

A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO, INSTITUÍDAS PELA LEI 12.403/11, NO PROCESSO PENAL MILITAR.

RAFAEL JESUS CURCINO DE FARIA

Bacharel em Direito. Oficial de justiça avaliador do TJMG.

Resumo: A dogmática relativa às medidas cautelares pessoais presentes no Código de Processo Penal sofreu grande alteração. No entanto, como já era previsto, nossos legisladores não as estenderam ao Processo Penal Militar. Surge, assim, o questionamento sobre a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão no sistema processual penal castrense. Pretende-se entender o sistema adotado pelos diplomas processuais comum e especial, bem como analisar a possibilidade da utilização da analogia como mecanismo de integração para suprir omissões legislativas.

Palavras-chave: Processo Penal; Processo Penal Militar; Medidas Cautelares Diversas da Prisão e Analogia.

1 INTRODUÇÃO

É constante e célere a evolução sociocultural de nosso país. Consequentemente, do ponto de vista jurídico, o legislador brasileiro tenta criar leis compatíveis com o momento histórico hodierno. Nesse contexto, baseado na ineficiência do sistema prisional brasileiro, bem como na tendência doutrinária e jurisprudencial no tratamento da prisão como medida excepcional, foram criados outros instrumentos cautelares de natureza pessoal.

Esse artigo se propõe a analisar a aludida inovação concretizada pela Lei 12.403/11 no Código de Processo Penal. Primeiramente, abordaremos o conteúdo das medidas cautelares pessoais e, posteriormente, será identificado o sistema adotado pelo Código de Processo Penal em 1941, a fim de compreendermos o alcance da atualização legislativa. Avaliaremos ainda, o sistema adotado pelo Código de Processo Penal Militar no momento de sua vigência, bem como seu estágio atual.

Após tais considerações, estudaremos a possibilidade da aplicação do instituto jurídico da analogia em relação ao Processo Penal Militar, quando for omissivo ou dispuser de forma incompleta sobre determinado tema.

Por fim, realizaremos uma conclusão lógica sobre a possibilidade ou não da aplicação das novas medidas cautelares pessoais diversas da prisão no âmbito processual penal militar.

2 MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL

Inicialmente, vale destacar que este artigo tem por objeto o estudo das medidas cautelares de natureza penal cujo o alvo são os direitos ligados à pessoa propriamente dita, como, por exemplo, o direito de ir e vir, logo, não examinaremos as medidas assecuratórias, já que estas alcançam apenas bens materiais, cuja finalidade básica é a garantia do ressarcimento pecuniário à vítima em face do delito ocorrido.

As medidas cautelares na seara cível se justificam quando presentes dois requisitos básicos: o primeiro consiste na revelação da plausibilidade do direito defendido; e o outro se fundamenta na comprovação do perigo da demora diante da situação fática. No entanto, no Processo Penal, esses requisitos têm suas peculiaridades, motivo pelo qual a doutrina específica utiliza nomenclaturas distintas do Processo Civil, que são o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

O Professor Luiz Flávio Gomes, com auxílio de pesquisas realizadas por Juliana Zanuzzo dos Santos, esclarece o seguinte:

Pode se entender por *Fumus Commissi Delicti* a comprovação da existência de um crime e indícios suficientes de autoria. É a fumaça da prática de um fato punível. A prova, no limiar da ação penal, pode ser entendida como grande aproximação à probabilidade da ocorrência do delito, ela não precisa ser exaustiva. Quanto à autoria são suficientes indícios para a presença de tal instituto. A existência do crime requer elementos mais concretos para sua afirmação, enquanto a autoria trabalha com a suficiência de indícios. (...) Trata-se de um dos requisitos para a imposição da prisão preventiva e das medidas cautelares alternativas trazidas com a Lei 12.403/2011. Ausente tal requisito, não é possível aplicar medidas cautelares alternativas nem a prisão preventiva. Cabe destacar que o *Fumus Commissi Delicti* deverá estar acompanhado do *Periculum Libertatis* para a aplicação das medidas cautelares e da prisão preventiva. Este se refere ao risco que o agente em liberdade possa criar à garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e para a aplicação da lei penal. (GOMES, 2012)

Assim, em tese, presentes esses pressupostos, legitima-se ao magistrado a concessão de uma medida cautelar penal.

3 SISTEMA CAUTELAR ADOTADO PELO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM 1941

É fato que em 1941 o Código de Processo Penal adotou a “bipolaridade do sistema cautelar”, tendo em vista que, no tocante às medidas cautelares de natureza pessoal, ao magistrado, diante de uma prisão em flagrante, poderia conceder a liberdade provisória ou ratificar a prisão. Assim, ou prendia ou libertava, não havendo medidas alternativas.

Muito foi discutido por nossa doutrina se o “poder geral de cautela” encontrava guarida no sistema processual penal brasileiro. Como é notório, o aludido poder, descrito no artigo 798 do Código de Processo Civil, permite ao magistrado aplicar medidas cautelares atípicas, ou seja, não previstas pela lei, desde que nenhuma medida cautelar típica se mostre adequada para assegurar a efetividade do processo.

O professor Magalhães Gomes Filho assevera não ser possível a aplicação desse instituto no Processo Penal, pois violaria o princípio da legalidade. Justifica o autor que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, logo, por ausência de previsão legal, não poderia o magistrado determinar medidas alternativas. Merece a citação específica de sua doutrina:

Não se pode cogitar em matéria penal criminal de um 'poder geral de cautela', por meio do qual o juiz possa impor ao acusado **restrições não expressamente previstas pelo legislador**, como sucede no âmbito da jurisdição civil; tratando-se limitação da liberdade, é imprescindível a expressa permissão legal para tanto, pois o princípio da legalidade dos delitos e das penas não diz respeito apenas ao momento da cominação, mas à 'legalidade da inteira repressão', que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta. (GOMES FILHO, 1991, p. 57)

Contudo, o Supremo Tribunal Federal tem posicionamento diverso, qual se firma no princípio da proporcionalidade, senão vejamos sua ementa:

PROCESSUAL PENAL. IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÕES JUDICIAIS (ALTERNATIVAS À PRISÃO PROCESSUAL). POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. ART. 798, CPC; ART. 3º, CPC. 1. A questão jurídica debatida neste habeas corpus consiste na possibilidade (ou não) da imposição de

condições ao paciente com a revogação da decisão que decretou sua prisão preventiva 2. Houve a observância dos princípios e regras constitucionais aplicáveis à matéria na decisão que condicionou a revogação do decreto prisional ao cumprimento de certas condições judiciais. 3. Não há direito absoluto à liberdade de ir e vir (CF, art. 5º, XV) e, portanto, existem situações em que se faz necessária a ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto. 4. A medida adotada na decisão impugnada tem clara natureza acautelatória, inserindo-se no poder geral de cautela (CPC, art. 798; CPP, art. 3º). 5. As condições impostas não maculam o princípio constitucional da não-culpabilidade, como também não o fazem as prisões cautelares (ou processuais). 6. Cuida-se de medida adotada com base no poder geral de cautela, perfeitamente inserido no Direito brasileiro, não havendo violação ao princípio da independência dos poderes (CF, art. 2º), tampouco malferimento à regra de competência privativa da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I). 7. Ordem denegada. (BRASIL, 2008)

Analisando este precedente, notamos que a Corte Suprema entendeu que, havendo uma medida gravosa prevista em lei, seria inconcebível não consentir outra medida atípica mais benéfica, desde que o magistrado justifique ser ela idônea e suficiente a assegurar o fim proposto.

É plenamente possível a aplicação de medidas cautelares atípicas no âmbito processual penal, tendo em vista que o processo não constitui um fim em si mesmo. Isto é, ele se propõe a instrumentalizar a persecução penal. Sendo assim, diante do caso concreto, havendo uma medida atípica mais benéfica ao réu que garanta o devido andamento processual, razoável se faz autorizar ao magistrado sua aplicação.

Tal conclusão já seria apta a justificar a possibilidade da aplicação das novas medidas cautelares também no Processo Penal Militar. No entanto, a lei especial igualmente não prevê o instituto do poder geral de cautela, logo, as discussões acima também lhes são extensíveis.

Lembramos que o sistema bipolar analisado se refere apenas à legislação ordinária, pois antes mesmo da vigência da Lei 12.403/11, já havia no plano especial outras medidas alternativas à prisão. É o exemplo da legislação processual militar, que estudaremos posteriormente, bem como da Lei 11.340/06, qual criou medidas protetivas de urgência em favor de mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

4 SISTEMA CAUTELAR ATUAL DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

No dia 04 de maio de 2011 iniciou a vigência da Lei 12.403. Essa norma alterou substancialmente o Código de Processo Penal no tocante à prisão. Além disso, inovou o sistema cautelar, criando outras medidas de caráter pessoal, evento que culminou no fim da “bipolaridade do sistema cautelar”. Com isso, atualmente o magistrado não fica restrito apenas a prender ou libertar, podendo aplicar as novas medidas cautelares pessoais presentes no artigo 319 do Código de Processo Penal, quais sejam:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

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;

IX - monitoração eletrônica. (BRASIL, 2012a)

A prisão domiciliar foi outra medida cautelar instituída pela Lei 12.403, no entanto, nesse caso, não se perde o caráter de encarceramento.

Sobre o tema, as palavras de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

Encerra-se, portanto, a angustiante dicotomia entre o cárcere e a liberdade, que eram os dois extremos existentes ao longo da persecução penal, numa verdadeira bipolaridade cautelar do sistema brasileiro. Agora, alberga-se um rol de medidas constritivas não tão extremas quanto o cárcere, nem tão brandas quanto a mera manutenção da liberdade do agente, até então condicionada ao mero comparecimento aos atos da persecução penal. (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 641)

Vale observar que essas medidas poderão ser aplicadas cumulativamente, desde que o magistrado identifique sua necessidade para ser assegurado o adequado e efetivo

andamento processual. Poderá, por exemplo, cumular a proibição de ausentar da comarca com o monitoramento eletrônico para que uma medida sirva de instrumento garantidor da outra.

Ressaltamos que esse artigo não se propõe a comentar pormenorizadamente a Lei 12.403, por isso, avaliaremos apenas alguns assuntos, entre os quais, destacamos os seguintes: ampliação da excepcionalidade da prisão; alteração da natureza jurídica da prisão em flagrante; restrição ao magistrado para atuar durante a fase preliminar da persecução penal.

No que tange à ampliação da excepcionalidade da prisão, tal inovação legislativa foi consequência da orientação defendida pela doutrina e jurisprudência, culminando na criação de um sistema pluralista de medidas cautelares.

Por isso, ao tratar do tema, o autor Luiz Flávio Gomes, citado por Marques (2012), leciona que a prisão passou a ter natureza ainda mais subsidiária. Assim, assevera que:

A prisão preventiva não é apenas a ultima ratio. Ela é a extrema ratio da ultima ratio. A regra é a liberdade; a exceção são as cautelares restritivas da liberdade (art. 319, CPP); dentre elas, vem por último, a prisão, por expressa previsão legal. (GOMES, ANO??? (ano foi 2011) citado por MARQUES, 2012)

O autor faz alusão apenas à prisão preventiva, tendo em vista que a mencionada lei também alterou a natureza jurídica da prisão em flagrante. Esta é a conclusão lógica que retiramos dos artigos 310 e 282 do Código de Processo Penal citados abaixo:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - **converter a prisão em flagrante em preventiva**, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

.....

§ 6º **A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar** (art. 319). (BRASIL, 2012a)

Sendo assim, o magistrado ao receber o auto de prisão em flagrante deverá convertê-la justificadamente em prisão preventiva. Importante salientar que a prisão

preventiva é tratada de forma subsidiária em relação às demais medidas cautelares, corroborando, portanto, com a afirmação de que foi ampliada sua excepcionalidade.

Também concluímos que a natureza jurídica da prisão em flagrante passa a ser de medida acautelatória, isto é, trata-se de um instrumento pré-cautelar, uma vez que serve de fundamento para decretação de uma medida cautelar, qual seja a prisão preventiva.

Nesse sentido já lecionava, antes mesmo da inovação legislativa, o Ilustre doutrinador Aury Lopes Júnior: “não é uma medida cautelar pessoal, mas sim pré-cautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar” (LOPES JÚNIOR, ano ??? (ano foi 2008) citado por SANNINI NETO, 2012).

Apoiando nosso entendimento, leciona Francisco Dirceu Barros:

Com a reforma provocada pela Lei nº 12.403/11, não há mais dúvidas, porque agora, ao receber o auto de prisão em flagrante, só há três opções: deverá, fundamentadamente, a) relaxar a prisão ilegal; b) converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; c) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Em outras palavras, a prisão pré-cautelar (flagrante) deve ser substituída pela cautelar (preventiva), no caso, a medida pré-cautelar é a nova natureza jurídica do flagrante delicto. (BARROS, 2012)

Progredindo sobre o tema, conforme já exposto, também notamos o cuidado adotado pelo legislador em resguardar a imparcialidade do juízo criminal, motivo pelo qual, novamente seguindo orientações jurisprudenciais e doutrinárias, restringiu a atuação do magistrado na fase preliminar da persecução penal. Por essa razão, foi encerrada a possibilidade de decretação *ex officio* de prisão preventiva ou de outra medida cautelar pelo juiz criminal durante a fase inquisitória da persecução penal.

Dessa forma, nota-se que evolução legislativa foi considerável, se adequando melhor à nossa realidade social, pois inovou o sistema das medidas cautelares pessoais, enfatizando a importância da imparcialidade do juízo na seara penal.

5 SISTEMA CAUTELAR ADOTADO PELO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR

Primeiramente, vale lembrar que o Código de Processo Penal Militar entrou em vigor em 21 de outubro de 1969, trazendo consigo novos institutos jurídicos. Em que pese essa informação, entendemos que o diploma geral se encontra em estágio evolutivo maior se comparado à norma especial, vez que esta não foi objeto das reformas legislativas inseridas no Processo Penal comum.

Ademais, também podemos afirmar que o Código de Processo Penal Militar não adotou a “bipolaridade do sistema cautelar”. Comprova-se essa afirmação com a leitura da exposição de motivos¹ daquela norma:

15. Dispondo em Título autônomo sobre as medidas preventivas e assecuratórias, adotou o Projeto o método de as distribuir em Capítulos reguladores das providências que recaem sobre coisas e pessoas (busca, apreensão e restituição); das que recaem sobre coisas somente (seqüestro, hipoteca legal e arresto), e **das que recaem somente sobre pessoas (prisão em flagrante, prisão preventiva, menagem e aplicação provisória de medida de segurança)**. No mesmo Título, como complemento das disposições concernentes à prisão preventiva, trata, em Capítulo próprio, do comparecimento espontâneo do acusado; e, ainda, da liberdade provisória, no caso de infração a que não for cominada pena privativa da liberdade, no de infração culposa, exceto se compreendida entre as previstas como infringentes da segurança do País, e no de infração punida com pena de detenção não superior a 2 (dois) anos, salvo os crimes que cita o que, de modo geral, são atentatórios à autoridade, à disciplina ou à dignidade, militares.

Assim, sempre foi possibilitada ao juízo criminal militar, na aplicação de medidas cautelares pessoais, a decretação de prisão, a aplicação da menagem ou medida de segurança provisória. Além disso, é possível a concessão de liberdade provisória, a qual, na verdade, trata-se de uma contracautela, pois incide sobre as demais medidas cautelares.

A menagem, instituto tipicamente militar, consiste em uma medida cautelar, cuja finalidade é evitar a prisão provisória em estabelecimento prisional, desde que o acusado não reincidente preencha os requisitos previstos no artigo 263 do Código de Processo Penal Militar:

Art. 263. A menagem poderá ser concedida pelo juiz, nos crimes cujo máximo da pena privativa da liberdade não exceda a quatro anos, tendo-se, porém, em atenção a natureza do crime e os antecedentes do acusado. (BRASIL, 2012b)

¹Acervo digital. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal Militar**. Disponível em: <<http://www.olivmarques.com.br/acervo/CODIGOS/CODIGOPROCESSOPENALMILITAR.PDF>>. Acesso em: 25 set. 2012.

Vale observar que a menagem poderá ser cumprida na própria residência ou em estabelecimento militar. Elucidando o assunto, o Professor Ronaldo João Roth sustenta o que se segue:

A menagem é um benefício provisório àquele que tenha praticado um delito militar, mas que ainda não se viu definitivamente julgado, seja como prisão especial, seja como liberdade, ainda que neste último efeito nítido seja o seu caráter restritivo. Aplicada a civis e militares.

Tem dupla natureza jurídica. É medida cautelar quando tiver o caráter de prisão e é medida de contracautela quando tiver caráter de liberdade. É, pois, medida processual.

A menagem, se for concedida em cidade ou residência, é uma forma de liberdade provisória, a qual prefiro denominar menagem-liberdade, ao passo que a menagem concedida em quartel, navio ou estabelecimento delimitado é uma forma de prisão provisória, sem os rigores do cárcere, a que prefiro denominar menagem-prisão. (ROTH, ANO??? **(ano 2003)**, citado por ALVES, 2011, p.185-186)

Em relação à medida de segurança provisória, inicialmente devemos abordar suas peculiaridades, pois no Direito Penal Militar, apesar da semelhança, trata-se de um instituto mais amplo que aquele estudado no campo comum. Dessa forma notamos na lucidez do artigo 110 presente no Código de Processo Penal Militar:

Art. 110. As medidas de segurança são pessoais ou patrimoniais. As da primeira espécie subdividem-se em detentivas e não detentivas. As detentivas são a internação em manicômio judiciário e a internação em estabelecimento psiquiátrico anexo ao manicômio judiciário ou ao estabelecimento penal, ou em seção especial de um ou de outro. As não detentivas são a cassação de licença para direção de veículos motorizados, o exílio local e a proibição de freqüentar determinados lugares. As patrimoniais são a interdição de estabelecimento ou sede de sociedade ou associação, e o confisco. (BRASIL, 2012b)

Conclui-se, assim, que o Código de Processo Penal Militar, apesar de mais retrógrado atualmente, já trouxe, desde seu advento, institutos progressistas como a possibilidade de medidas cautelares diversas da prisão. Notadamente, este fato traz à baila a discussão sobre a aplicação das recentes medidas cautelares instituídas no diploma processual castrense.

Por fim, vale lembrar que algumas dessas medidas recentemente criadas, já estavam previstas de forma semelhante no Processo Penal Militar. Para fins elucidativos, elaboramos um quadro esquemático comparativo:

Quadro 1: Comparativo entre algumas medidas cautelares pessoais previstas na legislação especial e na norma comum.

Medidas Cautelares Pessoais Diversas da Prisão: Processo Penal Militar.	Medidas Cautelares Pessoais Diversas da Prisão: Processo Penal comum.
1 – Menagem cumprida na residência.	1 – Prisão domiciliar.
2 – Internação provisória em manicômio ou estabelecimento psiquiátrico anexo.	2 – Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração;
3 – Proibição de frequentar determinados lugares.	3 – 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.

Fonte: do próprio autor

Apesar disso, pergunta-se se seria possível a aplicação das demais medidas cautelares, como a proibição de manter contato com pessoa determinada, o monitoramento eletrônico e etc.

E sobre este questionamento nossa resposta é positiva, ou seja, é possível a aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão, desde que o Juiz Militar fundamentadamente compreenda que a persecução penal será efetiva e otimizada. Essa conclusão será elucidada no próximo tópico.

6 ANALOGIA COMO INSTRUMENTO DE INTEGRAÇÃO

Por mais que o legislador brasileiro tente regular o maior número de matérias possíveis, sempre haverá lacunas a serem supridas em nossas normas. Com a finalidade de preencher essas eventuais omissões, a própria lei prevê alguns mecanismos de integração. Nesse sentido, o Código de Processo Penal Militar prescreve:

- Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos:
- a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar;
 - b) pela jurisprudência;
 - c) pelos usos e costumes militares;
 - d) pelos princípios gerais de Direito;
 - e) pela analogia. (BRASIL, 2012b)

Sendo assim, partimos para análise dos instrumentos supramencionados, que são salutares à solução da questão proposta por este trabalho, qual é a verificação da possibilidade de aplicação das medidas cautelares pessoais criadas pela 12.403/11 no âmbito do Processo Penal Militar.

Com fins didáticos abordaremos inicialmente a jurisprudência. Desde logo, informamos que as pesquisas realizadas durante este trabalho não constataram a existência de precedentes pertinentes à matéria ora estudada. Entendemos que isso decorre da contemporaneidade da reforma legislativa.

Também não há que se falar em utilização dos usos e costumes militares para suprir a omissão legislativa discutida, já que não existe uma conexão lógica nessa interpretação.

Portanto, merece destaque as alíneas “a”, “d” e “e” presentes no artigo 3º do Código de Processo Penal Militar, quais deverão ser analisadas conjuntamente, pois são elas, a nosso sentir, que responderão os questionamentos debatidos acima.

Entendemos que a alínea “a” é uma forma da aplicação da alínea “e”, isto é, a possibilidade de aplicar o Processo Penal comum em omissões legislativas do Processo Penal Militar é uma forma de analogia, são faces da mesma moeda. Além disso, necessariamente, também utilizarão dos princípios gerais do direito, que possibilitam analisar se o ordenamento jurídico militar permite a aplicação desses institutos.

Discorrendo sobre o conteúdo da analogia o Rogério Greco aduz:

Define-se a analogia como uma forma de autointegração da norma consistente em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição legal relativa a um caso semelhante, atendendo-se, assim, ao brocardo “ubi eadem ratio, ubi eadem legis dispositio”(…)

Não obstante a possibilidade de utilizarmos a analogia como finalidade de beneficiar de qualquer modo o agente, devemos observar a escorreita lição de Assis Toledo quando diz que “é preciso notar, porém, que a analogia pressupõe falha, omissão da lei, não tendo aplicação quando estiver claro no texto legal que a “mens legis” quer excluir de certa regulamentação determinados casos semelhantes”. (GRECO, 2009, p. 46-47)

Tratando especificamente da utilização desse instituto nas omissões legislativas do processo penal militar, Giuliani (2011, p.16) dispõe que: A legislação comum poderá ser aplicada nos casos omissos, desde que não afronte os princípios da disciplina e hierarquia. Analogia somente a “in bona parte”. Ressalta-se, somente quando ocorrer a omissão da lei.

Em que pesem os bons argumentos de Giuliani, os processualistas penais Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar asseveram que a analogia no processo penal goza de ampla aplicação, em seus dizeres:

Assim, em face da omissão involuntária da lei, aplicamos norma que disciplina fato análogo. Ao contrário do que acontece no direito penal, no âmbito do qual a analogia não pode ser utilizada em prejuízo do réu, na esfera processual ela goza de ampla aplicação. (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 46)

Destarte, por expressa previsão legal, nosso primeiro arremate é pela possibilidade de aplicação da analogia no Processo Penal Militar. No entanto, para comprovar o seu emprego no questionamento proposto por este artigo, entendemos ser necessário a presença de quatro pressupostos: **omissão legislativa; semelhança da matéria; benefício da medida; e não ofensa à disciplina e hierarquia militar.**

Para configuração de omissão legislativa, deve-se comprovar a existência de mensagem normativa no sentido de ser impossível a aplicação de novas medidas cautelares que não estejam previstas expressamente no Código de Processo Penal Militar. Logo, o simples fato da lei não dispor sobre determinada matéria não é apto a caracterizar a omissão. Para nós, a norma processual castrense sempre foi mais ampla que o ordenamento jurídico ordinário, não trazendo em seu texto empecilho algum na aplicação das mencionadas medidas cautelares. Defendemos, pois, a existência de uma omissão legislativa, uma vez que, como de costume, os códigos militares são olvidados durante o exercício do poder legiferante.

No que tange à semelhança da matéria, indaga-se se o magistrado militar poderá, quando diante de fatos similares aos ocorridos na seara comum, aplicar as novas medidas cautelares pessoais. Argumentamos positivamente, mesmo porque, nada impede, por exemplo, que a Justiça Militar ao aplicar a medida de segurança provisória consistente na proibição de frequentar determinados lugares, decrete também o monitoramento eletrônico do acusado, instrumento salutar na fiscalização da primeira medida imposta. Assim sendo, averiguando serem idôneas e aptas a assegurarem o devido andamento processual, as aludidas cautelares poderão ser aproveitadas pela Justiça castrense.

Em relação à analogia na seara processual, já foi exposto que há posicionamento no sentido de ser aplicada apenas em benefício do acusado, bem como demonstramos posicionamento contrário, o qual afirmar que, tratando-se de matéria processual, o instituto

também poderá aplicado em prejuízo do réu. A par dessas divergências, podemos afirmar que as medidas abordadas nesse trabalho são benéficas ao acusado, pois acentuam ainda mais a excepcionalidade da prisão. Logo, o suspeito não será encarcerado e em contrapartida cumprirá medidas alternativas mais benéficas.

Conquanto, a aplicação da analogia deve estar em conformidade com os princípios basilares do Direito Militar, quais sejam a hierarquia e a disciplina. A nosso entender, o tema debatido neste artigo em momento algum é apto a atingir os aludidos princípios, uma vez que, segundo a melhor doutrina, a hierarquia e disciplina militares devem ser interpretadas à luz de outros princípios, como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Portanto, a aplicação desses instrumentos cautelares disponíveis para os acusados na Justiça comum resguardará a dignidade e igualdade ao Réu de processo criminal militar.

Como bem ressalta Eliezer Pereira Martins: "a hierarquia e disciplina militares não podem ser avessas às realidades social e política vigentes, de sorte a gerar nos quartéis uma realidade artificial divorciada da vida em sociedade." (MARTINS, ano ??? (ANO 1996), citado por LOUREIRO, 2012)

Desse modo, comprova-se a possibilidade da aplicação da analogia como instrumento de integração na omissão legislativa referente às novas medidas cautelares pessoais, instituídas pela Lei 12.403/11.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todos os argumentos expendidos neste artigo, verificamos a existência de omissão legislativa no Processo Penal Militar, pois a esse não foram estendidas as novas medidas cautelares criadas pela Lei. 12.403/11. Além disso, constatamos ser a analogia o instrumento viável para o complemento dessa lacuna, bem como identificamos a viabilidade da utilização do poder geral de cautela em sede de processo penal e processo penal militar.

Assim, este artigo conclui ser possível e recomendável a aplicação das mencionadas medidas cautelares pessoais diversas da prisão também no âmbito do Processo Penal Militar.

Abstract: The dogmatic related to precautionary measures concerning personal benefits in Prosecution Code has undergone major changes recently, however, our lawgiver not extended to the military prosecution . Thus it arose the question on the application of the

precautionary measures at several prisons of the Brazilian military criminal justice system. The aim of this article was to understand the system adopted by the common process and the special process, and analyze the possibility of using analogy as an integrating mechanism in order to meet the legislative omission.

Keywords: Criminal Procedure; Military Criminal Procedure, Provisional Measures Several Prison and Analogy.

REFERÊNCIAS

- Acervo Digital. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal Militar**. Disponível em: <<http://www.olivmarques.com.br/acervo/codigos/codigoprocessopenalmilitar.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2012.
- BARROS, Francisco Dirceu. **Implicações e perplexidades no contexto prático forense provocada pela reforma do processo penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3080, 7 dez. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20603>>. Acesso em: 18 set. 2012.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2012a.
- BRASIL. **Código de Processo Penal Militar**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm>. Acesso em: 18 set. 2012b.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus 94147**. 2ª Turma. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 27 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2894147%2EENUME%2E+OU+94147%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 18 set. 2012.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Terminologia dos pressupostos das medidas cautelares penais. Uma visão crítica das posturas críticas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2977, 26 ago. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19854>>. Acesso em: 25 set. 2012.
- GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. **Direito Processual Penal Militar**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.
- GOMES, Luiz Flávio *et al.* **O que se entende por *fumus comissi delicti*?** Instituto Avante. Disponível em: <<http://www.ipclfg.com.br/descomplicando-o-direito/o-que-se-entende-por-fumus-comissi-delicti/>>. Acesso em: 25 set. 2012.
- GOMES FILHO, Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- LOUREIRO, Ythalo Frota. **Princípios da hierarquia e da disciplina aplicados às instituições militares: uma abordagem hermenêutica**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 470, 20 out. 2004 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5867>>. Acesso em: 3 out. 2012.
- MARQUES, Ivan Luís. **Resumo em 15 Tópicos Sobre as Mudanças da Lei 12.403/2011**. Disponível em: <<http://www.institutoavantebrasil.com.br/colunista-convidados/ivan-luis-marques/resumo-em-15-topicos-sobre-as-mudancas-da-lei-12-403/>>. Acesso em: 18 set. 2012
- ROTH, Ronaldo João, apud GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. **Direito Processual Penal Militar**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

SANNINI NETO, Francisco. **Prisão em flagrante e a Constituição**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2672, 25 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17667>>. Acesso em: 18 set. 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.