

*Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais*

**Curso para Juízes Militares  
dos Conselhos Permanentes de Justiça**

*Fundamentos de Processo Penal Militar  
no Século XXI*

**Denilson Feitoza**

Doutor em Direito e Procurador de Justiça

[dr.denilson.feitoza@gmail.com](mailto:dr.denilson.feitoza@gmail.com)

Belo Horizonte/MG, 15-16 de julho de 2010

## Forma de referência desta palestra

**FEITOZA**, Denilson. *Fundamentos de Processo Penal Militar no Século XXI*. Belo Horizonte/MG: Curso para Juízes Militares dos Conselhos Permanentes de Justiça – Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, **15-16 jul. 2010**. Slide em PowerPoint.

Palestra e exemplos baseados em:  
**FEITOZA**, *Direito processual penal*, 2010.

# Breve currículo I

## DENILSON FEITOZA PACHECO

- Doutor em Direito (UFMG), Mestre em Direito (UFMG) e Master of Arts in Open and Distance Education (OU/UK)
- Procurador de Justiça em Minas Gerais
- Professor de Direito Processual Penal, de Metodologia da Pesquisa e de Inteligência, e Coordenador de Inteligência da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais (FESMP/MG).
- **Coordenador** dos Cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu* de
  - **Especialização em Inteligência de Estado e Inteligência de Segurança Pública** e de
  - **Especialização em Ciências Penais, Justiça Criminal e Criminologia**
- Tem mais de vinte e sete anos de atuação forense criminal e de magistério.
- Faixa preta de Taekwondo (estilo WTF, Kukkiwon ou olímpico)
- Autor das obras:
  - a) ***Direito processual penal: teoria, crítica e práxis. 7. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2010;***
  - b) ***O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.***

# Breve currículo II

## Exerceu vários cargos, funções e atividades:

- **Secretário-geral do Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas (GNCOC);**
- **Coordenador do Grupo de Inteligência dos Ministérios Públicos (GIMP);**
- **Coordenador do Grupo de Tecnologia da Informação dos Ministérios Públicos (GTI);**
- **Coordenador de planejamento institucional (COPLI) e coordenador do Centro de Segurança e Inteligência Institucionais (CESIN) do Ministério Público de Minas Gerais;**
- **Conselheiro de defesa social do Estado de Minas Gerais;**
- **Membro do Conselho Gestor do Sistema Integrado de Defesa Social (SIDS) do Estado de Minas Gerais;**
- **Representante ativo, por diversas vezes, do Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas (GNCOC) no Gabinete de Gestão Integrada de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro (GGI-LD);**
- **Um dos coordenadores-gerais do Programa de Controle de Homicídios (Projeto Fica Vivo).**

## Breve currículo III

- Membro da *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP)
- Membro do *International Council for Open and Distance Education* (ICDE)
- **Presidente do Instituto Brasileiro de Inteligência Criminal (INTECRIM)**
- Membro da *Internationale Vereinigung für Rechts-und Sozialphilosophie* (IVR)
- Membro fundador e ex-diretor secretário da Associação Brasileira de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito (ABRAFI)
- Membro fundador e ex-diretor financeiro Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais (ABPCP)
- Membro fundador e ex-Diretor de Comunicações no Instituto de Ciências Penais (ICP)
- Membro da *International Association of Law Enforcement Intelligence Analysts* (IALEIA)
- Membro da *International Association for Intelligence Education* (IAFIE)

# Contatos

## Denilson Feitoza

Doutor em Direito e Procurador de Justiça

[dr.denilson.feitoza@gmail.com](mailto:dr.denilson.feitoza@gmail.com)

Presidente do Instituto Brasileiro de Inteligência Criminal  
INTECRIM

[www.intecrim.org.br](http://www.intecrim.org.br)

Coordenador de Inteligência da Fundação Escola Superior do MPMG  
(FESMP/MG)

[www.fesmpmg.org.br](http://www.fesmpmg.org.br)

Editora Impetus: [www.editoraimpetus.com.br](http://www.editoraimpetus.com.br)

Editora Lumen Juris: [www.lumenjuris.com.br](http://www.lumenjuris.com.br)

# Procedimento ordinário 1

O procedimento (judicial) ordinário encontra-se do art. 384 ao art. 450 do CPPM, que mencionam o conselho de Justiça militar como órgão julgador.

Nas Justiças Militares estaduais e distrital, o juiz de direito do juízo militar (ou juiz-auditor estadual) preside o conselho de Justiça, tendo sido derogado, no ponto, o CPPM (art. 125, § 5º, da CR).

**O procedimento ordinário pode ser o seguinte, de forma sucinta:**

- a) oferecimento da denúncia;**
- b) recebimento da denúncia;**
- c) sorteio do conselho especial de Justiça militar (para oficiais) ou convocação do conselho permanente de Justiça militar. Não há esta fase na hipótese de competência singular do juiz de direito do juízo militar, estadual ou distrital;**

## Procedimento ordinário 2

d) citação do réu mediante requisição ou diretamente, conforme a hipótese (art. 277 do CPPM);

e) interrogatório do réu;

f) exceções propostas pelo réu, em até 48 horas após o interrogatório;

## Procedimento ordinário 3

g) inquirição das testemunhas de acusação: seis testemunhas (art. 77, *h*, CPPM), podendo-se acrescentar mais três testemunhas além das arroladas na denúncia, se forem mais de três réus (art. 417, § 1º, CPPM);

h) inquirição das testemunhas referidas pelas testemunhas de acusação (até o limite de três, assim como as informantes – art. 417, § 3º, CPPM). A vítima e as testemunhas da acusação poderão ser ouvidas logo após o interrogatório do réu, se tiverem sido notificadas a comparecer no mesmo dia do interrogatório;

i) arrolamento das testemunhas de defesa: até cinco dias após a inquirição da última testemunha da acusação (art. 417, § 2º, CPPM);

j) inquirição das testemunhas da defesa;

l) inquirição das testemunhas referidas pelas testemunhas da defesa (até 3);

## Procedimento ordinário 4

m) fase de diligências (art. 427, CPPM): cinco dias. As partes poderão requerer o que entenderem;

n) alegações escritas da acusação (art. 428, CPPM);

o) alegações escritas do assistente do Ministério Público, se houver e tiver requerido vista (art. 428, CPPM);

p) alegações escritas da defesa (art. 428, CPPM);

## Procedimento ordinário 5

q) audiência de julgamento:

q.1) alegação oral da acusação: 3 horas;

q.2) alegação oral da defesa: 3 horas. Se houver mais de um réu e um advogado defender todos: 4 horas. Se os acusados excederem a dez, cada advogado terá direito a uma hora para a defesa de cada um dos seus constituintes, pela ordem da respectiva autuação, se não usar da faculdade de um só advogado defender todos (4 horas); não poderá, entretanto, exceder a seis horas o tempo total, que o presidente do conselho de Justiça marcará, e o advogado distribuirá como entender, para a defesa de todos os seus constituintes;

q.3) réplica: 1 hora;

q.4) tréplica: 1 hora;

## Procedimento ordinário 6

q.5) relatório do processo pelo juiz-auditor e voto do juiz-auditor;

q.6) voto dos demais membros do conselho de Justiça militar;

q.7) proclamação do resultado. No processo penal militar, a documentação do julgamento realizado pelo conselho de Justiça se biparte: primeiro, o julgamento do conselho de Justiça é registrado num documento que pode ser denominado *proclamação do resultado*, assinado pelos juízes militares e pelo juiz-auditor, que é lido na própria sessão de julgamento, na presença das partes; segundo, é publicada a sentença, lavrada pelo juiz-auditor, que contém o *julgamento* (conclusão ou parte dispositiva);

## Procedimento ordinário 7

q.8) notificação das partes para comparecimento na leitura da sentença em sessão pública. Normalmente, a sentença não é elaborada na audiência de julgamento. Contudo, por economia processual, o juiz-auditor pode elaborar e publicar (por meio da sua leitura na presença das partes) a sentença condenatória ou absolutória na própria sessão de audiência, para que as partes já saiam intimadas dela. Se a leitura da sentença é feita na própria audiência de julgamento, considera-se que as partes estão intimadas e o prazo recursal começa a correr, salvo se há réu solto ou revel, que não compareceu ao julgamento (cf. arts. 444 e 446 CPPM);

r) leitura da sentença elaborada pelo juiz-auditor, em sessão pública. A leitura da sentença em si mesma, não significa que as partes estejam intimadas da sentença e que o prazo recursal comece a correr. Consideram-se intimadas as partes que estiverem presentes na sessão pública de leitura da sentença (art. 443, *fine*, do CPPM). Em síntese, quanto às partes ausentes, o MP é intimado na forma do art. 444 do CPPM, e quanto ao réu solto passível de prisão e ao réu revel, são intimados após a prisão (art. 446 do CPPM).

# Competência da Justiça Militar 1

A competência da Justiça Militar (federal) está prevista no art. 124, *caput*, da Constituição Federal: *À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.*

O critério básico para determinação da competência da Justiça Militar federal é o *ratione materiae* (crimes militares).

## Competência da Justiça Militar 2

A competência da Justiça Militar (estadual ou distrital) está prevista no art. 125, § 4º, da Constituição Federal:

*Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.*

Os critérios básicos para determinação da competência da Justiça Militar (estadual ou distrital) são o *ratione materiae* (crimes militares) e *ratione personae* (policiais militares e bombeiros militares estaduais ou distritais).

Contudo, como a Constituição diz crimes militares *definidos em lei*, este critério *ratione legis* nos remete ao Código Penal Militar, o qual possui também outros critérios, como *ratione temporis* e *ratione loci*.

## Competência da Justiça Militar 3

O art. 124, *caput*, da CR não especifica o sujeito ativo dos crimes militares. Portanto, pode haver crimes militares praticados por militar ou civil que sejam de competência da Justiça Militar **federal**.

Isso não ocorre com a Justiça Militar estadual, que tem competência para julgar apenas crimes militares praticados por militares dos Estados, ou seja, policiais militares e bombeiros militares (art. 125, § 4º, CR). Não há crimes militares praticados por civil de competência da Justiça Militar **estadual**.

## Competência da Justiça Militar 4

Inovação constitucional, na Justiça Estadual, foi na competência do “juiz-auditor” estadual (**juiz de direito do juízo militar**) ou do juiz de direito investido de competência militar, conforme art. 125, § 5º, da CR, modificado pela EC nº 45/2004:

*Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os **crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares**, cabendo ao **Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito**, processar e julgar os demais crimes militares.*

## Competência da Justiça Militar 5

A 2ª instância da Justiça Militar estadual poderá ser formada pelo Tribunal de Justiça ou, se houver, pelo Tribunal de Justiça Militar. Nesse sentido, o art. 125, § 3º, da CR estabelece:

*A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.*

Apenas os estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul possuem um Tribunal de Justiça Militar (TJM), nas suas *Justiças Militares* estaduais.

Nos estados que não possuem TJM, a competência que seria exercida pelo TJM o é pelos próprios Tribunais de Justiça.

## Competência da Justiça Militar 6

Logo, os recursos contra as decisões dos juízes de direito do juízo militar (juiz-auditor) e conselhos de Justiça militar, nas Justiças Militares estaduais ou distrital, são de competência do Tribunal de Justiça Militar ou, não havendo, do Tribunal de Justiça estadual ou distrital.

Note que eventuais recursos especiais ou extraordinários de decisões do Tribunal de Justiça Militar e do Tribunal de Justiça seguem respectivamente para o STJ e o STF. O STM não é órgão integrante da Justiça Militar estadual.

Perante as Justiças Militares estaduais atuam os promotores de Justiça e procuradores de Justiça dos próprios Ministérios Públicos estaduais, ou seja, não há um Ministério Público Militar para tais justiças.

## Competência da Justiça Militar 7

Na Justiça Militar federal, a 1ª instância é semelhante à da Justiça Militar estadual, com auditorias militares, conselhos de Justiça militar, juízes-auditores e juízes militares. Quanto à 2ª instância, não temos, atualmente, "tribunais regionais militares", ao contrário do que ocorre com a Justiça Eleitoral e a Justiça Federal. A 2ª instância é formada pelo Superior Tribunal Militar (STM). Assim, uma apelação contra decisão do conselho de Justiça militar (primeira instância) vai diretamente para um tribunal superior, o STM, que é a segunda instância na Justiça Militar federal.

## Competência da Justiça Militar 8

Das decisões do STM cabe recurso extraordinário para o STF, mas não recurso especial para o STJ. É o que ocorre de forma semelhante com o TSE (Tribunal Superior Eleitoral) e com o TST (Tribunal Superior do Trabalho), em que também não há recurso especial para o STJ.

Em outras palavras, compete ao Superior Tribunal Militar uniformizar a interpretação da lei penal militar e da lei processual penal militar no âmbito da Justiça Militar federal. Todavia, compete ao Superior Tribunal de Justiça uniformizar a interpretação da lei penal militar e da lei processual penal militar no âmbito das Justiças Militares estaduais, pois para o STJ vão os recursos especiais dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais de Justiça Militares.

## Competência da Justiça Militar 9

Perante a Justiça Militar *federal*, atuam os promotores da Justiça Militar, os procuradores da Justiça Militar (as duas categorias na primeira instância, junto às auditorias militares), os subprocuradores-gerais da Justiça Militar e o procurador-geral da Justiça Militar (as duas categorias na segunda instância, junto ao STM), que integram o Ministério Público Militar. Este, por sua vez, faz parte do Ministério Público da União.

Interessante notar que o procurador da Justiça Militar atua na primeira instância da Justiça Militar (federal), enquanto o procurador de Justiça estadual atua na segunda instância da Justiça Militar *estadual*, ou seja, no TJM, ou, onde não houver, no Tribunal de Justiça. Entretanto, tanto o procurador quanto o promotor da Justiça Militar *federal* podem substituir o subprocurador-geral da Justiça Militar, nos termos do art. 143, §§ 1º e 2º, LC 75/1993.

## Competência da Justiça Militar 10

***Crime propriamente militar*** é uma infração penal que consiste na violação de um dever específico e funcional de uma pessoa ocupante de um cargo militar. Por ser dever específico e funcional do militar, o crime propriamente militar somente pode ser praticado por militar.

***Crimes impropriamente militares***, por exclusão, são as demais infrações penais descritas no Código Penal Militar (ou em eventual lei penal militar extravagante).

São expressões sinônimas: crime propriamente militar, crime puramente militar, crime meramente militar, crime essencialmente militar, crime exclusivamente militar e, acrescentando-se, crime militar próprio.

São expressões sinônimas: crime impropriamente militar, crime acidentalmente militar e crime militar misto.

## Competência da Justiça Militar 11

A distinção entre **militar (da ativa)**, de um lado, e **militar da reserva ou reformado**, de outro, é fundamental, pois o militar pode praticar crimes propriamente e impropriamente militares, enquanto o militar da reserva, o militar reformado e o civil praticam crimes *impropriamente* militares.

As expressões "militar", "militar em situação de atividade" e "militar da ativa" são sinônimas. Não se confundem com "militar da reserva", nem com "militar reformado".

## Competência da Justiça Militar 12

Em todos os casos do **inciso III do art. 9º do CPM**, como sujeito ativo, temos **civil, militar da reserva ou militar reformado**. Portanto, no que tange aos crimes militares, o militar da reserva e o militar reformado equivalem ao civil, sejam como sujeitos ativos ou ofendidos. Assim, o militar da reserva e o militar reformado, geralmente, apenas praticam crime impropriamente militar, como se civis fossem, bem como também como sujeitos passivos secundários (ofendidos) são considerados como se civis fossem.

## Competência da Justiça Militar 13

Os **militares da reserva e reformados**, todavia, continuam responsáveis penalmente pelos **crimes propriamente ou impropriamente militares que praticaram quando eram militares da ativa** e respondem processo penal militar normalmente. Leva-se em consideração a qualidade que tinham no momento da conduta típica.

Os **militares da reserva, se reincorporados**, por meio de, conforme o caso, convocação (tecnicamente melhor seria *reconvocação*) ou de mobilização, podem ser **equiparados ao militar da ativa**, como sujeitos ativos e passivos (ofendidos) de crime militar, inclusive de crime propriamente militar, nos termos do art. 12 do CPM.

## Competência da Justiça Militar 14

É importante frisar que o **civil somente pode praticar crime *impropriamente militar*** e, mesmo assim, uma das circunstâncias do inciso III do art. 9º do CPM deve integrar o tipo penal incriminador do crime impropriamente militar. Assim, uma conclusão pode ser firmemente estabelecida: **quando o sujeito ativo do crime militar é civil, militar da reserva (equivale ao civil) ou militar reformado (equivale ao civil)**, não importando se o crime militar é descrito apenas no Código Penal Militar, tem definição diversa na lei penal comum ou tem definição igual à da lei penal comum, necessariamente deve haver a combinação do dispositivo legal incriminador da Parte Especial com o **inciso III do art. 9º do CPM.**

## Competência da Justiça Militar 15

O **art. 9º do CPM diz respeito aos crimes *em tempo de paz***, enquanto o art. 10 do CPM, aos crimes militares *em tempo de guerra*. Como a possibilidade de guerra é muito remota, vamos nos concentrar, apenas, no art. 9º do CPM, cujo texto legal é o seguinte:

***Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:***  
***I – os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;***

## Competência da Justiça Militar 16

*II – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:*

*a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;*

*b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;*

*c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito a administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;*

*(Alínea com redação dada pela Lei nº 9.299, de 07.08.1996)*

*d) por militar durante o período de manobras, ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;*

*e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;*

*f) revogada;*

*(Alínea revogada pela Lei nº 9.299, de 07.08.1996)*

## Competência da Justiça Militar 17

*III – os crimes, praticados por militar da reserva ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:*

*a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;*

*b) em lugar sujeito a administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;*

*c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;*

*d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.*

## Competência da Justiça Militar 18

*Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum.*

## Competência da Justiça Militar 19

Para se caracterizar a **conduta de um militar *da ativa***, na condição de **sujeito ativo**, como **crime *propriamente* militar**, não é necessária a combinação do dispositivo penal incriminador da **Parte Especial do CPM** com qualquer dos incisos do **art. 9º do CPM**. Há uma grande quantidade e variedade de crimes propriamente militares. Por exemplo: crime militar de motim (art. 149, CPM); crime militar de revolta (art. 149, parágrafo único, CPM); crime militar de desrespeito a superior (art. 160, CPM); crime militar de desobediência (art. 163, CPM); crime militar de deserção (art. 187, CPM); crime militar de abandono de posto (art. 195, CPM); crime militar de dormir em serviço (art. 203, CPM); crime militar de desacato a superior (art. 298, CPM) etc.

## Competência da Justiça Militar 20

Para se caracterizar a **conduta de um militar *da ativa*, na condição de sujeito ativo, como crime *impropriamente* militar**, há necessidade de **combinação** do dispositivo incriminador da Parte Especial do CPM **com o art. 9º do CPM**:

- o inciso II c/c I, 1ª parte, do art. 9º do CPM, se o crime militar é definido de modo diverso na lei penal comum;
- o inciso II c/c I, 2ª parte, do art. 9º do CPM, se o crime militar não é previsto na lei penal comum;
- o inciso II do art. 9º do CPM, se o crime militar tem a mesma definição da lei penal comum.

## Competência da Justiça Militar 21

O **militar da ativa** pode ser considerado no CPM, como sujeito ativo de um **crime impropriamente militar**, nas **seguintes situações** subjetivas:

– pelo simples fato de ser militar da ativa, mesmo não estando de serviço, nem atuando em razão da função, por exemplo estando de licença-médica, de folga, de férias etc. É o caso do inciso II, alínea *a*, art. 9º do CPM (militar da ativa contra militar da ativa). Por exemplo: um militar, de folga, subtrai, para si, o dinheiro particular de seu colega também militar, de folga (crime impropriamente militar de furto simples – art. 240, *caput*, c/c art. 9º, II, *a*, do CPM); um militar, de folga, mata, intencionalmente, seu colega também militar, de folga (crime impropriamente militar de homicídio simples – art. 205, *caput*, c/c art. 9º, II, *a*, do CPM);

## Competência da Justiça Militar 22

– por ser **militar da ativa em lugar sujeito à administração militar (art. 9º, II, b, CPM)**. Por exemplo, um policial militar, de folga, ofende, por razões particulares, a integridade corporal de um civil, dentro do quartel da Polícia Militar, desferindo-lhe um soco e causando-lhe lesões leves (crime *impropriamente* militar de lesão leve – **art. 209, caput, c/c art. 9º, II, b, do CPM**)[\[1\]](#);

[\[1\]](#) O exemplo pode ser confrontado com o crime *impropriamente* militar de violência arbitrária (art. 333 c/c art. 9º, II, b e c, do CPM), que é o exemplo do item 8.10.4.

## Competência da Justiça Militar 23

– por ser **militar em serviço (art. 9º, inciso II, alínea c, do CPM)**. Por exemplo, um policial militar, em serviço, ilicitamente detém um civil, por um suposto crime fora do flagrante, e ofende sua integridade corporal, durante ação policial na rua, desferindo-lhe um soco e causando-lhe lesão leve (crime *impropriamente* militar de lesão leve – art. 209, *caput*, c/c art. 9º, II, c, do CPM)[\[1\]](#). Como outro exemplo, um policial militar, em serviço, atendendo ocorrência policial, recebe e arrecada um veículo automotor que havia sido furtado e o apresenta à autoridade policial para apreensão. No percurso para a delegacia de polícia, o policial militar se apodera do dinheiro do lesado, que se encontrava numa carteira dentro do porta-luvas, praticando o crime *impropriamente* militar de peculato-apropriação (**art. 303, *caput*, 1ª figura, c/c art. 9º, II, c e e, todos do CPM**);

[\[1\]](#) O exemplo pode ser confrontado com o crime comum de abuso de autoridade (art. 3º, *i*, da Lei 4.898/1965).

## Competência da Justiça Militar 24

– por **ser militar atuando em razão da função** (apesar de não estar de serviço, está atuando em razão de dever de ofício, mesmo de folga) (**art. 9º, inciso II, alínea c, 2ª. parte, do CPM**). Por exemplo, um policial militar, de folga, é chamado por um conhecido para abordar um indivíduo que acaba de praticar um furto. Como todo policial militar tem dever de prontidão permanente, persegue o indivíduo e o prende. Aborrecido por estar atuando em seu horário de folga, aproveita para agredir fisicamente o indivíduo, na rua, causando-lhe lesões leves (crime *impropriamente* militar de lesão leve – **art. 209, caput, c/c art. 9º, II, alínea c, 2ª parte, todos do CPM**);

## Competência da Justiça Militar 25

– por ser militar durante o período de manobras ou exercício (art. 9º, II, d, CPM). A hipótese nada mais é do que o militar em serviço;

## Competência da Justiça Militar 26

– por ser **militar em serviço contra o patrimônio sob administração militar ou contra a ordem administrativa militar (art. 9º, inciso II, alínea e, do CPM)**. Por exemplo, um policial militar, em serviço, atendendo uma ocorrência policial, recebe e arrecada um veículo automotor que havia sido furtado. Tendo a detenção desse objeto particular em razão do cargo, no percurso para a delegacia de polícia o policial militar se apodera do dinheiro do lesado, que se encontrava numa carteira dentro do porta-luvas. Em seguida, apresenta o veículo à autoridade policial para apreensão. O policial militar praticou o crime *impropriamente* militar de peculato-apropriação (**art. 303, caput, 1ª figura, c/c art. 9º, II, c e e, do CPM**). Note que, enquanto não entregue na delegacia, o veículo com todos os seus pertences estavam na responsabilidade do policial militar, na sua função típica de segurança pública.

## Competência da Justiça Militar 27

Para se caracterizar a **conduta de um civil, um militar da reserva ou militar reformado, na condição de sujeito ativo, como crime *impropriamente* militar**, há necessidade de combinação do dispositivo incriminador da Parte Especial do CPM com o inciso III do art. 9º do CPM. Por exemplo, um civil<sup>[1]</sup>, no interior de um quartel do Exército, desacata um militar do Exército, em razão de sua função militar (**crime *impropriamente* militar de desacato a militar – art. 299, caput, c/c art. 9º, III, b, do CPM**). O civil será processado e julgado perante um conselho de Justiça militar (federal).

<sup>[1]</sup> O exemplo é válido também se for um militar da reserva ou um militar reformado.

## Competência da Justiça Militar 28

**Se um civil, no interior de um quartel da Polícia Militar estadual, desacatasse um policial militar, em razão de sua função, não seria um crime militar, mas o crime comum de desacato do art. 331 do CP comum, a ser processado e julgado na justiça criminal comum, pois não existe crime militar de competência da Justiça Militar estadual que um civil possa praticar.**

# Espécies de normas 1

→ Regras

→ Princípios

→ Postulados

→ Valores

## Espécies de normas 2

*As **regras** são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.*

ÁVILA, Teoria dos princípios, 2003, p. 70 (vide também p. 119-120).

## Espécies de normas 3

*Os **princípios** são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.*

ÁVILA, Teoria dos princípios, 2003, p. 70 (vide também p. 119-120).

## Espécies de normas 4

*Os **postulados** normativos são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios.*

*Os postulados normativos foram definidos como deveres estruturais, isto é, como deveres que estabelecem a vinculação entre elementos e impõem determinada relação entre eles. Nesse aspecto, podem ser considerados formais, pois dependem da conjugação de razões substanciais para sua aplicação.*

ÁVILA, *Teoria dos princípios*, 2003, p. 120 e 85, respectivamente.

## Espécies de normas 5

*A **igualdade** pode funcionar como **regra**, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como **princípio**, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como **postulado**, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).*

ÁVILA, *Teoria dos princípios*, 2003, p. 93.

## Espécies de normas 6

Podemos pensar no princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV, CR) como um *estado ideal de coisas* a ser atingido, em que as partes (autor e réu) teriam ciência bilateral de todos os atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los, com o momento e a possibilidade de intervir no processo, apresentando provas, oferecendo alegações, recorrendo das decisões etc., e, por conseguinte, ainda que a norma infraconstitucional não preveja a ciência de determinado ato, o juiz deve determinar o que for adequado e necessário para atingir esse *estado ideal pretendido* de contraditório. Por exemplo, na hipótese de o juiz ouvir testemunha após as alegações finais das partes, deverá dar oportunidade às partes de oferecerem, novamente, alegações finais, antes de sentenciar.

## Espécies de normas 7

Os princípios jurídicos podem ter três funções:

a) função fundamentadora: outras normas jurídicas têm seu fundamento de validade nos princípios constitucionais. Se se conflitarem com eles, podem não ter validade, em razão de *eficácia diretiva* de tais princípios, ou perder sua vigência, por causa de sua *eficácia revogatória*;

b) função interpretativa: os princípios orientam a interpretação de outras normas jurídicas, por meio dos núcleos normativo-significativos que contêm;

c) função supletiva: os princípios integram as "lacunas" do Direito.

[BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 2001, p. 254-5; ESPÍNDOLA, *Conceito de princípios constitucionais*, 1999, p. 67-8.]

## Espécies de normas 8

A expressão “princípios gerais do direito” pode ser definida como “dogmas que se inferem do estudo de determinada legislação” (Hélio Tornaghi<sup>[1]</sup>), ou, ainda, critérios maiores existentes em cada ramo do direito e percebidos por indução.

No direito civil, os princípios gerais de direito são previstos como meio de solução de lacunas, sendo, portanto, fonte subsidiária do direito (veja art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil) e, normalmente, quando se fala em princípios gerais, há uma referência a critérios não legislados nem consuetudinários, que podem integrar lacunas<sup>[2]</sup>. Em regra, só se pode invocar um princípio geral do direito, quando não há lei aplicável ao ponto controvertido (veja art. 3º, *fine*, CPP).

*Contudo, devemos distinguir os princípios gerais que sejam também princípios fundamentais, ou seja, diretrizes basilares de um sistema, verdadeiras linhas mestras de acordo com as quais se deverá guiar o intérprete<sup>[3]</sup>.*

*Neste sentido, temos os princípios constitucionais, aos quais devem se submeter as normas infraconstitucionais, não servindo apenas para suprir lacunas, como ocorre com os demais princípios gerais de direito. São dotados de eficácia, em todos os casos, vinculando o intérprete jurídico e o legislador infraconstitucional.*

<sup>[1]</sup> TORNAGHI, *Curso de processo penal*, 1995, v. 1, p. 26.

<sup>[2]</sup> DINIZ, *As lacunas no direito*, 1995, p. 212-4.

<sup>[3]</sup> FREITAS, *A interpretação sistemática do direito*, 1995.

# Princípios constitucionais 1

→ Princípio da igualdade

→ Princípio da proporcionalidade

→ Princípio do devido processo legal

# Princípios constitucionais 2

## PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Tratamento desigual se justifica constitucionalmente se os seguintes pressupostos forem observados:

a) determinação do fator diferencial, fator de discriminação, característica diferencial ou critério de discriminação;

b) estabelecimento de tratamento desigual com finalidade de igualização material;

c) adequação entre o fator diferencial e o tratamento desigual, na perspectiva da igualização material (ou aptidão do tratamento desigual para igualizar materialmente). O tratamento desigual deve ser estabelecido em função do fator diferencial e deve ser apto a igualizar o grupo de pessoas diferentes relativamente à generalidade das pessoas;

d) conformidade do fator diferencial, do tratamento desigual e da finalidade de igualização material aos valores, princípios, regras e fins constitucionais.

→ “método” desigual

FEITOZA, *Direito processual penal*, 2010, item 4.3.13. Adaptação de BANDEIRA DE MELO, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 1999.

# Princípios constitucionais 3

## PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE 1/7

- Subprincípio da adequação ou da idoneidade
- Subprincípio da necessidade
- Princípio da proporcionalidade em sentido estrito

Aplica-se aos meios de intervenção do direito processual penal (prisão provisória, liberdade provisória, interceptação telefônica, notificação para depor, quebra de sigilo telefônico etc.) e aos respectivos fins da persecução criminal (demonstrar a existência ou inexistência do fato delitivo e sua autoria, formar a convicção da entidade decisora como o juiz, obter sentença definitiva transitada em julgado sobre o fato delitivo e sua autoria, preservar a segurança pública etc.).

# Princípios constitucionais 4

## PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE 2/7

→ **subprincípio da adequação ou da idoneidade** (*Grundsatz der Geeignetheit*, em alemão, ou *idoneità del provvedimento*, em italiano) tem tido várias denominações alemãs ao longo de sua história, como *Geeignetheit* (adequação, idoneidade), *Tauglichkeit* (aptidão), *Zweckmäßigkeit* (“apropriabilidade”, utilidade), *Zweckgemäßheit* (utilidade) e *Zwecktauglichkeit* (aptidão do fim). Também denominado, em português, princípio da pertinência ou da aptidão.

Primeiro, verificam-se qual fim a medida ou meio interventivo procura realizar e a legitimidade constitucional desse fim e, segundo, examina-se a relação entre o meio interventivo (legislativo, judicial ou administrativo) e o fim, para determinar se o meio favorece, de algum modo, a realização do fim.

No direito processual penal brasileiro, a adequação deve ser aferida em relação aos fins imediatos e mediatos da persecução criminal.

O princípio da adequação diz respeito à aptidão ou adequação que determinado meio deve ter para alcançar o “fim legítimo pretendido”, ou seja os fins da persecução criminal.

Por exemplo, a prisão preventiva do réu (meio), no caso concreto, é apta a impedir a interferência do réu no depoimento de testemunhas (fim imediato da persecução criminal – demonstrar a existência ou inexistência da infração penal e sua autoria)?

# Princípios constitucionais 5

## Princípio da proporcionalidade 3/7

→ **subprincípio da necessidade** (*Grundsatz der Erforderlichkeit* ou *Grundsatz der Notwendigkeit*) é também conhecido como princípio da “intervenção mínima” (*Grundsatz des Interventionsminimum*), do “meio mais brando/suave/benigno/mitigado/moderado” (*Grundsatz des mildesten Mittels*), da “menor intervenção possível” (*Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs*), da “exigibilidade” (*Grundsatz der Erforderlichkeit*), da “subsidiariedade” (*Grundsatz der Subsidiarität*) ou do “meio mais moderado” (*Grundsatz des schonendsten Mittels*).

O princípio da necessidade se refere à utilização do meio que menos interfira em um direito fundamental, sem entrar na questão da adequação entre meios e fins.

Por exemplo, se podemos conseguir as provas por meio de provas testemunhais, por que violar a intimidade do réu com uma interceptação telefônica? Por que decretar prisão preventiva, com fundamento na conveniência da instrução criminal, supondo que o réu destruiria documentos comprometedores, se bastam a busca e a apreensão para resguardá-los?

# Princípios constitucionais 6

## Princípio da proporcionalidade 4/7

→ **subprincípio ou princípio da proporcionalidade em sentido estrito** (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne* ou *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit i.e.S.*) também tem sido denominado *Proportionalität* (proporcionalidade) e, impropriamente, *Übermaßverbot* (proibição ou vedação de excesso) em alemão.

# Princípios constitucionais 7

## Princípio da proporcionalidade 5/7

No **princípio da proporcionalidade em sentido estrito**, temos:

- a) o que colide: de um lado, direitos fundamentais afetados e, de outro, “princípios” (objetivos, princípios, direitos, deveres, garantias, interesses e bens constitucionais);
- b) método de resolução da colisão: a ponderação;
- c) valor dos entes colidentes: os pesos argumentativos presuntivos, que demandam a apresentação de contra-argumentos para os argumentos ou razões favorecidos com as presunções;
- d) circunstâncias da colisão e da ponderação: circunstâncias do caso concreto;
- e) resultado da colisão e da ponderação: “relação de precedência condicionada” às circunstâncias do caso concreto, mediante a qual as condições ou circunstâncias sob as quais um “princípio” precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio prevalecente.

# Princípios constitucionais 8

## Princípio da proporcionalidade 6/7

*Na perspectiva da integralidade dos direitos fundamentais, seria o caso de uma prisão provisória, por crime de pouca gravidade, que levasse à prisão uma pessoa muito idosa, a qual tivesse pequena expectativa de vida, pois isto se oporia ao dever de o Estado amparar as pessoas idosas, defendendo seu bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (art. 230, CR). No caso concreto, segundo os elementos probatórios disponíveis, a maior importância da afetação negativa do direito fundamental social afetável superaria a menor importância da realização da finalidade punitiva da intervenção em seu direito fundamental, inclusive em razão do caráter provisório da prisão. Diante disso, o juiz não decretaria a prisão provisória e, conforme o caso, poderia utilizar uma medida cautelar alternativa. Isso não significa que, no caso concreto, não poderia ocorrer uma outra situação em que estivesse justificada a prisão provisória de uma pessoa idosa com pequena expectativa de vida, mas as razões teriam que ser suficientemente fortes para vencer as razões que preservam seus direitos fundamentais nessa hipótese.[\[1\]](#)*

**FEITOZA PACHECO, O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro, 2007, p. 262.**

# Princípios constitucionais 9

## Princípio da proporcionalidade 7/7

*[...] podemos dizer, por exemplo, que uma afetação negativa intensa de um direito fundamental não se justifica diante de uma realização leve dos fins imediato e mediato de uma medida de intervenção neste direito fundamental.*

*[...]*

*Em vez de dizermos que comparamos a intensidade da afetação negativa do direito fundamental com a intensidade da realização dos fins imediato e mediato da medida de intervenção no direito fundamental, podemos dizer que comparamos a importância das razões que sustentam a não-afetação negativa de um direito fundamental com a importância das razões que sustentam a realização dos fins imediato e mediato da medida de intervenção em um direito fundamental.<sup>[1]</sup>*

**→ “método” proporcional**

**[1]** FEITOZA PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, 2007, p. 230 e 236.

# Princípios constitucionais 10

## JUSTIFICABILIDADES TELEOLÓGICA E METÓDICA

CR → justificabilidade teleológica (imperativo teleológico)

Princípio da proporcionalidade -> justificabilidade metódica

→ “método” justificável  
(quanto aos fundamentos, meios e fins)

# Princípios constitucionais 11

## PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

(art. 1º, *caput* – República e Estado de Direito, e art. 5º, LIV, CR)

Devido “processo” legal:

- Administrativo
- Legislativo
- Jurisdicional

= Controlabilidade dos atos estatais

(Déficit de justificabilidade → déficit de controlabilidade)

→ “método” controlável

→ Fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CR)

# Direitos Fundamentais 1

O que são direitos fundamentais?

Numa teoria jurídico-dogmática dos direitos fundamentais relativa ao ordenamento jurídico brasileiro, poderíamos definir, aproximadamente: ***direitos fundamentais*** são os *direitos subjetivos* que as *normas constitucionais* atribuem *universalmente a todos* considerados como *pessoas*, como “*cidadãos*” (*brasileiros ou estrangeiros*) e/ou como *pessoas capazes de agir*.

## Direitos Fundamentais 2

A Constituição brasileira se refere especificamente a “direitos humanos” em vários dispositivos: art. 4º, II, art. 5º, § 3º, e art. 109, V-A e § 5º, todos da CR e art. 7º do ADCT. Reservaremos a expressão *direitos humanos* (bem como *direitos “do homem”* e *direitos “do homem e do cidadão”*) para nos referirmos aos direitos que documentos de direito internacional (pactos, declarações e convenções internacionais) atribuem universalmente a todos enquanto pessoas, cidadãos e/ou pessoas capazes de agir.

## Direitos Fundamentais 3

Observamos que a Constituição brasileira utiliza várias expressões para se referir aos “direitos fundamentais”, como:

- a) *direitos e garantias fundamentais* (epígrafe do Título II e art. 5º, § 1º, CR);
- b) *direitos e liberdades fundamentais* (art. 5º, XLI);
- c) *direitos e liberdades constitucionais* (art. 5º, LXXI);
- d) *direitos e garantias expressos nesta Constituição* (art. 5º, § 2º);
- e) *direitos fundamentais da pessoa humana* (art. 17, *caput*);
- f) *direitos da pessoa humana* (art. 34, VII, *b*);
- g) *direitos assegurados nesta Constituição* (art. 129, II).

## Direitos Fundamentais 4

A Constituição brasileira também apresenta outras expressões que podem ser consideradas como englobadas pela expressão “direitos fundamentais”:

- a) *direitos (e deveres) individuais e coletivos* (epígrafe do Capítulo I do Título II);
- b) *direitos sociais* (epígrafe do Capítulo II do Título II, art. 6º, *caput*, e art. 85, III);
- c) *direitos e garantias individuais* (art. 60, § 4º, IV);
- d) *direitos civis* (art. 12, § 4º, b);
- e) (direito de) *nacionalidade* (epígrafe do Capítulo III do Título II referente aos arts. 12 e 13);
- f) *direitos políticos* (epígrafe do Capítulo IV do Título II, art. 14, § 3º, II, art. 15, *caput*, art. 37, § 4º, art. 55, IV, art. 62, § 1º, I, a, art. 68, § 1º, II, art. 85, III, e art. 87, *caput*, todos da CR e 9º, *caput*, do ADCT);
- g) (direito dos) *partidos políticos* (epígrafe do Capítulo IV do Título II referente aos arts. 14 a 16);
- h) *direitos individuais* (art. 68, § 1º, II, art. 85, III, art. 145, § 1º);
- i) *garantias constitucionais* (art. 138, *caput*).

## Direitos Fundamentais 5

Em geral, utilizaremos a expressão *direitos fundamentais da pessoa humana* ou, simplesmente, *direitos fundamentais*, para nos referirmos aos direitos e garantias acima especificados.

## Direitos Fundamentais 6

### Multifuncionalidade e integralidade no processo penal

Um direito fundamental pode ter simultaneamente diversas funções, como função de defesa ou de liberdade, função de prestação social, função de proteção perante terceiros e função de não-discriminação ou, mais amplamente, em outras palavras, direitos de defesa (direitos a não-impedimento de ações, direitos a não-afetação de *propriedades e situações* e direitos a não-eliminação de posições jurídicas) e direitos a prestações em sentido amplo (direitos a proteção, direitos a organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito ou direitos fundamentais sociais).

## Direitos Fundamentais 7

No processo penal<sup>[1]</sup>, normalmente o suspeito, o investigado ou o réu são considerados, basicamente, como titulares de direitos de defesa, num sentido tradicional, ou seja, direitos individuais a que o Estado se abstenha de intervir na sua liberdade de locomoção, vida privada etc. Nessa linha, o juiz, ao apreciar se decreta sua prisão preventiva (ou temporária), a expedição de mandado de busca e apreensão domiciliares ou a “quebra” do sigilo bancário, atém-se, normalmente, a tais direitos fundamentais individuais, sem considerar a força normativa de direitos fundamentais coletivos, sociais e políticos.

<sup>[1]</sup> Examinamos o tema de maneira aprofundada e extensa em: FEITOZA PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, 2007, p. 9-44.

## Direitos Fundamentais 8

As normas de direito processual penal são, em sua grande maioria, normas infraconstitucionais e, em razão da hierarquia normativa da Constituição, o juiz ou o tribunal (ou o delegado de polícia, o promotor de Justiça, o procurador da República) não podem *ignorar* as normas constitucionais. O fato de alguém ser indigitado como suspeito, investigado ou réu não lhe retira o conjunto de direitos fundamentais de que é titular.

## Direitos Fundamentais 9

A educação, o trabalho, a saúde, a proteção à maternidade e à infância etc., como direitos sociais, também possuem uma função de defesa, ou seja, utilizando a terminologia de Robert Alexy, constituem “direitos a não-afetação de propriedades e situações”. Ainda que consideremos os direitos sociais, na sua função de prestações positivas, submetidos à “reserva do possível”, isso não necessariamente afeta sua função de defesa.

## Direitos Fundamentais 10

Se o réu estuda regularmente na escola, tem filhos e trabalha, sua prisão provisória poderá acarretar sua reprovação na escola, a perda da atividade remunerada e o desequilíbrio familiar. Se o juiz determina que testemunhas sejam ouvidas durante a principal manifestação cultural da localidade, poderá estar intervindo no pleno exercício dos seus direitos culturais. Para além do direito individual à integridade física de determinado preso, se o juiz vier a decretar prisões provisórias para confinamento numa cadeia superlotada, na qual esteja ocorrendo um surto de doença grave, poderá comprometer, necessária e irremediavelmente, a saúde dessa *coletividade* indeterminada (mas determinável) de futuros presos. Uma audiência de instrução, uma oitiva policial ou uma diligência de reconstituição de crime podem fazer com que um investigado, um réu, uma testemunha e, até mesmo, uma vítima percam a entrevista na qual conquistariam o emprego (direito a trabalho), a viagem previamente paga e longamente planejada (direito a lazer) ou o prazo de mudança de domicílio eleitoral que permitiria votar nas próximas eleições (direito político).

## Direitos Fundamentais 11

Entretanto, no cotidiano da persecução criminal (seja na investigação criminal ou no processo penal), a realização de medidas cautelares pessoais (prisão preventiva, prisão temporária, liberdade provisória etc.), de medidas cautelares reais (seqüestro, arresto etc.), de provas e de atos processuais é feita considerando o suspeito, o investigado, o acusado ou o réu apenas como titulares de direitos “clássicos” de defesa, numa visão reducionista e individualista, ignorando-se que permanecem titulares de um conjunto de direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e políticos. Essa situação se agrava mais ainda no que tange às testemunhas, que, em geral, sequer são consideradas como titulares de algum direito no processo penal, bem como em relação aos ofendidos.

## Direitos Fundamentais 12

Uma interpretação constitucional-sistemática do ordenamento jurídico nos leva de um processo penal *reduutivo-punitivo* para um processo penal *holístico-garantista* (de direitos fundamentais), no sentido de que a investigação criminal e o processo penal propriamente dito devem considerar a multifuncionalidade e a integralidade dos direitos fundamentais das pessoas que lhes são submetidas (suspeito, investigado, acusado, réu, testemunha, ofendido).

## Direitos Fundamentais 13

Isso não significa que a autoridade policial, o Ministério Público ou o juiz não adotem medidas interventivas de direitos fundamentais na investigação criminal ou no processo penal, mas que a integralidade dos direitos fundamentais das pessoas que lhes são submetidas deve ser considerada. Quanto mais posições de direitos fundamentais de uma pessoa sejam afetadas por uma medida investigativa ou processual penal, mais fortes devem ser os *elementos fáticos, jurídicos e analíticos* que sustentem a implementação dessa medida.

## Direitos Fundamentais 14

Talvez a consideração da multifuncionalidade e da integralidade dos direitos fundamentais das pessoas submetidas às investigações criminais e aos processos penais seja a maior e mais profunda evolução pela qual possa passar o direito processual penal, na atualidade.

## Medidas cautelares alternativas e mitigadas 1

Segundo o subprincípio da necessidade, entre as medidas restritivas de direitos fundamentais, devemos escolher aquela que menos afete os direitos fundamentais das pessoas sujeitas à persecução criminal, especialmente o direito de liberdade, mas que seja equivalentemente adequada a atingir os fins da persecução criminal.

**Para garantir o direito fundamental de liberdade, bem como os demais direitos fundamentais, a situação do juiz brasileiro, na atualidade, é muito difícil, pois passa diretamente da liberdade provisória para a medida extrema da prisão provisória e vice-versa, em razão de o ordenamento legal não possuir uma gradação de medidas cautelares pessoais que melhor satisfaça as peculiaridades do caso concreto.**

## Medidas cautelares alternativas e mitigadas 2

Devemos considerar, primeiro, o nível hierárquico normativo das disposições de direitos fundamentais relativamente às leis processuais penais infraconstitucionais medida alternativa is s infraconstitucionais que estabelecem tais medidaque estabelecem tais *medidas de intervenção* em direitos fundamentais, segundo, o fato de a persecução criminal lidar com pessoas inocentes (vítimas, testemunhas) ou presumivelmente inocentes (suspeitos, indiciados, réus, acusados) e, terceiro, a natureza cautelar dessas medidas cautelares pessoais (prisão provisória, liberdade provisória, menagem, medida de segurança provisória etc.). Diante disso, o princípio constitucional da proporcionalidade, especialmente como decorrência do exame da necessidade, nos possibilita concluir que o órgão jurisdicional pode, quando cabível uma medida cautelar mais gravosa, impor uma medida cautelar alternativa mais branda não prevista na lei processual penal ou reduzir aspectos da medida cautelar cabível para que fique mais branda, se a idoneidade da medida cautelar alternativa é equivalente.

## Medidas cautelares alternativas e mitigadas 3

De modo geral, a legalidade, na sua função de garantia, impede que se imponha uma *medida restritiva* de direito fundamental mais gravosa que não tenha previsão legal. Entretanto, considerando sua função precípua de garantia de direitos fundamentais, ela autoriza, para cumprir tal função, a alternatividade e a redutibilidade das medidas cautelares, objetivando uma medida alternativa *menos gravosa*.

## Medidas cautelares alternativas e mitigadas 4

Em um *primeiro exemplo*, a prisão em flagrante é substituída pela liberdade provisória. Mas a cautelaridade da própria liberdade provisória deve ser aferida. Isso significa que, do ponto de vista constitucional, não podemos simplesmente fazer a substituição da prisão em flagrante pela *liberdade provisória*, com *todas* as medidas restritivas que esta tenha, sem que também essas medidas satisfaçam aos pressupostos do *periculum libertatis* (*periculum in mora*) e do *fumus commissi delicti* (*fumus boni iuris*). Em outras palavras, o juiz pode, por exemplo, liberar o *afiançado* de ter de comunicar sua ausência domiciliar cada vez que vá completar mais de oito dias, em razão de, num determinado caso concreto, tal ausência não afetar a investigação criminal ou o processo penal condenatório. Nesse caso, não há *periculum libertatis* quanto à medida restritiva desconsiderada, pois a liberdade ampliada pela retirada de determinada restrição não coloca em perigo a investigação e/ou o processo penal.

## Medidas cautelares alternativas e mitigadas 5

Em um *segundo exemplo*, o Ministério Público requereu a prisão temporária de vários empresários que teriam constituído uma organização criminosa que praticava crimes contra as relações de consumo, contra a ordem tributária e contra o meio ambiente, relativos à adulteração de combustíveis, bem como a expedição de vários mandados de busca e apreensão domiciliares.

Cerca de cem policiais e o Ministério Público já estão mobilizados conjuntamente para cumprir os mandados judiciais de prisão temporária e de busca e apreensão no dia seguinte, se o juiz os conceder. A grande maioria dos policiais não sabe que operação será realizada, mas somente seus superiores.

Apesar de verificar que os pressupostos de decretação da prisão temporária se encontram presentes, especialmente a imprescindibilidade das prisões para a investigação criminal, o juiz resiste em decretá-las, especialmente por considerar a condição de empresário das pessoas a serem presas e o prazo de duração da prisão temporária.

## Medidas cautelares alternativas e mitigadas 6

Diante disso, o Ministério Público esclarece ao juiz que os elementos probatórios já disponíveis indicam que as buscas e apreensões poderiam, efetivamente, ser frustradas se não houvesse as prisões; por exemplo, poderiam ocorrer a ocultação de produtos químicos e a destruição de documentos. Entretanto, acrescenta que um dia de prisão temporária seria suficiente para cumprimento de todos os mandados de busca e apreensão, cujo cumprimento poderia levar a detectar situações de flagrante delito, as quais dispensariam os decretos de prisão temporária.

Com essas novas informações, o juiz decreta até um dia de prisão temporária e determina a expedição dos mandados de busca e apreensão domiciliares. Também poderia decretar a interdição cautelar dos estabelecimentos, pelo prazo de um a cinco dias (art. 3º do CPP c/c art. 272, § 1º, do CPP e art. 118 do CPM), para o fim de possibilitar o sucesso das buscas e apreensões.

## Medidas cautelares alternativas e mitigadas 7

O juiz pode verificar a adequação e a necessidade da medida cautelar pessoal, com fundamento em interpretações sistemáticas constitucional e infraconstitucional. Assim, constatando que um prazo menor é suficiente para que a medida cautelar cumpra sua finalidade, o juiz tem competência para especificar um prazo menor que o máximo previsto.

## Medidas cautelares alternativas e mitigadas 8

Em um *terceiro exemplo*, a autoridade policial representa ao juiz pela prisão preventiva de alguém, com fundamento na segurança da aplicação da lei penal, pois há perigo de fuga.

O juiz verifica que os pressupostos (art. 312, 1ª parte, CPP), fundamento (art. 312, 2ª parte, CPP) e condição de admissibilidade (art. 313, I, CPP) para decretação da prisão preventiva estão presentes, entretanto constata, nos autos, fortes indícios de inimputabilidade.

Diante disso, em vez da prisão preventiva, o juiz determina a aplicação provisória de medida de segurança, consistente na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado (art. 378 do CPP c/c arts. 96, I, e 97 do CP), bem como determina a instauração do incidente de insanidade mental (arts. 149 *et seq* do CPP), cujo exame médico-legal deverá ser realizado em até quarenta e cinco dias (art. 150, § 1º, CPP). Após o exame, se constatada a sanidade, o juiz poderá reexaminar se os pressupostos e fundamento da prisão preventiva estão presentes; em caso positivo, ainda poderá decretar a prisão preventiva.

## Medidas cautelares alternativas e mitigadas 9

Em um *quarto exemplo*, a autoridade policial representa ao juiz pela prisão preventiva do indiciado, com fundamento na segurança da aplicação da lei penal, novamente por haver perigo de fuga, uma vez que o indiciado teria obtido visto no passaporte e adquirido passagem para viagem ao exterior.

O juiz verifica que os pressupostos (art. 312, 1ª parte, CPP – prova da existência do crime e indício suficiente de autoria), o fundamento (art. 312, 2ª parte, CPP – segurança da aplicação da lei penal) e a condição de admissibilidade (art. 313, I, CPP – crime doloso apenado com reclusão) para decretação da prisão preventiva aparentemente estão presentes.

## Medidas cautelares alternativas e mitigadas 10

Todavia, baseado nos elementos probatórios, o juiz conclui, após exame da adequação e da necessidade, que a evitação da fuga poderia ser obtida de outra forma. Assim, decide-se pela alternatividade da medida cautelar e, com base no poder geral de cautela garantista de direitos fundamentais (art. 3º do CPP c/c arts. 798, 799 e 805 do CPC), determina: a) busca e apreensão cautelares do passaporte, da passagem aérea e da carteira de identidade civil (esta em razão de acordos internacionais que permitem viagem no Mercosul sem passaporte); b) condução coercitiva cautelar da pessoa à delegacia de polícia, para prestar esclarecimento a respeito, devidamente alertada de que tem o direito constitucional de permanecer em silêncio; c) requisição à Polícia Federal para evitar a saída do país, nos controles de aeroportos e de fronteira sob sua responsabilidade; d) requisição ao instituto de identificação que expediu a carteira de identidade civil, bem como àquele da localidade de domicílio (se diferentes), para que não emitam, provisoriamente, nova carteira de identidade civil; e) proibição de viagem ao exterior sem autorização judicial (ou seja, veda ao indiciado a prática de determinado ato, nos termos do art. 3º do CPP c/c art. 799 do CPC, o que também poderia ser feito por analogia com a menagem do art. 264 do CPPM).

## Medidas cautelares alternativas e mitigadas 11

Em um *quinto exemplo*, vamos supor, no mesmo caso acima, que, em vez de simplesmente entender que outras medidas cautelares alternativas fossem as necessárias com idoneidade equivalente, mesmo verificando a presença dos pressupostos, do fundamento e da condição de admissibilidade, o juiz ainda tivesse alguma dúvida, que, até ser solucionada, já teria possibilitado a fuga. Diante disso, ele determina as medidas acima especificadas, que possibilitam a evitação *provisória* da fuga. Contudo ele estabelece que a apreensão dos documentos, o alerta à Polícia Federal e o impedimento do instituto de identificação civil terão o prazo máximo de trinta dias, por analogia com o processo civil (art. 3º do CPP c/c art. 806 do CPC), dentro do qual a polícia poderá desenvolver diligências para demonstrar se efetivamente ocorre perigo de fuga. Findo o prazo, o juiz teria várias opções conforme o caso: a) devolver os documentos e liberar a viagem, pois tal viagem não acarreta perigo de fuga, uma vez que todos os recursos materiais e financeiros e a família do indiciado permanecem no Brasil, tratando-se apenas de viagem rotineira de trabalho, prevista no cronograma da empresa; b) manter as restrições, pois o perigo de fuga é real, mas tais restrições são suficientes para evitá-la; c) decretar a prisão preventiva, por ser o meio adequado e necessário para evitar a fuga.

# Contatos

## Denilson Feitoza

Doutor em Direito e Procurador de Justiça  
[dr.denilson.feitoza@gmail.com](mailto:dr.denilson.feitoza@gmail.com)

Presidente do Instituto Brasileiro de Inteligência Criminal  
INTECRIM

[www.intecrim.org.br](http://www.intecrim.org.br)

Coordenador de Inteligência da Fundação Escola Superior do MPMG  
(FESMP/MG)

[www.fesmpmg.org.br](http://www.fesmpmg.org.br)

Editora Impetus: [www.editoraimpetus.com.br](http://www.editoraimpetus.com.br)

Editora Lumen Juris: [www.lumenjuris.com.br](http://www.lumenjuris.com.br)