

## **MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS PELA LEI 12.403/11 E SUA APLICABILIDADE NA JUSTIÇA MILITAR.**

Luciano Moreira Gorrihas  
Membro do Ministério Público Militar

- 1- CONSIDERAÇÕES SOBRE AS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ART. 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.
- 2- MEDIDAS CAUTELARES CONTEMPLADAS PELOS ARTIGOS 262 E 272 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR.
- 3- CONCLUSÃO.

### 1- CONSIDERAÇÕES SOBRE AS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ART.319 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Como medida alternativa à prisão preventiva, a Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, incorporou ao processo penal comum a possibilidade de serem aplicadas, isolada ou cumulativamente, as medidas cautelares elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal.

O legislador, pela primeira vez, fez referência expressa ao princípio da proporcionalidade, estabelecendo duas de suas vertentes como requisitos para aplicação das sobreditas medidas cautelares, a saber:

- 1 - necessidade (à aplicação da lei penal, à investigação ou à instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais).
- 2 - adequação ( à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado).

Desse modo, com a entrada em vigor da mencionada lei, a prisão preventiva passou a ser considerada textualmente, a *ultima ratio*, uma vez que, consoante a nova dicção legal (art.282, §6º do CPP), só poderá ser imposta quando não for cabível sua substituição por uma medida cautelar.

De observar-se que, em sintonia com o sistema acusatório, o juiz não poderá, de ofício, na fase de investigação, impor medida cautelar, a qual dependerá de requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial. Poderá fazê-lo, contudo, na fase processual.

Interessante inovação legal diz respeito, em alguns casos, à intimação prévia do investigado, logo que o juiz receba pedido para aplicação de medida cautelar que não seja urgente ou que não haja perigo na perda de sua eficácia (uma espécie de

contraditório na aplicação das medidas cautelares).

Diante da referida mudança legislativa, o juiz criminal comum, ao receber um Auto de Prisão em Flagrante, deve adotar, conforme o caso, uma das seguintes providências descritas no art.310 do CPP:

- “a)” relaxar a prisão, quando ilegal;
- “b)” converter a prisão em flagrante em preventiva, quando não cabível sua substituição por medida cautelar;
- “c)” conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

São as seguintes as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; e
- IX - monitoração eletrônica.

Dentre as medidas cautelares listadas supra, verifica-se que algumas delas assemelham-se a dispositivos constantes na Lei nº 9.099/95, na Lei nº 11.340/2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, e na Lei nº 12.258/2010 (incidente de execução da pena).

Havendo descumprimento das obrigações impostas pelo juiz na aplicação de uma das cautelares, esta pode ser substituída por outra medida cautelar e, somente em último caso, é decretada a prisão preventiva.

*Prima facie*, vale destacar que o Código de Processo Penal Militar admite, expressamente, a supressão de casos omissos pela analogia, desde que não haja prejuízo à índole da legislação processual penal militar (art. 3º, “e”, CPPM).

Dessa forma, objetiva o presente estudo analisar até que ponto seria útil e adequada a aplicação de algumas ou de todas as medidas cautelares acima elencadas à Justiça Militar, sem que resulte descaracterizada a essência do processo penal militar.

Conforme já assinalado, as medidas cautelares em comento vieram com o escopo principal de substituir a prisão preventiva que, de acordo com a nova lei, teve seu espectro delimitado pelo princípio da proporcionalidade, ou seja, para sua decretação deverá ser analisado o resultado final do processo. Se a condenação definitiva não implicar num efetivo encarceramento do acusado, a preventiva deve ser evitada. Assim sendo, à exceção das hipóteses de reincidência, dos crimes que envolvem violência doméstica ou familiar e no caso de dúvidas em relação a identidade civil da pessoa, a prisão preventiva só poderá ser decretada nos crimes dolosos cuja pena privativa de liberdade seja superior a 4 anos (O *quantum* fixado como requisito para a preventiva veio a adequar-se ao art. 44 do CP, que estabelece a substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos quando a pena for igual ou inferior a 4 anos).

Nesse contexto, cumpre assinalar que a prisão preventiva na legislação processual penal militar não se encontra em consonância com o princípio da proporcionalidade, visto que não há impedimento legal, por exemplo, para sua decretação em crimes culposos e nos dolosos punidos com detenção cuja pena não é superior a dois anos (considerada de menor potencial ofensivo pela Lei nº 9.099/95). Pelo menos é o que se intui da leitura do art.270 e parágrafo único do CPPM, *verbis*:

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.

Desse modo, recebido um Auto de Prisão em Flagrante retratando a prática de um crime militar culposo, cujo indiciado esteja, por hipótese, ameaçando testemunhas, afigura-se possível, pela sistemática adotada pelo legislador do CPPM, a convação da prisão em flagrante em preventiva. Em outra conjectura, o infrator flagranteado não se livra solto em alguns crimes punidos com detenção não superior a dois anos (parágrafo único, alínea b, do mencionado art. 270 do CPPM). Tais ocorrências são incabíveis na legislação processual penal comum por expressa vedação legal (art. 313, I, do CPP).

A considerar as incongruências jurídicas acima citadas, referentes à prisão preventiva no CPPM, poder-se-ia, numa análise superficial, concluir que as medidas cautelares previstas no CPP são incompatíveis com o processo penal militar. Todavia, as razões para

a não aplicação das cautelares em comento, em quase sua totalidade, na Justiça Militar, são outras.

Com efeito, felizmente, os operadores do direito (leia-se: Ministros do STM, Juízes-Audidores, Ministério Público Militar e Defensores Públicos ou advogados), no exercício da prática jurídica castrense, norteiam-se consoante os princípios constitucionais, não ficando engessados às normas de processo penal militar que não estejam adequadas à Constituição Federal. Desse modo, diante do esquecimento do Poder Legislativo em relação às necessárias reformas das leis penais e processuais penais militares, é recorrente no foro militar o emprego, por analogia, de normas que retratam as modernas tendências na área do direito criminal. Destarte, é comum a concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante quando ausentes os requisitos para decretação da preventiva, com base no art. 321 do CPP c/c art. 3º, “e”, do CPPM.

No que concerne às medidas cautelares propriamente ditas, constata-se, de plano, numa rápida passada de olhos pelos incisos do art. 319 do CPP que, pelas particularidades apresentadas, as medidas em questão estão mais apropriadas à legislação criminal comum, sendo assim, em quase sua maioria, desnecessárias ou sem utilidade prática para a legislação processual penal militar.

Nesse passo, assinale-se que, embora os civis respondam processualmente pelo cometimento de crime militar perante a Justiça Militar da União, os crimes militares são, na sua essência, praticados por militares. Demais, os crimes praticados pelos civis ou são extremamente graves, recomendando-se a prisão preventiva (roubos de armas nos quartéis) ou, em outro extremo, apresentam menor potencialidade lesiva, de modo a justificar a concessão imediata da liberdade provisória. Assim sendo, diante da aludida constatação, revela-se despicienda para aplicação de quase todas as medidas cautelares em estudo para o civil e, com muito mais razão para os militares, conforme adiante veremos.

A primeira medida cautelar refere-se ao comparecimento do imputado em juízo para informar e justificar suas atividades. Por óbvio, tal procedimento não se aplica aos militares, os quais já possuem funções predefinidas dentro da caserna, inclusive com o controle de seus afazeres diários exercidos por superiores hierárquicos.

Em regra, a competência da Justiça Militar é determinada segundo as seguintes *rationes*: *ratione loci*, *ratione personae* e *ratione munus*, ou seja, em razão da prática de crime em lugar sujeito à administração militar, em razão de crime praticado por militar da ativa contra militar da ativa e em razão da função exercida pelo militar quando do cometimento do crime. Dessa forma, não se justifica, mais uma vez, a aplicação da medida cautelar de proibição de frequência a determinados lugares para evitar o risco de novas infrações.

A medida cautelar de proibição de manter contato com pessoas por circunstâncias relacionadas ao fato está, por suas características intrínsecas, intimamente relacionada aos crimes comuns e dificilmente encontrará correspondência com os crimes militares. De fato, o cotidiano militar, constituído de várias atividades coletivas (treinamentos

militares, reuniões, prática de tiros e outras instruções), afasta, em tese, a possibilidade de aplicação de aludida medida cautelar.

Os militares indiciados ou acusados pela prática de crime militar, antes mesmo de possível proibição pela Justiça de ausentar-se da Comarca( cautelar do inciso IV), estão impedidos de sair de sua cidade sem autorização de seus superiores, por força das legislações militares. Ressalte-se que a ausência desautorizada do militar de sua Organização Militar, por prazo superior a oito dias, tipifica o delito de deserção.

Em outra vereda, vale registrar que a legislação processual penal militar já contempla algumas espécies de medidas cautelares que afastam a incidência de diversos incisos do art. 319 do CPP, as quais serão objeto de uma perfunctória abordagem a seguir.

## 2- MEDIDAS CAUTELARES CONTEMPLADAS PELOS ART. 262 e 272 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR.

### a) Menagem

A menagem constitui-se em uma medida cautelar típica do CPPM substitutiva do cárcere. É facultada a sua adoção em substituição à prisão nos crimes praticados sem violência, cujo máximo da pena privativa de liberdade não exceda a 4 anos. Necessário se faz ainda que o autor do fato delituoso não seja reincidente ou apresente características de periculosidade concreta.

Trata-se de uma corruptela da palavra homenagem, largamente empregada, historicamente, no tempo de Dom Pedro I, época em que o Desembargador do Passo a concedia ao réu para estar solto em juízo debaixo de promessa.

Homero Prates leciona que no foro militar a menagem, sob alguns aspectos, possui características da fiança.

Com a concessão da menagem, que pode ser na cidade, em residência ou em lugar sujeito à administração militar, o autor do crime militar fica impedido de ausentar-se dos referidos locais, sob pena de ter o benefício cassado. Perderá ainda o benefício em casos de faltas injustificadas a qualquer ato judicial.

O insubmisso (civil que deixa de se apresentar para o ato de incorporação em organização militar ) ao ser capturado ou após sua apresentação voluntária, não fica encarcerado, mas sim sob o regime de menagem em lugar sujeito à administração militar. Ainda na condição de civil, antes de ser incorporado ao serviço ativo, o insubmisso participa das instruções militares, mas tem seu direito de locomoção restrito aos limites circunscritos do quartel.

A menagem pode ser concedida tanto ao civil quanto ao militar e cessa com a sentença condenatória, ainda que não tenha transitado em julgado. Dessa maneira, a fiança (

inexistente na Justiça Militar), bem como a cautelar referente ao recolhimento domiciliar, de certa forma, encontram-se abrangidas pelo instituto da menagem.

b) Aplicação provisória de medidas de segurança.

Por intermédio de representação do encarregado de inquérito policial militar ou a requerimento do Ministério Público Militar, o Juiz-Auditor pode submeter, no curso das investigações, os infratores que sofram de doença mental ou outra grave perturbação mental, os ébrios habituais e os toxicômanos às medidas de segurança provisórias consistentes em internações em estabelecimentos psiquiátricos (esse dispositivo possui semelhanças com o descrito no inciso V do art.319 do CPP)

Torna-se possível ainda a cassação temporária da licença para dirigir daqueles que cometerem crimes militares na direção ou relacionados à condução de veículos motorizados, caso as circunstâncias dos fatos assim recomendarem e os antecedentes do infrator revelarem sua inaptidão para essa atividade e o conseqüente perigo para a incolumidade alheia (esta cautelar não tem correspondente nos incisos do art. 319 do CPP).

Por fim, quanto ao monitoramento eletrônico, medida prevista também na Lei de Execuções Penais, penso que a aludida cautelar está fadada ao insucesso, notadamente se for aplicada isoladamente (seria mais eficaz se cumulativa com o recolhimento domiciliar, por exemplo). De fato, além de tratar-se de medida altamente constrangedora, o que viola, a meu sentir, o princípio da dignidade humana, depende do perfeito funcionamento de recursos eletrônicos os quais, apesar dos avanços tecnológicos, estão, de forma mais frequente, suscetíveis de apresentarem defeitos técnicos . A propósito, recente publicação jornalística noticiou o caso de um cidadão, em livramento condicional, que deixou de ser monitorado pelos órgãos de segurança competentes do Estado do Rio de Janeiro, em razão de a bateria da tornozeleira eletrônica que usava ter sido descarregada( GLOBO.RIO, o [globo.globo.com/rio/preso](http://globo.globo.com/rio/preso) que deveria ser monitorado flagrado lavando carros no mam-3764677-acesso em 10 março 2012). Afora os motivos expostos, temos que o uso de tornozeleira eletrônica em militares que praticaram crime militar, a par de ser uma medida desnecessária e despropositada, não se reveste de nenhuma utilidade plausível. Com referência ao civil, apenas por hipótese, seria factível se aplicada cumulativamente com a menagem em residência ou cidade.

### 3- CONCLUSÃO

Verifica-se pelo exposto que as medidas cautelares previstas no CPP, em sua maioria, não são necessárias para as investigações e nem para o processo penal militar, bem como não são adequadas as condições pessoais do indiciado ou acusado por crime militar. Exceção, contudo, pode ocorrer em relação à cautelar de suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais.

Com efeito, o Código Penal Militar incluiu no rol de suas penas principais (art. 55 do CPM) a suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, não sendo, desse modo, razoável, ante a lacuna legislativa existente no CPPM, a não aplicação, por analogia, da referida cautelar, em casos de crimes militares praticados em razão da função ou atividade exercida pelo militar ou pelo civil. De fato, torna-se mais lógico e razoável o afastamento do infrator que, em razão da atividade que exercia, tenha transgredido, do que a sua permanência na mesma função ou cargo, facilitando a reiteração de condutas criminosas. Ainda assim, vale pontuar que tal providência dificilmente será aplicada pela Justiça Militar, uma vez que a Lei 6.880/1980 (Estatuto dos Militares), em seu art. 43 parágrafo único, estabelece que a apuração da responsabilidade funcional, pecuniária, disciplinar ou penal poderá concluir pela incompatibilidade do militar para o cargo ou pela incapacidade para o exercício das funções militares a ele inerentes. Destarte, tal providência, em regra, já é tomada no âmbito administrativo militar sempre que o militar comete uma infração penal militar relacionada à sua atividade.

#### Referências:

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.001**, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.002**, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2012.

BRASIL. **Lei 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2012

BRASIL. **Lei nº 11.340**, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm)>. Acesso em:

11 mar. 2012.

BRASIL. **Lei nº 12.258**, de 15 de junho de 2010. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/112258.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112258.htm) >. Acesso em: 09 mar. 2012

DE LIMA, R. B. **Manual de Processo Penal**. Vol. 1. Niterói: Impetus, 2011.

PRATES, H – **Código de Justiça Militar**- Livraria Ed. Freitas Bastos, 1939.

ROTH, R J. **Temas de Direito Militar**- 1a Ed- São Paulo- Ed Suprema Cultura, 2004