12.403, resumia-se no retorno da pessoa ao cárcere (prisão preventiva), todavia com o advento das novas modalidades cautelares a prisão passou a ser *ultima ratio*, como descreve o parágrafo único do Art 350 c/c § 4º do Art 282, ambos do CPP.

Então, vemos que na liberdade provisória a não observância da determinação emanada repercute num prejuízo para a pessoa, que poderá ter a sua medida cautelar substituída por outra, ter imposta outra em cumulação, ou, em último caso, ser decretada a sua preventiva.

Pois bem, retomando nosso raciocínio e diante do exposto, podemos concordar com a digressão abaixo quanto à natureza da liberdade provisória:

Com a entrada em vigor da Lei n. 12.403/2011, a liberdade provisória deixa de funcionar tão somente como medida de contracautela substitutiva da prisão em flagrante. Isso porque, apesar de o legislador não se valer dessa expressão no art. 319 do CPP, fica evidente que a liberdade provisória agora também pode ser adotada como providência cautelar autônoma, com a imposição de uma ou mais cautelares diversas da prisão ali elencadas¹⁴.

11 ASSIS, Jorge César de. **Código de processo penal militar anotado**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 61. v.2.

12 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 682.

13 CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 330.

14 LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 1463.

Por lógico, concluímos que a liberdade provisória adquiriu outra faceta a partir da lei n. 12.403, podendo ser aplicada ao indiciado/acusado, mesmo que esteja solto, com o intuito de vinculá-lo à persecução criminal. Entretanto, esta nova leitura que deve ser dispensada à liberdade provisória ainda não chegou ao processo militar, ou seja, as características da liberdade provisória no CPPM ainda persistem muito aproximadas às da liberdade provisória no CPM antes da Lei n.12.403.

2.3 Medidas cautelares diversas da prisão

Fatalmente a esta altura da pesquisa já conseguimos compreender que a Lei n.12.403/2011, reformulou substancialmente o Código de Processo Penal (CPP) na parte que cuidava, até então exclusivamente, da prisão e da liberdade provisória, incluindo neste contexto as chamadas medidas cautelares diversas da prisão.

Faz-se necessário salientar que a necessidade de mudança ficou hialina quando da apresentação do Projeto de Lei n. 111/2008, que deu origem à estudada Lei, “ampliando o número de medidas cautelares passíveis de decretação durante o processo penal”, em que “a superação da dicotomia (prisão ou liberdade) protege, de forma mais efetiva, o processo, o acusado e a própria sociedade”¹⁵.

Logo, filiamo-nos a este pensamento por também entender que, assim, a Carta Política de 88 estará sendo efetivamente colocada em prática no processo criminal. Nesta esteira, para obstacularizar a decretação das prisões provisórias, vemos importância na seguinte interpretação dada à natureza da Lei 12.403:

A incorporação ao texto legal de outras medidas cautelares diversas da prisão em flagrante, temporária ou preventiva, tem por fim evitar, ao máximo, a prisão provisória, em particular, as prisões em flagrante e preventiva¹⁶.

Pois bem, estas medidas cautelares diversas da prisão são em número de 9 (nove) e foram colocadas no Art. 319 do CPP. Muito embora já existissem em outros institutos legais, estas cautelares inauguram um novo momento, dando maior margem para a atuação judicial no transcorrer da lide processual.

¹⁵ BOTTINI, Pierpaolo, Op. cit., p. 454-455.

¹⁶ MUCCIO. Hidejalma, Op. cit., p. 1243.

Para sua decretação o juiz, fundamentadamente, terá que observar os princípios constitucionais, já explanados aqui, bem como aferir a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

Ratificamos que tais medidas devem ser priorizadas em detrimento do cerceamento provisório da liberdade, já que o espírito da lei é o de evitar o encarceramento, contudo, caso não haja outro remédio, o provisório aprisionamento é a cautelar que continua disponível.

Então, sem o condão de exaurir o tema, perfunctoriamente explanamos sobre as nove medidas cautelares em exame:

- a) **Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades:** “esta medida tem o objetivo de verificar se o indiciado/acusado permanece à disposição do juízo para a prática de qualquer ato processual”, então, esta determinação se revela pertinente àqueles casos em que exista receio de fuga¹⁷;
- b) **Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações:** com o fito de evitar a reincidência delitiva, aqui o magistrado deve especificar quais locais que o indivíduo não pode frequentar, inclusive podendo ser determinado o afastamento do lar, como nos casos abrangidos pela Lei n.11340/2006 (Lei Maria da Penha);
- c) **Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante:** o juiz pode determinar uma distância mínima visando proteger determinada pessoa (geralmente o ofendido) e obstar que influencie testemunhas de forma a macular a procura da verdade real dos fatos. A proibição de contato é pessoal, por telefone, *e-mail*, redes sociais, cartas etc.
- d) **Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução:** empregada quando o indiciado/acusado demonstra que pretende se evadir. Deste modo, o juiz pode determinar a proibição que somente saia da Comarca com a sua autorização, inclusive podendo reter o passaporte do indivíduo, se necessário;

17 LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 1432.

- e) **Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos:** trata-se de um dispositivo necessário para o cerceamento parcial da liberdade de locomoção do indivíduo, não permitindo que venha a estar em horários noturnos fora de sua residência, evitando, desta forma, a possibilidade de delinquir;
- f) **Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais:** determinação voltada principalmente aos crimes cometidos por funcionários públicos contra a administração pública e crimes contra a ordem econômico-financeira, com o propósito de impedir a eliminação de provas, coação de testemunhas e/ou realização de novos delitos;
- g) **Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração:** “com a internação provisória do inimputável ou semi-imputável, põe-se a salvo demais pessoas que, com ele solto, ficariam vulneráveis a ataques”. Despiciendo aduzir que, diante do exposto, emprega-se esta medida a pessoas que possuem uma comprovada debilidade mental, manifestada antes ou depois do cometimento do delito¹⁸;
- h) **Fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial:** a partir da 12.403, a fiança ganhou força de medida cautelar autônoma. Atualmente a mesma pode ser fixada, inclusive, para indiciados/acusados que estejam soltos e não unicamente como meio para viabilizar a liberdade provisória. Ocorrerá também a sujeição às obrigações dos Arts. 327, 328 e 341 do CPP;
- i) **Monitoração eletrônica:** consiste no emprego de aparelho eletrônico fixado permanentemente ao corpo da pessoa, de forma velada, de modo a permitir o controle judicial dos atos do sujeito em sua rotina diária. Trata-se de um instrumento de grande valia de controle sobre o preso¹⁹.

18 MUCCIO. Hidejalma, Op. cit., p. 1249.

19 MUCCIO. Hidejalma, Op. cit., p. 1250.

Já prevista na Lei de Execuções Penais (LEP), para presos condenados; nos Arts. 122 a 125 c/c 146-B, II e Art 117 c/c 146-B, IV, o monitoramento deve ser empregado para impedir que a pessoa-alvo não adentre ou permaneça em locais inadequados ou em transite livremente em horários não permitidos, algo chamado por alguns juristas por “zonas de inclusão e exclusão”²⁰.

Resta dizer que, por força do § 1º do Art 282 do Código Processual Criminal pátrio, estas medidas podem ser determinadas de forma isolada ou cumulativa. Aliás, a forma cumulada é a mais difundida perante os doutrinadores, haja vista que o poder de coercibilidade destas medidas é bastante diminuto por conta do ínfimo poder fiscalizatório que o Estado, hodiernamente, possui para garantir a eficácia da ação.

Mais precisamente no § 3º do Art. 282, vemos que o respeito ao direito de ampla defesa e contraditório é tamanho na neófito Lei, que o legislador lembrou, até mesmo, da prerrogativa da pessoa contestar a hipótese de decretação de alguma das medidas cautelares alternativas à prisão, exceto, “em casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, não se ouve o indiciado ou réu antes da decretação”²¹.

Por sua vez, o § 4º do comentado Art. 282 estampa o descumprimento do compromisso assumido pelo indivíduo junto à medida cautelar, em que o juiz, de ofício, ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a preventiva. Neste ponto, existe uma divergência quanto à decretação da preventiva somente ser possível quando as circunstâncias legitimadoras do Art 313 do CPP estiverem satisfeitas.

Por derradeiro a esta análise das cautelares alternativas à prisão, chegamos a ilação que elas se tratam de relevantes ações para a adequação do ditame criminal comum aos princípios constitucionais, constituídos de valores próprios do Estado Democrático de Direito, onde o processo passou a ser um meio de garantia do cidadão contra o arbítrio estatal, assim como da sociedade contra os males da delinquência.

Não obstante, esta nova forma de pensar o direito adjetivo também deve ser espraiada para o processo penal militar, que por conta de sua es-

20 LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 1453.

21 NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 622.

pecificidade e falta de notoriedade em comparação aos principais reclames criminais de nosso país, não vem sofrendo constantes alterações, mas que doravante será alvo de análises em nosso estudo.

3 AS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL MILITAR

3.1 A cautelaridade no Código de Processo Penal Militar

O sumário do CPPM comporta quatro capítulos das chamadas medidas preventivas e assecuratórias, cujas estão nos seguintes capítulos:

- a) Capítulo III – Das providências que recaem sobre as pessoas (Arts. 220 a 261)
 - » Da prisão provisória – disposições gerais (Arts. 220 a 242);
 - » Da prisão em flagrante (Arts. 243 a 253);
 - » Da prisão preventiva (Arts. 254 a 261).
- b) Capítulo V – Da menagem (Arts. 263 a 269);
- c) Capítulo VI – Da liberdade provisória (Arts. 270 e 271)
- d) Capítulo VII – Da aplicação provisória de medidas de segurança (Arts. 272 a 276).

Ademais, não faz parte do foco principal de nosso estudo, porém é de bom alvitre ressaltar que os Arts. 452 e 463 trazem hipóteses em que a lavratura dos respectivos, Termo de Deserção e Termo de Insubmissão, faz com que sejam deflagradas ações para o subsidiamento da denúncia a ser ofertada pelo *parquet* militar, assim como o diligenciamento da captura do desertor ou insubmisso²².

Numa rápida leitura, vemos que apesar de ter sido espelhada no processo penal comum, o rito militar, que data de 1969, é uma legislação mais recente que o CPP e, apesar da adjetivação “militar”, é uma legislação, em vários aspectos, bem mais avançada que o CPP comum, que foi editado originariamente em 1941²³.

Esta atitude de vanguarda evidenciada pelas palavras acima citadas realmente é um fato, haja vista que alguns institutos previstos no processo militar desde sua gênese, somente agora passaram a ser previstos na legis-

22 LOBÃO, Célio. **Direito penal militar**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 313.

23 FEITOZA, Denilson. Op. cit., p. 971.

lação processual comum, como são os casos da menagem, que se assemelha à prisão domiciliar, e a aplicação provisória das medidas de segurança, algo que possui uma estreita relação com a internação provisória, medida cautelar já estudada aqui por nós.

Mas as similitudes e divergências entre o processo penal militar e o processo penal comum, no tocante às medidas cautelares, por se tratar do mote principal desta pesquisa, valem ser analisadas pormenorizadamente, conforme segue:

3.1.1 Prisões provisórias

Como já explanado anteriormente, o CPPM faz menção a somente três espécies de prisões provisórias, a saber: prisão em flagrante (Arts. 243 a 253), prisão preventiva (Arts. 254 a 261) e prisão do desertor e do insubmisso (Arts. 452 e 463, § 1º, respectivamente).

Em apertada síntese, verifica-se que os mais importantes tópicos alusivos à prisão em flagrante não possuem grandes diferenças da lei militar em cotejamento com a comum, como: flagrante facultativo, flagrante obrigatório, flagrante preparado/esperado/forjado/controlado/em crimes permanentes, ordem de oitiva no Auto de Prisão em Flagrante Delito Militar (APFDM), nota de culpa, envio formal do APFDM ao magistrado para homologação da prisão, etc...²⁴

Aliás, quiçá a maior diferença entre ambos seja a autoridade competente para formalização da prisão, em que no CPP o Delegado de Polícia é a pessoa responsável, enquanto que no CPPM os legitimados são: o Comandante da Unidade Militar ou o Oficial de Serviço, conforme disposto no *caput* do Art 245.

Em se tratando de prisão preventiva, a linha de raciocínio não é a mesma, ou seja, nesta espécie de prisão cautelar o CPP foi parcialmente repetido pelo CPPM, conforme segue:

A iniciativa é, basicamente, a mesma do CPP comum, mas há dois órgãos jurisdicionais que podem decretá-la na primeira instância: o juiz-auditor (ou, nas Justiças Militares estaduais, juiz de direito do juízo militar) e o conselho de Justiça Militar²⁵.

24 ASSIS, Jorge César de. Op. cit., p. 62-63. v.2.

25 FEITOZA, Denilson. Op. cit., p. 901.

Outra diferença expostada²⁶ está na majoração dos fundamentos do *periculum libertatis*, em que há os seguintes acréscimos: periculosidade do indiciado ou acusado e exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, quando ficarem ameaçados ou atingidos com a liberdade do indiciado ou acusado.

Por conseguinte, temos que não vige no CPPM um instrumento legal similar às circunstâncias legitimadoras do Art 313 do CPP, a qual traz os crimes em que é cabível a decretação da preventiva na seara comum, ou seja, “como não há referência no processo penal militar, a prisão preventiva cabe independentemente da pena²⁷”.

Vale também, destacar que há diferenças quanto às circunstâncias impeditivas que vedam a decretação do aprisionamento cautelar previstas no Art 314 do CPP, todavia, para fins deste estudo, entendemos que o objetivo principal deste tópico já foi alcançado, que era o de demonstrar que as prisões cautelares também estão inseridas no contexto do CPPM, ao passo que nossa próxima etapa será verificar como funciona a liberdade provisória dentro do direito processual militar.

3.1.2 Liberdade provisória

A provisória liberdade também está na lei adjetiva militar, mais precisamente em seus Arts. 270 e 271, sendo que nela não há previsão de liberdade com fiança, pois “o legislador regulamentou apenas a liberdade provisória sem fiança em que o acusado livra-se solto²⁸”.

De pronto, ressaltamos que o indiciado/acusado livra-se solto quando a pena cominada não for privativa de liberdade. Destarte, em consonância com o *caput* do Art 270, em 7 delitos tipificados no Código Penal Militar (CPM) existe a possibilidade de liberdade provisória. Entretanto, o parágrafo único do Art 270 expande as hipóteses do indiciado/acusado livrar-se solto para as infrações culposas (excetuando-se os crimes inscritos no Art 143, §2º; Art 144, § 3º e Art 145, § 2º do CPM (crimes contra a segurança externa do país).

Além desta colocação, o CPPM também possibilita a liberdade provisória para as infrações punidas com pena de detenção não superior a 2 anos, salvo 16 crimes elencados no corpo deste dispositivo.

26 LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 1382. v.1.

27 ASSIS, Jorge César de. Op. cit., p. 111. v.2.

28 LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 1532. v.1.

Ademais, a liberdade apregoada no Código Militar não infere obrigações à pessoa, contudo pode ser revogada se presentes os fundamentos de decretação da prisão preventiva. Nesta linha de pensamento sobre a falta de vinculação na concessão da liberdade provisória citamos que

modernamente, tem vigorado o entendimento de que a prisão do indiciado ou acusado é a exceção, sendo a liberdade a regra, ainda que provisória e concedida sob certas condições, via de regra, a de comparecer a todos os atos do processo²⁹.

Em suma, vimos que a liberdade provisória no CPPM não comporta a fixação da fiança, não impõe obrigações à pessoa, bem como, se comparado com o atual CPP, possui um maior rol de crimes em que sua concessão não é cabível.

Em seguida conheceremos uma espécie cautelar própria do Código de Processo Penal Militar, cuja se trata de um meio-termo entre a prisão e a liberdade provisória, denominada menagem.

3.1.3 Menagem

Trata-se de um instituto estranho ao processo penal comum, cujo possui suas similitudes com a medida cautelar de prisão provisória cumprida dentro do próprio domicílio da pessoa – prisão domiciliar (Arts. 317 e 318 CPP).

A menagem, prevista desde a primeira edição do CPPM, se assemelha à prisão provisória e à liberdade provisória, dependendo da hipótese consistente na restrição provisória da liberdade de alguém num lugar ou estabelecimento, diverso de estabelecimento prisional³⁰.

Reforçando o caráter concessivo da menagem, trouxemos a seguinte definição:

Indica a concessão ou o benefício, outorgado a certas pessoas, quando acusadas de certas faltas, sujeitas a sanções detentivas, para que fiquem presas sob palavra, fora do cárcere, até que se julgue o caso³¹.

Desta forma, faz-se necessário que a pessoa esteja cumprindo ou passe a cumprir uma prisão cautelar em âmbito processual militar, trocando o

²⁹ ASSIS, Jorge César de. Op. cit., p. 128. v.2.

³⁰ FEITOZA, Denilson. Op. cit., p. 971.

³¹ ASSIS, Jorge César de. Op. cit., p. 120. v.2.

cárcere por sua residência ou estabelecimento militar, caso seja militar, ou, obrigatoriamente quartel, caso o acusado seja um civil.

A menagem é possível somente nos processos-crime pela suposta prática de crime militar cuja pena não ultrapasse a 4 (quatro) anos, além de se atentar à natureza do crime e antecedentes do acusado. Da mesma forma que o preso domiciliar no CPP, a pessoa que tiver sua casa ou estabelecimento militar como local de cumprimento da prisão preventiva, não poderá dela se ausentar sem a autorização judicial.

O CPP, com fundamentos bem mais humanistas do que simplesmente apoiados nas condições gerais do crime como expostas no CPPM, passou a prever também a possibilidade da prisão preventiva ser cumprida em domicílio a partir da Lei n.12.403, alterando os artigos 317 e 318 da codificação processual comum. Entretanto, tanto a prisão domiciliar do CPP quanto a menagem cumprida em residência do CPPM carecem de eficácia por conta de falta de fiscalização, algo que o monitoramento eletrônico, enquanto medida cautelar autônoma, poderia sanar. Tudo isto para se evitar a dúvida da eficácia da medida retratada na seguinte indagação³²: Como assegurar a ordem pública com um réu entrando e saindo de sua residência quando bem quiser?

3.1.4 Aplicação provisória de medidas de segurança

O Art. 272 do CPPM traz o potencial emprego provisório das medidas de segurança para aqueles que sofrem de doença ou retardamento mental, os ébrios contumazes, os toxicômanos e aos condenados pelo cometimento de crime na direção de veículos automotores.

Para efeitos deste estudo, faz-se mister cotejar o emprego provisório desta medida de segurança trazida pelo Código Militar com o manejo da medida cautelar elencada no inciso VII do Art 319 do CPP (internação provisória para os inimputáveis e semi-imputáveis).

Então, observa-se claramente que o dispositivo do CPPM está na vanguarda em relação ao CPP comum, pois desde 1969 traz a possibilidade de que o inimputável ou semi-imputável seja submetido, provisoriamente, a uma medida de segurança.

Observamos também que a lista de potenciais alvos da medida provisória do juízo militar é bem mais extensa que a prevista no Código Co-

32 NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 625.

num, pois este incide somente sobre os inimputáveis e semi-imputáveis, hipótese bem mais restrita que no CPPM.

Outra diferença existente é que o CPP exige que o crime cometido tenha sido com violência ou grave ameaça, algo que o código castrense nada disse.

A semelhança principal entre ambos os casos está em sua decretação, em que é indispensável que estejam presentes os requisitos da prisão preventiva, além da necessidade de estar comprovada a sua periculosidade³³.

Afora as diferenças e semelhanças, o que de fato importa com este rápido exame sobre as providências cautelares previstas no Código de Processo Penal Militar é termos uma visão panorâmica do fértil terreno no qual poderão ser facilmente cultivadas as medidas desencarceradoras e menos estigmatizantes trazidas pela lei n.12.403, algo que estudaremos no derradeiro tópico deste trabalho.

4 O MANEJO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO NO PROCESSO PENAL MILITAR

O cenário evolutivo e mutacional que o direito processual criminal brasileiro vem passando aprimora e a racionaliza a prestação jurisdicional, aproximando-a do espírito constitucional.

Em razão desta premissa, foram apresentados no Congresso Nacional oito projetos de lei, que propunham muito mais que uma atualização do regramento processual brasileiro, mas sim uma necessária adequação deste ramo do direito à Lei Maior³⁴.

Esta necessidade de reforma processual não impactou somente o ramo criminal, pois de algum tempo observa-se também mudanças no rito civil e trabalhista, tendo por escopo os seguintes objetivos³⁵:

- » Redução da litigiosidade repetitiva;
- » Racionalização do processamento de demandas;
- » Adequação legislativa aos preceitos constitucionais de garantia.

33 LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 1447. v.1.

34 Ibidem., p. 1104.

35 BOTTINI, Pierpaolo, Op. cit., p. 449.

Dentre as ações adotadas para o alcance dos objetivos acima expostos está a expansão das hipóteses legais de medidas cautelares, algo que vem sendo chamado de “cautelarização” do processo civil ou penal³⁶, cujo deve se prender ao seguinte fundamento:

A notória morosidade da prestação jurisdicional, que estende em demasia o lapso temporal entre a demanda e a decisão definitiva e transitada em julgado, impôs a antecipação dos atos processuais. A ânsia pela resposta efetiva do Judiciário, e a constatação de que a excessiva morosidade descredencia a Justiça como forma eficaz de resolução de litígios, acarretou a valorização das medidas cautelares, com consequências positivas e negativas para o sistema judicial e para os jurisdicionados.

Em contraposição às ínfimas hipóteses de medidas cautelares disponíveis ao magistrado criminal, surgiu a Lei n. 12.403/2011, então, doravante o juiz para garantir a ordem processual ou a aplicação da lei penal não terá que, necessariamente, determinar a prisão preventiva da pessoa, podendo decretar uma medida mais adequada proporcional e razoável ao caso concreto.

Por conseguinte, com a injeção de eficácia ao andamento do processo que as novas cautelares comportam, aumenta-se sobremaneira o respeito à Constituição e potencializa-se um deslinde menos traumático ao processo, logo, estes ares também devem chegar ao processo militar, cujo não é um ramo esquecido e isolado do restante do direito processual brasileiro.

Já figuraram aqui nestas laudas as potenciais cautelares que o juiz, militar ou comum, pode lançar mão caso seja necessário, assunto este em que lembramos, sucintamente no seguinte quadro comparativo:

Processo Penal Militar	Processo Penal Comum
Prisões Provisórias (em flagrante e preventiva, desertor e insumisso)	Prisões Provisórias (em flagrante, preventiva e temporária)
Liberdade Provisória sem fiança	Liberdade Provisória, com/sem fiança
Menagem	Tem semelhança com a prisão preventiva cumprida em domicílio
Aplicação Provisória de Medidas de Segurança	Tem semelhança com a medida cautelar da internação provisória para os inimputáveis e semi-imputáveis (inciso VIII do Art 319)
Não há algo semelhante, exceto o inciso VIII do Art 319 CPP.	Medidas Cautelares diversas da prisão constantes no Art 319 CPP.

36 MUCCIO. Hidejalma, Op. cit., p. 1243.

Em assim sendo, percebe-se que com o advento da lei n.12.403, a legislação adjetiva comum tomou a dianteira em comparação à lei militar, a qual ainda não realizou, expressamente, as tão necessárias e imperiosas adequações. Contudo, verifica-se que a saída para esta obsolescência do processo criminal militar está no teor da alínea “a” do Art 3º do CPPM, que traz a regra da subsidiariedade para os casos omissos do Códex Militar, *ipsis verbis*:

Art. 3º - 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

[...]. (grifo nosso)

Observa-se, então, que este dispositivo dá preferência ao emprego suplementar das regras trazidas pelo CPP comum, haja vista que ambas tratam de matéria criminal, deixando as outras fontes para uso secundário, como: jurisprudências, usos e costumes, princípios gerais do direito e analogia (alíneas “b” a “e” do Art 3º do CPPM).

Num olhar superficial, concluímos ser juridicamente possível a adoção das medidas cautelares diversas da prisão do Código de Processo Penal comum no processo penal militar, entretanto, antes de categoricamente aduzir esta assertiva, devemos nos atentar à ressalva que faz a parte final da alínea “a” já citada: “... sem prejuízo da índole do processo penal militar”.

Esta exceção retratada acima nos faz pensar se realmente todas as cautelares poderiam ser empregadas no juízo militar. Para tanto, colocamos em evidência o significado do termo “índole do processo penal militar”:

Está diretamente ligada àqueles **valores, prerrogativas, deveres e obrigações**, que, sendo inerentes aos membros das Forças Armadas, **devem ser observados no decorrer do processo**, enquanto ao causado mantiver o posto ou a graduação correspondente³⁷. (grifo nosso)

Numa visão mais aprofundada, busca-se o rol de valores, prerrogativas, deveres e obrigações dos militares nos próprios Estatutos inerentes às forças armadas federais ou estaduais, como no caso de Santa Catarina, em que o Estatuto dos Policiais e Bombeiros Militares (Lei 6.218/1983) estabelece em vários artigos (ex: Arts. 29 e 32) toda a gleba de virtudes e compromissos que permeiam a vida na caserna.

37 ASSIS, Jorge César de. Op. cit., p. 29. v.1.

No entanto, não entendemos como sendo um ataque aos pressupostos do processo penal militar, bem como aos ditames de hierarquia e disciplina, o emprego das medidas cautelares do Art 319 do CPP no espectro da justiça castrense, precipuamente nos delitos militares impróprios, em que, por questões de igualdade jurídica, não se encontra azo devidamente explicável, para se seja dado um tratamento diferenciado ao militar que supostamente cometeu um crime que tenha definição similar na esfera criminal comum, assim como raciocina a seguinte citação:

Apesar de a Lei n. 12.403/2011 ter silenciado acerca da possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão ao processo penal militar, é perfeitamente possível que tais medidas sejam usadas no âmbito castrense, caso o magistrado entenda que são necessárias para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais³⁸. (grifo nosso)

Logo, ultimando este trabalho, ratificamos como juridicamente possível a utilização das medidas cautelares contidas na Lei n. 12.403 no processo penal militar, principalmente quando incidir sobre os crimes imprópriamente militares, não se furtando o emprego da prisão preventiva para os casos mais aviltantes, sem que isto retire o senso de disciplina e responsabilidade, preceitos fundamentais para uma fraterna e justa sociedade militar.

5 CONCLUSÃO

Sem maior engodo, pensamos ter alcançado o propósito deste trabalho em que fora esmiuçada a prática cautelar dentro do processo penal militar, de forma a se empregar subsidiariamente as regras já presentes do rito comum.

Inferimos que as novas cautelares introduzidas pela Lei n. 12.403 no ordenamento processual penal brasileiro podem ser empregadas no processo militar, com as devidas ressalvas que a natureza militar requer. Além disto, comprovamos que as mencionadas medidas não podem ser ignoradas pela justiça castrense, sob pena de estar negligenciando os próprios princípios da Constituição Federal, que já possui quase 25 anos de promulgação.

38 LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 1108. v.1.

Por derradeiro, entendemos que o processo militar carece de uma remodelagem e, desta forma, a adoção das medidas da Lei n. 12403 viriam a desvelar uma faceta mais sintonizada com a eficácia que o processo deve possuir, mormente nos crimes impropriamente militares, haja vista a necessidade de um tratamento igualitário a indiciados ou acusados, militares ou civis, que supostamente cometeram crimes que comportem tais medidas.

6 REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César de. **Código de processo penal militar anotado**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010. v.2.

BOTTINI, Pierpaolo. Medidas cautelares: projeto de lei 111/2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas do processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 448-500.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 7. ed. Niterói: Ímpetus, 2010. p. 867.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2. ed. Niterói: Ímpetus, 2012. v.1.

LOBÃO, Célio. **Direito penal militar**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Método, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

