

Inconstitucionalidade da prisão processual obrigatória no CPPM

FERNANDO A. N. GALVÃO DA ROCHA

Juiz Civil do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais
Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG

1 INTRODUÇÃO

O sistema da liberdade provisória previsto no Código de Processo Penal Militar (CPPM) apresenta distinções em relação ao que se verifica na legislação comum. No estatuto processual militar, a liberdade provisória comporta o instituto peculiar da menagem, que não existe na sistemática processual comum, não contempla a possibilidade de concessão de fiança e prevê casos de prisão processual obrigatória.

Lamentavelmente, pode-se constatar que, ao longo das últimas décadas, as políticas públicas instituídas para o melhor tratamento da criminalidade têm centrado atenções na Justiça Comum e esquecido os conflitos sociais que envolvem os militares. Diversas foram as alterações introduzidas no Código de Processo Penal (CPP) comum que aprimoram aspectos essenciais da relação processual penal. Tais intervenções político-criminais, formalmente, não atingiram a Justiça Militar.

Contudo, é inconcebível que a operação da Justiça Militar se mostre conflitante com as opções de política criminal acolhidas pelo Estado Democrático de Direito. Por isso, após a vigência da Constituição de 1988, o tratamento da liberdade provisória conferido pelo Código de Processo Penal Militar deve ser interpretado em conformidade com premissas diversas das que existiam ao tempo de sua edição. Não se pode esquecer que o estatuto processual militar foi editado durante um regime de exceção, e que, diante da nova ordem constitucional, a aplicação de suas regras deve ser orientada por interpretação que se concilie com o Estado Democrático de Direito. Nesse novo contexto, o legislador não pode instituir abstratamente casos de prisão processual obrigatória.

2 A PRISÃO PROCESSUAL OBRIGATÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR

No Capítulo VI de seu Título XIII, o Código de Processo Penal Militar trata da concessão da liberdade provisória. Em seu art. 270, o estatuto repressivo prevê a possibilidade de o indiciado ou réu livrar-se solto. O dispositivo legal apresenta a seguinte redação:

Art. 270. O indiciado ou acusado livrar-se-á solto no caso de infração a que não for cominada pena privativa de liberdade.

Parágrafo único. Poderá livrar-se solto:

- a) no caso de infração culposa, salvo se compreendida entre as previstas no Livro I, Título I, da Parte Especial, do Código Penal Militar;
- b) no caso de infração punida com pena de detenção não superior a dois anos, salvo as previstas nos arts. 157, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 173, 176, 177, 178, 187, 192, 235, 299 e 302, do Código Penal Militar.

Nesses casos, a liberdade provisória não estabelece qualquer vinculação para o militar beneficiado. A rigor, o dispositivo legal que afirma que o indiciado ou acusado livra-se solto não trata de concessão de liberdade provisória, mas de impedimento à prisão provisória. Entretanto, as ressalvas expressas no artigo impedem a liberdade nos crimes que enumera em seu parágrafo único.

A possibilidade de o juiz conceder liberdade provisória, verdadeiramente, encontra previsão no art. 253 do CPPM. Este artigo dispõe que:

Art. 253. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato nas condições

dos arts. 35, 38, observado o disposto no art. 40, e dos arts. 39 e 42, do Código Penal Militar, poderá conceder ao indiciado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogar a concessão.

Essa previsão legal permite que o magistrado conceda a liberdade provisória a quem cometeu o fato em erro de direito (art. 35), sob coação irresistível ou em obediência hierárquica (art. 38), em estado de necessidade exculpante (art. 39) ou nos casos de exclusão de ilicitude (art. 42), como previstos no Código Penal Militar (CPM). Nesses casos, a liberdade provisória impõe vinculação para o beneficiado, que deve assinar termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Trata-se de situação jurídica diversa da que é instituída nos casos em que o indiciado ou réu pode livrar-se solto.

A liberdade provisória ainda pode ser obtida nos casos em que o juiz constata a ilegalidade da prisão em flagrante e relaxa a prisão (art. 224 do CPPM).

Não sendo o caso de qualquer das situações previstas no arts. 224 e 253 do CPPM e, figurando o crime entre as ressalvas do art. 270 do estatuto processual, os operadores do Direito Militar costumam entender que se trata de prisão processual obrigatória.

No entanto, a obrigatoriedade de uma prisão processual descaracteriza a natureza cautelar da constrição e manifestamente viola o texto constitucional.

3 NATUREZA CAUTELAR DE TODA PRISÃO PROCESSUAL

Desde a edição da Lei n. 6.416, de 24/5/1977, que inseriu o parágrafo único do art. 310 no estatuto processual penal comum, a doutrina passou a reconhecer que a prisão processual possui natureza cautelar.

O parágrafo único do art. 310 do CPP comum dispõe que o juiz também poderá conceder a liberdade provisória quando verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva. Isso significa que ninguém deve ser mantido preso se a prisão não for instrumentalmente necessária aos fins da jurisdição penal. Em outras palavras: a prisão processual é medida cautelar que se mostra instrumental aos fins do processo principal

de conhecimento do fato punível e, como todas as medidas cautelares, depende da satisfação dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. A prisão em flagrante é capaz de satisfazer apenas ao requisito do *fumus boni iuris*. O *periculum in mora*, entretanto, deve ser comprovado com dados do caso concreto que revelem a necessidade de decretar-se a constrição à liberdade antes do julgamento de mérito da pretensão punitiva.

Nesse sentido, Denílson Feitosa Pacheco (2008, p. 792) esclarece que:

A cautelaridade (ou natureza cautelar) da prisão provisória, como também da liberdade provisória, decorre da Constituição Federal, ao estabelecer o princípio constitucional da liberdade e, mais especificamente, o princípio da inocência (art. 5º, LVII, da CR). Ainda nessa linha específica, a cautelaridade também pode ser afirmada pelo princípio da necessidade, baseado em que alguém somente pode ser preso ou mantido na prisão se não for cabível a liberdade provisória, conforme se depreende do art. 5º, LXVI, da Constituição Federal.

De uma maneira mais ampla, a natureza cautelar é reforçada pelo princípio constitucional da proporcionalidade, na sua perspectiva de princípio garantista de direitos fundamentais. A intervenção no direito fundamental de liberdade somente se justifica constitucionalmente se houver necessidade, ou seja, dentre as medidas restritivas de direitos fundamentais, devemos escolher aquela que menos interfira no direito fundamental de liberdade e que ainda seja capaz de proteger o interesse público para o qual foi instituída (por exemplo, proteger a efetividade do processo penal).

[...]

A cautelaridade dessas prisões significa que somente se justificam se presentes os pressupostos ou requisitos legais das medidas cautelares em geral, a saber, o *fumus boni iuris* (ou *fumus commissi delicti*) e o *periculum in mora* (ou *periculum libertatis*). Em outras palavras, deve haver necessidade cautelar para que tais prisões possam ser constitucionalmente e legalmente justificadas.

Essa necessidade cautelar da prisão é aferida pelo

periculum libertatis, o perigo concreto que a liberdade do suspeito, indiciado ou acusado acarreta para a investigação criminal, o processo penal, a efetividade do direito penal ou a segurança pública.

Na Justiça Militar, a prisão provisória também possui natureza cautelar, sendo necessário para a sua decretação ou manutenção constatar a satisfação dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. O regime jurídico da liberdade provisória instituído pela legislação processual comum deve ser aplicado ao processo penal militar, por força do inciso LXVI do art. 5º da Constituição da República e do art. 3º, alínea “a”, do CPPM.

A adequada compreensão do regime jurídico da liberdade provisória na Justiça Militar indica que, não havendo a concreta necessidade de prender preventivamente o indiciado ou acusado, deve-se conceder a liberdade provisória.

4 REGRA CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE PROVISÓRIA

O inciso LXVI do art. 5º da Constituição da República prescreve que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Essa referência constitucional assegura que a liberdade provisória deve ser a regra e que a prisão processual constitui uma exceção, sendo esta uma decorrência natural do Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição da República de 1988).

A prisão preventiva é medida cautelar extrema que só se justifica diante da concreta necessidade da intervenção estatal. Nesse sentido, vale conferir a preciosa lição do Prof. Claus Roxin (2000, p. 258):

Entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a prisão preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual; por outra parte, ela é indispensável em alguns casos para uma administração da justiça penal eficiente. A ordem interna de um Estado se revela no modo em que está regulada essa situação de conflito; os Estados totalitários, sob a antítese errônea Estado-cidadão, exagerarão facilmente a importância do interesse

estatal na realização, o mais eficaz possível, do procedimento penal. Num Estado de Direito, por outro lado, a regulação dessa situação de conflito não é determinada através da antítese Estado-cidadão; o Estado mesmo está obrigado por ambos os fins: assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da esfera de liberdade do cidadão. Com isso, o princípio constitucional da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário.

Com muita felicidade, o renomado professor alemão ressalta que a antítese entre o Estado e o cidadão somente tem lugar em contextos autoritários como o que existia no Brasil ao tempo da edição do CPPM. Com a mudança de contexto político, não é mais possível compreender as relações sociais por meio do prisma autoritário. No estágio atual da sociedade brasileira, tanto interessa ao Estado assegurar os fins da persecução penal, como proteger a esfera de liberdade do cidadão que usa farda e se encontra na situação de indiciado ou acusado. Nesse contexto democrático, a prisão processual deve fundamentar-se na necessidade concreta da intervenção extrema na esfera de liberdade individual.

Há que se considerar, ainda, que o poder geral de cautela do juiz dispõe de uma série de medidas cautelares menos drásticas do que a prisão. Se a tutela da jurisdição penal puder ser preservada com medida cautelar menos grave do que a prisão, deve o magistrado impor a medida menos gravosa ao indiciado ou réu.

Dessa forma, ainda que o objetivo da Justiça Militar possa ser preservar a hierarquia e disciplina nas instituições militares¹, se, no caso concreto, o juiz puder impor o afastamento do militar de suas funções e, com isso, tutelar os princípios administrativos mencionados, será inconstitucional a decretação ou manutenção de sua prisão provisória.

5 DIREITO DE ACESSO IRRESTRITO AO EXAME JUDICIAL

O dispositivo legal que abstratamente impeça a concessão de liberdade provisória a uma pessoa presa ainda deve ser reconhecido inconstitucional porque impe-

¹ O equívoco desta concepção é manifesto. Os peculiares princípios administrativos da hierarquia e disciplina orientam a organização das instituições militares para a melhor consecução de seus fins. Não pode o Poder Judiciário transformar a atividade-meio do Poder Executivo em sua atividade-fim. Quando o Poder Judiciário examina a prática de crimes que tutelam a Administração Militar, a atividade-fim, o objetivo da intervenção judicial é a garantia dos direitos fundamentais do acusado, mesmo na hipótese em que acolhe a pretensão punitiva.

de o exame do Poder Judiciário sobre a lesão ao direito individual à liberdade.

O art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, afirma que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O direito de acesso ao Poder Judiciário é manifestamente incompatível com qualquer disposição legal que torne obrigatória uma prisão processual, pois tal disposição impediria a apreciação judicial sobre a necessidade concreta de interferência estatal na esfera da liberdade individual. A Constituição da República assegura a todo e qualquer cidadão que a lesão à sua liberdade individual seja apreciada pelo Poder Judiciário. Isso significa que o magistrado poderá julgar a validade jurídica da prisão e uma disposição legal que impeça o magistrado de julgar o caso concreto deve ser reconhecida como inconstitucional.

O direito fundamental de acesso à Justiça, na verdade, instrumentaliza o direito fundamental do cidadão a uma tutela judicial efetiva, que possa assegurar todos os demais direitos fundamentais. Adverte o Prof. Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 254):

Ora, se a própria Constituição afirma a inviolabilidade de determinados direitos e, ao mesmo tempo, diz que nenhuma lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário ‘ameaça a direito’, não pode restar qualquer dúvida de que o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF) tem como corolário o direito à tutela efetivamente capaz de impedir a violação do direito.

Na verdade, há direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional e, assim, direito fundamental à tutela preventiva, o qual incide sobre o legislador – obrigando-o a instituir as técnicas processuais capazes de permitir a tutela preventiva – e sobre o juiz – obrigando-o a interpretar as normas processuais de modo a delas retirar instrumentos processuais que realmente viabilizem a concessão de tutela de prevenção.

No mesmo sentido, o Prof. Eugênio Paccelli de Oliveira (2008, p. 472) denuncia a inconstitucionalidade de qualquer dispositivo legal que imponha uma prisão processual obrigatória:

Se toda prisão antes do trânsito em julgado haverá de ostentar natureza acautelatória, como, aparentemente,

te, reconhecem todos, não há como negar que a única autoridade pública que pode responder pela aludida tutela é o Poder Judiciário, dado que o que está sendo acautelado, com a prisão, é, imediatamente, o processo, e, mediamente, a jurisdição penal.

A necessidade da prisão, e assim a definição da presença das razões cautelares autorizadas pela lei, somente há de ser aferida no plano da realidade concreta, e nunca pela maior gravidade do delito, até porque, ao final, será sempre possível a desclassificação da infração imputada na denúncia.

A vedação da concessão de liberdade provisória, feita abstratamente, ou seja, por força de lei, sem qualquer consideração aos elementos concretos levados aos autos implica a transferência da tutela dos direitos e garantias individuais (ou, das liberdades públicas) exclusivamente para o órgão da acusação e, por vezes, até para a própria autoridade policial.

Não bastasse, implica permitir que o exame de periculosidade do agente ou o risco de fuga exista unicamente a partir da abstração do legislador, dependendo apenas da ratificação por parte dos órgãos estatais (e até do particular, em algumas hipóteses) encarregados da investigação e da acusação em juízo.

Sobre o tema, tivemos oportunidade de sustentar que: “[...] Em tema de garantias fundamentais, e particularmente, no campo da liberdade individual, o Poder Judiciário não pode ser excluído da apreciação da necessidade da prisão, sobretudo porque nosso ordenamento somente admite a privação da liberdade subordinada aos escopos (jurisdicionais) do processo, ou seja, para a proteção de sua efetividade [...]. (OLIVEIRA, 2001, p. 322)

Portanto, a interpretação do art. 270 do CPPM, que se orienta no sentido de uma obrigatoriedade da prisão processual é inconstitucional por restringir o acesso do cidadão ao julgamento de sua situação fática pelo Poder Judiciário.

6 DIREITO À FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

O direito de acesso ao Poder Judiciário tem como corolário o dever de prestar a jurisdição e, ainda, o dever de o magistrado fundamentar a decisão judicial que

resolve o conflito concreto de interesses que é submetido à sua análise.

A fundamentação da decisão judicial é uma garantia fundamental, prevista no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, que garante a transparência das razões que sustentam toda e qualquer decisão judicial. Tal garantia permite ao jurisdicionado conhecer as razões que levaram o julgador a tomar a decisão que tomou. Com base no conhecimento de tais razões, o jurisdicionado pode se convencer do acerto da decisão ou exercer em sua plenitude o seu direito de defesa. Certamente, não se pode recorrer de uma decisão cujos fundamentos são desconhecidos e a fundamentação da decisão judicial permite o exercício do direito a recorrer.

Cabe ainda observar que o direito de conhecer as razões do julgador, por meio de uma decisão fundamentada, não é satisfeito quando este se restringe a fazer menção a determinados artigos de lei. Como esclarece o Prof. Tourinho Filho (1995, p. 259), especificamente para a decisão que trata da liberdade provisória:

Fundamentar não é indicar o dispositivo legal. Fundamentar é mostrar a necessidade do encarceramento provisório. E no nosso ordenamento jurídico a necessidade repousa numa daquelas circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva, como se infere do parágrafo único do art. 310 e no art. 324, IV, todos do CPP.

Dessa forma, viola substancialmente a garantia constitucional de fundamentação da decisão judicial o magistrado da Justiça Especializada Militar que, em pedido de concessão de liberdade provisória, se restringe a indeferi-lo com base no art. 270 do CPPM. Mesmo nos casos em que o estatuto processual militar veda que o indiciado ou acusado livre-se solto, é necessário considerar os aspectos do fato concreto que possam indicar a necessidade da prisão cautelar e neles fundamentar a decisão que nega a liberdade.

7 PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A obrigatoriedade de uma prisão processual, quando parte do pressuposto da existência do crime e de sua

autoria, viola manifestamente o princípio constitucional que veda a presunção de culpabilidade e o princípio infraconstitucional da presunção de inocência.

A Constituição Federal, no inciso LVII de seu art. 5º, dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Resta claro que a intervenção punitiva somente estará autorizada após a definitiva consideração de culpa. Importa notar que o dispositivo constitucional exige o trânsito em julgado da condenação para a aplicação da pena. Isso não significa que o acusado tenha direito de somente sofrer a pena após o decurso de certo prazo. Não se trata de mera burocracia. Substancialmente, a garantia significa que todo acusado tem direito a um efetivo julgamento e somente se for definitivamente considerado culpado poderá sofrer a pena. O princípio constitucional da culpabilidade significa que ninguém pode ser presumidamente considerado culpado. A todo cidadão é garantido o direito a um julgamento efetivo e somente ser apenado após se tornar definitiva a condenação decorrente de tal julgamento.

Com base no referido dispositivo constitucional, há quem vislumbre a consagração do princípio da inocência. Segundo tal princípio, todos devem ser considerados inocentes até que sejam condenados por decisão transitada em julgado. O raciocínio não é preciso. Na verdade, a Constituição não impõe a consideração da inocência a todos que ainda não tenham sido condenados. Diz apenas que não se pode considerar culpado quem ainda não foi definitivamente condenado, impedindo sejam impostas ao acusado consequências jurídicas que são possíveis apenas aos condenados.

O princípio da inocência não foi introduzido na ordem jurídica brasileira pela Constituição, mas sim pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. O item 2 do art. 8º da referida Convenção determina que é uma garantia judicial que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. A Convenção ingressou na ordem jurídica interna ao ser promulgada pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, e deve ser aplicada como lei ordinária. Lamentavelmente, apesar da referência expressa no § 2º do art. 5º da Constitui-

ção Federal de 1988, a cultura jurídica brasileira ainda não se familiarizou com as disposições normativas dos tratados internacionais.

Considerando que o Código de Processo Penal Militar foi editado anteriormente à Constituição da República e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, suas disposições devem ser interpretadas conforme essas novas diretrizes normativas. Em outras palavras: não se pode justificar a obrigatoriedade da prisão processual para determinados crimes militares com base na ideia da antecipação de pena.

8 POSIÇÃO CONSOLIDADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Com base no princípio constitucional da não culpabilidade, o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento de que a prisão provisória é medida excepcional e que a decisão que a decreta (ou mantém) deve ser fundamentada em aspectos concretos do caso submetido a julgamento. Nesse sentido, veja-se a ementa do HC n. 80.096/RJ:

[...] O princípio constitucional da não-culpabilidade – artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal – direciona a considerar-se a prisão preventiva como procedimento excepcional. Tal enfoque robustece a necessidade de ter-se devidamente fundamentado o ato processual com que decretada. Simples referência aos requisitos impostos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal, sem a menção das peculiaridades do caso concreto, não é de molde a assentar-se a observância do mandamento constitucional – inciso IX do artigo 93 – sobre a fundamentação das decisões judiciais. Precedente: Recurso em *Habeas Corpus* n. 60.313/RN, Primeira Turma, Relator Ministro Rafael Mayer, Diário da Justiça da União de 1º de novembro de 1982.

O órgão pleno da Suprema Corte também já se manifestou no sentido da inconstitucionalidade de dispositivo legal que impeça a liberdade provisória, quando examinou a vedação instituída pelo Estatuto do Desarmamento – Lei n. 10.286/2001. No item V da ementa do acórdão proferido na ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.112/DF, ficou consignado que:

[...]

V – Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão *ex lege*, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente.

No acórdão proferido na referida ação de inconstitucionalidade, o eminente ministro Ricardo Lewandowski ainda deixou consignado que:

[...] Com efeito, embora a interdição à liberdade provisória tenha sido estabelecida para crimes de suma gravidade, com elevado potencial de risco para a sociedade, quais sejam, a “*posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito*”, o “*comércio ilegal de arma de fogo*” e o “*tráfico internacional de arma de fogo*”, liberando-se a franquia para os demais delitos, penso que o texto constitucional não autoriza a prisão *ex lege*, em face do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI, da CF).

A prisão obrigatória, de resto, fere os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV), que abrigam um conjunto de direitos e faculdades, os quais podem ser exercidos em todas as instâncias jurisdicionais, até a sua exaustão. Esses argumentos, no entanto, não afastam a possibilidade de o juiz, presentes os motivos que recomendem a prisão *ante tempus*, decretar justificadamente a custódia cautelar. O que não se admite, repita-se é uma prisão *ex lege*, automática, sem motivação.

Em outras palavras, o magistrado pode, fundamentadamente, decretar a prisão cautelar, antes do trânsito em julgado da condenação, se presentes os pressupostos autorizadores, que são basicamente aqueles da prisão preventiva, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. É dizer, cumpre que o juiz demonstre, como em toda cautelar, a presença do *fumus boni iuris*, e do *periculum in mora* ou, no caso, do *periculum libertatis*.

Essa importante passagem do voto condutor do acórdão deixa claro que a suposta gravidade do crime não justifica a subversão do regime da prisão e liberdade provisória no regime democrático. É necessário fundamentar a decisão que decreta a prisão ou mantém a prisão processual, com base na necessidade concreta da constrição cautelar.

9 MEDIDAS CAUTELARES MENOS GRAVOSAS

O sistema processual penal da legislação comum apresenta evolução significativa de seus institutos e revela que muitas providências cautelares podem ser tomadas pelo juiz, no uso do poder geral de cautela. O Código Processual Penal Militar, em seu art. 3º, admite a integração de suas normas com dispositivos da legislação processual comum, seja do estatuto instrumental civil ou penal, e por isso tais medidas também estão à disposição do magistrado da Justiça Especializada.

O Código de Processo Civil (CPC) dispõe, em seu art. 798, que:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Para tanto, “poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução” (art. 799). Dessa forma, é necessário compreender que o juiz da Justiça Militar possui diversos instrumentos cautelares a sua escolha, não estando sua decisão restrita a duas situações extremas: a prisão ou a liberdade.

Com extrema felicidade, Denílson Feitosa Pacheco (2008, p. 776-777) esclarece:

É um contra-senso que o juiz cível, inclusive quando lida com interesses disponíveis e patrimoniais, tenha a flexibilidade de substituir uma medida cautelar por outra garantia menos gravosa, podendo es-

ta medida alternativa inclusive não estar prevista expressamente em lei, enquanto o juiz criminal, lidando com o direito fundamental de liberdade e outros direitos fundamentais, tenha que se decidir entre os extremos da liberdade e da prisão, sem atentar para a adequação e a necessidade da medida cautelar (ou, na linguagem do CPC, sem buscar a medida *adequada e suficiente*).

Portanto, também por meio da aplicação analógica do CPC ao CPP, que é permitida pelo art. 3º do CPP, podemos chegar à conclusão de que são juridicamente admissíveis a alternatividade (imposição de medida cautelar mais branda não prevista na lei processual penal) e a flexibilidade ou redutibilidade (imposição de “medida cautelar mitigada” com redução de aspectos da medida cautelar cabível para que fique mais branda) das medidas cautelares pessoais do direito processual penal, se a medida alternativa ou mitigada tem idoneidade equivalente (art. 3º do CPP c/c arts. 798, 799 e 805 do CPC). O mesmo se aplica ao direito processual penal militar (art. 3º, e, do CPPM c/c arts. 798, 799 e 805 do CPC, além de que as medidas cautelares da legislação processual penal comum também são aplicáveis ao processo militar com base no art. 3º, alínea a, do CPPM).

Essas interpretações se coadunam com a efetividade dos direitos fundamentais e com a supremacia da Constituição, na perspectiva de uma legalidade que não é meramente *formal*, mas uma legalidade *material*, a qual cumpre efetivamente sua função constitucional de garantia de direitos fundamentais.

Para mencionar apenas uma fonte legal de medidas cautelares menos gravosas do que a prisão existente na legislação comum e que pode ser aplicada na Justiça Militar, temos a Lei n. 11.340/2006, que trata da violência doméstica e é conhecida como **Lei Maria da Penha**.

Com base na referida lei, tomemos o exemplo da prática de **violência contra superior** (art. 157 do CPM), para a qual o art. 270 do estatuto processual militar veda a concessão de liberdade provisória. Com fundamento no art. 22 da Lei n. 11.340/2006 c/c art. 3º do CPPM, pode o magistrado da Justiça Especializada Militar conceder a liberdade provisória ao militar agressor, mas decretar em seu desfavor:

- I – a suspensão da posse ou restrição do porte de armas;
- II – afastamento do local de convivência com o ofendido, com a colocação do militar à disposição da corregedoria, até que a Administração tome a medida disciplinar mais adequada;
- III – proibição de determinadas condutas, entre as quais:
 - a) aproximação do ofendido e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
 - b) contato com o ofendido e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
 - c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica do ofendido.

Esse exemplo é capaz de demonstrar que o juiz da Justiça Militar possui a sua disposição vários instrumentos cautelares menos gravosos do que a prisão. Diante das circunstâncias do caso concreto, se medidas cautelares menos gravosas forem adequadas e suficientes para a garantia da jurisdição penal e para a tutela do bem juridicamente protegido pelo tipo penal incriminador (que em muitos crimes é efetivamente a hierarquia e disciplina militares), a decretação ou manutenção da prisão provisória deve ser considerada inconstitucional.

10 CONCLUSÃO

Por todas as razões expostas, em apertada síntese,

pode-se chegar às seguintes conclusões que se desdobram a partir da primeira:

- a) a prisão provisória na Justiça Militar é sempre uma medida cautelar excepcional, que somente pode ser decretada ou mantida quando satisfeitos os requisitos gerais das medidas cautelares, em especial, quando constatada a necessidade concreta da intervenção na esfera da liberdade individual;
- b) em qualquer caso, a decisão judicial que impede a liberdade provisória deve ser fundamentada com base em aspectos concretos do fato, que indiquem a necessidade de constrição cautelar, não bastando a simples menção a determinados artigos de lei;
- c) nos casos em que for possível determinar uma medida cautelar menos gravosa do que a prisão, eficaz e adequada à tutela da jurisdição penal e dos bens juridicamente protegidos pela lei penal militar, deve o juiz aplicar tal medida em substituição à prisão provisória;
- d) deve-se reconhecer inconstitucional a interpretação de que o art. 270 do CPPM estabeleça casos de prisão processual obrigatória. Uma interpretação conforme a Constituição indica que, nos casos apontados no referido dispositivo legal, o magistrado deve fazer exame mais cauteloso sobre a pertinência de conciliar a liberdade provisória com outra medida cautelar que possa tutelar efetivamente a jurisdição penal ou o bem juridicamente protegido pelo tipo penal incriminador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. Verdades, mentiras e outras indagações. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo Souza (Orgs.) *Hermenêutica e jurisdição constitucional: o Supremo e as garantias processuais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001 *apud* OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PACHECO, Denílson Feitosa. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. Niterói: Impetus, 2008.
- ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1995.