



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

GERALDO JOSÉ DEDEU

AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E SUA APLICABILIDADE
NO ÂMBITO DA JUSTIÇA CASTRENSE

SOUSA-PB
2018

GERALDO JOSÉ DEDEU

**AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E SUA APLICABILIDADE
NO ÂMBITO DA JUSTIÇA CASTRENSE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito para Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Pós-Dr. Iranilton Trajano da Silva

SOUSA-PB

2018

GERALDO JOSÉ DEDEU

**AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E SUA APLICABILIDADE
NO ÂMBITO DA JUSTIÇA CASTRENSE**

Aprovada em: 04 de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Pós-Dr. Iranilton Trajano da Silva - UFCG
Professor Orientador

Prof(a). Dr^a. Sabrina Correia M. Cavalcanti – UFCG
Professor (a)

Prof(a). Dr^a. Hérica Juliana Linhares – UFCG
Professor (a)

Dedico este trabalho a minha família, que muito me apoiou e me incentivou a realizá-lo. Ao Grande Arquiteto do Universo que iluminou o meu caminho durante essa caminhada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao Grande Arquiteto do Universo, o idealizador desse sonho, que se mostrou criador, que foi fecundo. Seu fôlego de vida em mim me foi sustento e me deu coragem para questionar realidades e propor sempre um novo mundo de possibilidades.

Agradeço de forma especial ao meu pai José Dedeu de Paulo, (*in memoriam*), por ter me ensinado valores morais e éticos, que carrego comigo desde sempre. Atuou de forma efetiva na minha primeira graduação (Ciências Econômicas) e se hoje estou concluindo o curso de Direito, devo isso a você meu pai, sempre um exemplo aos filhos; homem que atuou com dignidade e simplicidade nesse árduo caminho da Segurança Pública.

À minha querida mãe Anália Francisca da Conceição (*in memoriam*), fonte de toda minha força, exemplo de mãe protetora, não conhecia a “Lei das Palmadas”, mas sei que tudo que fez, foi por amor e aqui estou, prova maior do seu afeto incondicional.

Ao meu irmão Manoel Dedeu Neto, que de certa forma até não acreditou que terminasse esse curso, não por maldade, apenas por saber o quanto árduo seria o caminho a ser percorrido, mas sempre apoiando irrestritamente, bem como aos meus sobrinhos Tales e Thays.

Ao meu filho Guilherme Silva Dedeu, deixo um exemplo de que nunca é tarde para aprender, saiba que é por você que tanto lutei, luto e lutarei, razão da minha vida!

A minha companheira Veronica Costa Silva, pelo o incentivo durante essa trajetória, me impulsionando sempre a vencer todos os obstáculos.

A todos os professores que contribuíram com a minha trajetória acadêmica, especialmente ao Prof. Pós-Dr. Iranilton Trajano da Silva, responsável pela orientação desta pesquisa.

Enfim, a todos que de uma forma ou de outra, fizeram com que esses cinco anos se passassem mais rápido do que imaginei; inclusive aos que não estão mais tão presentes em minha vida.

RESUMO

A partir da edição da Lei nº 12.403/2011, a dogmática relativa às medidas cautelares pessoais dispostas no Código de Processo Penal sofreu grande alteração, objetivando que tais medidas se apresentem como alternativas para evitar o encarceramento em massa no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, tal possibilidade não foi expressamente estendida ao Direito Penal Militar, o que gera debates acerca da aplicação e efetivação dessas medidas acautelatórias no contexto da Justiça Militar. Nessa perspectiva, o presente estudo busca discorrer acerca das medidas cautelares diversas da prisão, com vistas a verificar sua possível aplicabilidade no âmbito do Processo Penal Militar. A presente pesquisa é relevante diante do fato de que, embora as polícias militares sejam incumbidas da função de atuar no policiamento ostensivo e na preservação e manutenção da ordem, essas instituições não estão imunes a condutas ilícitas praticadas por maus agentes, o que desencadeia a aplicação do processo penal militar, podendo até culminar com a pena de prisão. Em vista disso, importante discutir sobre a possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão no âmbito da Justiça Castrense.

Palavras-chave: Direito Penal Militar. Justiça Militar. Prisão. Medidas cautelares.

ABSTRACT

Since the enactment of Law No. 12,403 / 2011, the dogmatics regarding personal precautionary measures set forth in the Criminal Procedure Code have undergone a major alteration, aiming at such measures to be presented as alternatives to avoid mass incarceration in the Brazilian legal system. However, this possibility has not been expressly extended to Military Criminal Law, which generates debates about the application and effectiveness of these precautionary measures in the context of the Military Justice. In this perspective, the present study seeks to discuss the various precautionary measures of the prison, with a view to verifying their possible applicability in the scope of the Military Criminal Procedure. The present research is relevant to the fact that, although the military police are charged with the function of acting in ostensive policing and in preserving and maintaining order, these institutions are not immune to illicit behavior by bad agents, which triggers the application of the military criminal proceedings, and may even culminate in a prison sentence. In view of this, it is important to discuss the possibility of applying the various precautionary measures of the prison in the scope of the Military Justice.

Keywords: Military Criminal Law. Military justice. Prison. Precautionary measures.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA JUSTIÇA MILITAR NO BRASIL	11
2.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO.....	11
2.2 A JUSTIÇA MILITAR NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....	15
2.3 ORIGEM E EVOLUÇÃO DAS POLÍCIAS MILITARES	20
2.4 POLÍCIAS MILITARES NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....	21
2.4.1 A Constituição de 1824	22
2.4.2 O Decreto Constitucional de 1899	22
2.4.3 A Constituição de 1891	22
2.4.4 A Constituição de 1934	22
2.4.5 A Constituição de 1937	23
2.4.6 A Constituição de 1946	23
2.4.7 A Constituição de 1967	24
2.4.8 A Constituição de 1988	24
3 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA DE PRISÃO NO MUNDO E NO BRASIL	26
3.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL E DA APLICAÇÃO DAS PENAS	27
3.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NO MUNDO	34
3.3 O DIREITO PENAL E A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL.....	37
4 DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E SUA APLICAÇÃO NA JUSTIÇA CASTRENSE	40
4.1 A LEI Nº 12.403/2011 E AS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO	41
4.1.1 Comparecimento Periódico em Juízo, no Prazo e nas Condições Fixadas pelo Juiz, para Informar e Justificar Atividades	45
4.1.2 Proibição de Acesso ou Frequência a Determinados Lugares como Medida de Prevenção a Prática de Novas infrações	46
4.1.3 Proibição de Manter Contato com Pessoa Determinada Quando o Indiciado ou Acusado deva Permanecer Distante	46
4.1.4 Proibição de Ausentar-se da Comarca Quando a Permanência Seja Conveniente ou Necessária para a Investigação ou Instrução	47

4.1.5 Recolhimento Domiciliar no Período Noturno e nos Dias de Folga Quando o Investigado ou Acusado Tenha Residência e Trabalho Fixos	47
4.1.6 Suspensão do Exercício de Função Pública ou de Atividade de Natureza Econômica ou Financeira com Base no Receio de Outra Prática Delituosa	48
4.1.7 Internação Provisória do Acusado nas Hipóteses de Crimes Praticados com Violência ou Grave Ameaça: Critério de Inimputabilidade.....	48
4.1.8 Aplicação de Fiança Nas Infrações que a Admitem Como Garantia da Persecução Processual	48
4.1.9 Monitoração Eletrônica.....	49
4.1.10 Proibição de Ausentar-se do País.....	49
4.2 APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA CASTRENSE	50
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que a sociedade está em constante mutação e, em vista disso, o legislador necessita acompanhar essa evolução social, de modo a estabelecer leis que reflitam e sejam compatíveis com o contexto histórico hodierno. Nessa perspectiva, em virtude da ineficiência do sistema prisional brasileiro e diante da tendência doutrinária e jurisprudencial em tratar a prisão como medida excepcional, o legislador pátrio buscou criar outros instrumentos cautelares de natureza pessoal.

Desse modo, na data de 4 de maio de 2011, foi promulgada a Lei nº 12.403, que alterou todo o Título IX, do Código de Processo Penal (CPP), ampliando significativamente as medidas cautelares pessoais diversas da prisão, com a nítida intenção de reduzir a população carcerária do país.

A referida reforma foi bastante comemorada no meio jurídico, pois representou um avanço legislativo, visto que a edição da referida lei buscou atenuar os rigores da prisão em flagrante ou até mesmo substituir a prisão preventiva, de modo a evitar o encarceramento em massa no país.

A Lei nº 12.403/2011, portanto, foi editada com vistas a garantir maior valoração ao princípio da não culpabilidade, que está disposto no art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna de 1988, princípio este que preconiza que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

De acordo com a atual redação do Código de Processo Penal (CPP), o artigo 319 elenca um rol de nove medidas cautelares diversas da prisão, o qual é complementado no art. 320 do CPP, com a medida cautelar de entrega do passaporte, que tem como objetivo validar a proibição de ausentar-se do país, embora esta medida não tenha constado originariamente no art. 319 do Código.

Ocorre que essas inovações inseridas pela Lei nº 12.403/2011 no Código de Processo Penal não foram estendidas de forma expressa à Justiça Castrense, o que desencadeia debates acerca da aplicação e eficácia das medidas cautelares pessoais diversas da prisão no âmbito do Processo Penal Militar.

Sob esse enfoque, o presente estudo parte da seguinte problemática: é possível a aplicação das medidas cautelares pessoais diversas da prisão no âmbito do Processo Penal Militar?

Diante disso, o presente estudo tem como objetivo geral analisar as medidas cautelares diversas da prisão de modo a verificar sua possível aplicabilidade no âmbito da Justiça Castrense, tendo em vista que o Código de Processo Penal Militar estabelece que o Código de Processo Penal possa subsidiá-lo desde que não afronte os conceitos militares.

Como objetivos específicos, busca-se identificar e discorrer acerca da Justiça Militar no país, analisar os tipos de medidas cautelares pessoais diversas da prisão previstas no CPP e verificar a possibilidade de aplicação dessas medidas no âmbito do processo penal militar.

No primeiro capítulo serão traçadas considerações acerca da Justiça Militar no Brasil e da Polícia Militar, apresentando sua origem, evolução e como a temática foi abordada ao longo das Constituições brasileiras.

No segundo capítulo será tratado acerca do sistema prisional brasileiro, analisando a origem e evolução da pena de prisão no mundo e no Brasil, bem como a realidade atual das prisões no país.

Por último, no terceiro capítulo, serão identificadas as medidas cautelares diversas da prisão, de modo a analisar a possibilidade de sua aplicação no âmbito da Justiça Castrense.

Para desenvolver a presente pesquisa, utilizou-se o método empírico-indutivo como método de abordagem, a investigação histórica como método de procedimento e a revisão bibliográfica e documental como técnicas de pesquisa, de modo a construir o referencial teórico a partir de doutrinas, jurisprudências, revistas e artigos especializados na temática.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA JUSTIÇA MILITAR NO BRASIL

A justiça militar brasileira foi um dos primeiros ramos formais do sistema de justiça a ser criado no país com a vinda da família real portuguesa em 1808. O ramo existe até hoje e desde 1934 integra o rol das justiças especiais do Poder Judiciário, junto com a justiça do trabalho e a justiça eleitoral. Sua atribuição e seus contornos jurídicos, no entanto, permanecem fluidos desde a sua criação, estendendo sua função para julgar militares, civis, crimes militares ou políticos.

Compreende-se a Justiça Militar como sendo grande aliada à proteção estatal, pois é ela que mantém as bases do mundo militar em consonância com seus princípios, deveres e direitos, bem como valores morais que vinculam o militar ao Estado.

Sabe-se também que, embora as Polícias Militares tenham a função de atuar na manutenção da lei e da ordem, a instituição não está imune a atos ilícitos praticados por agentes, o que desencadeia o devido processo legal para a fixação de punições no âmbito da Justiça Militar, delitos estes que podem ser passíveis até de pena de prisão.

Nessa perspectiva, antes de tratar especificamente, dos Militares e da própria Polícia Militar, bem como da possibilidade de prisão ou aplicação de medidas cautelares no contexto do Direito Militar, necessário se faz, *a priori*, discorrer acerca da origem e evolução da Justiça Militar no país, de modo a compreender sua estruturação, suas características e atuação no país, conforme será feito a seguir.

2.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO

As primeiras manifestações de organização da Justiça Militar no Brasil ocorreram no século XVII, com a formação das juntas militares. Estas tinham a função de realizar julgamentos de réus militares. Sua formação se deu principalmente devido ao fato de ocorrer demora no julgamento desses réus, que estava até então sob a competência do Conselho de Guerra de Lisboa.

Essa morosidade era tida como estimuladora para a prática de novos crimes, haja vista, o considerável lapso temporal entre a conduta delituosa e o proferimento da sentença condenatória. Objetivava-se, portanto, dar maior celeridade ao

andamento dos processos. A primeira junta militar foi organizada na capitania hereditária do Pará, em 1758 (FIGUEIREDO, 2016).

A história da Justiça Militar brasileira se confunde com os anais da História do Brasil. A chegada da Família Real portuguesa ao Brasil em 1808, elevou a então Colônia Brasileira à condição de Reino Unido a Portugal. A presença da realeza portuguesa no Brasil trouxe os primeiros benefícios diretos à pátria que nascia, destacando-se a Guarda Real, a Biblioteca Nacional e o Jardim Botânico (FIGUEIREDO, 2016).

O imperador da França Napoleão Bonaparte, no seu projeto expansionista sobre toda a Europa no início do século XIX, buscava alargar as fronteiras do seu domínio. O seu maior opositor, a Inglaterra, era o principal entrave aos seus planos. Portugal, aliado histórico dos ingleses, viu-se numa situação delicada. Não queria ser considerado um inimigo por Napoleão, assim como não queria fazer algo que prejudicasse os ingleses. Acudado, D. João, o provável herdeiro da coroa, resolveu embarcar para o Brasil, trazendo consigo a nobreza portuguesa.

Nesse sentido, a História da Justiça Militar inicia-se com a chegada da Família Real ao Brasil em 1808, quando a partir de então a Cidade do Rio de Janeiro passa a ser a sede da Coroa Portuguesa, e a situação do país muda de simples colônia para a condição de sede da monarquia portuguesa. Em virtude disso, tornou-se necessária uma completa reorganização administrativa do país (FIGUEIREDO, 2016).

A Família Real, protegida por um corpo militar uniformizado advindo de Portugal, assentado nos princípios da hierarquia e disciplina, viu a necessidade de expansão da segurança das demais instituições que se instalariam na pátria tupiniquim, daí a incorporação de novos membros na Guarda Real e a necessidade de se criar organismos que cuidassem dos desvios de condutas e das infrações cometidas pelo corpo militar que se formava (BARRETO FILHO, 2013).

A respeito da instituição militar, seu estabelecimento no país também acompanhou a vinda da Família Real, sendo representada pela organização de um corpo militar uniformizado com o intento de defesa e proteção da realeza, e mais a frente, das instituições criadas na ex-colônia. Os militares, neste momento, eram regidos por regulamentos próprios, aplicados por aqueles que integravam a carreira das Armas, que era fundamentada em dois princípios fundamentais: a hierarquia e a disciplina (OLIVEIRA, 2012).

A chegada da Família Real ao Brasil, portanto, desencadeou uma série de transformações de grande impacto, e foi o propulsor para um conjunto de mudanças políticas e administrativas que passaram a ocorrer na então colônia portuguesa. D. João implantou no Brasil uma máquina pública mais complexa e sofisticada capaz de atender a nova demanda imposta pelo estabelecimento da corte portuguesa. Foram criados órgãos públicos de administração e de justiça, e, assim, através do Alvará de 1º de Abril de 1808, com força de lei, foi criado o primeiro órgão colegiado de justiça do Brasil, o Conselho Supremo Militar (FIGUEIREDO, 2016).

Tão logo se formou a estrutura do Estado, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, por ato do Príncipe Regente D. João VI, foi criado o Conselho Supremo Militar e de Justiça, com atribuições administrativas (cartas-patentes, promoções, soldos, etc.) e judiciárias (julgamento dos processos criminais dos réus sujeitos ao foro militar). Nesse sentido, conforme destaca Seixas (2002 apud FIGUEIREDO, 2016, p. 1):

No campo da Justiça Militar, logo após a organização do Ministério, foi criado o Conselho Supremo Militar e de Justiça, com sede no Rio de Janeiro, pelo Alvará de 1º de abril de 1808, com força de lei, sendo assinado pelo Príncipe Regente e referendado por Dom Fernando José de Portugal, Ministro-Assistente do Gabinete do Príncipe Regente de Portugal e Presidente do Erário Real. Seu primeiro presidente foi D. José Xavier de Noronha Camões de Albuquerque Souza Muniz, o Marquês de Angeja, Conde e Senhor da Vila Verde.

A Justiça Militar, nesse sentido, originou-se do Supremo Conselho Militar, convertido em Supremo Tribunal Militar, em 1893, criado em 1808, pelo alvará de 1º de abril, por D. João VI, e, tal e qual os Conselhos portugueses, reflexo dos tribunais militares ingleses, especialmente o Conselho do Almirantado. Destaca-se que, no Império, o Conselho Militar, composto de 15 juizes, veio a ser o Superior Tribunal Militar e apreciava todos os delitos militares praticados no país, cujos processos lhe eram remetidos por um recurso oficial.

As funções do Conselho Supremo Militar e de Justiça estavam diretamente relacionadas às desempenhadas em Lisboa pelos conselhos de Guerra, do Almirantado e do Ultramar. O Conselho de Guerra possuía competências administrativas e Jurisdicionais, funcionando como um tribunal militar. O Conselho do Almirantado funcionava como um tribunal de instância superior aos conselhos de

guerra. Do Conselho Ultramarino, o Conselho Supremo Militar e de Justiça absorveu somente as atribuições militares. Com a criação e implantação desse Conselho os governadores das capitanias hereditárias perderam a autoridade que até então exerciam sobre patentes (FIGUEIREDO, 2016).

O Alvará de 1º de Abril de 1808 estabeleceu ainda que, no desempenho de suas competências, o Conselho deveria realizar os julgamentos conforme o que se preceituava no Regimento Militar, leis e ordenanças militares da época, Alvará de 06 de Abril de 1800, Regimento Provisional aprovado por Decreto de 20 de Junho de 1796, Resoluções Régias e na Ordenança de 09 de Abril de 1805. O Conselho Supremo Militar era composto pelo Conselho Supremo Militar e pelo Conselho de Justiça, que desempenhavam funções distintas e independentes. Estes conselhos teriam de reunir-se extraordinariamente se assim fosse solicitado.

Este Conselho acumulava duas funções, uma de caráter administrativo e outra de caráter puramente judiciário. Na de caráter administrativo auxiliava o Governo em questões referentes a requerimentos, cartas-patentes, promoções, soldos, reformas, nomeações, lavratura de patentes e uso de insígnias, sobre as quais manifestava seu parecer, quando consultado e, nos aspectos judiciários, como Tribunal Superior da Justiça Militar, o Conselho Supremo julgava em última instância os processos criminais dos réus sujeitos ao foro militar (SILVA, 2013).

O Conselho deu origem àquilo que mais tarde seria o Tribunal Superior de Justiça no Brasil. Em 1824, com o advento da nossa primeira Carta Constitucional, a força militar ganhou status constitucional nos artigos 145 a 150 e também foi instituído o Poder Judicial (juízes e tribunais de justiça) nos artigos 151 a 164.

A Carta de 1824, que se destacou pela sua longevidade, manteve-se até 1889 (fim do período monárquico) e entrou para a história mundial como a segunda constituição escrita mais antiga do mundo, e nela, como já dito, estava previsto o Conselho Supremo Militar (BARRETO FILHO, 2013).

Nesse sentido, pontua Seixas (2002, p. 36-37):

Tendo por origem o Conselho Supremo Militar e de Justiça, surge no Brasil o primeiro Tribunal Superior de Justiça, tendo essa denominação até 1891, quando passou a ser chamado de Supremo Tribunal Militar, com organização e atribuições definidas pela Lei nº 149, de 18 de Julho de 1893, passando a integrar o Poder Judiciário brasileiro pela Constituição de 1934 e, com o advento da Constituição de 1946, vindo a ser denominado de Superior Tribunal Militar.

A proclamação da República, em 1889, foi acompanhada por um movimento de reorganização do sistema judiciário brasileiro, que incidiu discretamente sobre a Justiça Militar. A prática de organizar Comissões Militares *ad hoc* para resolver problemas de contestação política imediata não ficou restrita ao período imperial e se perpetuou nos primeiros anos do período republicano. Em 1890, o Código Penal foi atualizado, nele sendo previstos vários dispositivos relativos à segurança do Estado, tipificados como delitos de natureza política, pois se insurgiam contra a existência política da República. Abrangia, portanto, crimes contra a segurança interna e externa (SILVA, 2013).

Nesse cenário, a proclamação da República trouxe os militares para o centro do debate político. Acompanhando o novo regime, foram promovidas reformas institucionais que de certa forma espelhavam as nascentes modificações políticas. Com a justiça militar não foi diferente, ainda que as dificuldades para sistematizar seus contornos e esfera de atuação tenham perpassado toda a história republicana (SOUZA E SILVA, 2016).

Com a sua existência prevista em todas as Constituições republicanas, as atribuições do foro militar foram demarcadas com o seu direcionamento para o julgamento do crime militar, e não do profissional militar, deixando margem para a possibilidade de julgamento de civis.

2.2 A JUSTIÇA MILITAR NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

De início, a Constituição Política do Império de 1824 não tratou da Justiça Militar em seu texto, porém a falta de previsão constitucional não significa a inexistência da referida Justiça no Império. Foram adotados pelo Príncipe Regente, como efeito da colonização, a legislação, os costumes e as tradições do colonizador.

No entanto, conforme salientado, a criação efetiva da Justiça Militar foi anterior à data da vigência da referida Constituição outorgada, como dito anteriormente, a Justiça Militar foi instituída em 1808, por meio do Alvará de 1º de abril do referido ano.

Com o advento da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, o Conselho Supremo Militar, originado em 1808, foi regulado no artigo 77,

como Supremo Tribunal Militar (órgão administrativo com funções jurisdicionais, para garantia dos militares). Destaca-se que o Tribunal foi regulado fora do Capítulo do Judiciário e teve como objeto central o foro especial para os militares de terra e mar.

No que se refere à Justiça Militar, a referida Carta Magna de 1891 fez referência às Forças Armadas como instituições permanentes. A primeira Constituição Republicana trouxe a diferença entre Justiça Comum e Justiça Federal, já no âmbito militar vê-se referência às Forças Armadas como instituições permanentes, porém, apesar de ter previsão, não foi estabelecido concretamente o foro especial da Justiça Militar (BARRETO FILHO, 2013).

Porém, é importante ressaltar que a Constituição da República de 1891, no ato de organizar o Poder Judiciário, não se lembrou de contemplar a Justiça Militar como sendo um de seus órgãos, mas assegurou a esta, foro especial aos crimes e contravenções militares, sendo assim, pertencia ao chamado de órgão judicante, categoria prevista na Constituição, mas não integrava efetivamente o órgão judiciário.

Nesse sentido, conforme destacam Souza e Silva (2016, p. 371-372):

A promulgação da primeira Constituição republicana previa a existência de um foro especial para julgar os delitos militares, cometidos por “militares de terra e mar”. Assegurava a existência de conselhos voltados para a formação de culpa e julgamento dos crimes e, também, de um Supremo Tribunal Militar (STM). Dois anos após a promulgação da Carta, foi publicado o Decreto Legislativo número 149, responsável por organizar e regulamentar os trabalhos do Supremo. Segundo o documento, o tribunal teria sua sede na capital federal e seria composto de 15 membros vitalícios, nomeados pelo presidente da República. Sua composição seria de oito ministros do Exército, quatro da Armada e três juizes togados.

Em que pese à Constituição de 1891 ter delineado os primeiros contornos da competência do Superior Tribunal Militar (STM) e da Justiça Militar, Seixas (2002, p. 43), destaca que “somente no texto da Constituição de 1934 foram estabelecidas diretrizes claras e definitivas relativas ao foro militar”.

Posteriormente, na Constituição de 1934, ficou estabelecido concretamente o foro especial da Justiça Militar, a qual destinou uma seção específica para o seu tratamento no texto constitucional. A Justiça Militar, que integrava o Poder Executivo, passou a fazer parte do Poder Judiciário. Houve também, a previsão de outro ramo especializado, sendo este a Justiça Eleitoral, que foi criada em 1932.

Na Carta Constitucional de 1934, no artigo 63, os juízes e tribunais militares passaram a fazer parte dos órgãos do poder judiciário, e nos artigos 84 a 87, a justiça militar foi organizada em suas linhas gerais, com poderes para julgar os militares em foro especial, com possibilidade de ser estendido aos civis (que cometem crime contra a segurança externa do país ou contra as instituições militares). A justiça militar brasileira foi composta pelo Supremo Tribunal Militar e os tribunais e juízes inferiores (BARRETO FILHO, 2013).

Souza e Silva (2016, p. 373), dando enfoque sobre mudanças importantes trazidas no texto da Carta Política de 1934, escrevem que:

A Constituição de 1934 trouxe uma inovação importante para o funcionamento da justiça militar, pois, segundo seu artigo 63, os juízes e tribunais militares passaram a fazer parte do Poder Judiciário. Esse deslocamento promoveu, também, a extinção da competência administrativa do STM, rompendo em definitivo com a lógica do Império. A nova Constituição previu uma seção especial para dispor sobre a justiça militar de modo mais detalhado do que a anterior. Em seu art. 84, estava disposto que militares e pessoas a eles assemelhadas teriam “foro especial” no julgamento dos delitos militares. Estava prevista, também, a possibilidade de extensão desse foro a civis, com vistas à repressão de crimes contra a segurança externa do país ou contra as instituições militares.

Posteriormente, a Constituição de 1937 reproduziu os preceitos dispostos na Constituição de 1934. Apesar desta Carta Política de 1937, que fora imposta por Getúlio Vargas, ter alterado substancialmente a estrutura do Poder Judiciário, na medida em que extinguiu a Justiça Federal e a Justiça Eleitoral, ela manteve os Juízes e Tribunais Militares como a Carta Magna anterior.

Um fato importante no seio da Justiça Militar, no Governo Vargas, se deu com a Lei nº 244, de 11 de setembro de 1936, com a criação do Tribunal de Segurança Nacional, o qual, a princípio, seria um órgão com competência para atuar nos tempos de guerra. No entanto, não foi o que efetivamente ocorreu, visto que este órgão atuava nos tempos de paz, o que gerou conflito de competência com a própria Justiça Militar (BARRETO FILHO, 2013).

Destaca-se que no ano de 1938, a fim de sistematizar as modificações introduzidas na justiça militar desde a década de 1920, foi publicado o Código de Justiça Militar, onde a estrutura da justiça militar era formada, em cada região militar, pelos Conselhos de Justiça e auditores e pelo STM, com alcance a todo o país.

Os Conselhos, por sua vez, eram divididos em três categorias que diferenciavam suas funções e alcance: Conselho Especial de Justiça, para julgar oficiais, à exceção dos generais; Conselho Permanente de Justiça, para julgamento de soldados; e Conselho de Justiça, no âmbito dos corpos e estabelecimentos do Exército, a fim de processar e julgar desertores e insubmissos com a hierarquia e disciplina (SOUZA e SILVA, 2016).

Essa organização refletia duas questões importantes, que perpassam a história da justiça militar. A primeira delas era a manutenção da lógica hierárquica da caserna na estrutura da justiça militar, e a segunda, a necessidade de organizar mecanismos mais eficientes para lidar com o crime de deserção, crime militar por excelência.

Com a promulgação de uma nova Carta Constitucional, em 1946, a competência da Justiça Militar ficaria restrita ao julgamento de crimes militares e seria estendida aos civis nos crimes cometidos contra a segurança externa do país ou às instituições militares. A nova Constituição mudou o nome do Supremo Tribunal Militar para Superior Tribunal Militar (STM) (SILVA, 2013).

A Justiça Militar continuou seu status constitucional no artigo 94, inciso III, como órgão do Poder Judiciário, e nos artigos 106 a 108, as atribuições para julgar os militares nos crimes definidos em lei e a possibilidade de julgar civis. Como destaque dessa constituição está à possibilidade de criação das justiças militares estaduais, conforme previsão expressa no artigo 124, XII, daquela Carta Maior.

Com o regime militar iniciado em 1964, a justiça militar foi envolvida com o movimento persecutório colocado em prática após a deposição do presidente constitucionalmente eleito, João Goulart. Nesse período, o funcionamento do foro militar era determinado pela Constituição de 1946, pelo Código da Justiça Militar de 1938, além de alguns artigos previstos na Lei de Segurança Nacional de 1953, que estabelecia que alguns crimes caracterizados como atentados à segurança externa do país deveriam ser julgados pela justiça militar (SOUZA E SILVA, 2016).

A Justiça Militar sofreu alteração constitucional pelo Ato Institucional nº 02 e mais tarde a própria Constituição de 1967 teve seu texto modificado pelo Ato Institucional nº 06 de 1969. Durante o Regime Militar, a justiça militar teve marcadamente uma atuação de Justiça do Regime com nítidas características políticas.

Nesse sentido, ao longo do período autoritário, a justiça militar foi acumulando funções variadas de apreciação de crimes militares, crimes contra a segurança nacional, crimes contra a probidade administrativa e crimes contra a economia popular, cometidos por civis ou por militares.

O acúmulo de tais funções relacionava-se com o fato de ser um regime ditatorial implementado pelas Forças Armadas, ainda que com ampla colaboração civil, mas também com a vocação histórica de envolvimento do foro militar com questões de natureza política (SILVA, 2013).

Com o processo de redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, conhecida como “Constituição cidadã”, de caráter mais humanitário a Justiça Militar foi mantida como órgão do poder judiciário. Atualmente, segundo o texto constitucional, são órgãos da Justiça Militar: o Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes militares instituídos por lei.

O Tribunal de Justiça Militar teve destaque no artigo 92, inciso VI, como parte dos órgãos do Poder Judiciário Nacional, e nos artigos 122 a 124, foi estabelecida a competência da Justiça Castrense. No artigo 125, alterado que foi pela Emenda Constitucional nº 45/2004, os poderes da Justiça Militar Estadual foram ampliados, para também apreciar as causas cíveis, decorrentes de ações judiciais contra atos disciplinares militares, estabelecendo também a competência dos juízes de direito do juízo militar processar e julgar singularmente os crimes militares cometidos contra civis e ao Conselho de Justiça, sob a presidência do juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

A Constituição de 1988 também dispôs em seu artigo 125, § 3º, as condições para a criação dos Tribunais de Justiça Militar nos Estados, estabelecendo que apenas nas Corporações cujo efetivo ultrapasse a vinte mil integrantes pode ser criado o órgão de segunda instância.

Uma vez compreendida a origem, evolução e consolidação da Justiça Militar no Brasil, passa-se a analisar a instituição e evolução das Polícias Militares no país, de modo a compreender suas características, sua atual configuração e as funções que esta desempenha no cenário da segurança pública estatal, abrangendo a atuação ostensiva, como força preventiva e repressiva de combate quando os fatos acontecem e exigem a atuação da força.

2.3 ORIGEM E EVOLUÇÃO DAS POLÍCIAS MILITARES

No que concerne à origem das Polícias Militares brasileiras, estas se originaram nas Forças Policiais criadas durante o período do Brasil Imperial e que foram, em alguns casos, extintas ou fundidas a outras corporações policiais ostensivas durante o regime militar. A Polícia Militar surge da tradição das polícias militarizadas da Península Ibérica, onde o policiamento era exercido pelo Exército, e no Brasil, a tradição se materializa em 1542 (SOUZA e SILVA, 2016).

A corporação mais antiga é a do Rio de Janeiro, denominada de Guarda Real de Polícia, criada em 13 de Maio de 1809 por Decreto de Dom João VI, Rei de Portugal, que na época havia transferido sua corte de Lisboa para o Rio, em razão das guerras na Europa, lideradas por Napoleão. Foi este decreto que assinalou o nascimento da primeira Polícia Militar no Brasil, a do Estado da Guanabara.

A referida guarda era subordinada ao governador das Armas da Corte que era o comandante de força militar, que, por sua vez, era subordinado ao intendente-geral de Polícia, similar a força que este monarca havia criado na Cidade de Lisboa.

No entanto, existem estudos que levam ao entendimento de que a força militar de patrulhamento, genuinamente brasileira e mais antiga, é a Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, que tem a sua origem no Regimento Regular de Cavalaria de Minas em 09 de junho do ano de 1775, no Distrito de Cachoeira do Campo, município de Ouro Preto, a qual tinha como missão guardar as minas de ouro descobertas na região de Vila Rica (atual Ouro Preto) e Mariana.

Na época da Independência, em 1822, não havia polícia organizada, somente polícias municipais e, mesmo assim, apenas em algumas vilas. Nesse período eram utilizadas tropas militares do Império, subordinadas diretamente ao Ministro da Guerra.

Em 1830, o Brasil passou a ser governado por Regentes, fato este advindo da abdicação do trono por parte de D. Pedro I, em favor de seu filho menor, D. Pedro II, o que ocasionou revolta em parte da população, pois na concepção popular, os regentes não gozavam de legitimidade para governar o País; nessa perspectiva, deflagrados vários movimentos revolucionários, como a Balaiada (Maranhão), a Sabinada (Bahia), e a Guerra dos Farrapos (Rio Grande do Sul), entre outros movimentos.

Essas revoltas comprometiam seriamente a manutenção do Império, como também, a integridade territorial da nação, assim como a ordem pública, o que ocorria com mais intensidade no Rio de Janeiro, que, à época, era a Capital do Império.

Assim, no ano de 1831, foram criadas em alguns Estados, por ato do regente padre Diogo Feijó, as forças que visavam fazer frente aos movimentos que haviam eclodido, sendo que a partir da Constituição Federal de 1946 (Constituição que redemocratizou o País após o Estado Novo), as Corporações dos Estados passaram a ser denominada Polícia Militar, com exceção do Estado do Rio Grande do Sul que manteve o nome de Brigada Militar em sua força policial.

Nesse contexto, o soldado de polícia era aquele militar que integrava as milícias dos estados brasileiros, subordinadas aos presidentes de estado e, posteriormente, governadores, as quais recebiam várias denominações como, brigada policial, brigada militar, força pública, polícia militar e sob outras denominações.

A partir do regime militar instalado no Brasil em 1964, todas essas milícias estaduais foram padronizadas pela legislação. Seus respectivos comandos passaram a ser realizados por oficiais do Exército Brasileiro, e suas respectivas designações foram padronizadas para o termo Polícias Militares, à exceção do Rio Grande do Sul, que permanece até os dias atuais como Brigada Militar, como citado anteriormente.

2.4 POLÍCIAS MILITARES NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

As Polícias Militares (PMs) foram muito mais uma corporação militar do que uma organização policial, sendo, ao longo de suas histórias particulares, mais empregadas para os fins de segurança interna e de defesa nacional, do que para as funções de segurança pública.

Em quase dois séculos de existência, nem sempre funcionaram as PMs como organizações policiais propriamente ditas, de tal forma que se pode afirmar que foram poucos os períodos em que, de fato, elas puderam atuar como polícias urbanas e ostensivas.

2.4.1 A Constituição de 1824

Primeira Constituição brasileira, outorgada por D. Pedro I e instalada em 25 de março de 1824, não faz qualquer referência sobre as Polícias Militares. Trata-se da única Constituição brasileira que não fez qualquer referência à instituição das Polícias Militares. Apesar disso, a questão da Polícia Militar desde os primórdios é fator de grande importância para os juristas, sendo posteriormente retratada nas demais constituições brasileiras.

2.4.2 O Decreto Constitucional de 1899

Nascida com a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889, no seu Decreto de nº 01, traduz a primeira determinação constitucional, adotando o Federalismo e transformando as Províncias em Estados. Esse decreto, em seu artigo 8º, faz uma implícita referência à atividade policial, entendida por muitos, como referência à Polícia Civil, ao autorizar os governos locais, pelos meios ao seu alcance, decretar a organização de uma guarda civil destinada ao policiamento de cada um dos novos Estados (BARRETO FILHO, 2013).

2.4.3 A Constituição de 1891

Em 24 de fevereiro de 1891, foi promulgada a primeira Constituição da República, a qual, todavia, também não contemplava qualquer referência às Polícias Militares, o que não impediu que as Corporações se tornassem pródigas no campo militar, considerando-se suas participações em vários movimentos sediciosos nas décadas de 1920 e 1930.

2.4.4 A Constituição de 1934

Segunda Constituição da República e a terceira da história do Brasil, votada pela Assembleia Constituinte em 16 de julho de 1934, foi um marco histórico para as

Polícias Militares brasileiras, pois, pela primeira vez, elas foram constitucionalmente citadas.

Em seu artigo 5º, a efêmera Carta Magna atribuiu privativamente à União, o controle para legislar sobre a organização, instrução, justiça e garantias das Forças Policiais dos estados e considerações gerais de utilização em caso de mobilização ou de guerra (LIMA, 2007).

2.4.5 A Constituição de 1937

Autorizada em 10 de novembro de 1937, não fez referência à competência das Polícias Militares, apenas à União na legislação sobre o bem-estar, a tranquilidade e a Segurança Pública, quando exigir a necessidade de uma regulamentação uniforme. Organização, instrução, justiça e garantia das forças policiais dos Estados e sua utilização como reserva do Exército, a Constituição de 1937 foi a que instituiu o Estado-Novo no Brasil.

2.4.6 A Constituição de 1946

Promulgada em 18 de setembro de 1946 e considerada a Carta adiantada e liberal, além de alterar o nome forças policiais para polícias militares, deu-lhes competência para atuar na segurança interna e na manutenção da ordem interna. Manteve a competência da União para legislar sobre pontos estabelecidos pela Constituição de 1937.

Assim, prescrevia o artigo 183 dessa Carta Magna, ao se referir as atribuições das Polícias Militares dos Estados:

Artigo 183 - As Polícias Militares, instituídas para a segurança interna e a manutenção da ordem nos Estados, nos territórios e no Distrito Federal são consideradas força auxiliar, reserva do Exército. Parágrafo Único - Quando mobilizado, a serviço da União de tempo de guerra externa ou civil, o seu pessoal gozará das mesmas vantagens do pessoal do Exército.

Deste feita, verifica-se que na Carta Política de 1946 ampliou as atribuições das forças policiais, passando a chamá-las de Polícias Militares, estabelecendo que

estas fossem competentes para atuar na segurança interna do país e na manutenção da ordem interna, com características próprias, baseada na hierarquia e na disciplina, num modelo de gestão e comando como garantia da permanência na atuação de segurança e paz social.

2.4.7 A Constituição de 1967

Promulgada em 24 de janeiro de 1967, veio inverter a prioridade das destinações das Polícias Militares, ao sobrepor a manutenção da ordem à segurança interna, referindo-se ainda, pela primeira vez, aos Corpos de Bombeiros Militares, conforme se vê no parágrafo 4º de seu artigo 13, o qual prevê que as Polícias Militares, instituídas para a manutenção da Ordem e Segurança interna nos Estados, nos territórios e no Distrito Federal e os Corpos de Bombeiros Militares são consideradas forças auxiliares, reservas do Exército.

Em 17 de outubro de 1969, a referida Constituição foi modificada pela Emenda nº 01, estruturada para fazer frente às pressões antirrevolucionárias, que deu às Polícias Militares maiores características policiais, ao excluir de sua competência a segurança interna e adjetivando como “pública” a ordem da qual seria mantenedora (SOUZA e SILVA, 2016).

2.4.8 A Constituição de 1988

Promulgada em 5 de outubro de 1988, esta materializou as aspirações do povo e, por influência de uma moderna doutrina administrativa, que foi explicitada nas conclusões do terceiro congresso brasileiro das Polícias Militares, realizado em Belo Horizonte, de 8 a 14 de fevereiro de 1987, a Constituição cidadã dedicou um capítulo à Segurança Pública. Instituiu o sistema de segurança pública e ampliou o papel constitucional das Polícias Militares, ao atribuir-lhes a polícia ostensiva para preservação da ordem pública.

Essa Carta Magna veio consagrar o modelo dicotômico de polícia nos Estados da Federação, classificando as Polícias Militares, com a exclusividade de polícia ostensiva, tendo a missão de preservação da ordem de maneira preventiva e

repressiva e a Polícias Civis, com as funções de polícia judiciária e a apuração das infrações penais, exceto as militares. Assim, a Polícia Militar como Órgão de Segurança encontra seu fundamento constitucional no artigo 144 da Constituição da República.

Destarte, em que pese as Polícias Militares serem incumbidas de atuar no patrulhamento ostensivo e na manutenção da ordem, a instituição não está imune a atos ilícitos praticados por maus agentes, o que desencadeia o devido processo legal para a fixação de punições no âmbito da Justiça Militar, delitos estes que podem ser passíveis até de pena de prisão.

Nessa perspectiva, uma vez compreendidos a origem, estrutura e consolidação da Justiça Militar e da Polícia Militar no Brasil, no próximo capítulo, passa-se a analisar as disposições legais da origem e evolução da pena de prisão no mundo bem como as nuances da pena de prisão no ordenamento jurídico brasileiro.

3 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA DE PRISÃO NO MUNDO E NO BRASIL

A partir da promulgação da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, o legislador incorporou ao Processo Penal comum a possibilidade de serem aplicadas, isolada ou cumulativamente, as medidas cautelares elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal, ampliando significativamente as medidas cautelares pessoais diversas da prisão.

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: necessidade (à aplicação da lei penal, à investigação ou à instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais); 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 à nova dicção legal (artigo 282, § 6º do CPP), só poderá ser imposta quando não for cabível sua substituição por uma medida cautelar.

As inovações inseridas pela Lei nº 12.403/2011 no Código de Processo Penal tiveram, aparentemente, a nítida intenção de reduzir a população carcerária do país, diante do estado crítico em que a maioria dos presídios se encontra, o que revela uma evolução legislativa na aplicação das penas no ordenamento jurídico pátrio.

No entanto, essas inovações não foram estendidas de forma expressa ao Processo Penal Militar, o que gera constantes debates acerca da aplicação e eficácia das medidas cautelares pessoais diversas da prisão no âmbito da Justiça Castrense.

Nessa perspectiva, antes de analisar a possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão na conjuntura do Processo Penal Militar, se faz necessário uma análise sobre a evolução histórica do Direito Penal bem como do encarceramento em sua generalidade, partindo da origem das penas até chegar ao modelo atual de privação de liberdade, que em tese, busca ressocializar o preso, numa realidade bastante diferente do que ocorre no interior nas prisões brasileiras, tanto em termos humanos como estruturais.

3.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL E DA APLICAÇÃO DAS PENAS

É sabido que o ser humano sempre viveu em estado de associação, buscando, de forma conjunta com outros indivíduos, a satisfação de suas necessidades básicas e sua subsistência. No entanto, a busca pela garantia de interesses dos indivíduos e de seus grupos passou a desencadear conflitos, os quais são inerentes à espécie humana. A violação das regras de convivência estabelecidas entre os povos, nesse sentido, exigiu que fossem aplicadas punições àqueles que as transgredissem.

Os bens e valores que são tutelados pelas punições existem pelo fato de que interessa ao homem a apropriação desses bens, os quais não são ilimitados. Em decorrência disso, surge a necessidade da regulamentação para que seja estabelecida a convivência harmônica entre os indivíduos, haja vista que esta também é considerada um bem em si mesmo (GRECO FILHO, 2012).

Nessa perspectiva, os grupos sociais sempre possuíram regras que geravam punições para aquele indivíduo que praticasse fatos contrários aos interesses da sociedade. Para Greco (2015, p. 15), “Era uma questão de sobrevivência do próprio grupo ter algum tipo de punição que tivesse o condão de impedir comportamentos que colocavam em risco sua existência”.

A história das civilizações, portanto, demonstra que a sociedade, em seus diversos graus de desenvolvimento, inclusive os mais primitivos, sempre esteve moldada de acordo com as normas de conduta, e quando essas normas são violadas, alguma punição é aplicada ao agente infrator, que consiste na aplicação da pena devida. Sob esse enfoque, leciona Silva (2018, p. 23):

Na etimologia da palavra, pena do latim *poena* quer dizer: castigo, expiação, suplício. Na concepção do grego: *ponos*, *penomai* que significa: fadiga, sofrimento, dor, penitência, vingança e submissão, tem sua origem desde os primórdios da humanidade, abordada em diversas teorias. A pena como castigo surgiu no seio da humanidade com a teoria criacionista, que trata da criação divina do homem na terra.

Por essa teoria criacionista, a pena surgiu no seio da humanidade pela ira de Deus com Adão e Eva, quando praticaram a primeira transgressão humana,

desobedecendo à ordem divina, tendo como penalidade, a expulsão do paraíso, passando a viverem como seres humanos comuns (SILVA, 2018).

Nos primórdios, as diversas formas de castigo não eram entendidas como se fossem “penas” no sentido técnico-jurídico que se possui nos dias atuais, embora esses tipos de castigo fossem o embrião do sistema de aplicação de penas que atualmente vigora no mundo (NUCCI, 2014).

No entanto, conforme assevera Bitencourt (2014, p. 577), “a origem da pena é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a História da Humanidade. Por isso mesmo, é muito difícil situá-la em suas origens”.

Complementando esse entendimento, Rogério Greco (2015, p. 16), leciona:

A história do Direito Penal, portanto, confunde-se com a própria história da humanidade. Desde que o homem passou a viver em sociedade, sempre esteve presente a ideia de punição pela prática de atos que atentassem contra algum indivíduo, isoladamente, ou contra ao próprio grupo social. Essa punição não era originária de leis formais, que não existiam naquela época, mas sim de regras costumeiras, culturais, destinadas à satisfação de um sentimento inato de justiça, e também com a finalidade de preservar o próprio corpo social.

Pode-se afirmar, portanto, que não é tarefa das mais fáceis tratar do referencial teórico da pena, em virtude do seu tempo de existência, pois a evolução histórica da pena se confunde com a própria evolução do Direito Penal, assim como a evolução da humanidade, tendo em vista que as punições sempre foram aplicadas dentro de cada contexto social e histórico.

A doutrina mais aceita adota uma tríplice divisão acerca da história da pena, dividindo-a em três fases, quais sejam: vingança divina, vingança privada e vingança pública. Outros autores acrescentam outras fases nessa classificação ou a divide de outras formas. No entanto, adota-se no presente estudo a divisão mais aceita pela doutrina, visto que a passagem de uma fase para outra não aconteceu de modo uniforme e um período pode ter convivido com outro (BITENCOURT, 2014).

Nas sociedades primitivas, havia a crença de que os fenômenos da natureza eram manifestações das divindades, conhecidas como “totens”, as quais estavam revoltadas com a prática de alguma infração por parte de algum indivíduo, e essas manifestações naturais seriam a exigência dos deuses por algum tipo de reparação.

Trata-se da fase da vingança divina, assim denominada em virtude da grande influência que a religião exercia na vida dos povos antigos (BITENCOURT, 2014).

Nessa época, o vínculo que existia entre os membros de um grupo era dado pelo “totem”, estátuas em forma de animal ou vegetal que representavam o antepassado comum do grupo ou clã. Diante disso, quando houvesse a quebra de algum tabu, uma punição deveria ser instituída, e caso não houvesse sanção, acreditava-se que a ira dos deuses recairia sobre todo o clã.

Sob esse enfoque, Rogério Sanches Cunha (2017, p. 43) discorre que:

Nas sociedades primitivas, a percepção do mundo pelos homens era muito mitigada, carregada de misticismos e crenças em seres sobrenaturais. Não se tinha conhecimento de que ventos, chuvas, trovões, raios, secas etc. decorriam de leis da natureza, levando pessoas a acreditarem que esses fenômenos eram provocados por divindades que os premiavam ou castigavam pelos seus comportamentos. Essas divindades com poderes infinitos e capazes de influenciar diretamente na vida das pessoas eram os Totens, sendo essas sociedades chamadas Totêmicas.

Verifica-se que nesse período, as sociedades eram repletas de misticismos e crenças em forças sobrenaturais, no qual os fenômenos da natureza, como trovões, raios, terremotos, etc., eram entendidos como a fúria dos deuses, a qual precisaria ser acalmada, e para isso alguém era apontado como culpado e entregue em sacrifício aos deuses.

Os castigos eram aplicados pelos sacerdotes, pois se entendia que estes possuíam o poder por delegação divina, os quais determinavam a aplicação de penas cruéis, degradantes e desumanas, nitidamente com o caráter de intimidação. Nessa fase, pode-se destacar como legislação característica, o Código de Manu, embora legislações com essas características tenham sido adotadas no Egito (Cinco Livros), na China (Livro das Cinco Penas), na Pérsia (Avesta), em Israel (Pentateuco) e na Babilônia (BITENCOURT, 2014).

A fase da vingança divina, portanto, tratava-se do direito aplicado pelos sacerdotes, pois se acreditava que estes possuíam um relacionamento direto com os deuses, agindo de acordo com a vontade destes. Em virtude disso, diversas foram as atrocidades cometidas em nome dos deuses, sob a alegação de que a reprimenda era necessária para acalmar a ira desses deuses.

Percebe-se, portanto, que na fase da vingança divina, não existia senso de justiça e nem critério de proporcionalidade entre a infração cometida e a pena imposta. Existia um desconhecimento dos fenômenos da natureza, como raios e trovões, de modo que os povos creditavam esses fenômenos às figuras divinas, os totens. A punição do infrator era aplicada como fruto da libertação de todo grupo da fúria dos deuses.

Já na fase da vingança privada, quando algum tipo de crime era cometido, a reação punitiva partia da própria vítima ou dos indivíduos ligados ao seu grupo social, não possuindo mais relação com as divindades (GRECO, 2015). Nessa fase, a pura e simples retribuição pelo mal praticado era o único fundamento da vingança. O que imperava era o sentimento da retaliação, que ocorreu primeiramente entre os indivíduos, depois entre os grupos e posteriormente entre o corpo social.

Em virtude de não haver regulamentação nessa época por parte de um órgão próprio, a reação do indivíduo ofendido ou do seu grupo era geralmente desproporcional à ofensa, chegando até a ultrapassar a pessoa do ofensor, atingindo outras pessoas que possuíam alguma ligação com ele, o que acabava gerando frequentes conflitos entre coletividades inteiras (SANCHES CUNHA, 2017).

Nessa perspectiva, a partir da evolução dos povos, e para evitar que as tribos fossem dizimadas, surgiu a Lei de Talião, prescrita no código de Hamurabi, a qual estabelecia que, em caso de algum mal praticado, deveria haver uma reação de maneira proporcional, ou seja, a partir do entendimento do “olho por olho, dente por dente” (BITENCOURT, 2014).

A Lei de Talião se tratava da lei do mais forte, e sua extensão e modo de execução ficavam a cargo do ofendido. Mas caso alguém ofendesse outro indivíduo, nem sempre o revide era praticado como a mesma razão e intensidade da agressão sofrida, o que revela que nessa época não havia qualquer administração perante a Justiça.

Quando a agressão fosse praticada por algum membro do próprio grupo, a sanção era o banimento do agressor, ou seja, a perda de sua paz, colocando-o à mercê de outros grupos, o que fatalmente o levaria à morte. Mas quando a infração fosse cometida por algum indivíduo estranho ao grupo, à sanção imposta era a “vingança de sangue”, o que desencadeava uma verdadeira guerra entre grupos.

Percebe-se, então, que nessa fase da vingança privada, a retaliação por alguma agressão cometida era de cunho pessoal, sendo empreendida pelo próprio

indivíduo ofendido, ou também pelo grupo a que ele pertencia, com vistas a estabelecer o poder e a honra que fora atingida, desencadeando inúmeros duelos, os quais eram aclamados como meio de execução da pena.

No entanto, conforme destaca Silva (2018, p. 25):

Esse sistema de justiça privada, nem sempre atingia somente a pessoa do criminoso, haja vista, a intervenção da família ou do clã que detinha um código de honra, fazendo com que a própria lei de Talião fosse ultrapassada, que em vez de ser “olho por olho ou dente por dente”, atingiam praticamente todos da mesma família, ou seja, não visavam somente à pessoa que cometia o delito, mas sim, qualquer um ou todos da mesma descendência.

Mas em que pese esses fatores, a Lei de Talião representou o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, sendo, de certo modo, a primeira tentativa de humanização da punição criminal, configurando-se como a primeira compilação de normas não positivadas que sugeriram os primeiros ideais de proporcionalidade na imposição das penas (BITENCOURT, 2014).

À medida que o tempo foi passando, em virtude do aumento populacional e do conseqüente número de infratores na sociedade, muitos indivíduos passaram a ficar deformados com amputações de membros, em virtude dessa possibilidade de revide que a Lei de Talião permitia.

Diante disso, houve uma evolução da legislação para o sistema da composição, o qual permitia ao infrator comprar sua liberdade, conseguindo, assim, se livrar do castigo, sistema esse que se constituiu como um dos antecedentes da atual reparação no Direito Civil e da pena pecuniária no Direito Penal (BITENCOURT, 2014).

Posteriormente, a partir do surgimento de uma sociedade mais organizada, especialmente no que se referia à organização política, passaram a surgir à figura de líderes no seio das comunidades. Em decorrência disso, a pena passou a ser uma punição que era facultada a alguma autoridade pública que representava a vontade geral da comunidade.

Surge, assim, a fase da vingança pública, a qual estava fundamentada na melhor organização social, sendo as penalidades impostas como forma de proteção tanto do Estado quanto do soberano, penas estas que ainda possuíam caráter cruel e desumano, com nítida finalidade de intimidação para que os demais cidadãos não praticassem condutas semelhantes (GRECO, 2015)

Acerca da vingança pública, assim destaca Cunha (2017, p. 44):

A fase da vingança pública revela maior organização societária e fortalecimento do Estado, na medida em que deixa de lado o caráter individual da punição (perturbador maior da paz social) para que dela se encarreguem as autoridades competentes, ficando legitimada a intervenção estatal nos conflitos sociais com aplicação da pena pública. A pena pública tinha por função principal proteger a própria existência do Estado e do Soberano, tendo como delitos principais os de lesa-majestade e, sucessivamente, os que atacassem a ordem pública e os bens religiosos ou públicos, tais como o homicídio, as lesões corporais, os crimes contra a honra, contra a propriedade etc. Nem por isso, entretanto, as sanções perderam o seu aspecto cruel e violento (ex: morte por decapitação ou forca), transcendendo, em alguns casos, a pessoa do culpado, atingindo descendentes por diversas gerações.

Desse modo, já não era mais o ofendido nem mesmo os sacerdotes que aplicavam a punição como forma de reparar a agressão praticada, visto que a partir de então estava concentrado nas mãos do soberano, o qual exercia sua autoridade como legítimo escolhido para apaziguar os conflitos sociais existentes, exercendo seu poder de maneira a intimidar os indivíduos a não se voltarem contra o Estado nem contra o soberano.

Pode-se perceber, portanto, que na fase da vingança pública, o objetivo da repressão criminal é a segurança do soberano ou monarca pela sanção penal, que mantém as características da crueldade e da severidade, com o mesmo objetivo de intimidar os indivíduos, na qual até se promoviam espetáculos públicos de punição.

O tratamento desumano das penas ainda persistiu até o final do século XVII, quando foi sendo substituído gradativamente, a partir da concepção de que o corpo dos delinquentes não deveria ser propriedade do Estado, mas apenas a liberdade dos indivíduos infratores é que poderia sofrer limitação, fato este que deu sustentação para individualização da pena privativa de liberdade (SILVA, 2018).

A aplicação da pena ainda passou pelas fases de desenvolvimento na Grécia e Roma Antiga, no Direito Penal Germânico e Direito Penal Canônico, mas em nenhuma dessas fases de vingança ocorreu à liberação completa do caráter místico ou religioso da aplicação da pena, não se conhecendo nessas fases também a responsabilidade individual pela pena, a qual só foi estabelecida a partir das conquistas do Iluminismo (BITENCOURT, 2014).

O movimento iluminista teve sua origem no século XVIII, também conhecido como “século das luzes”, período este em que ocorreram grandes modificações de entendimento em diversas áreas do saber, com as ciências, as artes, a filosofia e também o direito.

O Iluminismo teve papel de suma importância no que se refere ao pensamento punitivo, visto que, em decorrência da “razão” que passou a permear os ideais da época, as punições que eram aplicadas de maneira arbitrária agora necessitavam de provas para serem realizadas. Diante disso, não apenas o processo penal sofreu modificações, com a exigência de provas que pudessem fundamentar a condenação do acusado, mas principalmente as penas que poderiam ser impostas (GRECO, 2015).

Foi na segunda metade do século XVIII que as antigas concepções arbitrárias passaram a perder força e serem substituídas, visto que os filósofos, moralistas e juristas da época passaram a dedicar suas obras a censurar de maneira explícita a legislação penal até então vigente, defendendo as liberdades das pessoas e exaltando os princípios da dignidade do homem.

Nesta época, então, surgiu o livro que representou o marco no que se entende por pena até os dias atuais: “Dos Delitos e das Penas”, publicado no ano de 1764 por Cesare Beccaria, obra esta de grande importância e que viria a se constituir como a principal referência de modificação no entendimento acerca das formas de execução das penas.

Na referida obra de autor tratou de discorrer acerca da origem das penas bem como do direito de punir, mostrando ser contrário à pena de morte e às penas cruéis, pregando o princípio da proporcionalidade da pena em relação à infração que fora cometida, evidenciando a gravidade dos danos que os crimes causariam na sociedade.

O caráter humanitário presente na obra do Marquês de Beccaria configurou-se como um marco para o Direito Penal, notadamente em virtude do autor se colocar contra as arbitrariedades dos juízes, defendendo que o juiz não poderia impor sanções que não estivessem previstas em lei, devendo interpretar as leis de modo a não cometer abusos (NUCCI, 2014).

No livro *Dos Delitos e Das Penas*, Cesare Beccaria, ainda, insurgiu-se contra a tortura como método de investigação criminal, defendendo a responsabilização pessoal com vistas a evitar que as penalidades atingissem os familiares do agressor,

o que era comum até então. Para o autor, a pena, além de possuir um caráter intimidatório, também deveria buscar a regeneração do infrator.

Nesse cenário, o Iluminismo atingiu seu apogeu na Revolução Francesa, com considerável influência em uma série de pessoas com um sentimento comum: a reforma do sistema punitivo. A partir de então, a pena ganhou um contorno de utilidade, destinando-se a prevenir os delitos e não apenas a castigar o ofensor.

O processo de modernização do direito penal, então, teve início apenas com o Iluminismo, a partir das contribuições dos autores Bentham, na Inglaterra, Montesquieu e Voltaire, na França, Hommel e Feuerbach, na Alemanha, Beccaria, Filangieri e Pagano, na Itália. Esses pensadores se preocuparam com a racionalização na aplicação das penas, buscando combater o até então vigente sistema arbitrário de punição que permeava o judiciário da época (NUCCI, 2014).

Foi somente no século XVIII que a prisão, entendida como pena privativa de liberdade passou a fazer parte do rol de punições do Direito Penal, consolidando-se no século XIX. Isso porque até então a prisão era utilizada apenas como meio de custódia dos réus até que estes fossem submetidos ao julgamento.

Pode-se verificar, portanto, que até o século XVIII, o Direito Penal era marcado pela aplicação de penas cruéis e desumanas, não existindo a pena de privação de liberdade, visto que esta possuía apenas um caráter de custódia, ou seja, uma maneira de garantir que o acusado não fugisse até o final de seu julgamento, servindo ainda como meio de produção de provas, a exemplo da tortura.

3.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NO MUNDO

Conforme anteriormente visto, até o século XVIII, as penas mais utilizadas eram as corporais, assim como a pena de morte, além das chamadas penas infamantes e, em alguns casos menos graves, as penas de natureza pecuniária. A partir da virada do século XVIII, notadamente após a Revolução Francesa, em 1789, a pena privativa de liberdade passou a ganhar destaque, em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana, que embora fosse embrionário, já começava a ser discutido (GRECO, 2015).

Nessa perspectiva, a pena privativa de liberdade passou a ser adotada como uma consequência direta do fim da pena de morte em quase todo o continente

européu, assim como as penas corporais e as de infâmia foram sendo gradativamente extintas, dando lugar as penas de prisão.

Também passou a ser cada vez mais difundido o ideal de reeducação dos infratores, visto que estes, uma vez condenados e encarcerados, poderiam ser ressocializados e reintegrados à sociedade após o cumprimento da pena. Em decorrência disso, passou a ser exigida a construção de penitenciárias em todo o mundo, de modo a possibilitar a internação dos reclusos para que estes cumprissem as penas que lhes foram impostas.

Os sistemas penitenciários, que consagraram as prisões como ambientes de cumprimento da pena, foram principalmente originários nas colônias americanas. Dessa forma, surgem alguns sistemas penitenciários em várias partes do mundo, os quais possuíam características próprias de encarceramento.

No final do século XVIII e início do século XIX, surgiram na Filadélfia às primeiras prisões que adotaram um novo modelo de privação de liberdade, conhecido como “sistema celular” ou “sistema filadelfiano”, no qual o condenado ficava isolado em sua cela, em total reclusão, não possuindo contato com o mundo externo e nem com os outros presos (DI SANTIS e ENGBRUCH, 2016).

O sistema filadelfiano foi desenvolvido nos Estados Unidos em uma época em que a privação da liberdade era disseminada como meio de recuperação do condenado, período em que se defendia a ideia de prisões mais humanas, no intuito de se estimular uma reforma no sistema penitenciário que permitisse revolucionar a pena de prisão bem como sua forma de execução.

A primeira penitenciária a adotar o sistema filadélfico foi o Walnut Street Jail, inaugurada em 1790. No entanto, em poucos anos de existência, essa prisão já se encontrava em estado de falência, tendo em vista que várias cidades enviavam criminosos pra lá, enquanto estas não construíam seus próprios estabelecimentos, o que ocasionou a superlotação visto que não foram construídas novas prisões congêneres (MELOSSI e PAVARINI, 2006).

Em 1818, a partir a criação da Western Pennsylvania Penitentiary, bem como da criação da Eastern State Penitentiary em 1829, surge o sistema pensilvânico, no qual havia o isolamento total do condenado, o qual não poderia receber visitas a não ser dos próprios funcionários da penitenciária e de sacerdotes. Os presos eram separados em celas individuais, vigorava a lei do silêncio e o pouco trabalho realizado era manufaturado (NUCCI, 2014).

Em 1820 surge nos Estados Unidos o sistema auburniano, com a prisão de Auburn, a qual adotava a reclusão e o isolamento dos condenados apenas no período noturno. Durante o dia, as refeições e o trabalho eram coletivos, mas havia a regra do silêncio, na qual os presos não podiam se comunicar ou mesmo trocar olhares, pois a vigilância era bastante rigorosa (MELOSSI e PAVARINI, 2006).

O modelo auburniano tinha a preocupação essencial com a obediência do criminoso, com a segurança da penitenciária e com a exploração da mão-de-obra dos detentos, adotando também a regra do silêncio absoluto, com vistas a controlar os detentos, mas estimulando o trabalho do preso durante o dia, diferentemente do que ocorria no sistema pensilvânico

A partir do século XIX, a pena de prisão passou prevaleceu em relação às demais, e a busca pela “ressocialização” do infrator atingiu seu ápice. Nesse cenário, pode-se considerar que o auge da pena privativa de liberdade coincide com o abandono dos sistemas filadelfiano e auburniano, bem como pela adoção do regime progressivo.

No sistema progressivo, pode-se destacar a colônia penal de Norfolk, ilha situada entre a Nova Zelândia e a Nova Caledônia, onde eram mantidos os criminosos considerados perigosos. Nessa prisão, os condenados eram classificados de acordo com seu comportamento e rendimento no trabalho, o que poderia alterar sua condição de maneira positiva, diminuindo-lhes a pena.

O sistema progressivo consistia de três fases, quais sejam: inicialmente o recluso era mantido em isolamento celular diurno e noturno, com pouca alimentação e um trabalho árduo; em uma fase mediadora, o recluso era mantido trabalhando em comum, mas em silêncio absoluto e isolamento noturno; e no último momento lhe era concedido o livramento condicional (BITENCOURT, 2014).

Tal sistema foi aprimorado na Irlanda, que passou a dividir o encarceramento em estágios, de acordo com o merecimento do preso, que ia do isolamento celular ao trabalho comum, com período de semiliberdade até chegar à liberdade sob vigilância que ia até o final da pena.

Nessa perspectiva, a privação da vida, as penas corporais e os suplícios saíram de cena e deram lugar à privação da liberdade, a qual passou a ser utilizada como instrumento público, garantidor da ordem social, consolidando-se como a principal modalidade punitiva nos últimos tempos, como no caso Brasil (SILVA, 2018). A constrição de liberdade, ainda é um mal necessário no cenário atual.

3.3 O DIREITO PENAL E A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL

No Brasil, a história da aplicação das penas pode ser dividida resumidamente em três fases principais, quais sejam: período colonial; Código Criminal do Império e período republicado.

No período anterior ao descobrimento pelos portugueses, não existia no Brasil um direito penal organizado, no qual a primitiva civilização brasileira adotava a vingança privada, sem qualquer uniformidade nas reações penais, existindo muitas penalidades cruéis, mas também havia algumas formas de composição, embora maneira casual.

Em 1500, com o descobrimento do Brasil, passou a vigorar no país o Direito Lusitano. De início, vigoraram as Ordenações Afonsinas, publicadas em 1446 sob o reinado de D. Afonso V. Posteriormente, passaram a vigorar no Brasil as Ordenações Manuelinas, publicadas no ano de 1521 por determinação de D. Manuel I, as quais vigoraram até o surgimento da Compilação de Duarte Nunes de Leão, no ano de 1569, realizada por determinação do rei D. Sebastião (BITENCOURT, 2014).

Já as Ordenações Filipinas, promulgadas por Filipe II, foram as mais longas a vigorar no Brasil, de 1603 a 1830, as quais eram orientadas no sentido de uma ampla e generalizada criminalização, prevendo penas cruéis e desproporcionais, sem qualquer tipo de sistematização.

Foi apenas com o advento do Código Criminal do Império de 1830 que surgiu no Brasil uma legislação penal mais humanizada e sistematizada. O referido código foi advindo do projeto elaborado por Bernardo Pereira de Vasconcellos e se configurou como uma legislação de avanço notável, pois criou importantes institutos, a exemplo do dia-multa, que vigoram até os dias de hoje, além de ter influenciado, à época, a legislação criminal de outros países, como Portugal e Espanha.

Posteriormente, em 1890, foi promulgado o Código Penal da Era Republicana, diploma normativo que foi alvo de severas críticas em razão de não ter mantido o mesmo nível de organização e originalidade do código antecessor. O Código Penal de 1890 apresentava graves defeitos de técnica, aparecendo atrasado em relação à ciência de seu tempo, desencadeando, então, diversas críticas e, conseqüentemente, novos estudos objetivando sua substituição (NUCCI, 2014).

Em virtude disso, diversas leis extravagantes foram editadas no intuito de sanar as deficiências e inconsistências do Código Penal de 1890, as quais se concentraram na Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe, promulgada no ano de 1932.

Foi apenas durante o Estado Novo, em 1937, a partir do anteprojeto apresentado por Alcântara Machado, que acabou sendo sancionado o atual Código Penal vigente no Brasil, sancionado por meio do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940, passando a vigorar desde 1942 até os dias atuais, embora já tenha sofrido algumas reformas parciais.

Nos termos da redação atual do Código Penal, o ordenamento jurídico brasileiro prevê três tipos de pena, conforme estabelece o artigo 32 do referido código, quais sejam: as privativas de liberdade, as restritivas de direito e a multa (ou pena pecuniária).

Tais penas devem ser aplicadas pelo magistrado de modo a punir e evitar a ocorrência de novos crimes, buscando a ressocialização dos detentos, nos termos do artigo 59 do referido código repressor, que assim determina:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...]

Tratando especificamente das penas privativas de liberdade, estas podem ser de reclusão, detenção ou prisão simples, sobre as quais incide uma série de implicações do Direito Penal, a exemplo do regime de cumprimento de pena a ser fixado na sentença condenatória.

A pena privativa de liberdade vem prevista no preceito secundário de cada tipo penal incriminador, servindo à sua individualização, que permitirá a aferição da proporcionalidade entre a sanção que é cominada em comparação com o bem jurídico por ele protegido (GRECO, 2015).

Delineada entre os artigos 33 a 42 e artigo 53 do Código Penal, bem como nos artigos 87 a 95 e artigos 105 a 146 da Lei 7.210/84 Lei de Execução Penal, a pena privativa de liberdade é aquela que pressupõe, como o próprio nome já diz, a liberdade do indivíduo que cometeu algum tipo de transgressão.

O cerceamento da liberdade de locomoção se traduz na “prisão”, a qual, segundo o autor, é dividida em duas espécies: prisão com pena e prisão sem pena. A primeira possui contornos repressivos e surge como consequência natural de uma condenação criminal. A segunda, conceituada por exclusão como prisão excepcional antes de uma condenação, surge de forma acautelatória durante o inquérito policial ou na instrução criminal (PACELLI, 2017).

Até o advento da Lei nº 12.403/2011, o Código de Processo Penal previa apenas uma modalidade de medida cautelar passível de recair sobre a pessoa do indiciado ou acusado: a prisão. Com as alterações introduzidas, passou a existir a possibilidade de o juiz aplicar medidas de natureza diversa da prisão que, embora recaiam sobre a pessoa a quem se atribui a prática da infração, não importam em sua manutenção no cárcere.

A referida legislação trouxe relevantes alterações no trato das prisões e da liberdade provisória, cuidando de inserir inúmeras alternativas ao cárcere, através das medidas cautelares diversas da prisão, elencadas no artigo 319, Código de Processo Penal, com a previsão expressa de que devem ser impostas de forma preferencial à prisão.

Nessa perspectiva, com a promulgação da Lei nº 12.403/2011, conforme Távora e Alencar (2016, p. 1401-1402):

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 à mera manutenção da liberdade do agente, até então condicionada ao mero comparecimento aos atos da persecução penal (antiga redação do art. 310, CPP).

Importante destacar, no entanto, que embora tenham surgido com a intenção de evitar o excesso de encarceramento no país, a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão não pode ser banalizada, devendo ser justificada e obedecer alguns princípios.

Desta feita, passa-se a analisar no próximo capítulo as espécies de medidas cautelares diversas da prisão, discorrendo acerca de seus princípios orientadores e sobre a possibilidade de sua aplicação no âmbito do Processo Penal Militar, tendo em vista que a Lei nº 12.403/2011 não trouxe referência expressa nesse sentido.

4 DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E SUA APLICAÇÃO NA JUSTIÇA CASTRENSE

A entrega da prestação jurisdicional sempre ocorre depois do transcurso de um período, mais ou menos longo, a contar do momento em que o ilícito penal foi praticado, circunstância que pode ensejar a necessidade de o juiz, no curso da investigação ou da ação, adotar medidas que garantam a utilidade do processo ou a efetividade da decisão definitiva que será proferida.

Essas medidas, denominadas cautelares, não constituem, antecipação da pena, pois ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 5º, LVII, da CF), daí por que sua adoção pressupõe a constatação de que há risco de dano na demora da entrega da prestação jurisdicional (*periculum in mora*) e de que há razoável probabilidade de ser acolhida a pretensão do autor (*fumus boni iuris*).

É sabido que, até o advento da Lei nº 12.403/2011, o Código de Processo Penal (CPP) previa apenas uma modalidade de medida cautelar passível de recair sobre a pessoa do indiciado ou acusado: a prisão. Com as alterações introduzidas, descortinou-se a possibilidade de o juiz aplicar medidas de natureza diversa da prisão que, embora recaiam sobre a pessoa a quem se atribui a prática da infração, não importam em sua manutenção no cárcere.

As atuais medidas cautelares pessoais no Brasil se espelham na legislação portuguesa, conforme se depreende do artigo 197 e seguintes do Código de Processo Penal de Portugal, tratadas naquele país, como *medidas de coacção*, e que, a seu turno, se inspiraram no Código de Processo Penal italiano e suas *misure coercitive do Codice di Procedura Penale* (PACELLI, 2017).

Com a edição da Lei nº 12.403/2011, o sistema cautelar do processo penal brasileiro sofreu reforma estrutural, pois além de restabelecer o prestígio da fiança, tornando regra a admissibilidade de sua concessão, salvo nos casos de vedação ou impedimento, o legislador trouxe um rol de medidas cautelares, com a previsão expressa de que devem ser impostas de forma preferencial à prisão.

A necessidade de mudança surgiu a partir da apresentação do Projeto de Lei nº 111/2008, que deu origem à referida lei, ampliando o número de medidas cautelares passíveis de decretação durante o processo penal, em que a superação

da dicotomia (prisão ou liberdade) protege, de forma mais efetiva, o processo, o acusado e a própria sociedade.

A referida lei, portanto, reformulou substancialmente o CPP na parte que cuidava, até então exclusivamente, da prisão e da liberdade provisória, incluindo neste contexto as chamadas medidas cautelares diversas da prisão, as quais se passam a analisar nos tópicos seguintes.

4.1 A LEI Nº 12.403/2011 E AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Em vigência a partir de 04 de maio de 2011, a Lei nº 12.403 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”.

A bipolaridade é expressão utilizada para designar o sistema cautelar anterior ao advento da Lei nº 12.403/2011, que previa que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, só contaria com duas possibilidades cautelares: a prisão (medida cautelar prisional); e a liberdade provisória, com ou sem fiança (medida cautelar diversa da prisão) (TÁVORA e ALENCAR, 2016).

A reforma foi bastante comemorada pela maioria da doutrina e jurisprudência, pois, representou uma grande evolução da qual o ordenamento jurídico brasileiro necessitava, visto que, na prática, as novas medidas cautelares objetivam atenuar os rigores da prisão em flagrante ou até mesmo substituir a prisão preventiva, de modo a diminuir o encarceramento em massa no país.

Pode-se constatar, então, que a promulgação da lei em estudo, surgiu da necessidade da atuação do Estado em implementar uma política de redução da população carcerária no país e, além disso, para que o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, seja efetivamente aplicado, o qual estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Desta feita, a partir da lei de cautelares, caso não estejam presentes os requisitos autorizadores da prisão processual, o réu deverá responder o processo em liberdade, devendo-lhe ser aplicada alguma das medidas cautelares diversas da prisão, vislumbrando, assim, a restrição de liberdade como última medida.

A nova lei de cautelares elimina a forma de constrição da liberdade do indivíduo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, para que este cumpra a determinadas medidas diversa da prisão a ele impostas. Nesse contexto, tem-se uma nova figura do sistema processual brasileiro, seguindo e égide constitucional da liberdade como regra, permitindo a prisão somente nos casos excepcionais, nos quais estas medidas não são contempladas objetivamente pelo acusado.

Neste contexto, quando alguém é preso em flagrante, sua privação de liberdade deve ser relaxada quando ilegal ou convertida em prisão preventiva quando presentes os requisitos ou ainda substituída pela liberdade provisória com ou sem fiança, conforme estabelece o artigo 310 do Código de Processo Penal. Com o advento da Lei nº 12.403/2011, admitiu-se que o acusado cumpra a determinadas medidas cautelares elencadas no artigo 319 do CPP.

A partir da edição da referida lei, o CPP passou a prever um rol de nove medidas cautelares diversas da prisão, de forma expressa, nos incisos I a IX, do artigo 319, ocasionando divergências na doutrina sobre se este rol é taxativo ou exemplificativo. Há autores ainda que acrescentam mais uma medida a este rol, qual seja, a medida cautelar de entrega do passaporte, disposta no artigo 320 do CPP, que tem como objetivo validar a proibição de ausentar-se do país.

Muito embora já existissem em outros institutos legais, estas cautelares inauguraram um novo momento, dando maior margem para a atuação judicial no transcorrer da lide processual. O aspecto inovador da Lei nº 12.403/2011 consistiu em agrupá-las e utilizá-las como medidas cautelares processuais prévias à prisão.

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.

Conforme registrado no item anterior, existem autores que entendem que o artigo 320 do Código Processual Penal se constitui também como um complemento desse rol, uma vez que o referido artigo dispõe que “A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas”.

Antes de discorrer acerca das espécies de medidas cautelares diversas da prisão, importante compreender as regras gerais para sua aplicação. A imposição de qualquer uma delas deve ser devidamente fundamentada, conforme preconiza o artigo 282 do CPP.

Tais medidas podem ser aplicadas de forma isolada, cumulada ou alternada com a pena privativa de liberdade. Essas cautelares, portanto, não se destinam a infrações que têm na multa a única pena. Do mesmo modo, quando a única sanção prevista é a restrição de direitos, como ocorre no porte para uso de drogas (art. 28, Lei nº 11.343/06).

Acerca da aplicação das cautelares diversas da prisão, Greco Filho (2012, p. 441) ressalta que:

A Lei não estabelece, nem poderia fazê-lo, uma especificação de qual medida seria a correta para cada caso, porque a variedade de situações somente poderá ser aferida pelo juiz que deverá adotar a solução mais adequada. Discordando o acusado, poderá usar do *habeas corpus*; discordando o Ministério Público, poderá usar do recurso no sentido estrito nos casos previstos no art. 581, que abrange praticamente todos os casos em seu inciso V. Se ali não houver previsão da hipótese, poderá valer-se do mandado de

segurança, porque existe o Direito líquido e certo da acusação em que se aplique ao acusado a medida processual adequada.

Para a decretação de qualquer dessas medidas, o juiz, fundamentadamente, terá que observar os princípios constitucionais que regem o processo penal, bem como aferir a presença do *fumus comissi delicti* (indícios de autoria e demonstração da materialidade) e do *periculum libertatis*. Tais medidas devem ser priorizadas em detrimento do cerceamento provisório da liberdade, já que o espírito da lei é o de evitar o encarceramento, contudo, caso não haja outro remédio, o aprisionamento provisório é a cautelar que continua disponível (CRUZ, 2013).

Exigem, assim, a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais. Com isso, busca-se coibir a ocorrência de fuga, preservar a colheita dos elementos indiciários e/ou a prospecção probatória, assim como evitar a reiteração de delitos, seja quando a manutenção do agente no desempenho funcional facilite a perpetuação criminosa, ou quando a convivência social em horários específicos ou fins de semana facilitem a delinquência.

Além disso, para que tais medidas sejam aplicadas, deve haver uma adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. Tem-se, portanto, os vetores interpretativos que vão nortear, inclusive, a escolha da cautelar que tenha maior aderência, levando em conta a gravidade do delito, as circunstâncias de como o fato criminoso foi praticado, retratando a historiografia do crime, além das condições pessoais do agente, individualizando-se a conduta e o seu protagonista (TÁVORA e ALENCAR, 2016).

Existe, no entanto, uma hipótese em que não se admitirá a imposição de qualquer medida cautelar, independentemente de se mostrar necessária à providência. Trata-se da proibição de sua imposição nos casos em que não for cominada pena privativa da liberdade para a infração penal em apuração ou já sob processo (artigo 283, § 1º, CPP).

O legislador, no caso, foi prudente, evitando a aplicação de medidas cautelares superiores aos resultados finais do processo, na hipótese de condenação, orientando-se, pois, pela proporcionalidade nas restrições de direitos (PACELLI, 2017).

É importante salientar que o juiz poderá decretar a prisão preventiva quando descumpridas as medidas cautelares impostas, com fulcro no artigo 312, parágrafo

único, do CPP, quando não cumpridas às obrigações impostas ao acusado por força das medidas cautelares, ou seja, neste descumprimento constata-se que desta não surtiram os efeitos desejados.

Nesse sentido, Nucci (2011, p. 76) pondera que:

Acrescentou-se o parágrafo único para consolidar a viabilidade de se utilizar a prisão preventiva como fator intimidativo a quem está sob medida cautelar diversa. Por isso, para que se obtenha êxito na aplicação de medidas provisórias alternativas ao cárcere, torna-se essencial que o indiciado ou réu compreenda a sua relevância e não despreze a chance que lhe é conferida. Se a medida cautelar alternativa foi conferida, é preciso honrá-la, cumprindo-a a risca. Não o fazendo, resta ao Estado à opção pela *ultima ratio* processual: a prisão preventiva.

Compreende-se, pois, que a prisão preventiva é medida de exceção, sendo que deverá ser decretada em último caso. A Constituição Federal é clara ao estabelecer os limites em que a liberdade poderá sofrer qualquer constrição, pois não estando presentes os requisitos que autorizem a prisão cautelar, esta não deverá ser decretada, devendo ser aplicada alguma das medidas inseridas pela Lei nº 12.403/2011 no vigente Código Processual Penal.

Trata-se do respeito à liberdade do indivíduo e a concepção de que o Estado não deve desta privá-lo antes que sobrevenha condenação, haja vista o princípio da presunção de inocência e do devido processo legal. Com base nos apontamentos delineados, passa-se a analisar, de forma sucinta, cada uma das medidas cautelares diversas da prisão, para posteriormente verificar sua possível aplicação no âmbito da Justiça Militar.

4.1.1 Comparecimento Periódico em Juízo, no Prazo e nas Condições Fixadas pelo Juiz, para Informar e Justificar Atividades

A referida cautelar consiste na determinação de que o indiciado ou réu compareça à presença do magistrado em periodicidade que vier a ser definida (diariamente, semanalmente, mensalmente etc.), para demonstrar, por meio de prova idônea, as atividades que realiza, o que permitirá ao juízo exercer alguma fiscalização sobre ele.

É importante observar que, sempre que for aplicada essa medida, o juiz empenhe-se em entrevistar diretamente o destinatário, com intervalos não muito longos entre os comparecimentos, para que a providência não passe a constituir mera formalidade, tal como ocorreria se a tarefa de indagar e ouvir o indiciado ou réu fosse entregue a serventuário (REIS e GONÇALVES, 2016).

A periodicidade, fixada judicialmente, deve atender a razoabilidade, de forma que não prejudique a rotina de trabalho do indivíduo, e seja condizente com sua condição pessoal (se idoso, a frequência ao fórum, em regra, será menor que a dos demais acusados).

4.1.2 Proibição de Acesso ou Frequência a Determinados Lugares como Medida de Prevenção a Prática de Novas Infrações

É possível que a frequência do indiciado ou réu a determinados lugares ou a estabelecimentos de certa natureza favoreça o cometimento de novas infrações de sua parte, daí por que o juiz, diante de tal constatação, poderá proibir sua ida a determinados lugares, como campos de futebol, bares, rodeios, casas noturnas, casas de jogos etc.

A vedação deve ser revestida de plausibilidade, não sendo admissível que seja dissociada dos fatos. Desse modo, quando a frequência a determinados ambientes seja fator de potencialização da prática de delitos, como festas, bares e prostíbulos, a restrição será pertinente, desde que coerente com o contexto do delito anteriormente praticado (TÁVORA e ALENCAR, 2016).

4.1.3 Proibição de Manter Contato com Pessoa Determinada Quando o Indiciado ou Acusado Deva Permanecer Distante

Se as circunstâncias do fato indicarem a necessidade, o juiz poderá proibir que o indiciado ou acusado mantenha contato com certas pessoas, como a vítima, testemunha, coautor etc., mas a vedação, pelo critério da proporcionalidade, deve guardar relação com o fato delituoso, a exemplo da necessidade dessa cautela no caso de infração que envolva violência ou grave ameaça a pessoa (PACELLI, 2017).

A finalidade do dispositivo pode ser, por exemplo, evitar que a aproximação do réu possa causar algum tipo de temor à vítima ou testemunhas, bem como evitar que a proximidade possa gerar novas desavenças entre elas. No entanto, o juiz não pode impedir o indiciado ou acusado de ter contato com seu advogado.

4.1.4 Proibição de Ausentar-se da Comarca Quando a Permanência Seja Conveniente ou Necessária para a Investigação ou Instrução

Tal limitação deve ser justificada pela necessidade de produção indiciária/probatória, seja na fase preliminar, seja na processual. Para que a medida não seja ineficaz, o juízo encaminhará comunicação aos órgãos de fiscalização, com o fito de se certificar que o agente não está se ausentando da sua sede jurisdicional.

Nas grandes comarcas, a imposição dessa cautelar tem sua efetividade questionada, ante a difícil fiscalização. Caso se trate de proibição de ausentar-se do país, a decretação da cautelar será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou réu para entregar o passaporte, no prazo de 24 horas, nos termos do artigo 320, Código de Processo Penal.

4.1.5 Recolhimento Domiciliar no Período Noturno e Nos Dias de Folga Quando o Investigado ou Acusado Tenha Residência e Trabalho Fixos

A aplicação dessa medida pressupõe a existência de prova inequívoca de que o indiciado ou réu tem residência e trabalho fixos. O indiciado ou acusado deverá permanecer nas dependências de sua residência todas as noites e nos dias em que não tiver de dedicar-se ao trabalho ou estudo em estabelecimento de ensino.

Para que a medida tenha eficácia, deverá o juiz aplicá-la, em regra, cumulativamente com a medida de monitoração eletrônica, pois a mera obrigação de recolher-se, sem a correspondente fiscalização, desnatura a medida (TÁVORA e ALENCAR, 2016). Tal medida tem se tornado eficaz pra evitar a constrição de liberdade, porém, é necessário que o juízo verifique os requisitos de merecimento para sua aplicação, evitando que o infrator utilize de meios para sua violação.

4.1.6 Suspensão do Exercício de Função Pública ou de Atividade de Natureza Econômica ou Financeira com Base no Receio de Outra Prática Delituosa

Sabe-se que a facilitação da atividade delitiva sob o manto da atuação pública é um obstáculo para estancar a reiteração de condutas, o que pode, inclusive, resvalar no comprometimento da ordem pública.

Nessa perspectiva, havendo fundamento para concluir que o exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira favoreça a prática de nova infração penal, o juiz poderá interditar temporariamente seu exercício, comunicando, conforme o caso, ao respectivo órgão público ou entidade de classe (REIS e GONÇALVES, 2016).

4.1.7 Internação Provisória do Acusado nas Hipóteses de Crimes Praticados com Violência ou Grave Ameaça: Critério de Inimputabilidade

A referida medida é aplicável somente em relação a infrações praticadas com violência ou grave ameaça e que pressupõe, além da constatação, em decorrência da instauração de incidente de insanidade, de que o indiciado ou réu é inimputável ou semi-imputável, além da demonstração de que apresenta considerável potencial de reincidência. A internação deve ocorrer em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou, na falta, em outro estabelecimento adequado que apresente as mesmas condições de tratamento (TÁVORA e ALENCAR, 2016).

4.1.8 Aplicação de Fiança Nas Infrações que a Admitem Como Garantia da Persecução Processual

A fiança trata-se, na verdade, de medida de contracautela, que tem lugar para evitar que o indiciado ou acusado permaneça preso provisoriamente, ou seja, sujeito a prisão cautelar, na eventualidade de poder oferecer garantia ao juízo, de modo a reduzir a probabilidade de lançar-se a terras distantes (REIS e GONÇALVES, 2016).

O citado dispositivo faz menção à fiança como forma de assegurar o comparecimento do réu aos atos do processo ou para evitar a obstrução do seu

andamento, na medida em que, caso descumpra tais obrigações, o juiz poderá declarar quebrada a fiança, o que importará a perda de metade de seu valor, além da possibilidade de decretação de novas medidas cautelares ou até mesmo, da prisão preventiva.

4.1.9 Monitoração Eletrônica

A referida cautelar consiste na sujeição do indiciado ou réu à fiscalização por meio de sistemas eletrônicos, normalmente uma tornozeleira, de modo a permitir sua imediata localização.

Com o advento da Lei nº 12.403/2011, a monitoração eletrônica passou a permear toda a persecução penal, desde a fase investigativa, contemplando inclusive a evolução processual, funcionando como verdadeiro substitutivo do cárcere cautelar, para aferir a ida, vinda ou permanência do indivíduo em determinados lugares, por meio de aparato tecnológico não ostensivo, com impacto mínimo na sua rotina, em consonância com o estipulado na decisão judicial (TÁVORA e ALENCAR, 2016).

4.1.10 Proibição de Ausentar-se do País

Afora as nove medidas dispostas no artigo 319 do CPP, há autores que entendem que o artigo 320 do referido código, que trata da proibição do réu ou indiciado de se ausentar no país, também se constitui como uma medida cautelar diversa da prisão.

O referido artigo 320 do CPP estabelece que o juiz possa proibir que o indiciado ou acusado deixe o país ou condicionar sua saída à prévia autorização judicial. As autoridades responsáveis pelos órgãos de controle marítimo, aeroportuário e de fronteiras serão comunicadas sobre a proibição, ao passo que o réu terá que depositar o passaporte em juízo em 24 horas. A recusa em entregar o documento no prazo ensejará a decretação da prisão preventiva.

Pode-se perceber, portanto, que essas medidas cautelares, inseridas no CPP por meio da Lei nº 12.403/2011, passaram a permitir que o juiz, para garantir a

ordem processual ou a aplicação da lei penal, não terá que, necessariamente, determinar a prisão preventiva da pessoa, podendo decretar uma medida mais adequada proporcional e razoável ao caso concreto.

Discute-se, no entanto, se seria útil e adequada à aplicação dessas medidas cautelares no âmbito da Justiça Militar, sem que isso resultasse numa descaracterização da essência do processo penal militar, conforme se verá a seguir.

4.2 APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA CASTRENSE

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

O legislador, pela primeira vez, fez referência expressa ao princípio da proporcionalidade, estabelecendo os requisitos para aplicação dessas medidas cautelares, quais sejam: necessidade à aplicação da lei penal, à investigação ou à instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais; adequação à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado em face de denuncia ministerial.

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 à nova dicção legal (artigo 282, § 6º, CPP), só poderá ser imposta quando não for cabível sua substituição por alguma medida cautelar.

Nessa perspectiva, de início, é importante salientar que a prisão preventiva no processo penal militar age em desacordo com os princípios ora regidos pela carta magna, visto que, não há regras para a sua não aplicação nos crimes militares culposos bem como, naqueles que a pena de detenção não supere dois anos.

Como já dito, a prisão deve ser a exceção, e esta deverá sobrevir no fim do processo, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, logo, a prisão preventiva não deve ser implicada de forma a conter o caráter sancionador, o qual seria a decretação da prisão findo o respectivo processo, permanecendo o suposto infrator em liberdade até ulterior decisão judicial.

Tanto que o legislador delineou para que a decretação da cautela prisional se faça quando presentes os requisitos norteadores para sua aplicação, sendo um deles nos crimes dolosos cuja pena privativa de liberdade máxima seja superior a 4 anos. Assim, observa-se que o disposto na norma castrense, diferencia-se da aplicação da norma processual comum, conforme se depreende do artigo 270 e parágrafo único do Código de Processo Penal Militar (CPPM), *in verbis*:

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

Parágrafo único. Poderá livrar-se sôlto:

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.

Desta forma pode-se observar que em alguns crimes militares quando ocorre situação de flagrante delito, o acusado pode livrar-se solto, mas nos casos previstos na legislação penal militar. Nesta senda, admite-se observar que a diferenciação na aplicação do instituto da prisão preventiva na esfera castrense, não obedece aos mesmos ditames da legislação processual comum, estando esta por resguardar o estado de inocência do indivíduo, com a aplicabilidade das medidas cautelares diversas da prisão, o que não se contempla na esfera militar.

É importante salientar que, numa rápida leitura, vê-se que apesar de ter sido espelhada no processo penal comum, o rito militar, que data de 1969, é uma legislação mais recente que o CPP e, apesar da adjetivação “militar”, é uma legislação, em vários aspectos, bem mais avançada que o CPP comum, que foi editado originariamente em 1941.

Alguns institutos previstos no processo militar desde sua instituição, somente há pouco tempo passaram a ser previstos na legislação processual comum, como são os casos da menagem, que se assemelha à prisão domiciliar, e a aplicação provisória das medidas de segurança, algo que possui uma estreita relação com a internação provisória (CRUZ, 2013).

No que tange especificamente às medidas cautelares diversas da prisão, com o advento da Lei nº 12.403/2011, a legislação processual penal comum sofreu

atualizações significativas em comparação à lei militar, a qual ainda não realizou, expressamente, essas adequações.

Contudo, verifica-se que a saída para esta obsolescência do processo criminal militar está no teor da alínea “a” do artigo 3º do CPPM, que traz a regra da subsidiariedade para os casos omissos do Códex Militar, conforme se vê, *in verbis*:

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

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

Acerca da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão no âmbito do processo penal militar, fazendo uma análise superficial, pode-se entender como sendo juridicamente possível a adoção dessas cautelares no processo penal militar, no entanto, é importante atentar para a ressalva que está contida na parte final da citada alínea “a” do artigo 3º do CPPM: “... sem prejuízo da índole do processo penal militar”, ou seja, reitera essa aplicabilidade aos casos tipicamente militares.

Constata-se, então, que dessa ressalva contida na alínea “a” do artigo 3º do CPPM surge o questionamento se todas as cautelares poderiam ser aplicadas no âmbito da justiça castrense. Nesse sentido, buscando explicar o sentido da “índole do processo penal”, Assis (2010 apud CRUZ, 2013, p. 37) entende que a expressão:

Estão diretamente ligada àqueles valores, prerrogativas, deveres e obrigações, que, sendo inerentes aos membros das Forças Armadas, devem ser observados no decorrer do processo, enquanto ao causado mantiver o posto ou a graduação correspondente.

Ao determinar que o processo penal comum pudesse ser aplicado para solucionar casos omissos do processo penal militar, o legislador, aparentemente, buscou proteger o rol de valores, prerrogativas, deveres e obrigações dos militares nos próprios Estatutos inerentes às forças armadas federais ou estaduais.

Pode-se compreender que a alínea “a” do artigo 3º do CPPM 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, portanto, 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.

Nessa perspectiva, os operadores do direito, 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.

Sob esse enfoque, compreende-se ser possível a aplicação pelo juiz das medidas cautelares diversas da prisão no âmbito do processo penal militar, desde que não sejam feridos os preceitos e garantias da normativa castrense, bem como, do dever e valores militares. Assim sendo, averiguando serem idôneas e aptas a assegurarem o devido andamento processual, as referidas cautelares poderão ser utilizadas no âmbito da Justiça militar.

Entendendo em sentido diverso, Gorrilhas (2012, p. 01) discorre 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 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 às condições pessoais do indiciado ou acusado por crime militar.

Outros autores, ainda, entendem que uma possível aplicação das medidas cautelares diversa da prisão no âmbito da Justiça castrense seria uma afronta aos pressupostos do processo penal militar, bem como aos ditames de hierarquia e disciplina (CRUZ, 2013).

No entanto, entende-se que tal alegação não se justifica, pois apesar de a Lei nº 12.403/2011 ter silenciado acerca da possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão ao processo penal militar, é possível que tais medidas sejam usadas no âmbito castrense, caso o magistrado entenda que são necessárias

para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

Tal alegação se justifica, pois o próprio Código de Processo Penal Militar determinou o uso das normas do Código de Processo Penal comum por analogia, para suprir casos omissos, visto que seria uma afronta ao princípio da igualdade distinguir as medidas processuais na esfera penal comum e militar. Além disso, constata-se que a adoção dessas medidas no âmbito da justiça militar não representa qualquer afronta às questões disciplinares, ao dever e valor militar. Pelo contrário, representa um avanço processual na esfera militar com a prática de novos mecanismos disponíveis para a aplicação da lei penal especializada.

Diante do que se registra, pode-se entender de maneira substancial, como juridicamente possível a utilização das medidas cautelares contidas na Lei nº 12.403/2011 no processo penal militar, principalmente quando incidir sobre os crimes impropriamente militares, não se furtando o emprego da prisão preventiva para os casos mais aviltantes, sem que isto retire o senso de disciplina e responsabilidade, preceitos fundamentais para uma justa e harmoniosa sociedade de natureza militar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto no presente estudo, a Lei nº 12.403/2011 alterou dispositivos relativos à prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares, além de trazer novidades para o Código de Processo Penal. Essa reforma representou uma grande evolução da qual nosso país precisava, pois as novas medidas cautelares objetivam atenuar os rigores da prisão em flagrante ou até mesmo substituir a prisão preventiva.

A inserção das medidas cautelares diversas da prisão no âmbito do processo penal representou uma busca pela aplicação efetiva do princípio constitucional da não-culpabilidade, colocando a prisão como *ultima ratio* no ordenamento jurídico pátrio, visto que o referido princípio estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A partir da análise das medidas cautelares diversas da prisão no presente estudo, pôde-se constatar que estas se apresentam como um instrumento restritivo de liberdade, com caráter urgente e provisório, sendo alternativas à prisão, durante a persecução penal, como forma de controle e acompanhamento do acusado, devendo ser aplicadas de acordo com a necessidade e adequação a cada caso concreto.

No entanto, embora as alterações perpetradas pela Lei nº 12.403/2011, tenham sido bastante necessárias ao processo penal, buscando reduzir o encarceramento em massa no país, esse avanço legislativo não foi estendido, de forma expressa, ao Processo Penal Militar, o que passou a gerar debates sobre a possibilidade da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão no âmbito da Justiça castrense.

Nesse sentido, a partir da presente pesquisa, verificou-se que nada impede que as medidas cautelares diversas da prisão sejam aplicadas no âmbito da Justiça militar. Esse entendimento se justifica com base no próprio Código de Processo Penal Militar, uma vez que estabelece em seu artigo 3º, que o CPP comum deverá suprir as omissões no processo penal militar.

Deve-se destacar, por oportuno, que a aplicação das cautelares no âmbito da Justiça castrense requer uma análise criteriosa que deve estabelecer sua legitimidade perante essa justiça especializada, tendo em vista, que a algumas

medidas não se encaixam na sistemática da Justiça Militar, diante dos contrapontos existentes entres os códigos de processo penal comum e militar.

Mas, de um modo geral, pode-se afirmar que as cautelares diversas da prisão podem ser aplicadas na esfera militar, tendo em vista, dispositivos que autorizam tal feito. A introdução dessas medidas pela Lei nº 12.403/2011 trouxe uma nova margem de decisão ao magistrado, bem como enfatizou o prisma da liberdade como medida excepcional no ordenamento jurídico brasileiro. Diante disso, seria um insulto ao princípio da igualdade distinguir as medidas processuais na esfera penal comum e militar.

A adoção dessas medidas no processo penal militar não significa qualquer afronta às questões disciplinares, ao dever e valor militar, pois representam um avanço legislativo no âmbito da Justiça castrense com a prática de novos mecanismos para a aplicação da lei penal militar.

Portanto, desde que estas cautelares cumpram com o papel proposto e sejam eficazes, entendemos ser perfeitamente possível que estas possam ser adotadas no processo penal militar, o que representa uma evolução quantitativa e qualitativa no cenário jurídico processual militar, conferindo um dinamismo ao sistema processual como um todo e estando em acordo com os princípios e garantias constitucionais.

A presente pesquisa, portanto, utilizando da metodologia necessária, buscou atingir seus objetivos de analisar as medidas cautelares diversas da prisão e sua possível aplicação no âmbito da Justiça castrense. Para tanto, no primeiro momento, foram traçadas considerações acerca da Justiça Militar no Brasil e da Polícia Militar, sua origem, evolução e como a temática foi abordada ao longo das Constituições brasileiras.

No segundo momento discorreu-se acerca do sistema prisional brasileiro, tratando da origem e evolução da pena de prisão no mundo e no Brasil, bem como a realidade atual das prisões militares no país. Por último, no terceiro momento, descreveu acerca das medidas cautelares diversas da prisão e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da Justiça Castrense.

Mesmo em razão de toda abordagem executada, não houve pretensão de exaurir o tema abordado, mas apenas a intenção de compreender as cautelares diversas da prisão e se estas medidas podem ser adotadas no âmbito do processo penal militar, temática esta que não é pacífica na doutrina e na jurisprudência do Brasil. Por fim, entendemos que o processo militar necessita de uma remodelagem

e, desta forma, a adoção das medidas da Lei nº 12.403/2011, trouxe uma maior eficácia em que o processo deve aplicar, notadamente, nos crimes impropriamente militares, haja vista a necessidade de um tratamento igualitário a indiciados ou acusados, militares ou civis, que supostamente cometeram crimes que comportem tais medidas, obedecendo, inclusive, o princípio constitucional da igualdade, que confirma a todos, um tratamento igualitário nos termos da lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO FILHO, Jordelino Rodrigues. A histórica Justiça Militar brasileira. In: **Revista Águia**, 2013. Disponível em: <<http://www.fenord.edu.br/revistaaguia/revista2013/textos/artigo%2007.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2018.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição de Ridengo Castigat Mores. Versão para eBook. 1764. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 set. 2018.

_____. **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/Del1002Compilado.htm>. Acesso em: 03 set. 2018.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 03 set. 2018.

_____. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 03 set. 2018.

CRUZ, Ronaldo da Silva. A possibilidade jurídica de adoção das medidas cautelares diversas da prisão no Processo Penal Militar. In: **Revista Unisul de Fato e de Direito**, ano III, n. 7, jul/dez 2013. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/viewFile/1809/1464>. Acesso em: 03 out. 2018.

DI SANTIS, Bruno Morais; ENGBRUCH, Werner. A evolução histórica do sistema prisional. **In: Revista Pré Univesp**, nº 61, dez/2016-jan/2017. Disponível em: <<http://pre.univesp.br/sistema-prisional#.WxFYsO4vxdi>>. Acesso em: 25 set. 2018.

FIGUEIREDO, Rawlinson José Pacheco. Histórico de formação da Justiça Militar brasileira. **In: Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4816, 7 set. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51911>>. Acesso em: 03 set. 2018.

GORRILHAS, Luciano Moreira. Medidas cautelares previstas pela Lei nº 12.403/11 e sua aplicabilidade na Justiça Militar. **In: Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3225, 30 abr. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21639>>. Acesso em: 09 out. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, João Batista de. **História da PMPB**. 2007. Disponível em: <http://www.pm.pb.gov.br/arquivos/historia_da_pmpb.pdf>. Acesso em: 03 set. 2018.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Manual de direito penal. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Rodrigo Montenegro de. Justiça Militar no Brasil. **In: Jus Navigandi**, Teresina, a. 17, n. 3185, 21/03/2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21339>>. Acesso em: 03 set. 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANCHES CUNHA, Rogério. **Manual de direito penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.

SILVA, Ângela Moreira Domingues da. **Histórico da Justiça Militar brasileira: foro especial e crime político**. XXVII Simpósio Nacional de História: conhecimento histórico e diálogo social. Natal/RN, 22 a 26/06/2013. Disponível em: <http://www.snh2013.anpuh.org/resources/anais/27/1364752192_ARQUIVO_Angela_Moreira_textocompleto.pdf>. Acesso em: 03 set. 2018.

SILVA, Iranilton Trajano da. **Execução Penal/Ressocialização: Estudo comparado de Argentina e Brasil**. 1. ed. Beau Bassin, Mauritius: Novas Edições Acadêmicas, 2018.

SOUZA, Adriana Barreto; SILVA, Angela Moreira Domingues da. A organização da Justiça Militar no Brasil: Império e República. **In: Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, vol. 29, no 58, p. 361-380, maio-agosto 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/eh/v29n58/0103-2186-eh-29-58-0361.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.