

DA (I)LEGITIMIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA HIERARQUIA E DISCIPLINA NO CPPM: UMA ANÁLISE À LUZ DO GARANTISMO

Rogério de Vidal Cunha¹

SUMÁRIO: 01- INTRODUÇÃO, 02 MEDIDAS CAUTELARES PENAIS: REQUISITOS E FUNDAMENTOS, 02.1 – DA (I) LEGITIMIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA, 02.2- OBJETO , REQUISITOS E FUNDAMENTOS 03- O GARANTISMO E OS NOVOS PARADIGMAS PARA O DIREITO PROCESSUAL PENAL MILITAR, 04- HIERARQUIA E DISCIPLINAR, BENS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS ÀS FORÇAS ARMADAS; 05- DA (I)LEGITIMIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA PARA A MANUTENÇÃO DA HIERARQUIA E DISCIPLINA. 06- CONCLUSÃO, 07- BIBLIOGRAFIA

01-INTRODUÇÃO

A atividade militar distingue os seus integrantes dos demais membros da sociedade, desde a antigüidade da humanidade², as peculiaridades dessa atividade, que envolve obrigações positivas que à nenhum outro integrante do corpo social são exigidas, tal como, o sacrifício da própria vida em defesa da pátria³, exige do Estado tratamento diferenciado, não como privilégio, mas sim, como medida igualdade, na acepção de que se deve sempre tratar aos desiguais de forma desigual.

¹ Analista Judiciário: Execução de Mandados da Justiça Militar da União, lotado na 2ª Auditoria da 3ª CJM(Bagé/RS).

² para uma visão histórica do fenômeno do desenvolvimento da atividade militar e de suas instituições jurídicas, **CARVALHO**, Alexandre Reis de, *A tutela Jurídica da Hierarquia e disciplina Militar: aspectos relevantes*, capturado em www.jus.com.br, em 10/10/2005

³ , não é a toa que o Ministro do STM, **BIERRENBACH, Flávio Flores da Cunha**, em palestra intitulada, *A justiça Militar da União e o princípio da Igualdade*, capturada em www.fmr.edu.br, em 12/07/2006, afirma que : “**O fato** é que os integrantes das instituições militares são os únicos seres humanos de quem a lei exige o sacrifício da própria vida *A nenhum funcionário público, na verdade a nenhum cidadão, exceto aos militares, lei alguma impõe deveres tão especiais, deveres que podem implicar a obrigação de morrer e até de matar. Pois bem, desde a Declaração da Virgínia, em 1776, que o consagrado BILL OF RIGHTS estabeleceu que todo ser humano é titular de quatro direitos fundamentais:*

- 1) o direito à vida;
- 2) o direito à liberdade;
- 3) o direito de resistência;
- 4) o direito à busca da felicidade.

A vida, portanto, é o bem supremo do indivíduo, o maior valor tutelado pelo direito e, por isso, os crimes contra a vida são os mais graves na legislação de todos os países civilizados.

Entretanto, para os integrantes das Forças Armadas, que são obrigados, em determinados momentos, a morrer e a matar, há um outro valor que se sobrepõe à própria vida. Este valor é a Pátria. Essa é uma circunstância absolutamente única, especial, singular, incontornável.

Desse fato e desse valor decorre a norma, ou o conjunto de normas que constitui o Direito Penal Militar, cuja aplicação compete à Justiça Militar, como ramo especializado do Poder Judiciário.”

Essas peculiaridades nunca ficaram alheias ao direito e permitiram o surgimento de ramos jurídicos adequados a efetiva tutela dos bens relevantes para a dita “sociedade militar”⁴, dentre elas a existência de um ramo específico do poder judiciário(em ambas as esferas da federação), bem como ramos específicos no direito penal e processual penal, além de, e talvez essa seja a maior característica do aparato jurídico penal militar, a realidade de que os militares são julgados eminentemente por seus pares, na forma de escabinato.⁵

O surgimento de um direito penal próprio para a atividade militar decorreu justamente dessas peculiaridades, bem como, pelo fato de que, nas instituições militares, constitucionalmente, atribui-se relevância ímpar a figura da **hierarquia e disciplina** como verdadeiros pilares das Organizações Militares. Não a toa já dizia Napoleão que "**disciplina é a primeira qualidade do soldado**"⁶.

Essa importância da hierarquia e disciplina às Forças Armadas(FFAA) reflete-se na própria estrutura do Código Penal Militar, em que crimes contra a Autoridade ou Disciplina Militar, e o dever militar postam-se antes de crimes contra a vida ou patrimônio.

⁴ Segundo ASSIS, Jorge César: “ *O aprofundamento da questão sugere, de plano, a aceitação dos seguintes pontos básicos:*

- *A sociedade militar é peculiar;*
- *- Possui modus vivendi próprio;*

Todavia submete-se aos princípios gerais do direito, amoldando-se ao ordenamento jurídico nacional – pode e deve ser submetida ao controle judicial do qual a ninguém é dado furtar-se.- Esta peculiaridade exige sacrifícios extremos (a própria vida), que é mais do que simples risco de serviço das atividades tidas como penosas ou insalubres como um todo; - Para condições tão especiais de trabalho, especial também o regime disciplinar, de modo a conciliar tanto os interesses da instituição como os direitos dos que a ele se submetem. A rigidez do regime disciplinar e a severidade das sanções não podem ser confundidas como supressão dos seus direitos.” In ASSIS, Jorge César *Os regulamentos disciplinares e o respeito aos direitos fundamentais*, capturado em www.cesdim.org.br

⁵ Segundo GIMENO SENDRA, José Vicente, *Fundamentos del derecho processal penal*, apud LOPES JÚNIOR, Aury Celso, *Sistemas de Instrucción preliminar en los derechos español e brasileño*, Tese Doutoral, apresentada na Universidade Complutense de Madrid, mimeo, p. 210, o escabinato: “*representa una institución superior al jurado, pues al actuar y decidir los juicios legos y técnicos conjuntamente, los beneficios son recíprocos la existencia de aquellos constituye un obstáculo al juicio rutinario, característica del juez técnico, a la vez que pueden aportar reglas de la experiencia de las que puede carecer por razón de su oficio el juez de carrera.*”, no âmbito do processo penal brasileiro, Roberto Menna Barreto de Assumpção afirma que: “*escabinato diz-se dos órgãos colegiados mistos formados na Justiça Militar, por integrantes das Forças Armadas e bacharéis, quatro oficiais e um Juiz Auditor nos Conselhos Permanentes e Especiais de 1º grau. Dez oficiais gerais do último posto da carreira, três advogados, um membro do MPM e um Juiz Auditor, no STM*”, ASSUMPCÃO, Roberto Menna Barreto. *Direito Penal e Processual Penal Militar – Teoria Essencial do Crime – Doutrina e Jurisprudência – Justiça Militar da União*. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1998, p. 20

⁶ CHAVES JÚNIOR, Edgar de Britto, apud. STREINFUNGER, Marcelo, e NEVES Cicero Robson Coimbra, *Apostamentos de Direito Penal Militar*, Ed. Saraiva, 2005, p. 05

No processo penal o legislador⁷ buscou reproduzir a importância da hierarquia e disciplina também ao processo penal, ainda sob a lógica do processo como mero adjetivo do direito penal, incumbindo, v.g., ao Ministério Público a guarda da Hierarquia e Disciplinas Militares, ou limitando a atuação da polícia judiciária militar também a essa hierarquia⁸.

De fato, em determinadas situações é necessária a penetração desses valores no processo penal, justamente para garanti-los, como é o caso da exigência de superioridade hierárquica entre o encarregado do inquérito e o investigado⁹, ou, ainda, entre o condutor e o conduzido¹⁰, e, principalmente no momento da composição do escabinato, em que, sempre, devem os Juizes-Militares serem de posto superior, ou idêntico, mas com mais antiguidade, que o acusado¹¹.

Contudo, pecou o legislador de 1969, ao buscar incluir dentre os fundamentos da tutela cautelar penal a preservação da hierarquia e disciplina, quando a liberdade do acusado ou indiciado puder por em risco tais valores¹².

⁷ E aqui quando nos referimos a figura do legislador, concordamos com Lênio Streck, em seu *Tribunal do Júri, Símbolos & Rituais*, quando afirma: “*Estamos cientes da problemática do “mito do legislador racional” e de suas “treze características” e, ainda, de que a expressão mais correta seria Poder Legislativo ou Poder legiferante. Em sua obra citada, Tribunal do júri: símbolos e rituais, p. 22, o autor esclarece, em nota de rodapé: “Quando me refiro à figura do ‘legislador’, estou ciente da problemática relacionada ao ‘mito do legislador racional’ e suas ‘treze características’, muito bem enfocadas e ironizadas - por Santiago Nino e Ferraz Jr. Trata-se, conforme Ferraz Jr., ‘de uma construção dogmática que não se confunde com o legislador normativo (o ato juridicamente competente conforme o ordenamento) nem com legislador real (a vontade que de fato positiva normas). É uma figura intermediária, que funciona como um terceiro metalingüístico em face da língua normativa (LN) e da língua-realidade (LR). A ele a hermenêutica se reporta quando fala que ‘o legislador pretende que...’, ‘a intenção do legislador é que...’ ou mesmo ‘a mens legis nos diz que...’.*”, 3ª Ed., 1998, Ed. Do Advogado, p. 22

⁸ CPPM, arts, 7º, §, 1º, 10, “a”, e § único, art. 15, etc.

⁹ CPPM, art. 7º, § 2º,

¹⁰ CPPM, art. 73

¹¹ Lei 8.457/92, art. 23

¹² Art. 255. A prisão preventiva, além dos requisitos do artigo anterior, deverá fundar-se em um dos seguintes casos: a) garantia da ordem pública; b) conveniência da instrução criminal; c) periculosidade do indiciado ou acusado; d) segurança da aplicação da lei penal militar; 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.

Tal disposição não restou recepcionada pela Constituição Federal de 1988, como se demonstrará, partindo-se da construção de um novo paradigma para o direito processual penal militar.

Na evolução atual do direito não se pode mais admitir o processo penal meramente como instrumento de aplicação da lei penal, o processo, não mais é adjetivo do direito material, claro, ainda cumpre a sua função instrumental, mas deve hoje, ser visto muito mais como instrumento de **garantia** dos direitos limitativos da atividade do estado do que, meramente, procedimento para a aplicação da lei penal.

Aqui entra em cena no âmbito do direito processual penal militar a urgência de adaptar-se o senso comum teórico dos juristas(**Warat**)¹³ da área penal e processual penal militar, à óptica garantista, e não à eficiência das FFAA(cuja importância é relevante para o Direito Penal Militar) limitando a prisão provisória(mal ainda necessário) somente aos casos de efetiva tutela cautelar, haja vista que garantir-se a hierarquia e disciplinar, eventualmente, postas em risco pela liberdade do acusado, não servem como tutela cautelar, mas sim, como verdadeira antecipação da tutela penal final.

O processo penal militar necessita desse novo paradigma, que é o Garantismo, pois ainda que a hierarquia e a disciplina sejam fundamentais a sociedade militar, ainda assim, devem prevalecer as garantias (agora não só negativas, mas também positivas) do Estado Democrático de direito, isso pois, segundo FERRAJOLI:

“todos os direitos fundamentais - e não só os direitos sociais e os deveres positivos por eles impostos ao Estado, mas também os direitos de liberdade e as correspondentes proibições negativas que limitam a intervenção daquele - eqüivalem a vínculos de substância e não de forma, que condicionam a validade

¹³ Segundo **WARAT**, Luiz Alberto, *O senso comum teórico dos juristas*, in *O direito achado na rua*. Brasília: UNB, 1987, p. 106, esse "senso comum teórico dos juristas", constitui-se em um "*discurso que oferece respostas que apenas aludem ao real, e comandadas por interesses que tornam a forma de princípios ou diretrizes. Assim, não é difícil ver que o senso comum teórico apresenta um conjunto de questões onde as respostas já estão sobredeterminadas*". No mesmo sentido, é importante a posição de Lênio Luiz Streck: "*a significação dada ou construída via senso comum teórico, contém, um conhecimento axiológico que reproduz os valores, sem, porém, explicá-los. Consequentemente, essa reprodução dos valores conduz a uma espécie de conformismo dos operados jurídicos*" op. Cit., p. 47

substancial das normas produzidas e exprimem, ao mesmo tempo, os fins para que está orientado esse moderno artifício que é o Estado Constitucional de Direito”¹⁴

Essa será a linha de estudo a ser desenvolvida no presente trabalho fugindo justamente desse senso comum teórico dos juristas, no sentido de que, mesmo no processo penal militar a defesa da **hierarquia** e da **disciplina** militares podem sobrepor-se aos princípios processuais penais constitucionais, e efetuando uma leitura das disposições processuais penais, á luz da instrumentalidade garantista, pois como diz STRECK:

“Esta perspectiva acerca da necessária releitura das condições de possibilidades da custódia preventiva caminha em direção daquilo que Ferrajoli, chama de fórmula sumária que representa o ordenamento como estado liberal mínimo e Estado social máximo, é dizer, Estado e Direito mínimo na esfera penal, graças a minimização das restrições de liberdade do cidadão e a correlativa extensão dos limites impostos à atividade repressiva; Estado e direitos máximo na esfera social, graças a maximização das expectativas materiais dos cidadãos e a correlativa expansão das obrigações públicas de satisfazê-las”¹⁵

02 MEDIDAS CAUTELARES PENAIS: OBJETO , REQUISITOS E FUNDAMENTOS

02.1 – DA (I) LEGITIMIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA

Ao presente trabalham importam tão somente as medidas cautelares de natureza pessoal, em especial a prisão preventiva, prevista no âmbito do processo penal militar no art. 255 do respectivo código processual.

¹⁴ **FERRAJOLI**, Luigi, *O Direito Como Sistema de Garantias*, apud, **STRECK**, Lenio Luiz, *Da Utilidade de uma Análise Garantista para o Direito Brasileiro*, capturado em www.femargs.com.br, em 05/07/2006

¹⁵ op. Cit. P. 68

Longe de nós a intenção de esgotar o tema, mas somente buscamos com esse tópico situar o leitor nas principais problemáticas envolvendo a restrição pessoal da liberdade do cidadão, sem , que exista contra ele sentença penal condenatória.

FERRAJOLI¹⁶, em seu *Derecho y Razon*, sustenta a ilegitimidade total da prisão cautelar, sem sentença penal condenatória, transitada em julgado, ao argumento de sua incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência, lembrando que na Roma¹⁷ antiga era expressamente proibida a segregação cautelar do acusado, tendo o instituto ressurgido justamente durante a inquisição, como medida para facilitar a disponibilidade do corpo do acusado como meio de prova através da tortura.

A principal preocupação de FERRAJOLI é no sentido de que admitindo-se a legitimidade da prisão cautelar, mesmo que para garantia do instrumentalidade processual, nada há que impeça distorções no sentido de transformação desse instituto que , como diz AURY LOPES, é “*fragilmente legitimado*” constitucionalmente¹⁸ em método não garantia da efetividade do processo, mas sim como instrumento de prevenção e defesa social, de natureza eminentemente penal.

Nas palavras de FERRAJOLI:

“Los principios ético-políticos, como los de la lógica, no admiten contradicciones, so pena de su inconsistencia: pueden romperse, pero no plegarse a placer; y una vez admitido que un ciudadano presunto inocente puede ser encarcelado por enecesidades procesales., ningún juego de palabras puede impedir que lo sea también por «necesidades penales». En este aspecto tenía razón Manzini: «Y, en

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razon , Teoria del garantismo penal*, Ed. Trotta, 1995, p. 551

¹⁷ Segundo FERRAJOLI: “*La historia de la prisión cautelar del imputado en espera de juicio está estrechamente vinculada a la de presunción de inocencia, en el sentido de que los límites dentro de los que la primera ha sido admitida y practicada en cada ocasión siguen de cerca los avatares teóricos y normativos de la segunda. Así sucedió que, mientras en Roma se llegó tras diversas alternativas a la total prohibición de la prisión preventiva, en el Edad Media, con el desarrollo del proceso inquisitivo, se convirtió en el presupuesto ordinario de la instrucción, basada esencialmente sobre la disponibilidad del cuerpo del acusado como medio para obtener la confesión per tormenta. Y sólo volvió a ser estigmatizada en la época de la Ilustración, de forma simultánea com la reafirmación del principio nulla poena, nulla culpa sine iudicio y el redescubrimiento del proceso acusatorio.*” Op. Cit. p. 551

¹⁸ LOPES, Aury Celso, *Crimes Hediondos e a prisão em flagrante como medida pré-cautelar: uma leitura garantista*, capturado em www.aurylopes.com.br em 16/07/2006

fin, ¿de qué inocencia se trata? ... Y entonces, ¿por qué no se aplica el principio con todas sus lógicas consecuencias? ¿Por qué no se abole la prisión provisional?”¹⁹

Mas a questão é que a maioria dos pensadores, desde o BECCARIA²⁰, tem a admitido a prisão cautelar como uma “**injustiça necessária**”²¹(CARRARA), ou como diz **AURY LOPES**:

“ o próprio sistema de prisão cautelar é incompatível com a presunção de inocência. contudo sobrevive graças aos princípios da (cruel) necessidade e excepcionalidade, verdadeiras tábuas de salvação do pensamento liberal clássico”

²²,

E aqui retornamos a questão do senso comum teórico dos juristas(**Warat**) no sentido de que mantém-se o *status quo* sem contestação, permitindo que, essa frágil legitimação seja mantida, muito mais pela falta de contestação do que por sua real legitimidade sob a ótica constitucional. É aquilo que SCHIMDT, chama de “**uma realidade indiscutível porque indiscutida**”²³ e é justamente essa realidade que FERRAJOLI contesta , esse chamado senso comum, questionando se a prisão cautelar é, efetivamente , uma mal necessário ou , é, na verdade, fruto de concepção inquisitiva do processo penal:²⁴

“El interrogante que debemos volver a plantear es entonces si la prisión preventiva es verdaderamente una “necesaria injusticia”, como pensaba Carrara, o si en cambio es sólo el producto de una inconfesada concepción

¹⁹ op. Cit. P. 555

²⁰ nas palavras do imortal mestre: “*siendo una especie de pena, la privacion de la libertad no puede preceder a la sentencia , sino en cuanto la necesidad obliga*”, apud FERRAJOLI, op. Cit., p. 552

²¹ Segundo FERRAJOLI: “*Ninguno de ellos llega, sin embargo, a pedir coherentemente la supresión del vituperado instituto: cual si se tratase de una «injusticia necesaria», incluso, como llegó a declarar Sir William Blackstone, como si sin él fuese .imposible proteger el derecho y la sociedad. Hobbes justificó el «encarcelamiento con la necesidad de la ((custodia segura de un acusado, afirmando que en tal caso ésta .no constituye un castigo, pues se supone que ningún hombre es castigado antes de haber sido sometido a audiencia pública* 43. Beccaria, después de haberla estimado «necesaria» contra el peligro de fuga o de obstaculización de las pruebas, llegó a considerarla «una pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración del delito.*” Op. Cit. P. 552

²² **LOPES**, Aury Celso, *Crimes Hediondos e a prisão em flagrante como medida pré-cautelar: uma leitura garantista*, capturado em www.aurylopes.com.br em 16/07/2006

²³ **SCHIMDT**, Andrei Zenkner, *Violência simbólica e precedentes jurisprudenciais*, publicado no Boletim do IBCCRIM, n.º 146, janeiro de 2005

²⁴ op. Cit. P. 556

inquisitiva del proceso que quiere al imputado en situación de inferioridad respecto de la acusación, inmediatamente sujeto a pena ejemplar y sobre todo, más allá de las virtuosas proclamaciones contrarias, presunto culpable.”

Mas, em sendo a prisão cautelar realidade em nosso ordenamento processual, mesmo que legitimada constitucionalmente de forma tênue, é uma realidade a ser enfrentada, pois reconhecida, ainda que com reservas, a sua existência e aceitação constitucional.

02.2- OBJETO , REQUISITOS E FUNDAMENTOS

O objeto da tutela cautelar , em geral, é a sua função de garantia a efetividade do processo, nesse ponto é autônoma do direito material e não pode implicar em antecipada satisfação da tutela material pretendida.

As medida cautelares servem ao processo e não ao direito material nele discutido, se no âmbito cível esse conceito possui relevância ímpar, o que dizer no processo penal, em que a tutela cautelar permite a segregação da liberdade do cidadão, sem que, contra ele tenha sido provada , acima de qualquer dúvida a sua culpabilidade.

Segundo MARTINEZ:

“las medidas cautelares son, pues, actos que tienen por objeto garantizar el normal desarrollo del proceso y, por tanto, la eficaz aplicación del jus puniendi. Este concepto confiere a las medidas cautelares la nota de instrumentalidad, en cuanto son medios para alcanzar la doble finalidad arriba apuntada.”²⁵

Por isso, diz AURY que : **“as medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e eficaz aplicação do direito de punir”²⁶**, isso em respeito ao fato de que a prisão cautelar **“porque no es una pena sino otra cosa: medida cautelar, procesal o en todo caso no penal”²⁷**.

²⁵ MARTINEZ, Sara Aragonese, et alii. *Derecho Procesal Penal*, apud LOPES JÚNIOR , Aury Celso, *Fundamento, requisito e principios gerais Das prisões cautelares* , in REVISTA AJURIS, n.º 72, p. 221

²⁶ op. Cit. p. 222

²⁷ FERRAJOLI, op. Cit. p. 556

As medidas cautelares penais jamais podem perder esse caráter instrumental exclusivo do processo penal, sob pena de , subverter-se em medida antecipatória da tutela penal, com efeitos sociais diversos de sua missão, desviando-se para aquilo que Nilo Batista convencionou chamar de **“missão secreta do direito penal”** , cujo conceito pode muito bem ser aceito para o processo.²⁸

Não por outra razão há de se limitar a aceitação da prisão cautelar somente nos casos de risco ao processo, limitados, já por BECCARIA²⁹ a duas situações que são, portanto, seus únicos fundamentos : o **perigo de fuga do imputado** e o **risco de alteração das provas**, qualquer outro permissivo de segregação provisória que fuja dessas limitações estará subvertendo o objeto da tutela cautelar para fins penais e não processuais, pois se , ainda que fictício, há certo consenso, doutrinário no sentido de que as prisões cautelares são um “mal necessário”, não há fundamento no Estado Democrático de Direito, que legitime qualquer distorção de sua natureza, ou ampliação, de seus casos, para fora dos limites de sua instrumentalidade ao processo³⁰.

Assim, se os fundamentos da tutela cautelar penal são os riscos decorrentes da fuga do acusado ou de alteração das provas, passa-se a análise dos requisitos para a concessão dessa mesma tutela, aqui, novamente, sem a intenção de esgotar, mas , repetindo o que já foi dito, de situar a discussão junto a melhor doutrina atual.

²⁸ *“Podemos, assim, dizer que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena. Numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou “interesses”, ou “estados sociais”, ou “valores”) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações. Efeitos sociais não declarados da pena também configuram, nessas sociedades, uma espécie de “missão secreta” do direito penal.”* BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 116

²⁹ *“no puede ser más que la necesaria o para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos”*, apud. FERRAJOLI, op. Cit. p. 552

³⁰ Segundo, AURY LOPES: *“Pensamos que as prisões cautelares se traduzem em uma verdadeira ultima ratio do sistema processual penal. É um mal, grave, que infelizmente é necessário para casos excepcionais e que deve ser utilizado com extrema prudência. Além disso, os argumentos que sustentam a tese de que não estamos frente a uma verdadeira execução antecipada da pena são frágeis e não convencem”* , op. Cit. p. 236

E justamente por isso, como AURY LOPES,³¹ não podemos aceitar mera repetição civilista dos requisitos para a concessão da tutela cautelar, dentro do conceito de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, nas palavras do Prof. Riograndino:

“O equívoco consiste em buscar a aplicação literal da doutrina processual civil ao processo penal exatamente em um ponto em que não é possível tal analogia. Aqui é fundamental buscar-se categorias jurídicas próprias para explicar o fenômeno do processo penal. Configura uma impropriedade jurídica afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária à existência do *fumus boni iuris*. Como se pode afirmar que um delito é uma “fumaça de bom direito”? No processo penal o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado. O objeto do processo nesse momento não é um direito, mas um delito.”

(...)

“Seguindo a mesma linha de Calamandrei, a doutrina considera equivocadamente que o *periculum in mora* é outro requisito das cautelares. A confusão aqui não é apenas terminológica, mas sim fruto da equivocada valoração do perigo decorrente da demora no sistema cautelar penal. Em realidade, o que existe é um perigo de fuga, risco de frustração dos fins do processo em virtude da ausência do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova, alarma social e reiteração delitiva).”

Por esses motivos, mais do que adequados, optamos pelos conceitos de *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, como os requisitos para a concessão da tutela cautelar penal.

O primeiro requisito (*fumus commissi delicti*), consiste na “*fumaça da existência de um delito. Não se exige um juízo de certeza, mas de probabilidade razoável.*”³²

³¹ op. Cit., p. 222/223

³² op. Cit p. 225

Esse juízo de probabilidade *“é aquele que já propunha o direito romano: provável era aquilo que, segundo as aparências pode ser declarado como verdadeiro ou certo.”*³³

Exige-se não uma crença subjetiva do juiz, mas sim, a existência objetiva de provas de que a conduta imputada ao acusado é, em aparência criminosa(fato típico, ilícito e culpável).

A esse juízo de probabilidade , não absoluto, mas contundente o bastante para permitir a segregação cautelar do imputado, ou seja, para superar a barreira da prevalência da liberdade como valor intrínseco ao Estado Democrático de Direito, deve ser aliado o perigo que o acusado, em liberdade causa ao processo.

Essa situação de perigo é o chamado *periculum libertatis*, que não liga-se necessariamente ao risco do tempo do processo, de sua tramitação, pois *“aqui o fator determinante não é o tempo mas a situação de perigo criada pela conduta do sujeito passivo do processo.”*³⁴ e esse perigo diz respeito justamente aos dois únicos fundamentos possíveis para a prisão cautelar o risco de fuga do acusado e risco de prejuízo à produção probatória.

Esses riscos , devem estar devidamente comprovados , não admitindo, ante o princípio da presunção de inocência qualquer juízo prévio, desfocado da verdade dos autos, ainda mais que, segundo FERRAJOLI, o modelo garantista equívale a um sistema *“de minimización del poder y de maximización del saber judicial, en cuanto condiciona la validez de las decisiones a la verdad, empírica y lógicamente controlable, de sus motivaciones.”*³⁵

Fora desses limites não haverá legitimidade na prisão preventiva, pois estar-se-á diante de uma prevalência da **autoridade judicial** em detrimento do conhecimento judicial.³⁶

³³ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra n.º 2999/03, relator BARRETO DO CARMO, disponível em www.dgsi.pt

³⁴ LOPES JÚNIOR, op. Cit. p. 226

³⁵ op. Cit. p. 22

³⁶ *“En el primer sentido, más propiamente teórico, «razón» designa el tema -pertinente para la epistemología del derecho- de la racionalidad de las decisiones penales, es decir, del sistema de vínculos y reglas elaborado sobre todo por la tradición liberal y dirigido a fundar (también) sobre el conocimiento antes que (sólo) sobre la (autoridad e los procesos de imputación y de imposición de sanciones penales.”* FERRAJOLI, op. Cit. p. 22

03- O GARANTISMO E OS NOVOS PARADIGMAS PARA O DIREITO PROCESSUAL PENAL MILITAR

Remonta a filosofia iluminista o ideário garantista, iniciando-se com a idéia, base do iluminismo, do homem como centro do conhecimento (Antropocentrismo), desviando-se assim da religião como fonte exclusiva do saber (Teocentrismo), com isso, o homem deixa de ocupar posição de objeto da vontade divina, para ser sujeito de sua própria vontade, ou melhor, deixa de ser objeto do direito, para ser sujeito de direitos.

O homem, não mais é levado pelo destino, é senhor de seu caminho.³⁷

É o processo de secularização do direito, fruto direto do iluminismo, pelo qual há um afastamento do Estado da cultura eclesiástica, há uma ruptura entre o Estado e a Igreja. Sobre a secularização, Salo de Carvalho e Amilton Bueno de Carvalho, ensinam que a expressão tem sido utilizada como definição dos processos pelos *“quais a sociedade, a partir do século XV, produziu uma cisão entre a cultura eclesiástica e as doutrinas filosóficas (laicização), mais especificamente entre a moral do clero e o modo de produção da ciência.”*³⁸

Segundo HASSERMER³⁹, com a secularização: *“as leis e a justiça têm agora de ser construídas a partir de baixo, isto é, não a partir da vontade de Deus, nem da natureza, mas a partir de baixo, dos cidadãos, dos interessados.”*

³⁷ Segundo JAKOBS, Gunter, CALLEGARI, André, trad., *Fundamentos do Direito Penal*, Ed. RT, 2003, p. 16: *“considerando-se essa concepção da realidade, ninguém podia escapar do destino. ‘Ai de mim, está cumprido, claro, caro tudo é’, doía-se Édipo, quando averiguou sua situação. Esse ‘não poder escapar’ não era uma coação externa imposta ao ser humano, senão, ao contrário, era sua natureza, sua identidade. O lamento prossegue: ‘procriou-se quem não devia, copulou comigo quem não devia, e golpeei a quem não devia’”*

³⁸ CARVALHO, Amilton de e CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000. p. 01

³⁹ HASSEMER, Wienfried, *Processo penal e direitos fundamentais*, Revista Del Rey Jurídica, Ano 08, nº 18, p. 71

FERRAJOLI, não limita a secularização somente a separação entre Igreja e Estado, mas também entre **moral** e **direito**, argumentando que o direito não tem a missão de reproduzir os valores morais ou religiosos, textualmente:

“La idea de que no existe una conexión necesaria entre derecho y moral, o entre el derecho «como es» y el derecho «como debe ser», se considera comúnmente un postulado del positivismo jurídico: el derecho, según esta tesis, no reproduce ni tiene la misión de reproducir los dictámenes de la moral o de cualquier otro sistema metajurídico -divino, natural o racional- de valores ético-políticos, sino que es sólo el producto de convenciones legales no predeterminadas ontológica ni tampoco axiológicamente”⁴⁰

Logo em seguida conclui FERRAJOLI que o processo de secularização do direito”, *culminado al inicio de la Edad Moderna, tanto del derecho como de la moral, desvinculándose ambos en tanto que esferas distintas y separadas de cualquier nexo con supuestas ontologías de los valores*”.⁴¹

Mas o Iluminismo não encerrou a questão, pois com passar do tempo, assim como se evoluiu com a secularização para o Estado liberal-individualista, deste evoluiu-se para o Estado promovedor(Estado Social), o que exige de todos os aplicadores do direito novos paradigmas, dos quais, não pode o processo penal militar evadir-se.

Como muito bem diz LENIO STRECK⁴²: *“com o advento do estado democrático de direito, toda a teoria jurídica necessita de uma adequação a esse novo(modelo) de produção de direito”*.

Esses novos paradigmas, segundo FERRAJOLI constituem, dentro do Estado Social de Direito⁴³:

⁴⁰ op. Cit. p. 218

⁴¹ op. Cit. p. 218/219

⁴² op. Cit. p. 25

⁴³ op. Cit. p. 866

“Un proyecto de democracia social forma por tanto un todo único con el de un estado social de derecho: consiste en la expansión de los derechos de los ciudadanos y, correlativamente, de los deberes del estado, o, si se quiere, en la maximización de las libertades y de las expectativas y en la minimización de los poderes. Con una fórmula sumaria podemos representar a semejante ordenamiento como *estado liberal mínimo* y a la vez como *estado social máximo*: estado (y derecho) mínimo en la esfera penal, gracias a la minimización de las restricciones de las libertades de los ciudadanos y a la correlativa extensión de los límites impuestos a sus actividades represivas; estado (y derecho) máximo en la esfera social, gracias a la maximización de las expectativas materiales de los ciudadanos y a la correlativa expansión de las obligaciones públicas de satisfacerlas.”

FERRAJOLI, nos ensina que é fundamental abandonar o páleo-juspositivismo⁴⁴ no sentido de identificar a vigência e a validade das leis , como sinônimos, de tal modo que, a lei pode até mesmo ser vigente, mas somente terá validade quando respeitar formal e materialmente os ditames constitucionais.

Como muito bem diz BOBBIO, no prefácio da obra *Derecho e Razon* sobre a necessidade de distinguir-se entre a validade e vigência das normas:

“ distinguir la validez formal, o vigencia, de las normas de su validez sustancial y a subrayar que en un ordenamiento que haya recibido los derechos fundamentales de libertad la validez no puede ser solamente formal, y por tanto existe en él un problema de justicia interna de las leyes, y no solamente externa”⁴⁵

No Garantismo não há mais espaço para o direito avalorado , dissociado da realidade imposta pelo texto constitucional , reconhecido não só como texto jurídico superior, mas principalmente como elemento diretivo na aplicação de todo o direito, a constituição passar não só a “ser direito”, mas também a dar o rumo a toda a produção jurídica do Estado.

⁴⁴ op. Cit p. 360

⁴⁵ op. Cit. p. 15

Como diz LÊNIO STRECK:

“são, em suma, os próprios modelos axiológicos do direito positivo, e não só os seus conteúdos contingentes – seu “dever ser”, e não apenas o seu “ser” – que o Estado Constitucional de Direito são incorporados no ordenamento, como direito e sobre direito, sob a forma de limites e vínculos jurídicos de produção científica”⁴⁶

Por essa lógica, não seria absurdo dizer-se que o Garantismo não limita-se ao direito penal e processual penal, vai mais longe, transcendendo a todos os demais ramos do direito. Essa é a posição de GERALDO PRADO, ao afirmar que nos dias atuais *“cabe falar, pura e simplesmente em GARANTISMO, uma vez que as premissas sobre as quais está fundado são adequados a todos os ramos e todas as áreas do direito.”*⁴⁷

No âmbito do direito penal FERRAJOLI⁴⁸, assim define a missão do Garantismo:

“Garantismo, en efecto, significa precisamente tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal: la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado y por consiguiente la garantía de su libertad mediante el respeto también de su verdad. Es precisamente la garantía de estos derechos fundamentales la que hace aceptable para todos, incluida la minoría de los reos y los imputados, al derecho penal y al mismo principio mayoritario.”

No âmbito penal, pode-se dizer, sem muitas dúvidas que o Garantismo representa a busca por um **direito penal mínimo** e por um **processo penal garantista** na esfera processual.

Nesse **processo penal garantista**, o juiz não mais pode ser mero espectador passivo, preocupado somente na aplicação da lei, deve ser **garantidor** do cumprimento das garantias

⁴⁶ op. Cit p. 26

⁴⁷ PRADO, Geraldo, *Prisão e Liberdade*, capturado em www.estacio.br, em 20/07/2006

⁴⁸ op. Cit. p. 335/336

processuais do acusado, como muito bem disse SILVA FRANCO:

O juiz passa a ser o garantidor desse sistema. Não pode, por isso, em face de violações ou de ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, permanecer num estado de inércia ou de indiferença, ou mesmo admitir que o legislador infraconstitucional se interponha indevidamente entre ele e a Constituição. Bem por isso, deve o juiz, no modelo garantístico, renunciar quer à função de "boca repetidora" da lei, quer à função meramente corretiva da lei.⁴⁹

Como diz FERRAJOLI⁵⁰, citado pelo mesmo autor:

"a sujeição do juiz à lei já não é de facto, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à lei somente quando válida, ou seja coerente com a Constituição. E a validade já não é, no modelo constitucionalista-garantista, um dogma ligado à existência formal da lei, mas uma sua qualidade contingente ligada à coerência — mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz — dos seus significados com a Constituição. Daí deriva que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos".

No direito processual penal militar esse novo paradigma do juiz como garantidor dos direitos do acusado é a grande missão que a doutrina deve buscar, pois, nesse ramo particular do direito o escabinato, como já dito, faz com que junto com a técnica(**toga**), esteja presentes(a partir do recebimento da acusação) também os Juizes Militares(**o sabre**).

Se, como diz AURY LOPES *“los conocimientos personales que los legos em derecho podem aportar son extremamente úteis al juez profissionnal y el resultado del intercambio es francamente favorable para la obtencion de lo justo reparto judicial”*⁵¹ bem como, com a circunstância de que o sistema pode evitar que o juiz profissionnal(togado) perca

⁴⁹ FRANCO, Alberto Silva, *O juiz e o modelo garantista*, publicado no do Boletim IBCCRIM nº 56 - Julho / 1997

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi, *O direito como sistema de garantias*, apud SILVA FRANCO, Alberto, op. cit

⁵¹ LOPES JÚNIOR, Aury, *Sistemas*, op. Cit. p. 212

o sentido do caso concreto, como informa CARNELUTTI⁵², ainda assim, tem-se de vencer eventual barreira de que os Juízes-Militares lá estão para impor no processo a garantia, não dos direitos do acusado, mas sim, dos princípios da hierarquia e disciplina.

Os Juízes Militares devem obediência apenas à própria e imparcial consciência, de acordo com a lei e com a prova dos autos (CPPM, art 400)⁵³ e tanto quanto o juiz profissional tem a função de garante dos direitos constitucionais do réu que lhe é apresentado para julgamento, por isso, **“não deverá permanecer inerte, em posição de sentido (...) não deve se manifestar monossilabicamente (...) é juiz, questiona, analisa, tira dúvidas, decide”**⁵⁴ e mais, é **garante** dos direitos do acusado, deve agir positivamente para preservar materialmente as garantias processuais deste.

Esse deve ser o novo paradigma do direito processual penal militar, a **garantia** da efetividade da vigência da constitucional, a garantia de seu utilitarismo⁵⁵, fazendo prevalecer a validade das normas adequadas ao Estado Constitucional de Direito, sobre a sua mera vigência. Deve, assim, o direito processual penal militar, e todos os seus atos jurídicos comprometerem-se com novo paradigma⁵⁶ do Garantismo penal, que segundo **BOBBIO**, como modelo representa uma meta que permanece: **“tal aunque no se alcance y no pueda ser nunca alcanzada del todo. Pero para constituir una meta el modelo debe ser definido en todos los aspectos. Solamente si está bien definido puede servir de criterio de valoración y de corrección del derecho existente.”**⁵⁷

⁵² apud, **LOPES JÚNIOR**, Aury, *Sistemas*, op. Cit. p. 212

⁵³ além do Art. 36, § 2º, do CPPM que assim prescreve: **“no exercício das suas atribuições, o juiz não deverá obediência senão, nos termos legais, à autoridade judiciária que lhe é superior”**.

⁵⁴ **ASSIS**, Jorge César de. *Os Conselhos de Justiça Militar*, in *Direito Militar*, ano IV, n.º 20: Florianópolis, AMAJME, nov/dez 1999

⁵⁵ Segundo **FERRAJOLI**, op. Cit. p. 258/259: **“El utilitarismo, al menos en la medida en que excluye las penas socialmente inútiles, es en suma el resupuesto necesario de cualquier doctrina penal acerca de los límites de la potestad punitiva del estado.”**

⁵⁶ Segundo **BOBBIO**(op. Cit. p. 10) : **“Y sólo un derecho procesal que, en garantía de los derechos del imputado, minimice los espacios impropios de la discrecionalidad judicial, puede ofrecer a su vez un sólido fundamento a la independencia de la magistratura y a su papel de control de las ilegalidades del poder. En fin, sólo un efectivo pluralismo institucional y una rígida separación de poderes puede garantizar la rehabilitación de la legalidad en la esfera pública según el paradigma del estado democrático de derecho.”**

⁵⁷ Op. Cit. p. 15

04- HIERARQUIA E DISCIPLINAR, BENS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS ÀS FORÇAS ARMADAS

Fixada a necessidade do Direito Processual Penal Militar adaptar-se ao novo paradigma garantista , decorrente da adoção do Estado Constitucional de Direito, com a constituição não só como ápice do sistema normativo, mas também como ela mesma como meta a ser materializada , não se pode deixar de negar que a própria constituição estabelece como valores a serem preservados, pelas Forças Armadas , a **hierarquia** e a **disciplina**.

De fato, o artigo 142 da Constituição de 05 de outubro de 1988, ao definir o arcabouço constitucional da *instituição* Forças Armadas, assim dispõe:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.⁵⁸

Realmente . não se pode imaginar as FFAA dissociadas da hierarquia e disciplina , pois sem elas é impossível ao aparato militar dar cumprimento a sua função constitucional de defesa da pátria, e garantia dos poderes constitucionais.

Não é a toa que segundo, MUÑOZ⁵⁹ : *“La disciplina posiblemente el valor más elevado que ha de observar el militar, y que, lejos de ser una virtud meramente enunciativa o una reminiscencia romántica”*, sendo efetivamente uma necessidade das Forças Armadas de estarem sempre preparadas e em estado de eficiência⁶⁰ seja em tempo de guerra seja em tempo de paz, que, afortunadamente no Brasil tem sido a grande maioria, e para manter-se

⁵⁸ No mesmo sentido o Estatuto dos Militares da União: “Art. 2º - As Forças Armadas, essenciais à execução da política de segurança nacional, são constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, e destinam-se a defender a Pátria e a garantir os poderes constituídos, a lei e a ordem. São instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei”. (LEI 6880 DE 09/12/1980)

⁵⁹ MUÑOZ , Ignacio J. de Guzmán , *El régimen disciplinario militar*, disponível em www.derechomilitar.info

⁶⁰ a respeito veja-se o crime do art. 198 do CPM, que é justamente a figura de deixar o comandante de manter a sua tropa em estado de eficiência, apenada com a suspensão do posto de 3 meses a um ano.

essa eficiência operacional, em qualquer momento, a disciplina⁶¹ é indispensável. Na definição de OSCAR MACEDO SOARES, *“a subordinação pela obediência é a base da disciplina militar”*⁶²

Já a hierarquia, é magistralmente definida por JOSÉ AFONSO DA SILVA⁶³: *“é o vínculo de subordinação escalonada e graduada de inferior a superior”*, sim, pois não basta a existência da obrigação de obediência, se o poder-dever, de comando não estiver escalonado racionalmente, até mesmo para, como nos diz o art. 14 da Lei 6.880/80⁶⁴, ter-se o aumento da responsabilidade no comando.

Esses valores, são, sem sombra de dúvida indissociáveis⁶⁵ das forças armadas, e irradiam-se em todos os ramos especiais do direito decorrentes da especialização gerada pela vida na caserna, que, inclusive fundamenta não só a existência de uma justiça especializada, como de um direito penal especializado e mesmo de um processo penal cujos procedimentos são adequados a essa realidade.⁶⁶

⁶¹ Observe-se ainda o conceito legal de disciplina, que nos é dado pelo §2º da Lei 6.880: *“Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo”*

⁶² MACEDO SOARES, Oscar. *Código Penal Militar da República dos Estados Unidos do Brasil*, APUR, CARVALHO, Alexandre Reis, op. Cit.

⁶³ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 18 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 738

⁶⁴ Lei 6.880/80: ART. 14 - *A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico. §1º- A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antigüidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade*

⁶⁵ Segundo Alexandre Reis CARVALHO: *“Sua base institucional esta estruturada na hierarquia e na disciplina militar, sem as quais seria de todo impraticável a realização da sua missão e todas as guerras estariam perdidas sem que fossem necessário disparar um tiro sequer. São, ainda, parte inalienável do Estado Democrático de Direito e, muito além disso, são, ultima ratio, os garantes materiais da sua própria sobrevivência, como bem explicitado na Carta Constitucional, que lhes atribuiu a defesa da pátria como missão maior.”* Op. cit

⁶⁶ Não a toa, disse o Tenente-Brigadeiro do Ar, Carlos de Almeida BAPTISTA que *“as peculiaridades, os usos e costumes militares, a serem considerados no instante do julgamento, como poderão ser adequadamente avaliados, senão por uma justiça especializada! Nesse aspecto precisa é a assertiva do Professor José Carlos Moreira Alves, decano dos atuais Ministros do Supremo Tribunal Federal e insuspeito sobre a matéria, até porque civilista de escola: ‘...sempre haverá uma Justiça Militar, pois o Juiz Singular por mais competente que seja, não pode conhecer das idiosincrasias da carreira da armas, não estando pois em condições de ponderar a influência de terminados ilícitos na hierarquia e disciplina das forças armadas”* apud ASSIS, Jorge César, LAMAS, Cláudia Rocha, *A execução de sentença na Justiça Militar*, ed. Juruá, 2ª Ed. 200, p. 35

A preservação desses valores da ordem jurídica militar⁶⁷, em que preponderam justamente a hierarquia e disciplina são tuteladas pelo direito penal militar, são, pois, seu principal bem jurídico a ser protegido.

Como nos atesta CÉLIO LOBÃO⁶⁸:

"as ofensas definidas na lei repressiva castrense que dizem respeito à desatinação constitucional, às atribuições legais das instituições militares, à autoridade militar e ao serviço militar, têm, como agentes, tanto o civil quanto o militar, enquanto as que atingem a disciplina e a hierarquia têm como destinatário somente o militar."

Em manifestação mais recente CÉLIO LOBÃO⁶⁹, assevera, em relação a especialidade do Direito Penal Militar que este ramo do Direito Penal é especial em razão do ***“bem jurídico tutelado, isto é, as instituições militares, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, do serviço e do dever militar, acrescido da condição de militar dos sujeitos do delito.”***

Portanto, resta indiscutível que a **hierarquia** e as **disciplina** são bens jurídicos, não só relevantes, mas, principalmente protegidos pelo direito penal militar, ao ponto de que a sua ofensa constitui a razão da existência desse direito penal.

05- DA (I)LEGITIMIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA PARA A MANUTENÇÃO DA HIERARQUIA E DISCIPLINA

Como dito acima a **hierarquia** e a **disciplina** são bens fundamentais ao direito penal militar, são por ele tutelados à exaustão, deixando-se ainda, para a esfera disciplinar as infrações a tais bens jurídicos que sejam insuficientes para impor a atuação do direito penal.

⁶⁷ ROMERO, Jorge Alberto, *Curso de Direito Penal Militar*, ed. Saraiva, 1993, p. 1

⁶⁸ LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*, Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 45

⁶⁹ LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar. Direito Penal Especial. Direito Penal Comum. Direito Processual Especial. In Direito Militar – História e Doutrina – Artigos Inéditos*. Florianópolis: AMAJME, 2002. p. 38 a 45

Talvez com esse espírito de proteção, o legislador de 1969, no capítulo relativo a prisão preventiva autorizou a concessão de medida cautelar penal de aprisionamento para o fim de preservar tais valores acaso ameaçados pela liberdade do acusado.

Aqui, não se pode, primeiramente, deixar de ressaltar o momento político da publicação tanto do Código Penal Militar, quanto do de Processo Penal, no auge da repressão política instaurada pelo Movimento de Março de 1964.

Não por outra razão, já asseverava ROMEIRO: “*o próprio Código Penal Militar de 21-10-1969, que já nasceu eivado de inconstitucionalidade, brigando com a Emenda Constitucional n.º 1, de 17 anterior(...)*”⁷⁰

Surge, então, a prisão preventiva, não com natureza cautelar, como instrumental exclusiva do processo penal, mas sim, como instrumento de combate a criminalidade, ou no caso do direito penal militar, de estabilização da confiança da sociedade militar, nos valores da hierarquia e disciplina.

Essa prisão do art. 255, “e” do CPPM possui a intenção de combater não riscos processuais, mas sim, riscos materiais, aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal, como diz HASSEMER, distorce-se a prisão cautelar para “*un instrumento efectivo para la lucha contra el delito*”⁷¹

Mas já se viu alhures que a própria prisão cautelar é legitimada constitucionalmente de forma tênue, a tal modo que deve limitar-se somente a sua natureza puramente cautelar, de instrumentalidade ao processo, sem servir-se de qualquer pretensão antecipatória da pena.

Um instituto que como diz AURY LOPES, é “*fragilmente legitimado*” constitucionalmente⁷² não pode correr o risco de desvirtuar-se para perseguir fins de natureza

⁷⁰ op. Cit., n° VII

⁷¹ HASSEMER, Wienfried, *Crítica al derecho penal de hoy – Norma, interpretación, procedimiento, Limites de la prisión preventiva*, Ed. Ad Hoc, 2ª ed. 1ª reimpressão, 2003, p. 105

⁷² LOPES, Aury Celso, *Crimes Hediondos e a prisão em flagrante como medida pré-cautelar: uma leitura garantista*, capturado em www.aurylopes.com.br em 16/07/2006

penal, de reação a criminalidade, pois tal não só, não serve ao processo, como também viola o princípio de presunção de inocência(não culpabilidade).

Ainda, que , mesmo com as ressalvas de FERRAJOLI, o senso comum teórico dos juristas, tenha visto na prisão preventiva uma verdadeira exceção do princípio da presunção de inocência, ainda assim, se tem em conta que para legitimar a tutela cautelar penal essa deve prestar-se somente ao processo sem fazer qualquer juízo acerca da **culpabilidade** do agente.

Somente admite-se a prisão preventiva quando o acusado representar risco ao processo e não ao direito material, pois senão estar-se-á, diante de prevenção da criminalidade, da antecipação de uma pena, e pior, esta se antecipando uma pena sem formar-se plenamente um juízo de culpabilidade. Como diz HASSEMER , não se pode olvidar que a prisão preventiva *“es privación de libertad frente a un inocente.”*⁷³, para logo em seguida afirmar que:

“De ello se sigue necesariamente que la prisión preventiva no puede perseguir objetivos del derecho penal material. La persecución de fines de prevención general o especial presupone que se encuentre firme el presupuesto de ese derecho penal material: la culpabilidad del dectado. La evitación de un peligro de reiteración, la intimidación, o la integración normativa de la generalidad o los esfuerzos de resocialización sólo pueden ser ejecutados sobre una persona con respecto a la cual el derecho penal se ha asegurado de su culpabilidad en forma conforme al ordenamiento.”⁷⁴

HASSEMER, reitera a posição de BECCARIA, no sentido de que somente há legitimidade da prisão cautelar nos casos risco de fuga(garantir a presença do acusado ao procedimento) e garantia da instrução penal.

Como afirma GERALDO PRADO⁷⁵:

“Ninguém poderá ser preso durante o processo por conta da pretensão de punição, se não se determinou, conforme as regras processuais, a

⁷³ op. Cit. p. 117

⁷⁴ op. Cit. p. 118

⁷⁵ op. cit

responsabilidade penal do acusado. Não é possível antecipar a providência de direito material que somente uma sentença de mérito, no final do processo, pode prover.

Aqui não se trata somente da questão da garantia da hierarquia e da disciplina na tropa, mas sim de qualquer forma de prisão preventiva com finalidades não processuais, tais como garantia da ordem pública (CPPM, art. 255, “a”) ou periculosidade do agente(CPPM art. 255, “c”), ou mesmo garantia da “ordem econômica”(CPPB , art. 312), pois em nenhum caso essas prisões refletem riscos ao processo, pois se o acusado , em liberdade, apresenta risco a hierarquia e disciplina , esse risco não é ao processo, mas sim ao direito penal militar, já que , em termos processuais, a repercussão da conduta na caserna somente tem relevância para a fixação do apenamento.

No mesmo sentido AURY LOPES⁷⁶:

“Consideramos inconstitucional a prisão cautelar fundada na tutela da “ordem pública” e da “ordem econômica”. Isso porque - resumidamente, diante dos limites do presente trabalho - a prisão para garantia da ordem pública ou da ordem econômica não é cautelar. Epistemologicamente, a cautelar está a serviço do processo. Por isso é uma instrumentalidade de segundo grau, ou elevada ao quadrado como ensina CALAMANDREI. É um instrumento a serviço do instrumento processo penal. A prisão para garantia da ordem pública/econômica não serve para a tutela do processo ou do seu objeto, senão que atende a um interesse de “segurança pública”, não-cautelar e, portanto, inconstitucional. A “ordem pública” é um conceito vago, indeterminado e despido de sentido. Sua origem é nazi-fascista (Alemanha nazista, 1935), concebido como uma autorização geral e aberta para perseguir e prender. Atualmente, tem sido usado para sedar a opinião pública, transformando-se em pena antecipada, com clara finalidade de exemplaridade e imediata prevenção geral e especial. Tais funções (prevenção geral e especial e retribuição) são funções exclusivas de uma pena, que supõem um processo judicial válido e uma sentença transitada em julgado. Jamais tais funções podem ser buscadas na via cautelar. É inconstitucional atribuir a prisão cautelar a função de controlar o alarma social, e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o

⁷⁶ LOPES JÚNIOR, Aury Celso, *Crimes hediondos e a prisão em flagrante como medida pré-cautelar: uma leitura garantista*, capturado em www.aurylopes.com.br/art004.html, em 16/07/2006

Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo. Também a ordem pública, ao ser confundida com a “opinião pública”, corre o risco da manipulação pelos meios de comunicação de massas, transformando-se em opinião publicada. Em suma, a prisão preventiva para garantia da ordem pública/econômica é uma verdadeira pena antecipada, violando claramente o devido processo legal e a presunção de inocência. A tutela da ordem pública é medida de “segurança pública”, devendo ser buscada através de outros instrumentos a disposição da administração pública. O que não podemos admitir é a introdução de um elemento completamente estranho a natureza puramente cautelar-legitimante, em inegável violação do sistema constitucional de garantias.”

Assim, ainda que vigente, não mais pode-se dizer válida a disposição do art. 255, “e” do CPPM, posto que ilegítima é, em vista do Estado Constitucional de Direito, que preconiza o princípio da presunção de inocência, que deve ser garantido pelo Poder Judiciário, que nesse modelo, assume justamente a função de garante, desse estado de “não culpado”⁷⁷(FERRAJOLI) do acusado, que sempre é quebrado quando desvirtua-se uma prisão de natureza cautelar, em medida antecipatória da sua culpabilidade(por admitir a prisão por riscos ao direito material e não processual), como no caso da norma apreciada.

06- CONCLUSÃO

De tudo que foi demonstrado no presente trabalho, não pode ser outra a conclusão senão a da ilegitimidade (à luz do Estado Constitucional de Direito) da prisão preventiva para garantia da hierarquia e disciplina militares.

Indiscutível é a relevância desses bens jurídicos para o direito penal militar, e mesmo para o procedimento processual militar, mas não a ponto de permitir a formação de juízo provisório de culpabilidade do acusado.

⁷⁷ “Y expresa el sentido de la presunción de no culpabilidad del imputado hasta prueba en contrario: es necesaria la prueba - e s decir, la certidumbre, aunque sea subjetiva- no de la inocencia sino de la culpabilidad, sin tolerarse la condena sino exigiéndose la absolución en caso de incertidumbre.” Op. Cit. p. 106

É justamente no princípio da não culpabilidade que reside tal ilegitimidade, ainda mais frente à necessidade de adotar-se esse novo paradigma que é o Garantismo, em que, um dos axiomas fundamentais é o de que não haverá pena sem culpa formada.

Esse novo paradigma, do Estado Constitucional de Direito é que o se espera do Poder Judiciário, eis que, no Garantismo, fica modificada a sua posição, não se lhe permitindo mais ser mero espectador da contenta processual, mas, ao contrário, tem esse poder o dever de garantir o respeito às garantias do acusado.

Para tanto, nunca deve-se olvidar da lição de CARNELUCCI⁷⁸ de que : *as pessoas crêem que a pena termina com a saída do cárcere, e não é verdade; as pessoas crêem que o cárcere perpétuo seja a única pena perpétua; e não é verdade: A pena, se não mesmo sempre, nove vezes em dez não termina nunca. Quem em pecado está perdido, Cristo perdoa, mas os homens não"*

07- BIBLIOGRAFIA

ALBERTON, Cláudia Marlise Da Silva, *Justa Causa – elemento necessário à proposição da ação penal*, capturado em www.tex.pro.br, em 16/07/2006

ASSIS, Jorge César de. *Os Conselhos de Justiça Militar*, in *Direito Militar*, ano IV, n.º 20: Florianópolis, AMAJME, nov/dez 1999

_____, *Os regulamentos disciplinares e o respeito aos direitos fundamentais*, capturado em www.cesdim.org.br, em 24/07/2006

ASSIS, Jorge César, LAMAS, Cláudia Rocha, *A execução de sentença na Justiça Militar*, ed. Juruá, 2ª Ed. 2003

ASSUMPÇÃO, Roberto Menna Barreto. *Direito Penal e Processual Penal Militar – Teoria Essencial do Crime – Doutrina e Jurisprudência – Justiça Militar da União*. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1998

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

⁷⁸ CARNELUTTI, Francesco, CARDINALLI, José Antonio, trad. *As misérias do processo penal*, Ed. Conan, 1995, p. 77

BIERRENBACH, Flávio Flores da Cunha, em palestra intitulada, *A justiça Militar da União e o princípio da Igualdade*, capturada em www.fmr.edu.br, em 12/07/2006

CARNELUTTI, Francesco, **CARDINALLI**, José Antonio, trad. *As misérias do processo penal*, Ed. Conan, 1995,

CARVALHO, Alexandre Reis de, *A tutela Jurídica da Hierarquia e disciplina Militar: aspectos relevantes*, capturado em www.jus.com.br, em 10/10/2005

CARVALHO, Amilton Bueno de, **CARVALHO**, Salo de. *Aplicação da pena e Garantismo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 18 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razon, Teoria del Garantismo penal*, Ed. Trotta, 1995

FRANCO, Alberto Silva, *O juiz e o modelo garantista*, publicado no do Boletim IBCCRIM nº 56 - Julho / 1997

GIACOMOLLI, Nereu, *Aproximação à garantia da motivação das decisões penais: aspectos jurisprudenciais*, in *Revista Direito e Democracia*, Ed. Ulbra, Vol. 06, n. 1, p 199

HASSEMER, Wienfried, *Crítica al derecho penal de hoy – Norma, interpretación, procedimiento, Limites de la prisión preventiva*, Ed. Ad Hoc, 2ª ed. 1ª reimpressão, 2003

_____, *Processo penal e direitos fundamentais*, *Revista Del Rey Jurídica*, Ano 08, nº 18

JAKOBS, Gunter, **CALLEGARI**, André, trad., *Fundamentos do Direito Penal*, Ed. RT, 2003

LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*, Brasília: Brasília Jurídica, 1999

_____. *Direito Penal Militar. Direito Penal Especial. Direito Penal Comum. Direito Processual Especial. In Direito Militar – História e Doutrina – Artigos Inéditos*. Florianópolis: AMAJME, 2002

LOPES JÚNIOR, Aury Celso, *Fundamento, requisito e princípios gerais Das prisões cautelares*, in *REVISTA AJURIS*, n.º 72, ano 1998

_____, *Sistemas de Instrucción preliminar en los derechos español e brasileño (Con Especial Referencia A La Situacion Del Sujeto Pasivo Del Proceso Penal)*. Madri, Universidad Complutense de Madri, 1998, Tese(Doutorado),

_____, *Introdução Crítica ao Processo Penal : Fundamentos da Instrumentalidade Garantista* - 3ª edição, Rio de Janeiro, Lúmen Juris,

_____, *A Instrumentalidade garantista do processo penal*, capturado em www.aurylopes.com.br em 16/07/2006

_____, *Crimes Hediondos e a prisão em flagrante como medida pré-cautelara: uma leitura garantista*, capturado em www.aurylopes.com.br em 16/07/2006

MUÑOZ , Ignacio J. de Guzmán , *El régimen disciplinario militar*, disponível em www.derechomilitar.info

PRADO, Geraldo, *Prisão e Liberdade* , capturado em www.estacio.br, em 20/07/2006

RAFECAS , Daniel Eduardo, *Una Aproximación al Concepto de Garantismo Penal*, capturado em www.catedrahendler.org, em 15/07/2006

ROMERO, Jorge Alberto, *Curso de Direito Penal Militar*, ed. Saraiva, 1993

ROTH, Ronaldo João. *Justiça militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003

SCHIMIDT, Andrei Zenkner, *Violência simbólica e precedentes jurisprudenciais*, publicado no Boletim do IBCCRIM, n.º 146, janeiro de 2005

STRECK , Lenio Luiz, *Da Utilidade de uma Análise Garantista para o Direito Brasileiro*, capturado em www.femargs.com.br, em 05/07/2006

_____, *Tribunal do Júri: Símbolos & Rituais*, 3ª Ed., 1998, Ed. Do Advogado,

STREINFUNGER, Marcelo, **NEVES** Cícero Robson Coimbra, *Apontamentos de Direito Penal Militar*, Ed. Saraiva, 2005

WARAT , Luiz Alberto , *O senso comum teórico dos juristas*, in *O direito achado na rua*. Brasília: UNB, 1987