

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

Dirceu Augusto da Câmara Valle

Prisão e liberdade no processo penal militar

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

Dirceu Augusto da Câmara Valle

Prisão e liberdade no processo penal militar

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Penal sob a orientação do Prof. Doutor Marco Antonio Marques da Silva

SÃO PAULO

2009

Banca Examinadora

Para Nria, Sofia e Tomaz, esposa e filhos amados, com as desculpas pelo tempo de convívio subtraído nos últimos tempos.

Para Dirceu do Valle, homem sem preço, aquele que guiou meus primeiros passos, meu amor e admirao neste e nos outros planos.

Ao Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva, orientador na vida acadêmica e fora dela, exemplo de homem justo, meu muito obrigado.

Ao Professor Doutor Paulo Roberto da Silva Passos, amigo de todas as horas, incentivador de sempre, registro minha gratidão.

Ao Professor Doutor Cláudio José Langroiva Pereira, pelo apoio e amizade sempre presentes, fica meu agradecimento.

Ao amigo Fábio Simas Gonçalves, companheiro de há tempos, meu braço direito e metade do esquerdo, obrigado pela lealdade e confiança.

RESUMO

A dissertação tem por objetivo o trabalho proposto, além de debater matéria pouco enfrentada pela doutrina e que sequer é abordada ao longo do curso de graduação, demonstrar a necessidade de adequação do Direito Processual Penal Militar à Constituição Federal, bem como a muitos dos institutos previstos no Código Penal e na legislação extravagante, eis que, por conta dos draconianos diplomas e de algumas características peculiares, tratados os jurisdicionados da especializada quando submetidos a julgamento como se fosse a Justiça Militar a Mansão de Saturno.

Palavras-chave: Prisão, Liberdade, Justiça Militar, Código de Processo Penal Militar

ABSTRACT

The dissertation aims to the proposed work, and discuss matters little face and that even the doctrine is discussed throughout the course of studies, demonstrate the need for adequacy of criminal procedural law the Military Federal Constitution, as well as many of the institutions provided the Criminal Code and legislation extravagant, here is that, because of the draconian laws and for some peculiar characteristics, the treatment of specialized courts when subjected to trial as it was the mansion of Military Justice Saturn.

**Keywords: Prison, Freedom, Military Justice, Criminal Procedure
Military**

Introdução

1. Estado Democrático de Direito e Processo Penal Militar	01
1.1. Da tensão entre a liberdade e a hierarquia e disciplina	07
1.2. Dos princípios constitucionais garantidores da liberdade	19
1.2.1. Presunção de inocência: muito mais que não-culpabilidade	20
1.2.2. Devido processo legal	22
1.2.3. Livre convencimento motivado e persuasão racional do juiz	24
1.2.3.1. O dever do juiz fardado em motivar suas decisões	25
2. Justiça Militar	28
2.1. Brevíssimo esboço histórico	28
2.2. Organização em tempos de paz e de guerra	36
3. Crime militar	43
3.1. Conceito	43
3.2. Crime comum e crime militar: diferenciação	44
3.3. Crimes propriamente e impropriamente militares	45
4. Competência da Justiça Militar	48
4.1. Justiça Militar da União	50
4.1.1. Militares das Forças Armadas	50
4.1.2. Julgamento de civis: (in)constitucionalidade?	50
4.2. Justiça Militar Estadual	55
5. Interpretação da legislação penal militar e processual penal militar	57
5.1. O mito da autonomia	57
5.2. Índole do processo penal militar	62
5.3. Das convenções e tratados internacionais como norte interpretativo	64
6. Da prisão e da liberdade	65

6.1. Prisão pena e prisão processual	65
6.2. Liberdade como regra no processo penal militar	66
7. Da prisão antes do trânsito em julgado: necessidade	69
7.1. Da prisão em flagrante	74
7.1.1. Conceito, modalidades e formalidades	74
7.1.2. Relaxamento	79
7.2. Da prisão para averiguações	80
7.2.1. Cabimento nos crimes propriamente militares	82
7.2.1.1. Competência e requisitos	83
7.3. Da prisão temporária	91
7.4. Da menagem	92
7.4.1. Pressupostos	96
7.4.2. <i>Intra murus</i>	101
7.4.3. <i>Extra murus</i>	103
7.5. Da prisão preventiva	105
7.5.1. Pressupostos	106
7.5.1.1. Prova da existência do crime	107
7.5.1.2. Indício suficiente de autoria	107
7.5.2. Requisitos	109
7.5.2.1. Ordem pública	111
7.5.2.2. Conveniência da instrução criminal	116
7.5.2.3. Periculosidade do agente	117
7.5.2.4. Aplicação da lei penal militar	119
7.5.2.5. Exigência da hierarquia e disciplina	121
7.6. Da prisão por deserção	122
7.7. Da prisão do insubmisso	126
8. Da liberdade	128
8.1. Da inconstitucionalidade de qualquer vedação legal	128
8.2. Da aplicação do art. 310, parágrafo único, do CPP	130

8.3. Do habeas-corpus	132
9. Conclusões	138
Bibliografia	141

Introdução

Pouco se tem escrito sobre o Direito Penal Militar e Processual Penal Militar, repetindo-se, no mais das vezes, conceitos e idéias do início do século passado, como se mantidas fechadas as janelas da Justiça Militar aos já não tão novos ares constitucionais, tal qual em um sistema autopoietico.

Por ter o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar entrado em vigência sem discussão legislativa pelas mãos de uma Junta Militar que governava o Brasil, conseqüência do período de exceção que nos assolava em 1969, parece que prepondera o argumento de que “na esfera militar, é a *disciplina* e não a *liberdade* a nota suprema predominante e necessária”.¹

E em nome da hierarquia e disciplina que sabidamente são os pilares de sustentação da vida na caserna, parece tudo se justificar como na máxima de Maquiavel, funcionando o ramo que deveria ser a *ultima ratio* do sistema como *prima ratio*, prevalecendo aparentemente as parêntias *inter armas silent leges e cedant arma togae*.

É comum ver militares presos em flagrante delito por lesões corporais, prevaricação, ameaça, desacato etc., visto que, ignorando a ausência de relevância constitucional no discrimen praticado, prevalece o entendimento que não se aplica na Justiça Militar, tanto na Estadual como na Federal, os institutos da Lei n.º 9.099/95,² mesmo em tempo de paz e tratando o caso de crime impropriamente militar, porquanto

¹ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Crime Militar*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005, p. 33.

² Embora seu artigo 90-A, introduzido pela Lei n.º 9.839/99, padeça de inconstitucionalidade por violação ao princípio da igualdade.

se enxerga - em toda e qualquer infração - a Instituição Militar como vítima primária e como se cuidasse de um *crimen majestatis*, vendo, no menor dos infratores, um subversivo em potencial.

De igual maneira, assombra o posicionamento tanto da Justiça Militar Estadual como Federal que, em determinados crimes contra a disciplina militar, mantida a prisão processual obrigatória, porquanto, ignorando a Constituição Federal, decidem no sentido da existência de expressa vedação legal no Código de Processo Penal Militar em permitir liberdade provisória àqueles que incorrem em certos tipos penais, em paralelismo a superada proibição imposta na Lei dos Crimes Hediondos.

Prevê ainda o Código de Processo Penal Militar, em descompasso com a ordem constitucional, a possibilidade de manter um homem preso para garantir a hierarquia e disciplina, “coisificando” o militar submetido a medida de exceção, antecipando o efeito simbólico de uma pena que não se sabe se vai ser concretizada, quando teria o Estado os meios de conseguir o mesmo resultado pela via do Conselho de Disciplina para praças ou do Conselho de Justificação para oficiais, excluindo o elemento nocivo das fileiras das Forças Armadas ou Auxiliares, bem como mantendo o suposto infrator distante do ambiente militar enquanto perdurasse o processo.

Interessante também a questão da constitucionalidade da possibilidade de decretação da prisão preventiva pela periculosidade do acusado, vez que no Código de Processo Penal Militar, ao contrário do Código de Processo Penal, prevista expressamente tal hipótese, acarretando prisões provisórias que são verdadeiras

antecipações de punição quando não somente para satisfazer repercussão de certos casos.

Contudo, observada as peculiaridades que orbitam os militares, aplicável a eles a menagem, a qual, atentando ao crime imputado, divide-se em *intra murus* e *extra murus*, cumprindo a primeira em ambiente militar e a segunda em local fixado pela Justiça, fazendo pensar se tal restrição à liberdade - ainda que diminuta - poderia ser alcançada pelo instituto da detração, não obstante disposição expressa dite resposta negativa na modalidade mais favorável ao homenageado, haja vista que, ainda que de modo mitigado, sempre atingido o direito de ir e vir daqueles que se submetem a tal medida.

Outro ponto digno de nota é que, embora ausente expressa previsão no Código de Processo Penal ou em qualquer outro diploma o tempo que deve durar o processo penal (o que foi lamentavelmente repetido na nova redação ao artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal), prevê o Código de Processo Penal Militar o prazo máximo de cinquenta dias para o encerramento do processo quando estiver o réu preso e noventa dias quando estiver solto, interstício aquele que cabe o questionamento se não cumprido acarretará obrigatoriamente a colocação em liberdade do processado³ ou também deverá se atentar ao princípio da razoabilidade assim entendido pelo Poder

³ O Superior Tribunal Militar já reconheceu que o excesso de prazo é motivo suficiente para o relaxamento da prisão em flagrante: CORREIÇÃO PARCIAL - O mero requerimento de diligências do Parquet não justifica a mantença de civil preso em flagrante, com excedência do prazo previsto no artigo 79, ainda mais quando se cuida de recolhimento que já ultrapassa três meses de duração; decisão liberatória perfeitamente assentada na lei, a não merecer, pois, reparo na forma do artigo 498, a, do Código de Processo Penal Militar; indeferimento do pedido correicional; unânime. (STM - Correição Parcial n.º 1998.01.001583-6 / RJ – rel. Min. José Enaldo Rodrigues – j. 08/10/1998 – DJ 20/01/1999, vol. 798-09)

Judiciário.⁴

A prisão temporária, por sua vez, apesar de opiniões em contrário, em regra não poderá ser aplicada aos crimes impropriamente militares ante a ausência de previsão legal, restando a questão se quando investigado o militar pela prática de homicídio contra civil pela própria Corporação, poderá o encarregado do inquérito policial militar representar à Justiça Especial ou Especializada por sua decretação.⁵

De outra banda, prevista constitucionalmente a possibilidade de prisão por crime propriamente militar, ainda que não esteja o militar em flagrante delito e ausente ordem da autoridade judiciária (artigo 5º, inciso LXI), situação que acaba trazendo questão se ainda assim necessário facultar o contato com a família no período de recolhimento e se obrigatória a imediata comunicação da medida ao Estado-Juiz, destacado igualmente o instrumento do recolhimento disciplinar ao alcance das Forças Armadas e Auxiliares, permitindo que, normalmente dentro do mesmo prazo previsto na Lei n.º 7.960/89, independentemente da natureza comum ou militar do crime apurado, fique o investigado à disposição daquele que responsável pela coleta das informações, seja no órgão corregedor ou em outro quartel, vedada, na hipótese, a manutenção em estabelecimento prisional.

Embora não seja objeto do trabalho que se propõe, pretende-se mostrar na

⁴ Isto porque, conforme argumentado por Recaséns Siches, servindo o princípio para limitar e por barreiras ao poder de intervenção do Estado, a razoabilidade passou a servir de justificativa à prisão sem termo, ao cerceamento da liberdade sem limite.

⁵ Acenou o Supremo Tribunal Federal na ADI n.º 1494-3, a qual não chegou a ter análise de mérito, que tanto a Corporação Militar como a Polícia Civil teriam atribuições para a apuração.

medida que o texto permitir - ainda que de forma superficial - as diferenças no tratamento de uma mesma questão no ordenamento comum e especial, bem como demonstrar algumas das inconstitucionalidades do Código Penal Militar e do Código de Processo Penal Militar, muitas ignoradas pelas Cortes Militares, o que será feito no ilustrar dos problemas apresentados ligados à questão da prisão e da liberdade no processo penal militar.

Dará o trabalho destaque a necessidade de se interpretar o Código de Processo Penal Militar (e, por reflexo, o Código Penal Militar) à luz da Constituição Federal e de forma sistematizada, eis que, conquanto alguns apontem a *autonomia* do Direito Penal Militar em razão das peculiaridades da vida na caserna,⁶ há tempos reconhecida a interdisciplinariedade como imprescindível ao estudo da ciência do direito,⁷ o que deságua na conclusão de que se necessário buscar em outros ramos do conhecimento humano respostas para busca do ideal de justo, com maior razão pinçar do próprio ordenamento jurídico disposições que lhe dêem coerência.

Igualmente, tentará o quanto aqui se desenvolve chamar a atenção de que tempos outros vivemos, distinto daquele que deu vida ao Código Penal Militar e ao Código de Processo Penal Militar, necessitando amoldar os textos legislativos aos nossos dias, visto que “a exegese pode variar, com o tempo, e deve efetivamente mudar. Incumbe ao juiz interpretar a lei conforme a opinião dos homens inteligentes da sua época; ver no

⁶ Cf. COSTA, Álvaro Mayrink da. *Crime Militar*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005, p. 33/41. Ainda, CAMPOS JÚNIOR, José Luiz Dias. *Direito Penal e Justiça Militares*. Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 175/177.

⁷ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 19ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006, p. 160.

presente um desdobramento do passado, e não a fiel imagem deste, fixa, marmórea, inalterada; conciliar a tradição com a realidade, graças ao método histórico-evolutivo”.⁸

Por derradeiro, ainda que *en passant*, ficará questionado o papel dos juízes temporários na Justiça Militar, vez que, saídos todos das Academias Militares (instituições totais, segundo Goffman),⁹ homogeneizados no papel de assegurarem a qualquer custo a hierarquia e disciplina, relegando a segundo plano a preocupação com a liberdade de seus inferiores e a justiça da decisão proferida, atuando não como Juízes Militares e sim como Militares Juízes.

Assim, tem por objetivo o trabalho proposto, além de debater matéria pouco enfrentada pela doutrina e que sequer é abordada ao longo do curso de graduação, demonstrar a necessidade de adequação do Direito Processual Penal Militar à Constituição Federal, bem como a muitos dos institutos previstos no Código Penal e na legislação extravagante, eis que, por conta dos draconianos diplomas e de algumas características peculiares, tratados os jurisdicionados sujeitos à Justiça Militar, não raras vezes, como se ali fosse a Mansão de Saturno.

Por fim, espera-se que, diante da complexidade da matéria, seja esta modesta dissertação, antes objeto de indulgência do que de apreciação rigorosa.

⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. p. 117-118.

⁹ Cf. GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 7ª ed., São Paulo: Perspectiva, 2005.

1. Estado Democrático de Direito e Processo Penal Militar

Ao que interessa para a questão da prisão e da liberdade no Código de Processo Penal Militar, “entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira”.¹⁰

Aliás, aproveitando a ocasião, fruto do momento político conturbado que passava o Brasil, longe de dúvida que o Código de Processo Penal Militar foi elaborado de forma a servir à classe que detinha o poder de forma autoritária,¹¹ motivo que faz impossível tolerar uma interpretação engessada daquele diploma, porquanto, segundo Ronald Dworkin, “(...) a aquiescência às leis evidentemente não é suficiente para a justiça; a aquiescência plena provocará injustiça muito séria se suas regras forem injustas”.¹²

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 2º ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 149.

¹¹ A própria Exposição de Motivos confirma o objetivo: “O processo penal militar tem sido até agora regido pelo Decreto-Lei n. 925, de 2 de dezembro de 1938 (Código de Justiça Militar), que engloba a organização judiciária militar. As modificações que sofreu, no correr dos anos, não lhe atingiram a substância. Embora tenha sido instrumento útil à prática da Justiça Militar, a cujas necessidades procurou atender dentro de normas reputadas clássicas no processo penal brasileiro, podendo até ser considerado, sob certos aspectos, mais liberal que o Código de Processo Penal comum, promulgado em 1941, **impunha-se a sua reforma para atender a novas solicitações assim de ordem jurídica como de ordem política**, no âmbito processual militar”.

¹² *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 8.

Não é por outra razão que mostra-se sempiterna a lição de Carlos Maximiliano sobre a interpretação e aplicação do Direito à partir dos fatos sociais¹³ no sentido de que “o bom intérprete foi sempre o renovador insinuante, cauteloso, às vezes até inconsciente, dos sentidos das disposições escritas – o sociólogo do Direito”, complementando que “as mudanças econômicas e sociais contituem o fundo e a razão de ser de toda a evolução jurídica; e o Direito é feito para traduzir em disposições positivas e imperativas toda a evolução social”.¹⁴

E sendo fato que no Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais são consequência da própria soberania popular, devendo resultar a lei como um produto da vontade geral,¹⁵ observada a forma com que foram criados o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar, sem discussão pelo povo através dos legisladores que o representam, com mais viço ainda caberá ao intérprete verificar se os dispositivos ali previstos se coadunam com a atual ordem constitucional vigente.

Sobre a exegese de diplomas legais à partir do espírito constitucional, Luís Roberto Barroso salienta que:

“A interpretação conforme a Constituição, pode ser apreciada como um princípio de interpretação e como uma técnica de controle de constitucionalidade. Como princípio de interpretação, decorre ele da confluência dos dois princípios anteriores: o da supremacia da

¹³ De outra forma, infelizmente, toda razão teria Mefistófeles quando disse que o Direito seria uma ciência sem progresso. Cf. GOETHE, Johann Wolfgang von. *Fausto*. São Paulo: Editora 34, 2004.

¹⁴ *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 130-131.

¹⁵ Cf. PEREIRA, Cláudio José Langroiva. *Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 38.

Constituição e o da presunção de constitucionalidade. Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra de seu texto. Como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma, uma ação corretiva que importa em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Em qualquer de suas aplicações, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo”.¹⁶

Assim, diversos dispositivos que tratam do processo penal militar não foram recepcionados pela atual ordem constitucional, destacados aqueles que tratam da prisão e liberdade, como, por exemplo, a impossibilidade de concessão de liberdade provisória a maioria dos delitos previstos na norma material, bastando que o crime seja punido com detenção superior a dois anos ou a reclusão independentemente do *quantum* previsto para que não se constate a necessidade da prisão antes de decisão definitiva, inseridos também na impossibilidade de análise da liberdade provisória aqueles tipos previstos no artigo 270, parágrafo único, alíneas "a" e "b", da legislação adjetiva castrense (crimes militares que, ainda que na modalidade culposa, possa colocar em risco a segurança do Brasil, bem como os tipificados nos arts. 157, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 173, 176, 177, 178, 187, 192, 235, 299 e 302, todos do Código Penal Militar).

Nessa toada, não se pode perder de vista que a “solução pacífica dos conflitos” e

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 6ª ed., Saraiva: São Paulo, 2008, p. 371-372.

a “defesa da paz” (artigo 4º, incisos VI e VII, da Constituição Federal) são, há tempos,¹⁷ princípios adotados pelo Brasil em suas relações com outros países, tanto que, não obstante a participação nas duas grandes guerras mundiais e o envio de tropas em missões de paz, desde que instalada a República o território brasileiro nunca foi palco de operações militares.

Contudo, apesar da aversão à guerra fazer parte da identidade internacional do Brasil, todos os cidadãos brasileiros são potencialmente militares (artigo 3º, §1º, alínea "a", inciso IV, e artigo 4º, inciso I, alínea "b", ambos do Estatuto dos Militares), considerados reserva das Forças Armadas, sujeitos à convocação e mobilização, destacado o *status* das Polícias Militares de Forças Auxiliares do Exército (artigo 144, §6º, da Constituição Federal). Aliada a condição de que todo nacional poderá ostentar, tem a Justiça Militar da União, conforme entendimento que prevalece, mesmo em tempo de paz, competência para julgar civis acusados da prática de crime militar (vide artigo 9º, inciso III, alíneas "a" a "d", do Código Penal Militar), portanto, toda a população.

E nesse palmilhar, longe de dúvida que não poderá o intérprete que atua nas lições daqueles que fizeram das armas sua profissão, salvo situações excepcionais que exijam idênticas medidas (v.g., estado de defesa ou de sítio), tolher ou admitir que se atinja a liberdade de cidadãos, fardados ou paisanos, para assegurar hierarquia e disciplina a qualquer preço, coisa incompatível com o modelo elegido pela vigente ordem

¹⁷ vide artigo 88 da Constituição de 1891; artigo 4º da Constituição de 1934; artigo 4º da Constituição de 1946; e artigo 7º, parágrafo único, da Constituição de 1967, mantido o mesmo texto em 1969.

constitucional.

Prosseguindo, observada a característica da Justiça Militar em somar a toga aos sabres para a formação da vontade coletiva,¹⁸ necessário especial cuidado para que não se transforme o ramo que deveria ser a *ultima ratio* do sistema como a panacéia contra os que não se adaptaram à vida no interior do quartel, haja vista que os oficiais componentes dos Conselhos de Justiça, tanto Permanente como Especial, correm o risco de trazer, no momento da decisão do caso submetido a julgamento, toda aquela doutrinação obtida nas Academias Militares, instituições totais por excelência,¹⁹ as quais incutem nos que passam por seus bancos a missão de assegurar, a qualquer custo, a hierarquia e a disciplina, desvirtuando a finalidade última da norma penal.²⁰

Conquanto abalizada doutrina aponte que - em tempo de paz - a prática de um crime militar se revela capaz de levar a uma indisciplina generalizada na Força²¹ e que necessário o Direito Penal Militar para manter a regularidade das instituições

¹⁸ Ressalvando que na Justiça Militar da União todos os crimes se submetem aos Conselhos de Justiça, enquanto que, no âmbito da Justiça Militar Estadual, os crimes militares cometidos contra civis serão de competência do juízo militar singularmente (com exceção do homicídio doloso que, por força da Lei n. 9299/96, deve ser julgado pelo Tribunal do Júri), cabendo ao escabinato a apreciação dos demais.

¹⁹ Cf. GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. 7ª ed., São Paulo: Ed. Perspectiva, 2001.

²⁰ A esse respeito José Cerezo Mir obtempera que: “O reconhecimento constitucional de um bem jurídico não implica, todavia, que deva ser ele objeto de defesa pelo Direito Penal. Este último é considerado pela moderna ciência do Direito Penal como sendo de caráter subsidiário e fragmentário. As sanções penais só devem ser utilizadas quando sejam insuficientes as de outros setores do ordenamento jurídico”. *Apud* PRADO, Luiz Régis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1997, p. 09.

²¹ Cf. NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREINFINGER, Marcello. *Apontamentos de Direito Penal Militar*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, p. 19.

militares,²² tem-se que, em casos tais, observado o caráter subsidiário e fragmentário da norma repressiva máxima, bastaria a imposição de pena disciplinar ao infrator, excluindo o sujeito, se o caso, das fileiras da Força a que pertença, o que já resguardaria a ordem na caserna.

Assim, feitas tais considerações, longe de dúvida que por conta das idiossincrasias e das normas que imperam principalmente *intra murus*, possível o se deparar com situações que descabem não só a prisão cautelar, como a própria persecução de índole penal.²³

Como aponta Roberto Delmanto Júnior, “o *fundamento* do processo penal é a *tutela da liberdade jurídica do ser humano*, consubstanciando-se em um instrumento da liberdade que surge como complemento dos direitos e garantias individuais, impondo limites à atuação estatal em cumprimento do seu dever de prestar jurisdição”.²⁴

Arrematando:

“(...) já que o exercício do poder jurisdicional fundamenta-se na função do Estado em distribuir justiça, constituindo o processo penal o único instrumento para que isso seja legitimamente possível, há este que ser avesso a arbitrariedades, caprichos, humilhações gratuitas, prisões desnecessárias etc., sob pena do próprio Estado fomentar a desarmonia social, violando, através de opressões e repressões, a própria essência da

²² Cf. NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREINFINGER, Marcello. ob. cit., p. 39.

²³ Como, aliás, recentemente decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC n.º 94809/RS, relatado pelo Min. Celso de Mello, caso de porte de entorpecente em local sujeito à administração militar (artigo 290 do Código Penal Militar), ocasião que se trancou a ação penal admitindo a aplicação do princípio da insignificância.

²⁴ JÚNIOR, Roberto Delmanto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2ª ed., São Paulo: Renovar, 2001, p. 3-4.

existência humana, qual seja, a liberdade, voltando-se, assim, contra sua própria razão de existir”.²⁵

Deste modo, o Direito Processual Penal Militar em um Estado Democrático de Direito, tem por escopo, sempre à luz da Constituição Federal, mais que servir à pretensão punitiva nascida com a prática do delito, entendimento ultrapassado e que diminua a importância da norma adjetiva, mas, principalmente, tal qual o Direito Processual Penal, servir de instrumento para garantir liberdades.²⁶

1.1. Da tensão entre a liberdade e a hierarquia e disciplina

Embora o binômio hierarquia e disciplina esteja previsto constitucionalmente como fundamento das Forças Armadas (artigo 142 da CF), impossível considerar os pilares que sustentam a vida no quartel como princípios constitucionais ou, ainda, aos que assim entendem,²⁷ considerar que tais se sobreponham à liberdade, haja vista que, sendo necessário observar a “ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins”,²⁸ observado que o Brasil é uma nação em que historicamente vedada a guerra de conquista, alheia à beligerância e que prefere a “solução pacífica dos conflitos”,

²⁵ *Idem, ibidem.*

²⁶ Cf. PORTO, Hermínio Alberto Marques Porto. DA SILVA, Roberto Ferreira. *Fundamentação constitucional das normas de direito processual Penal.* in *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, coord. Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva, São Paulo: Quartien Latin, 2008, p. 589-611. FERNANDES, Antonio Scarance. *Efetividade do processo penal e dignidade humana.* In *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, p. 527-542.

²⁷ FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. *Hierarquia e Disciplina, Vigas mestras das Forças Armadas, verdadeiros princípios jurídico-constitucionais,* in *Revista Direito Militar*, ano VIII, n.º 46, p. 6.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição.* p. 147.

presente, portanto, o norte interpretativo de que a liberdade em situações normais preponderará quando em choque com os pilares da vida na caserna.

Nesse ponto, como forma de demonstrar a primazia da liberdade em face da hierarquia e disciplina, importante a análise daquilo que José Afonso da Silva considera como “a expressão solene de propósitos, uma afirmação de princípios, uma síntese do pensamento que dominou na Assembléia Constituinte em seu trabalho de elaboração contitucional”,²⁹ ou seja, o *Preâmbulo da Constituição Federal*, o qual evidencia que o Estado Democrático de Direito Brasileiro destina-se a assegurar a liberdade como valor supremo e comprometido com a solução pacífica das controvérsias, internas ou externas.³⁰

Sobre a importância do Preâmbulo da Constituição Federal como norte interpretativo, Alexandre de Moraes obtempera que:

“O preâmbulo de uma Constituição pode ser definido como documento de intenções do diploma, e consiste em uma certidão de origem e legitimidade do novo texto e uma proclamação de princípios que demonstra a ruptura com o ordenamento constitucional anterior e o surgimento jurídico de um novo Estado”.³¹

Atentando a ideologia da Constituição Federal, ressalvado uma vez mais o caráter pacifista do Brasil, havendo um período de anormalidade institucional, possível

²⁹ *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 21.

³⁰ Vale ressaltar que apenas as Constituições Federais de 1934 e 1988 fazem alusão à liberdade com princípio a ser observado pelo Estado Brasileiro.

³¹ *Constituição do Brasil Interpretada*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 119.

que no caso concreto possa o resguardo da hierarquia e disciplina se sobrepujar à liberdade. Situações excepcionais como, por exemplo, as assim declaradas na forma da Constituição Federal (arts. 136 e 137), exigem medidas excepcionais.

Não se nega que a hierarquia e disciplina são princípios da vida militar, mas daí considerá-las princípios constitucionais, *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências da justiça, impossível se concordar, principalmente porque, seguindo os critérios sugeridos por Canotilho,³² carecem de elevado grau de abstração; possível de aplicação direta e, portanto, não necessita de mediações concretizadoras; não alcança segmentos outros da vida senão a atividade militar, não podendo ser tratada como fonte do direito; ausente proximidade com a idéia de direito; e, finalmente, não tem natureza normogenética para servir de *ratio* para outras regras jurídicas.

Entendem alguns autores que a própria disposição estrutural da Constituição Federal, enumerando em seu título I os princípios fundamentais da nova ordem, reforçado pelo disposto no artigo 60, §4º, da Lei Maior, indica a existência de um escalonamento entre os princípios constitucionais, dizendo haver “uma hierarquia no inter-relacionamento desses princípios com outras normas da CF e sobretudo com outros princípios constitucionais (...) que põe a lume a maior importância dos seus princípios fundamentais no confronto com outros princípios”,³³ o que resolveria o conflito aparente que se enfrenta.

³² Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1146/1147.

³³ Cf. BORGES, José Souto Maior. *Pró-dogmática: Por uma hierarquização dos princípios constitucionais*. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n.º 1, 1993, p. 145.

Inegável que, em tempo de paz, soa patentemente desproporcional manter preso por deserção um jovem militar que, por exemplo, enamorado, deixa de retornar ao quartel depois de oito dias afastado do ambiente militar, notadamente quando sujeito a pena de seis meses a dois anos (artigo 187 do Código Penal Militar).

Contudo, nos termos do artigo 453 do Código de Processo Penal Militar, vêm decidindo o Superior Tribunal Militar³⁴ e os Tribunais de Justiça Militares de São Paulo,³⁵ Minas Gerais³⁶ e Rio Grande do Sul,³⁷ não raras vezes, que necessária a manutenção do trânsfuga encarcerado independentemente da presença dos requisitos autorizadores da segregação cautelar, debalde venha o Supremo Tribunal Federal, também em não poucas oportunidades, desconstituídas as decisões em tal sentido que naquela Corte aportam.³⁸

³⁴ STM – Correição Parcial n.º 2006.01.001921-3/PA, Rel. Min. Gen. Ex. Antonio Apparicio Ignacio Domingues, j. 06.06.06; STM – HC n.º 2003.01.033866-7/SP, Rel. Min. Alte. Esq. José Julio Pedrosa, j. 11.12.2003

³⁵ TJM/SP – HC n.º 1750/04, Rel. Juiz Cel PM Ubirajara Almeida Gaspar, j. 26.10.2004

³⁶ TJM/MG – HC n.º 1556, Rel. Juiz Cel PM Sócrates Edgard dos Anjos, j. 15.07.2008

³⁷ TJM/RS – HC n.º 767/01, Rel. Juiz Antonio Carlos Maciel Rodrigues, j. 08.08.2001

³⁸ Habeas Corpus. 1. No caso concreto, alega-se falta de fundamentação de acórdão do Superior Tribunal Militar (STM) que revogou a liberdade provisória do paciente por ausência de indicação de elementos concretos aptos a lastrear a custódia cautelar. 2. Crime militar de deserção (Código Penal Militar, art. 187). 3. Interpretação do STM quanto ao art. 453 do Código de Processo Penal Militar ("Art. 453. O desertor que não for julgado dentro de sessenta dias, a contar do dia de sua apresentação voluntária ou captura, será posto em liberdade, salvo se tiver dado causa ao retardamento do processo"). O acórdão impugnado aplicou a tese de que o art. 453 do Código de Processo Penal Militar estabelece o prazo de 60 (sessenta) dias como obrigatório para a custódia cautelar nos crimes de deserção. 4. Segundo o Ministério Público Federal (MPF), a concessão da liberdade provisória, antes de ultimados os 60 (sessenta) dias, previstos no art. 453 do Código de Processo Penal Militar, não implica qualquer violação legal. O Parquet ressalta, também, que o decreto condenatório superveniente, proferido pela Auditoria da 8ª CJM, concedeu ao paciente o direito de apelar em liberdade, por ser primário e de bons antecedentes, não havendo qualquer razão para que o mesmo seja submetido a nova prisão. 5. Para que a liberdade dos cidadãos seja legitimamente restringida, é necessário que o órgão judicial competente se pronuncie de modo expresse, fundamentado e, na linha da jurisprudência deste STF, com relação às prisões preventivas em geral, deve indicar elementos concretos aptos a justificar a constrição cautelar desse direito fundamental (CF, art. 5º, XV - HC nº 84.662/BA, Rel. Min. Eros Grau,

E em decisões como a noticiada à guisa de exemplo - uma de inúmeras que causam perplexidade a qualquer operador do direito - que se fica claro o conceito peculiar do que vem a ser justo externado pelos Tribunais Militares, usando da prisão cautelar para servir de exemplo ao restante da tropa, antecipando os efeitos de prevenção geral que poderia ter eventual pena.

Seguindo adiante, para questão como a colocada que cuida da tensão entre liberdade e a hierarquia e disciplina, pouco importa se entenda um e outro princípio constitucional, observado o princípio da proporcionalidade, em situações normais bom dizer novamente, preponderará o direito de ir e vir do cidadão, militar ou não.

Não é por outra razão que Suzana Toledo Barros considera que o princípio da proporcionalidade “tem como principal campo de atuação o dos direitos e garantias fundamentais, e, por isso, qualquer manifestação do poder público deve render-lhe

1ª Turma, unânime, DJ 22.10.2004; HC nº 86.175/SP, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, unânime, DJ 10.11.2006; HC nº 87.041/PA, Rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, maioria, DJ 24.11.2006; e HC nº 88.129/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, unânime, DJ 17.8.2007). **6. O acórdão impugnado, entretanto, partiu da premissa de que a prisão preventiva, nos casos em que se apure suposta prática do crime de deserção (Código Penal Militar, art. 187), deve ter duração automática de 60 (sessenta) dias. A decretação judicial da custódia cautelar deve atender, mesmo na Justiça castrense, aos requisitos previstos para a prisão preventiva nos termos do art. 312 do CPP.** Precedente citado: HC nº 84.983/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, unânime, DJ 11.3.2005. Ao reformar a decisão do Conselho Permanente de Justiça do Exército, o STM não indicou quaisquer elementos fático-jurídicos. Isto é, o acórdão impugnado limitou-se a fixar, in abstracto, a tese de que “é incabível a concessão de liberdade ao réu, em processo de deserção, antes de exaurido o prazo previsto no art. 453 do Código de Processo Penal Militar”. É dizer, o acórdão impugnado não conferiu base empírica idônea apta a fundamentar, de modo concreto, a constrição provisória da liberdade do ora paciente (CF, art. 93, IX). Precedente citado: HC nº 65.111/RJ, julgado em 29.5.1987, Rel. Min. Célio Borja, Segunda Turma, unânime, DJ 21.8.1987). 7. Ordem deferida para que seja expedido alvará de soltura em favor do ora paciente. (HC 89645 / PA - Rel. Min. Gilmar Mendes - j. 11.9.2007).

obediência”.³⁹ eis que:

“(…) tem fundamental importância na aferição da constitucionalidade de leis interventivas na esfera de liberdade humana, porque o legislador, mesmo perseguindo fins estabelecidos na Constituição e agindo por autorização desta, poderá editar leis consideradas inconstitucionais, bastando para tanto que intervenha no âmbito dos direitos com a adoção de cargas coativas maiores do que as exigíveis à sua efetividade”.⁴⁰

Ocorre que, mesmo a quem entenda cuidar os sustentáculos da vida militar de regra, sujeita ao tudo ou nada na interpretação, valiosa a reflexão de Luís Roberto Barroso quando se posiciona pela “não-aplicação de determinadas regras porque importariam em contrariedade a um princípio ou a um fim constitucional”.⁴¹ E prossegue:

“O fato de uma norma ser constitucional em tese não exclui a possibilidade de ser inconstitucional *in concreto*, à vista da situação submetida a exame. Portanto, uma das conseqüências legítimas da aplicação de um princípio constitucional poderá ser a não-aplicação da regra que o contravenha”.⁴²

Enfim, nasceu o homem para ser livre e dessa maneira deve permanecer, salvo situações excepcionais, sendo assim, ausente situação concreta de risco à instrução, vedada a prisão de quem quer que seja para se usar como exemplo para a tropa, vez que

³⁹ *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 26.

⁴⁰ *Idem*, p. 29.

⁴¹ *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 384.

⁴² *Idem*, *ibidem*.

o artigo 255, alínea “e”, do Código de Processo Penal Militar, possui a intenção de combater situação estranha ao processo, protegendo a hierarquia e disciplina que é tutelada pelo direito material, distorcendo a prisão cautelar para “*un instrumento efectivo para la lucha contra el delito*”.⁴³

1.2. Dos princípios constitucionais garantidores da liberdade

A Constituição Federal, retrato político da nação, que prevê o ideal a ser buscado pela sociedade, traz diversos princípios, destacados aos que aqui interessam, a presunção de inocência e o devido processo legal, bem como o da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, vindo o último a ganhar especial relevo por conta da característica do escabinato julgador no âmbito da Justiça Militar.

Nesse ponto, é de bom alvitre frisar que os princípios constitucionais são o arcabouço da interpretação da Lei,⁴⁴ pois, como ponderado por Ruy Samuel Espíndola, “desempenham a função de dar fundamento material e formal aos subprincípios e

⁴³ HASSEMER, Wienfried. *Crítica al derecho penal de hoy – Norma, interpretación, procedimiento – Límites de la prisión preventiva*, 2ª ed., Ed. Ad Hoc, 2003, p. 105.

⁴⁴ “(...) princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, Malheiros: São Paulo, 2008, p. 90.

demais regras integrantes da sistemática normativa”,⁴⁵ complementando o mencionado autor que “os princípios se convertem igualmente e, *norma normarum*, ou seja, norma das normas”.⁴⁶

Dito isso, denota-se que a Lei Militar - sobretudo o Código de Processo Penal Castrense - há de ser posta em prática consoante o espírito desses princípios garantidores da liberdade do cidadão, fardado ou não.⁴⁷

1.2.1. Presunção de inocência: muito mais que não-culpabilidade

Apesar do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal garantir a desconsideração prévia de culpabilidade em face daquele que não tem sentença penal condenatória coberta pelo manto do trânsito em julgado, a verdade é que, com a incorporação ao nosso ordenamento do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto de San José da Costa Rica, por conta, respectivamente, do artigo 14, n.º 2 e do artigo 8º, n.º 2, 1ª parte, dos mencionados tratados, ampliada a garantia, passando a pedagogicamente ser protegido de forma mais intensa o cidadão, vedada qualquer presunção em face da acusação sofrida.⁴⁸

⁴⁵ *Conceito de Princípios Constitucionais*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2002, p. 78.

⁴⁶ *Idem*, p. 79.

⁴⁷ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

⁴⁸ “A garantia da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, Constituição) é vetor cultural do processo, e atua no *status* do acusado e como indicativo do sistema probatório, exigindo, igualmente uma defesa substancial e não apenas formal. Desta maneira, traduzirá a forma de tratamento do acusado, não mais visto como um objeto do processo, mas sim sujeito de direitos dentro da relação processual”. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal à luz da Constituição*. Bauru: Edipro, 1999, p. 27.

E no emaranhado legislativo, repleto de normas draconianas que prevêm, inclusive, manter preso aquele que absolvido enquanto se aguarda decisão em recurso da acusação pública,⁴⁹ convém lembrar que “toda providência ou restrição que importe em antecipação da condenação ou de sua execução parece vedada ao legislador”.^{50 51}

Roberto Delmanto Júnior, enfrentando bem o tema, obtempera:

“O direito à presunção de inocência, portanto, afigura-se como uma pilastra de todo e qualquer Estado Democrático de Direito, abrangendo, como referido, não só a questão do ônus da prova, mas, também, a inadmissibilidade de qualquer tratamento preconceituoso em função da condição de acusado, do direito ao resguardo de sua imagem, ao silêncio que não importa em admissão de culpa, a local condigno que lhe seja destinado na sala de audiências ou no plenário do Júri, ao não uso de algemas, salvo casos excepcionalíssimos e, por fim, à cautelaridade e excepcionalidade da prisão provisória (...)”.⁵²

A presunção de inocência, portanto, traz diversos reflexos de ordem processual, seja sobre o direito à prova, ao duplo grau de jurisdição e também quanto aos antecedentes criminais, mas principalmente acerca do ônus da prova para a acusação. Disso se infere que a parêmia *in dubio pro reo* passa a ser premissa básica do princípio

⁴⁹ vide artigo 441, §1º, do Código de Processo Penal Militar.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 638.

⁵¹ A jurisprudência vem afastando a prisão como forma, ainda que implícita, de antecipação de aplicação da pena: “A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada em fatos concretos que demonstrem a presença dos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência, sob pena de antecipar reprimenda a ser cumprida no caso de eventual condenação.” (STJ – 5ª T. - HC 119757/SP - rel. Min. Arnaldo Estves Lima – j. 19.02.2009 - DJe 16/03/2009).

⁵² *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. p. 68.

da presunção de inocência.⁵³

1.2.2. Devido processo legal

Com origens no direito inglês, mais precisamente na Carta Magna do rei João Sem Terra, o devido processo legal está entre as mais sagradas garantias constitucionais, posto que é justamente à partir dela que surgem outras inúmeras garantias,⁵⁴ como, por exemplo, juiz natural, igualdade entre as partes, duplo grau de jurisdição, publicidade dos atos processuais, motivação das decisões, ampla defesa, tempo razoável para a duração do processo etc.

⁵³ “A presunção de inocência tem como ponto de partida o *in dubio pro reo*, não só como sua origem imediata, senão também posto que tal, como afirma Jorge Carreras, é um princípio verdadeiro que rege o processo penal, enquanto instrumento jurisdicional da atividade persecutória penal (*ius perseguendi in iudicio*).

A presunção de inocência tem um liame direto com os preceitos estabelecidos pelo *in dubio pro reo*, refletindo-se exatamente como um apresunção oposta, demonstrada quando tomadas as medidas de restrição à liberdade do cidadão, sem que haja manifestamente o cumprimento das exigências legais.

Embora seja aceito por toda a doutrina, é indispensável que o princípio *in dubio pro reo*, como uma medida de reconhecimento da vulnerabilidade do cidadão em face do exercício da legítima pretensão punitiva estatal quando existente um delito”. BENTO, Ricardo Alves. *O dogma constitucional da presunção de inocência*. in *Processo penal e garantias constitucionais*. coord. Marco Antonio Marques da Silva, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 579.

⁵⁴ Cândido Rangel Dinamarco aduz que a convergência dos princípios e garantias constitucionais resultam no devido processo legal: “A expressa garantia do *due process of law*, contida no inc. LIV do art. 5º da Constituição Federal, tem o significado sistemático de fechar o círculo das garantias e exigências constitucionais relativas ao processo, numa fórmula sintética destinada a afirmar a indisponibilidade de todas e reafirmar a autoridade de cada uma. Esse enunciado explícito vale ainda como *norma de encerramento* portadora de outras exigências não tipificadas em fórmulas mas igualmente associada à idéia democrática que deve prevalecer na ordem processual (art. 5º, § 2º)”. *Instituições de direito processual civil*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, vol. I, p. 244-245.

Não basta simplesmente presumir inocente aquele que é acusado de prática criminal até transitar em julgado decisão condenatória, “a presunção de inocência impõe que somente possa ser considerada provada a responsabilidade do acusado, quando estiver de acordo com a lei processual”,⁵⁵ ou seja, imprescindível o respeito ao devido processo legal, entendido assim como a observância a um rito em consonância com a ordem constitucional.⁵⁶

Tempos atrás, em lição que não perde a atualidade, João Mendes de Almeida Júnior asseverava que “as formas do processo asseguram a liberdade dos indivíduos”.⁵⁷ Aliás, foi com esse mesmo raciocínio que Rui Barbosa ensinou que “só os déspotas não se apegam ao dogma jurídico, que faz das formas processuais a santidade e a garantia essencial do direito”.⁵⁸ Não restam dúvidas que essa frase resume bem a imperatividade do princípio do devido processo legal.⁵⁹

⁵⁵ SILVA, Marco Antonio Marques. *Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 32.

⁵⁶ Antonio Sacarance Fernandes, embasado na doutrina de Robert Alexy, chama a atenção para o procedimento como direito fundamental e como fator de legitimação da decisão: “São dois os direitos fundamentais do indivíduo que interessam especialmente ao processo criminal: o direito à liberdade e o direito à segurança, ambos previstos no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Como decorrência desses direitos fundamentais, os indivíduos têm direito a que o Estado atue positivamente no sentido de estruturar órgão e criar procedimentos que, ao mesmo tempo, lhes assegurem a segurança e lhes garantam a liberdade. Dentro dessa ótica, o procedimento a ser instituído, para ser obtido um resultado justo, deve proporcionar a efetivação dos direitos à segurança e à liberdade dos indivíduos. Em outros termos, o direito ao procedimento processual penal consiste em direito a um sistema de princípios e regras que, para alcançar um resultado justo, faça atuar as normas do direito repressivo, necessárias para a concretização do direito fundamental à segurança, e assegure ao acusado todos os mecanismos essenciais para a defesa de sua liberdade. De forma resumida, uma sistema que assegure eficiência com garantismo, valores fundamentais do processo penal moderno”. *Teoria geral do procedimento e procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 39-40.

⁵⁷ *O Processo criminal brasileiro*. 4ª ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1959, vol. I, p. 14.

⁵⁸ *O Justo e a Justiça*, in *Obras seletas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1957, vol. VIII, p. 67/71.

⁵⁹ Sobre o tema, Rogério Lauria Tucci suscita que: A garantia constitucional do devido processo legal, especificada ao processo penal (*devido processo penal*), reclama, para sua

Portanto, é de suma importância a devida observância à garantia do devido processo e, sobretudo, aos seus corolários legais.

1.2.3. Livre convencimento motivado e persuasão racional do juiz

Emerge de forma cristalina no sistema jurídico pátrio que o direito exige dos julgadores a motivação das decisões prolatadas, sob pena de evidente cerceamento de defesa e nulidade da decisão.

Assim, todas as vezes que o Estado-Juiz decidir, principalmente questões de máxima importância como aquelas que tocam às liberdades individuais, deverá esmerar-se em fundamentar o édito, *ex vi* do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.⁶⁰

efetivação, como visto, que o procedimento em que este se materializa observe, rigorosamente, todas as formalidades em lei prescritas, para o perfeito atingimento de sua finalidade solucionadora de conflito de interesses socialmente relevantes, quais sejam o punitivo e o de liberdade”. Especificamente em questões acerca da liberdade de um cidadão, esse mesmo autor ainda pondera que: (...) “inadmissível afigura-se a privação da liberdade sem a ‘garantia’ consubstanciada num ‘processo’ desenvolvido na forma que a lei estabelece, lei essa dotada de todas as garantias do processo legislativo”. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2004., p. 83.

⁶⁰ Sobre o assunto, assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal: HABEAS CORPUS. Direito Penal Militar. Exacerbação da pena-base e aplicação de causa de aumento de pena. Fundamentação. Ocorrência. Necessidade de reexame dos elementos de fato. Inviabilidade. Nulidade. Inexistência. I. **A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, consoante o inc. IX do art. 93 da Constituição Federal, é condição absoluta de sua validade, consistindo na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a**

Diante do texto constitucional, como anota Antonio Scarance Fernandes, “não há dúvida que a existência de motivação abrange todas as decisões relevantes do processo, definitivas ou interlocutórias, principalmente quando estas afetem direitos individuais”.⁶¹

Ainda sobre a necessidade de fundamentação, analisando o fato social que inspirou o constituinte, pronuncia-se, com a autoridade que o tem distinguido, Alexandre de Moraes:

“O princípio de que os julgamentos devem ser motivados está hoje firmemente estabelecido (...) Surge aos olhos dos homens do nosso tempo uma garantia contra as decisões arbitrárias e, mais ainda, talvez como uma garantia de que as decisões serão maduramente refletidas e conforme ao direito (...)”.⁶²

Desconsiderar o dever de motivar as decisões judiciais, portanto, muito mais do que negar um direito àquele que está submetido ao processo, é desrespeitar luta infinda da sociedade,⁶³ submetendo-a a tempos obscuros, afeiçoando o processo às surreais

evidenciar a hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes. (...) (STF – 2ª T. - HC 90045 / RJ – rel. Min. Joaquim Barbosa – j. 10/02/2009 – Dje-053 em 19/03/2009).

⁶¹ *Processo penal constitucional*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 130.

⁶² *Constituição do Brasil interpretada*. p.1352

⁶³ A esse respeito, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco pontuam que: “Outro importante princípio, **voltado como o da publicidade ao controle popular sobre o exercício da função jurisdicional, é o da necessária motivação das decisões judiciária**. Na linha de pensamento tradicional a motivação das decisões judiciais era vista como garantia das partes, com vistas à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma. Era só por isso que as leis processuais comumente asseguravam a necessidade de motivação (CPP, art. 381; CPC, art. 165 c.c. 458; CLT, art. 832).

novelas de Franz Kafka, algo inconcebível para o Estado Democrático de Direito.

1.2.3.1. O dever do juiz fardado em motivar suas decisões

A única decisão admitida sem necessidade de fundamentação é a dos jurados no Tribunal do Júri.

No caso dos juízes militares, o dever legal de motivar suas decisões decorre de força constitucional, haja vista que são eles integrantes do Poder Judiciário (CF, arts. 92, inciso VI, 122, inciso II, e 125) e, nessa condição, têm a obrigação de motivar todas as suas decisões, *ex vi* do artigo 93, inciso IX, da Carta Magna.

A ilustrar o quanto aqui exposto vale a citação de Ronaldo João Roth:

“Importante consignar que a decisão do colegiado é formada, então, da decisão proferida pelo voto dos juízes individualmente, de tal sorte que o cômputo daqueles é que formará a decisão do colegiado. Entendo, assim, que cada um dos votos do colegiado deve obedecer ao madamento constitucional da motivação para ser válido”.⁶⁴

Demais disso, conforme prevê o artigo 400 do Código de Processo Penal Militar, os juízes militares têm o dever legal de firmar compromisso no sentido de apreciar com imparcialidade e atenção os fatos que lhes forem submetidos e julgá-los de acordo com a lei e a prova dos autos, o que reforça a necessidade de fundamentar suas decisões..

Mais modernamente, foi sendo salientada a função política da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões”. *Teoria geral do processo.*, p. 68-69.

⁶⁴ *O juiz militar e o dever de motivar sua decisão.* In Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, ano IV, n.º 19, setembro/outubro de 1999, p. 34-34.

Embora o Conselho de Justiça, assim como o Tribunal do Júri, seja órgão colegiado de primeira instância, necessita aquele que seus componentes motivem seus votos, até para permitir ao juiz togado que redija a sentença (artigo 438, § 2º, do Código de Processo Penal Militar), vedado o acompanhamento sem qualquer justificativa da posição do Juiz-Auditor ou do Juiz de Direito, o que lamentavelmente comum.

Livre convencimento não se confunde com livre arbítrio.

Sorteado para fazer parte do Conselho de Justiça, Permanente ou Especial, o militar passará a desempenhar função em que evidentemente não cabe a leviandade e, menos ainda, se deixar arrastar pelo cômodo acompanhamento do juiz togado que antes se manifestou. Conta com parcela da jurisdição em suas mãos e tem a obrigação de compor a decisão colegiada com suas impressões e convicções publicamente tão logo encerrem as partes os debates.

Isto porque, além de não caber mais na atual ordem constitucional o julgamento em sessão secreta a que fazia alusão o artigo 434 do Código de Processo Penal Militar, devem os juízes militares, após o voto do magistrado togado, se pronunciarem perante as partes e o público que eventualmente assista o julgamento sobre as questões de fato e de direito debatidas, *ex vi* do artigo 435, sob pena de, constatada em ata a letargia de um dos julgadores, ficar o caso passível de anulação por não se ter observado formalidade essencial do ato, incidindo a inteligência do artigo 500, inciso IV, do mesmo *codex*.

Portanto, indiscutível e irrefragável o dever de o juiz militar em fundamentar suas decisões.

2. Justiça Militar

2.1. Escorço histórico

Com origens remotas, a história da Justiça Militar está inserida desde o início da crônica dos acontecimentos da humanidade, tendo gênese à partir do momento em que os povos constituíram exércitos para a defesa e expansão de seus territórios, como lembra José Luiz Dias Campos:

“A história da Justiça Militar tem suas origens na própria história da humanidade. (...) existem antecedentes históricos que permitem deduzir que, em determinados povos civilizados da antiguidade, tais como a Índia, Lacedemônia, Atenas, Pérsia, Macedônia, Cartago, era conhecida a existência de certos delitos militares e era aceito, às vezes, seu julgamento, pelos próprios militares, especialmente em tempo de guerra”.⁶⁵

É certo que dois momentos distintos da história contribuíram mais para o aperfeiçoamento da Justiça Militar: o Império Romano e a Revolução Francesa.

O primeiro, por conta de seu caráter extremamente ofensivo, com a necessidade de disciplinar as relações entre os militares, instituiu as bases da hierarquia e disciplina, o que deu origem aos *Codex Theodosianus*, considerada a primeira legislação penal castrense do ocidente.⁶⁶ Já os estampidos dos canhões da Revolução Francesa foram preponderantes para a criação das atuais estruturas de um Tribunal Militar.

⁶⁵ *Direito Penal e Justiça Militares*, Curitiba: Juruá, 2004, p. 48.

⁶⁶ MIRANDA, Reinaldo Moreira de. *As origens remotas do Direito Penal Militar*. in *Revista A Força Policial*, IMESP, 1998, n.º 17, p. 89.

Ronaldo João Roth pondera que Roma foi o berço da Justiça Militar, lembrando que “o nosso Direito Penal Militar remonta das raízes latinas, '*jus castrensis romanorum*', ou seja, o direito dos acampamentos romanos, de origens remotas, séculos I e II da era Cristã”.⁶⁷

Sobre a Revolução Francesa, Edgard de Brito Chaves Júnior, citado por Ronaldo João Roth, ressalta que “depois da Revolução Francesa, foram criados o juiz de instrução militar e o Ministério Público, ficando, assim, estruturadas e repartidas as funções de acusar, de formar a culpa e julgar pelos conselhos de guerra”.⁶⁸

No Brasil, a exemplo de outras instituições, a Justiça Militar passou por momentos distintos.

Enquanto Colônia de Portugal o Brasil seguia a legislação militar específica daquela Metrópole. Em reminiscências históricas daquele período, lembra-se que:

“Em Portugal, a a Justiça Militar constituía-se nos Conselhos de Guerra, os quais já vigoravam ao tempo das Ordenações Afonsinas – publicadas em 1446, sob o reinado de D. Afonso V, e consideradas como primeiro código europeu completo -, modelo esse que acabou vigendo no Brasil desde o seu descobrimento”.⁶⁹

⁶⁷ ROTH, Ronaldo João. *Justiça Militar e as peculiaridades do Juiz Militar na atuação jurisdicional*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 06.

⁶⁸ *Apud* ROTH, Ronaldo João. *Justiça Militar e as peculiaridades do Juiz Militar na atuação jurisdicional*, p. 06.

⁶⁹ ROTH, Ronaldo João. *Justiça Militar e as peculiaridades do Juiz Militar na atuação jurisdicional*, p. 10.

E conclui que:

“(…) o modelo no Brasil da Justiça Militar era idêntico ao existente em Portugal, portanto, pode-se afirmar que, desde o descobrimento do Brasil, os crimes praticados por militares de mar e terra eram conhecidos, processados e julgados pelos superiores hierárquicos dos réus, os quais integravam os Conselhos de Guerra e as Juntas Militares, estrutura essa de Primeira Instância que consistia a Justiça Castrense”.⁷⁰

Ao final do ano de 1807, as tropas de Napoleão Bonaparte obrigam a coroa portuguesa a procurar abrigo no Brasil. Assim, a capital do reino de Portugal foi estabelecida na capital do Estado do Brasil, a cidade do Rio de Janeiro, registrando-se o que alguns historiadores denominam de “inversão metropolitana”, ou seja, da antiga Colônia passou a ser exercido governo do Império Português.

Assim, com a chegada da corte de Dom João VI em 1808 surgem diversas mudanças no Brasil,⁷¹ as quais também vão refletir na Justiça Militar.

A exemplo de outras instituições, a Justiça Militar no Brasil também passou por profundas modificações. A primeira, e quiçá mais importante, foi a emancipação da legislação militar brasileira, que se deu com o estabelecimento de uma legislação específica, por meio do Alvará de 1º de abril de 1808, baixado por D. João VI.

⁷⁰ *Idem*, p. 11.

⁷¹ Cite-se como exemplo: a abertura dos portos às nações amigas; a fundação do primeiro Banco do Brasil; a Criação da Imprensa Régia e a permissão para publicação de jornais; a criação da Real Academia Militar; a abertura de duas escolas de medicina (Bahia e Rio de Janeiro); a criação da Biblioteca Nacional etc.

Outra importante mudança foi a criação do Supremo Conselho Militar e de Justiça. Sobre essas Cortes de Justiça, Octavio Augusto Simon de Souza consignou que:

“Em 01.04.1808, após a chegada do Príncipe regente Dom João, foi criado o Supremo Conselho Militar e de Justiça. Este foi o terceiro tribunal no Brasil (o primeiro foi o Tribunal da Relação da Bahia – então a Capital do Brasil – em 1609; o segundo foi o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro – a segunda Capital – em 1751). O Supremo Conselho de Justiça era competente para julgar os militares em segunda instância; o Supremo Conselho Militar costumava responder às consultas do Rei (e depois as do Imperador) o Exército e a Marinha, opinando sobre requerimentos, promoções, nomeações, insígnias etc. Vê-se, assim, que, bem antes da Independência, já se tinha estabelecido que deveria existir uma jurisdição especial para os militares”.⁷²

Em 1820 veio a lume o Código Penal Militar, que condensava a legislação penal, processual e ainda a disciplinar. Contudo, por conta da revolução que ocasionou a Independência do Brasil logo a seguir em 1822, esse diploma foi revogado.

Ao contrário do que se poderia imaginar a Independência do Brasil e a consequente Constituição do Império do Brasil de 1824 não trouxe qualquer disposição à Justiça Militar, mantendo-se, portanto, o *status quo*.

A esse respeito, Ronaldo João Roth salienta que:

“A Constituição do Império do Brasil de 1824 não fez referência alguma

⁷² DE SOUZA, Octavio Augusto Simon. *Justiça Militar – uma comparação entre os sistemas constitucionais brasileiro e norte-americano*, Juruá: Curitiba, 2008, p. 71-72.

à Justiça Militar e nem enumerou os órgãos do Poder Judiciário. Essa situação, no entanto, no plano da legislação ordinária, dava à Justiça Militar uma caráter de especialização ao julgamento das questões inerentes aos militares”.⁷³

Com uma análise mais detalhada, Octavio Augusto Simon de Souza lembra que:

“A Constituição de 1824 não contemplou a Justiça Militar, embora houvesse algumas esparsas menções à 'Força Militar' que, de acordo com o art. 147 era, naquele tempo, 'é essencialmente obediente; jamais se poderá reunir, sem que lhe seja ordenado pela Autoridade legitima', que era o Poder Executivo, encabeçado pelo Imperador e exercido pelos Ministros de Estado, que tinham a exclusiva competência para fazer uso da Força Militar para a segurança do Imperador e defesa (art. 148)”.⁷⁴

Chegada a República, a Justiça Militar brasileira voltou a respirar novos ares. Isto porque, a Constituição de 1891, em seu art. 77, disciplinou de maneira expressa questões envolvendo a Justiça Militar. Assim, tratou de estabelecer, como direito, o foro especial para os militares (de terra e mar), instituindo também o Supremo Tribunal Militar e os conselhos necessários para a formação da culpa e julgamento dos crimes, consignando ainda que a organização e atribuições do Supremo Tribunal Militar serão reguladas por lei.

Já em 1895 teve gênese o Regulamento Processual Criminal Militar, o qual objetivava regular o processo e dar organização aos tribunais na Justiça Militar. Expedido pelo Supremo Tribunal Militar em virtude do artigo 5º § 3º do decreto n.º 149,

⁷³ *Justiça Militar e as peculiaridades do Juiz Militar na atuação jurisdicional*. p.23.

⁷⁴ *Justiça Militar – uma comparação entre os sistemas constitucionais brasileiro e norte-americano*, p. 73.

de 18 de junho de 1893, foi ele posto em prática por meio da mesma Corte de Justiça.

Mas a República passava por períodos conturbados, repletos de rebeliões e tentativas de subverter a ordem até então jurídico-política vigente, motivando, com isso, uma legislação mais ampla.

Disso surgiu o Código de Organização Judiciária e Processo Militar, no qual estava inserido também um Código Penal Militar (Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920). Desse diploma ficou registrado a sua preocupação em otimizar a Justiça Militar e, ainda, a preocupação em assegurar a defesa técnica, por meio de advogado, aos militares acusados.

Também não durou muito esse Código, pois logo a seguir, em 1922, foi instituído por meio do Decreto n.º 15.635, de 26 de agosto de 1922, um outro Código de Organização Judiciária e Processo Militar

A insegurança jurídica ganhava um novo capítulo quando em 1926 o Poder Executivo remodelou novamente a estrutura da Justiça Militar por meio do Decreto n.º 17.231, de 26 de fevereiro de 1926, pelo então presidente Arthur da Silva Bernardes, a partir do qual foram criados um cargo de Ministro togado no Supremo Tribunal Militar, um de Sub-Procurador da Justiça Militar, o de Auditor Corregedor no Rio de Janeiro e um de Auditor no Rio Grande do Sul, além de cargos de promotor, escrivão e oficial de justiça.

Por conta das falhas da legislação militar e principalmente em razão de inúmeras

revoltas militares que ocorriam constantemente, o Governo Brasileiro se viu obrigado a tomar medidas de urgência acerca da estrutura da Justiça Militar (Decretos n.ºs 20.656, de 4 de novembro de 1931 e 21.289, de 14 de abril de 1932). Medidas mais urgentes ainda tiveram que ser postas em prática por conta do Revolução Constitucionalista de 1932, que inclusive forçou a criação de tribunais de campanha, pelos decretos n.ºs 21.886, de 29 de setembro de 1932, e 22.043, de 3 de novembro de 1932, além de profundas modificações do Código de 1926.

Chegado o ano de 1934, o Brasil conheceu uma nova Constituição Federal, a qual, no entanto, manteve, em grande parte, a organização judiciária anterior (da Carta Magna de 1891), merecendo destaque, porém, a inserção da Justiça Militar como integrante do Poder Judiciário.

Logo a seguir o Brasil passa por outro período conturbado, inclusive com a promulgação de uma outra Constituição Federal em 1937, a qual manteve a Justiça Militar como parte do Estado-Juiz.

Nesse período, onde o governo estava nas mãos de Getúlio Vargas, foi ainda criado o Tribunal de Segurança Nacional (Lei n.º 244, de 11 de setembro de 1936), que, de início, seria um órgão com competência para os tempos de guerra, todavia, passou a exercer jurisdição também em tempos de paz, donde surgiram diversos conflitos de competência com a própria Justiça Militar, uma vez que sobreveio a Lei Constitucional n.º 7, de 30 de setembro de 1942, que trouxe modificação na Constituição Federal então vigente, o que possibilitou que o Tribunal de Segurança Nacional pudesse processar e

julgar crimes contra a segurança do Estado, ainda que em tempos de paz.

Em 1938, mais uma alteração na legislação fez surgir o Código da Justiça Militar (Decreto-Lei nº 925, de 2 de dezembro de 1938), que, entretanto, não trouxe profundas mudanças.

Passada a 2ª Guerra Mundial e, no Brasil, com o fim do período que se convencionou chamar de Estado Novo, sobreveio em 1946 mais uma Constituição Federal, que manteve a Justiça Militar como foro especial para os militares (artigos 106 a 108), e cujos órgãos de base passaram a ser as Auditorias Militares, alterando ainda a nomenclatura do Supremo Tribunal Militar para Superior Tribunal Milita. Importante inovação nessa Carta Magna foi a previsão acerca da Justiça Militar em âmbito Estadual.

Mas o curso da história política brasileira continuava claudicante e em 1964 o País se viu envolto por algo que acabou por afetar toda a América do Sul.

No dia 31 de março de 1964 não teve aurora na Terra de Santa Cruz. E o País se viu lançado em uma longa noite, com a democracia, os direitos e garantias dos cidadãos trancados em porões.

A ditadura militar instalada no Brasil modificou toda a organização judiciária do Brasil. Nesse contexto, diferente de outros órgãos do Poder Judiciário (e até mesmo de outros Poderes da República) a Justiça Militar teve ampliada suas competência e

jurisdição, sobretudo no julgamento daqueles que eram considerados crimes contra a segurança nacional, contra o Estado Brasileiro e a ordem política e social.

Outras mudanças sobrevieram, dentre as quais merece destaque aquela oriunda do Ato Institucional n.º 2 segundo a qual o Superior Tribunal Militar passaria a ter competência originária para processar e julgar os Governadores de Estado que infringissem a Lei n.º 1.802, de 05 de janeiro de 1953 (Define os crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social, e dá outras providências).

Foi justamente nessa conjuntura de negação de direitos que foram instituídos o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar (respectivamente, Decreto-Lei n.º 1.001 e 1.002, ambos de 21 de outubro de 1969), os quais vigem até os dias atuais.

2.2. Organização em tempos de paz e de guerra

Como visto, atualmente a estrutura da Justiça Especial e Especializada é disciplinada pela Constituição Federal de 1988, a qual em seu artigo 92 a tem como órgão do Poder Judiciário, composta pelo Superior Tribunal Militar e pelos Tribunais e Juízes Militares (CF, artigo 122), competindo processar e julgar os crimes militares definidos em lei (CF, artigo 124).

No âmbito da União, a Justiça Militar é competente para processar e julgar os

membros das Forças Armadas e também civis, sendo regulada pela Lei n.º 8.457 de 04 de setembro de 1992.

Para efeitos de administração, em tempo de paz, o território nacional divide-se em doze Circunscrições Judiciárias Militares, consoante disposto pelo artigo 2º desse citado dispositivo legal.⁷⁵

É assim composto o Superior Tribunal Militar, com sede em Brasília e jurisdição em todo o território nacional, com quinze ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército e três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis, estando sua competência disciplinada pelo artigo 6º da já citada Lei.⁷⁶

⁷⁵ Art. 2º. Para efeito de administração da Justiça Militar em tempo de paz, o território nacional divide-se em doze Circunscrições Judiciárias Militares, abrangendo:

- a) 1ª - Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo;
- b) 2ª - Estado de São Paulo;
- c) 3ª - Estado do Rio Grande do Sul;
- d) 4ª - Estado de Minas Gerais;
- e) 5ª - Estados do Paraná e Santa Catarina;
- f) 6ª - Estados da Bahia e Sergipe;
- g) 7ª - Estados de Pernambuco, Rio Grande do Norte, Paraíba e Alagoas;
- h) 8ª - Estados do Pará, Amapá e Maranhão;
- i) 9ª - Estados do Mato Grosso do Sul e Mato Grosso; (Redação dada pela Lei nº 8.719, de 19.10.93)
- j) 10ª - Estados do Ceará e Piauí;
- l) 11ª - Distrito Federal e Estados de Goiás e Tocantins;
- m) 12ª - Estados do Amazonas, Acre, Roraima e Rondônia. (Redação dada pela Lei nº 8.719, de 19.10.93) .

⁷⁶ Art. 6º Compete ao Superior Tribunal Militar:

I - processar e julgar originariamente:

- a) os oficiais generais das Forças Armadas, nos crimes militares definidos em lei; (Redação dada pela Lei nº 8.719, de 19.10.93)
- b) *revogado*. pela Lei nº 8.719, de 19.10.93

Já em primeira instância a Justiça Militar da União é formada pelas Auditorias Militares, as quais são formadas por Conselhos de Justiça, que dividem-se em duas espécies, a saber: a) Conselho Especial de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor e quatro Juízes militares, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial superior, de posto mais elevado que o dos demais juízes, ou de maior antiguidade, no caso de igualdade; e b) Conselho Permanente de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor, por um oficial superior, que será o presidente, e três oficiais de posto até capitão-tenente ou capitão.

A competência dos Conselhos de Justiça é delimitada pelos arts. 27 e 28 da Lei 8.457/92, sendo que ao Conselho Especial compete processar e julgar oficiais, exceto oficiais-generais, nos delitos previstos na legislação penal militar; enquanto que ao Conselho Permanente de Justiça, compete processar e julgar acusados que não sejam oficiais; competindo-lhes, ainda, decretar a prisão preventiva de acusado, revogá-la ou restabelecê-la; conceder menagem e liberdade provisória, bem como revogá-las; decretar medidas preventivas e assecuratórias, nos processos pendentes de seu julgamento; declarar a inimizabilidade de acusado nos termos da lei penal militar,

-
- c) os pedidos de *habeas corpus* e *habeas data*, nos casos permitidos em lei;
 - d) o mandado de segurança contra seus atos, os do Presidente do Tribunal e de outras autoridades da Justiça Militar;
 - e) a revisão dos processos findos na Justiça Militar;
 - f) a reclamação para preservar a integridade da competência ou assegurar a autoridade de seu julgado;
 - g) os procedimentos administrativos para decretação da perda do cargo e da disponibilidade de seus membros e demais magistrados da Justiça Militar, bem como para remoção, por motivo de interesse público, destes últimos, observado o Estatuto da Magistratura;
 - h) a representação para decretação de indignidade de oficial ou sua incompatibilidade para com o oficialato;
 - i) a representação formulada pelo Ministério Público Militar, Conselho de Justiça, Juiz-Auditor e advogado, no interesse da Justiça Militar;

quando constatada aquela condição no curso do processo, mediante exame pericial; decidir as questões de direito ou de fato suscitadas durante instrução criminal ou julgamento; ouvir o representante do Ministério Público sobre as questões suscitadas durante as sessões; conceder a suspensão condicional da pena, nos termos da lei; praticar os demais atos que lhe forem atribuídos em lei.

Em tempo de guerra são órgãos da Justiça Militar da União junto às forças em operações os Conselhos Superiores de Justiça Militar; os Conselhos de Justiça Militar; e os Juízes-Auditores. Segundo o artigo 90 da Lei n.º 8.457/92, compete a esses órgãos o processo e o julgamento dos crimes praticados nos chamados teatros de operações militares⁷⁷ ou em território estrangeiro, militarmente ocupados por forças brasileiras, ressalvado o disposto em tratados e convenções internacionais.

O Conselho Superior de Justiça Militar atua como órgão de segunda instância e é formado por dois oficiais-generais, de carreira ou reserva convocado, e um Juiz-Auditor, todos nomeados pelo Presidente da República. Sua competência abrange processar e julgar originariamente os oficiais-generais; julgar as apelações interpostas das sentenças proferidas pelos Conselhos de Justiça e Juízes-Auditores; e julgar os embargos opostos às decisões proferidas nos processos de sua competência originária.

Por sua vez, o Conselho de Justiça Militar compõe-se de um Juiz-Auditor ou Juiz-Auditor Substituto e dois oficiais de posto superior ou igual ao do acusado,

⁷⁷ Segundo Gualterberg Nogueira de Lima Silva, “teatro de operações” é a região onde ocorrem os empregos tático e estratégico de equipamento e pessoal militar. *Do processo penal na Justiça Militar em tempo de guerra in Direito Militar* - Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, 2003, n.º 41, p. 31.

observado, na última hipótese, o princípio da antigüidade de posto, sendo competente para o julgamento dos oficiais até o posto de coronel, inclusive; e decidir sobre arquivamento de inquérito e instauração de processo, nos casos de violência praticada contra inferior para compeli-lo ao cumprimento do dever legal ou em repulsa à agressão.

Já as Auditorias Militares funcionarão nos teatros de operações, sendo formada de um Juiz-Auditor, um Procurador, um Defensor Público, um Secretário e auxiliares necessários, podendo as duas últimas funções ser exercidas por praças graduadas, com competência para os processos em que forem réus praças, civis ou oficiais até o posto de capitão-de-mar-e-guerra ou coronel, inclusive; e julgar as praças e os civis.

Nesse contexto, importa salientar que o Código Penal Militar, em seu artigo 10, classifica aqueles que são considerados crimes militares em tempos de guerra, destacando a condição de que crimes previstos no Código Penal e em legislação extravagante terão o *status* de infrações militares e passíveis de julgamento, portanto, desde que praticadas dentro das condições previstas no dispositivo, pela Justiça Militar.

No que tange às unidades da Federação, a Constituição Federal normatiza em seu artigo 125 que os Estados organizarão suas respectivas Justiças Militares, observados os princípios estabelecidos na Constituição, consignando ainda em seu § 3º que a lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar Estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juizes 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.

Mais adiante, o § 4 do artigo 125, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45, dispõe que compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados (policiais militares e bombeiros), 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.

Outrossim, também com redação a partir da mencionada Emenda n.º 45, o § 5º desse dispositivo legal regula que 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.

Assim, nos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul a Justiça Militar possui primeira e segunda instâncias. A primeira instância é formada pelas Auditorias Militares, enquanto a segunda é constituída pelo Tribunal de Justiça Militar.

Nos outros Estados da Federação a Justiça Militar é composta pelas Auditorias Militares, sendo que os Tribunais de Justiça são os órgãos de segunda instância.

Finalmente, cumpre destacar que após a Emenda Constitucional n.º 45 a

nomenclatura do juiz togado na Justiça Militar dos Estados deixou de ser “Juiz-Auditor” e passou a ser “Juiz de Direito”, passando também a presidência dos trabalhos ao juiz togado quando antes cabia ao militar de maior patente, peculiaridade mantida no âmbito da Justiça Militar da União.

3. Crime militar

3.1. Conceito

Crime militar, sob o aspecto formal, é toda e qualquer violação registrada pela lei penal militar a que se impõe uma pena. Sob o aspecto material, contudo, é a conduta que afronta o bem jurídico tutelado pelo Código Penal Militar de uma maneira tal que seja necessário o uso da norma especial para censurá-la.

Conquanto possa parecer lacônico tal conceito, cumpre esclarecer que não há no Código Penal Militar uma definição legal acerca de crime militar, havendo tão somente fatos típicos caracterizados como ilícitos,⁷⁸ donde se depreende que o legislador adotou o critério *ratione legis* para definir de crime militar.

A ilustrar o que aqui é exposto, tem-se o posicionamento de Célio Lobão sobre o tema:

“Como não poderia de acontecer, o Código Penal Militar em vigor,

⁷⁸ Com forte influência de Esmeraldino Bandeira, lembrando que inicialmente a legislação brasileira adotava critérios *ratione materiae e ratione personae* para a definição de crime militar, José da Silva Loureiro Neto chama atenção para a falta de critério científico para a definição de crime militar quando afirma que: “A classificação do crime militar não tem obedecido critério uniforme, variando através dos tempos de acordo com a legislação de cada país”. Esse mesmo autor, ainda aduz que: “A definição pura do crime militar, crime que por militar pode ser praticado, depois de Esmeraldino Bandeira, que admitiu a concepção dos crimes própria e impropriamente militares, tornou-se letra morta, e os chamados crime impropriamente militares criaram na mentalidade dos legisladores da época uma fonte interminável de conceituações de tais crimes, que a definição de crime militar passou a ser esta: 'crime militar é todo aquele que a lei assim o reconhece'. Embora especificamente não o seja, o legislador assim o entendeu e dessa forma tem que ser apreciado”. *Direito penal militar*. São Paulo:, Atlas: 1993, p. 31-34.

seguindo o de 1944, e em obediência ao mandamento constitucional da época, que continua inalterado na atual Lei Maior (art. 124: 'crimes militares definidos em lei'), adotou o critério *ratione legis*, ou critério objetivo, na classificação do crime militar, sem, no entanto, dispensar outros critérios que, subordinados ao *ratione legis*, constituem elementos de caracterização do tipo penal impropriamente militar com definição idêntica no Código Penal Militar e no comum”.⁷⁹

Essa assertiva mostra-se mais correta quando se atenta ao artigo 124 da Constituição Federal, que ao fixar a competência da Justiça Militar, coloca que a mesma é competente para processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Nesse aspecto, Jorge Alberto Romeiro Neto entende que esse é o único norte para entender crime militar, pois a Constituição Federal “manteve o único critério existente em nosso direito, desde a Constituição de 1946 para a conceituação dos crimes militares: o denominado critério 'ratione legis’”⁸⁰

3.2. Crime comum e crime militar: diferenciação

Difere o crime comum do militar em razão do bem jurídico tutelado, haja vista que presente um *plus* na proteção prevista no Código Penal Militar, ainda que indiretamente, com as instituições militares, o que justificaria a pena diferenciada entre alguns crimes previstos tanto na legislação comum como na especial. Nesse sentido são as considerações de Coimbra e Streinfinger acerca do conceito do “*bem jurídico penal*”

⁷⁹ *Direito penal militar*, 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 57.

⁸⁰ *Apud* LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*, p. 49.

militar”,⁸¹ enxergando, como dito, espécie de “crime lesa-majestade” em toda e qualquer infração.

Aliás, sobre o assunto, pertinente a fala de Hélio Lobo:

“Ao crime comum se opõe, conforme a lição clássica, o crime militar. Um regula-o, a lei comum; outro, a lei de exceção. Para aquelê, o direito do paisano; para êste, o direito do soldado. O primeiro tem sua repressão empreendida pelo código penal ordinário, é o homicídio, o ferimento, o furto. O segundo recebe uma codificação à parte, é o homicídio praticado por soldado, a deserção, o abandono de posto”.⁸²

Portanto, pode-se gravar que o crime militar possui uma gama de bens jurídicos maior do que os crimes comuns, uma vez que traz ínsito a defesa da instituição e de seus pilares.

3.3. Crimes propriamente e impropriamente militares

No que toca às diferenças entre os crimes propriamente e impropriamente militares, conquanto boa parte da doutrina aponte a desnecessidade da distinção, fato é que a própria Constituição Federal (artigo 5º, inciso LXI), o Código Penal (artigo 64, inciso II) e o Código de Processo Penal Militar (artigo 614, inciso III) apontam, ainda que modo indireto, diferença no tratamento entre um e outro.

⁸¹ *Apontamentos de direito penal militar*. p. 17.

⁸² *Sabres e togas: a autonomia judicante militar*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lorsoi, 1960, p. 62.

Melhor explicando, em regra e em linhas gerais, crime propriamente militar é aquele que não encontra correspondente na legislação penal comum (p. ex.: deserção, oposição à ordem de sentinela, conspiração etc), enquanto crime impropriamente militar é aquele previsto em ambos os estatutos repressivos (p. ex.: homicídio, concussão, peculato etc).

A esse respeito, histórica a lição de Esmeraldino O. T. Bandeira:

“Entre nós é usual e corrente a divisão de taes crimes em – propria ou puramente militares; e em impropria ou accidentalmente militares. Os primeiros suppõem, a um tempo, a qualidade militar no acto e character militar do agente. São os crimes conforme o ensinamento de certa doutrina, constituem um residuo de infracções irreductiveis ao direito commum. Os segundos são crime intrinsecamente communs, mas que se tornam militares já pelo carácter militar do agente, já pala natureza militar do local, já pela anormalidade da época ou do tempo em que são commetidos”⁸³

É justamente sobre o agente do delito que Célio Lobão faz sua distinção entre crime militar próprio e impróprio ao comentar que:

“... em face do direito positivo brasileiro, o crime militar é a infração penal prevista na lei penal militar que lesiona bens ou interesses vinculados à destinação constitucional das instituições militares, às suas atribuições legais, ao seu funcionamento, à sua própria existência, no

⁸³ BANDEIRA, Esmeraldino O. T. *Direito, justiça e processo militar*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1919, vol. IV, p. 19-20.

aspecto particular da disciplina, da hierarquia, da proteção à autoridade militar e ao serviço militar.

As ofensas definidas na lei repressiva castrense que dizem respeito à destinação constitucional, às atribuições legais das instituições militares, à autoridade militar, ao serviço militar, têm, como agentes, tanto o civil como o militar, enquanto as que atingem a disciplina e a hierarquia têm como destinatário somente o Militar”.⁸⁴

⁸⁴ *Direito penal militar*, p. 50.

4. Competência da Justiça Militar

Nos termos do artigo 124 da Constituição Federal, à Justiça Militar compete o julgamento dos civis e militares acusados da prática de crimes tipificados no Código Penal Militar,⁸⁵ necessitando para se confirmar sua competência, em tempo de paz, a subsunção da conduta a qualquer das hipóteses do artigo 9º, incisos I, II e III do referido *codex*, servindo, principalmente, como diploma voltado à proteção dos bens jurídicos de interesse das Forças Armadas.⁸⁶

⁸⁵ O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência assente nesse sentido: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PUNIÇÃO IMPOSTA A MEMBRO DAS FORÇAS ARMADAS. CONSTRIÇÃO DA LIBERDADE. HABEAS CORPUS CONTRA O ATO. JULGAMENTO PELA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA. MATÉRIA AFETA À JURISDIÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 109, VII, e 124, § 2º. I - **À Justiça Militar da União compete, apenas, processar e julgar os crimes militares definidos em lei, não se incluindo em sua jurisdição as ações contra punições relativas a infrações** (art. 124, § 2º, da CF). II - A legalidade da imposição de punição constritiva da liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio de habeas corpus. Precedentes. III - Não estando o ato sujeito a jurisdição militar, sobressai a competência da Justiça Federal para o julgamento de ação que busca desconstituí-lo (art. 109, VII, CF). IV - Reprimenda, todavia, já cumprida na integralidade. V - HC prejudicado. (STF – 1ª T. - RHC 88543 / SP – rel. Min. Ricardo Levandowski – j. 03/04/2007 – DJe 04 de 26/04/2007).

⁸⁶ Cf. HABEAS CORPUS. CRIMES DE HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL GRAVE CONTRA MILITAR EM OPERAÇÃO DE TRANSPORTE DE FARDAMENTO DO EXÉRCITO. COLISÃO DO VEÍCULO DO PACIENTE COM A VIATURA MILITAR. IMPUTAÇÃO DE DOLO EVENTUAL. AGENTE CIVIL. INOCORRÊNCIA DE CRIME MILITAR. INTERPRETAÇÃO ESTRITA DA FUNÇÃO DE NATUREZA MILITAR. EXCEPCIONALIDADE DA JUSTIÇA CASTRENSE PARA O JULGAMENTO DE CIVIS, EM TEMPO DE PAZ. 1. **Ao contrário do entendimento do Superior Tribunal Militar, é excepcional a competência da Justiça Castrense para o julgamento de civis, em tempo de paz.** A tipificação da conduta de agente civil como crime militar está a depender do "intuito de atingir, de qualquer modo, a Força, no sentido de impedir, frustrar, fazer malograr, desmoralizar ou ofender o militar ou o evento ou situação em que este esteja empenhado" (CC 7.040, da relatoria do ministro Carlos Velloso). 2. O cometimento do delito militar por agente

Cumpra registrar ainda que estão fora da competência, tanto da Justiça Militar da União como da Estadual, os crimes dolosos contra a vida e cometidos contra civil, haja vista a edição da Lei n.º 9.299/96 que aponta como competente o Tribunal do Júri.⁸⁷

civil em tempo de paz se dá em caráter excepcional. Tal cometimento se traduz em ofensa àqueles bens jurídicos tipicamente associados à função de natureza militar: defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais, da Lei e da ordem (art. 142 da Constituição Federal). 3. No caso, a despeito de as vítimas estarem em serviço no momento da colisão dos veículos, nada há na denúncia que revele a vontade do paciente de se voltar contra as Forças Armadas, tampouco a de impedir a continuidade de eventual operação militar ou atividade genuinamente castrense. 4. Ordem concedida para anular o processo-crime, inclusive a denúncia. (STF – 1ª T. - HC 86216 / MG – rel. Min. Carlos Brito – j. 19/02/2008 – DJe 202 de 23/10/2008).

⁸⁷ Tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça já sedimentaram jurisprudência nesse sentido: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL MILITAR. PROCESSUAL PENAL MILITAR. CRIME DOLOSO PRATICADO POR CIVIL CONTRA A VIDA DE MILITAR DA AERONÁUTICA EM SERVIÇO: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL: ART. 9º, INC. III, ALÍNEA D, DO CÓDIGO PENAL MILITAR: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de ser constitucional o julgamento dos crimes dolosos contra a vida de militar em serviço pela justiça castrense, sem a submissão destes crimes ao Tribunal do Júri**, nos termos do o art. 9º, inc. III, "d", do Código Penal Militar. 2. Habeas corpus denegado. (STF – 1ª T. - HC 91003 / BA – rel. Min. Carmem Lúcia – j.22/05/2007 – DJe 072 de 02/08/2007);

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA PRATICADO POR MILITAR CONTRA CIVIL. LEI 9.299/96. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. TRIBUNAL DO JÚRI. CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. NULIDADE. PRECEDENTES DO STF. ORDEM CONCEDIDA.

1. Com a edição da Lei 9.299/96, que excluiu do rol dos crimes militares os crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, atribuindo à Justiça Comum o julgamento dos referidos delitos, adveio grande controvérsia jurisprudencial sobre a constitucionalidade da lei.

2. Acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 260.404/MG, em 22/3/01, decidiu pela constitucionalidade do parágrafo único do artigo 9º do Código Penal Militar, introduzido pela Lei 9.299/96.

3. Ademais, a Emenda Constitucional 45/04, ao alterar o art. 125, § 4º, da Constituição Federal, dispôs que "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" (sem grifos no original).

4. No caso em exame, tendo em vista a competência absoluta do Tribunal do Júri para julgamento da causa, impõe-se a declaração de nulidade da ação penal, em que três policiais militares do Estado do Espírito Santo teriam cometido homicídio qualificado contra dois

4.1. Justiça Militar da União

4.1.1. Militares das Forças Armadas

No âmbito da União, a Justiça Militar é competente para processar e julgar os membros das Forças Armadas e também civis, sendo regulada pela Lei n.º 8.457 de 04 de setembro de 1992.

4.1.2. Julgamento de civis: (in)constitucionalidade?

Apesar da expressa previsão legislativa em permitir que civis sejam submetidos a julgamento perante juízes militares, entende-se impróprio tal proceder, eis que, se uma das razões da existência da Justiça Militar é assegurar a ordem na tropa, justificando por isso resposta penal mais intensa àqueles que pertencem à casta militar, tutelando o tipo penal de forma direta o bem jurídico atacado e indireta a hierarquia e disciplina e a regularidade das instituições militares, somente aqueles que fazem das armas sua profissão é que poderiam ser submetidos à justiça especial e se sujeitar a penas

civis.

5. Por outro lado, considerando que "Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal" (CPP, art. 654, § 2º), entendo que deve ser concedida, de ofício, ordem de habeas corpus para declarar a nulidade da ação penal em relação também aos co-réus.

6. Ordem concedida para declarar a nulidade da Ação Penal 024930023049, que tramitou perante a Auditoria Judiciária Militar do Espírito Santo, preservando os atos processuais anteriores ao acórdão que julgou o Conflito de Competência 100970005789. Ordem concedida, de ofício, no mesmo sentido, aos demais co-réus. (STJ – 5ª T. - HC 102227 / ES – rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – j. 27/11/2008 - DJe 19/12/2008).

normalmente mais elevadas.

Nesse sentido são as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁸⁸:

“(...) a jurisdição militar não é naturalmente aplicada a civis que carecem de funções militares e que por isso não podem incorrer em condutas contrárias a deveres funcionais deste caráter. Quando a justiça militar assume competência sobre um assunto que deve conhecer a justiça ordinária, se vê afetado o direito ao juiz natural e, por conseguinte, ao devido processo legal, o qual, por sua vez, encontra-se intimamente ligado ao próprio direito de acesso à justiça”(Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso Castillo Petruzzi e Outros vs. Peru. Sentencia de 30 de mayo de 1999, p. 127 y 128).⁸⁹

Ainda:

“Em um caso recente, a Corte estabeleceu que em um Estado democrático de Direito a jurisdição penal militar tem de ter um alcance restrito e excepcional e estar voltada para a proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados com as funções que a lei indica e as forças militares. Assim, deve estar cluído do âmbito da jurisdição militar o julgamento de civis e só se deve julgar os militares pelas práticas de delitos ou faltas que por sua própria natureza atentem contra bens jurídicos próprios da ordem militar (nota al pie n. 59: Caso Durand y Ugarte, supra nota 45, p. 117)” (Corte Interamericana de Derechos

⁸⁸ Cf. *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. Coord. Flávia Piovesan. São Paulo: DPJ Editora, 2008.

⁸⁹ “(...) la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori el debido proceso, el cual a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”

Humanos, caso Cantoral Benavides vs. Peru. Sentencia de 18 de agosto de 2000, p. 113).⁹⁰

Acerca do assunto acenava Montesquieu ao mostrar sua preocupação de que indivíduos ligados a outra esfera de poder que não o Estado-Juiz pudessem exercer a jurisdição:

“Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor”.⁹¹

Não diverge do quanto sustentado Zaffaroni e Pierangeli ao considerarem que:

“O embasamento normativo do direito penal militar brasileiro é o código penal militar de 1969, cujas normas são aplicáveis aos militares do Estado. Dispositivos contidos no código penal militar, quando envolvem civis, apresentam aspectos claramente inconstitucionais, mormente quanto às regras de processo, vez que os tribunais militares não podem ser considerados independentes, em face da dependência hierárquica que os vincula ao Poder Executivo. Seu funcionamento pode ser justificado em tempo de guerra, na exata medida que o exija a necessidade, mas de

⁹⁰ “En un caso reciente, la Corte há establecido que [e]n un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar há de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con la funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atentem contra bienes jurídicos propios del orden militar (nota al pie n. 59: Caso Durand y Ugarte, supra nota 45, p. 117)” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cantoral Benavides vs. Peru. Sentencia de 18 de agosto de 2000, p. 113).

⁹¹ *Do espírito das leis*. Trad. Pedro Vieira Mota. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 170.

maneira alguma deve ser admitida em tempo de paz, quando não existe necessidade de subtrair ao Poder judiciário independente o julgamento de fatos que, hoje, estão afetos a tribunais militares”.⁹²

No mesmo diapasão é a fala de Luiz Flávio Gomes:

“A existência de tribunais militares, por si só, não fere a Convenção Americana, mas não devem ficar sujeitos à sua jurisdição os civis. De outro lado, devem julgar apenas os delitos que afetam bens jurídicos próprios da ordem militar (Corte Interamericana, *Caso Durand e Ugarte*, Sentença de 16.08.2000, parágrafo 117)”.⁹³

Nessa toada, oportuno citar a indagação de Émile Zola quando em defesa do capitão Dreyfus escreveu o célebre artigo “J'Accuse!”: “A idéia superior de disciplina, que corre no sangue desses soldados, não bastaria por si só para invalidar sua capacidade de julgar imparcialmente?”,⁹⁴ questionamento sobremaneira importante porque “(...) não existe uma interpretação *neutra e imparcial* desligada das características pessoais do julgador”.⁹⁵

E a consciência do problema gerado com essa promiscuidade atingiu Adam Smith, o qual afirmava que a liberdade de todo cidadão e a segurança de toda sociedade depende da administração imparcial da justiça, separada e independente do Poder

⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, Parte Geral*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1999, p. 143.

⁹³ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito Penal, v. 4, Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São Paulo: RT, 2008, p. 79.

⁹⁴ *Eu acuso!* São Paulo: Hedra, 2007, p.47.

⁹⁵ SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: RT, 2008, p. 140.

Executivo.⁹⁶

Igualmente, embora possa parecer que foge do objeto discutido, convém considerar que normalmente em julgamentos feitos por aqueles que fizeram das armas sua profissão, presente o risco de que o psiquismo do juiz temporário não consiga deixar de lado a ótica de superior hierárquico, não enxergando naquele que está no banco dos réus, no estro de Ortega y Gasset, um “homem e suas circunstâncias”, mas um subordinado que precisa ser exemplarmente disciplinado.

Não é de hoje que a psicologia eleva as academias militares ao status de “instituições totais”, as quais “*são fatais para o eu civil do internado*”, homogeneizando aqueles que ali estão agrupados através da “*mortificação ou mutilação do eu*”,⁹⁷ acarretando uma socialização às avessas, inculcando no cadete uma mudança em sua autoconcepção de forma a ostentar o comportamento desejado pela força a que pertence,⁹⁸ o que redundando em uma inflação da persona do militar que faz as vezes de juiz que não consegue desvestir seu uniforme para exercer a função judicante.

Aliás, não é por outra razão a ponderação de Foucault: “O soldado é antes de tudo alguém que se reconhece de longe”.⁹⁹ E o arremate quando considera: “A disciplina ‘fabrica’ indivíduos; ela é técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao

⁹⁶ SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Trad. Luiz José Baraúna. São Paulo: Nova Cultura, 1985, vol. 2, p. 172.

⁹⁷ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. p. 48/49.

⁹⁸ CASTRO, Celso. *O Espírito Militar*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

⁹⁹ *Vigiar e punir*, 30ª ed., Petrópolis: Vozes, 2005, p. 117.

mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício”.¹⁰⁰

Lídia Reis de Almeida Prado, acerca do tema, obtempera:

“É evidente que a uniformidade e a certeza do Direito se debilitam na medida em que as personalidades de todos os juízes não são idênticas, e na medida em que os juízes não têm iguais hábitos mentais e emocionais”.¹⁰¹

Contudo, essa mesma autora, valendo-se de Jerome Frank, ainda pondera que:

“...a uniformidade levaria a conseqüências muito piores, pois implicaria escolher para a judicatura pessoas pouco talentosas, de mente rígida, estereotipada, predispostas a ignorar os matizes individuais de cada caso”.¹⁰²

Eduardo Augusto Alves Vera Cruz Pinto, embora se posicione francamente favorável a uma Justiça Militar, afiança que dela devem ficar excluídos “todo o tipo de actos subjectivamente militares, isto é actos que podiam ser praticados por qualquer cidadão ou funcionário, não tendo qualquer conexão com as Forças Armadas, a não ser a qualidade de militar do agente (...)”.¹⁰³

Enfim, críticas não faltam ao modelo da Justiça Militar com seus juízes

¹⁰⁰ Idem, p. 143.

¹⁰¹ *O Juiz e a emoção*, 2ª ed., São Paulo: Millennium, Campinas, 2003, p. 18.

¹⁰² Idem, *ibidem*.

¹⁰³ *Os tribunais militares e o estado de direito democrático in Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*, coord. Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 61.

temporários formando a maioria do escabinato, os quais, ligados ao Poder Executivo, queira ou não queira, não se encontram completamente livres para decidir, eis que não gozam da independência que desfruta aquele que veste a toga.

4.2. Justiça Militar Estadual

Deixando de lado a questão da apreciação das questões disciplinares, quanto à Justiça Militar Estadual, nos termos do artigo 125, §4º, da CF, cabe o julgamento dos militares do Estado nos crimes militares definidos no Código Penal Militar, singularmente pelo juiz de direito do juízo militar nos crimes em que a vítima primária seja civil e nos demais crimes militares perante o Conselho de Justiça, sob presidência do juiz de direito, ressaltando que a condição da vítima para a fixação da competência leva em conta a vítima primária, não secundária (v.g., no crime de concussão a vítima primária é a Administração Pública e a secundária o civil a quem se exigiu vantagem indevida).

5. Interpretação da legislação penal militar e processual penal militar

5.1. O mito da autonomia

Conforme alerta Marco Antonio Marques da Silva, não é possível mais aceitar o formalismo legalista da função judicial, porquanto no Estado Democrático de Direito não mais cabe a simples interpretação da norma como algo indiferente de toda e qualquer análise do mundo que a rodeia.¹⁰⁴

O operador do Direito que, tal qual em outras áreas do conhecimento humano, passou a ser cada vez mais especialista, paga caro pelo isolamento de seu saber, porquanto essa hiperespecialização “impede tanto a percepção do global (que ela fragmenta em parcelas), quanto do essencial (que ela dissolve)”,¹⁰⁵ notadamente porque “não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”.¹⁰⁶

Na seqüência proposta, tal qual em outros ramos do ordenamento, óbvio de que a norma militar, penal ou processual, deverá ser interpretada em consonância com o texto constitucional e os princípios ali existentes, os quais, gostem ou não, se espraiam e alcançam todo o sistema.

Não é por outra razão que diz Celso Antonio Bandeira de Mello:

¹⁰⁴ *Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito*. p. 5.

¹⁰⁵ MORIN, Edgar. *Os Sete Saberes necessários à Educação do Futuro*. 11ª ed., São Paulo: Cortez Editora, 2006, p. 41.

¹⁰⁶ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003, p. 40.

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.¹⁰⁷

E ainda sobre princípio constitucional, considera Carrazza que:

“Usando por comodidade didática, de uma analogia que é sempre feita por Geraldo Ataliba e Celso Antônio Bandeira de Mello, podemos dizer que o sistema jurídico ergue-se como um vasto edifício, onde tudo está disposto em sábia arquitetura. Contemplando-o, o jurista não só encontra a ordem, na aparente complicação, como identifica, imediatamente, alicerces e vigas mestras. Ora, num edifício tudo tem importância: as portas, as janelas, as luminárias, as paredes, os alicerces etc. No entanto, não é preciso termos conhecimentos aprofundados de Engenharia para sabermos que muito mais importantes que as portas e janelas (facilmente substituíveis) são os alicerces e as vigas mestras. Tanto que, se de um edifício retirarmos ou destruirmos uma porta, uma janela ou até mesmo uma parede, ele não sofrerá nenhum abalo mais sério em sua estrutura, podendo ser reparado (ou até embelezado). Já, se dele subtrairmos os alicerces, fatalmente cairá por terra. De nada valerá que portas, janelas, luminárias, paredes etc., estejam intactas e em seus devidos lugares. Com o inevitável desabamento, não ficará pedra sobre pedra. Pois bem, tomadas as cautelas que as comparações impõem, estes 'alicerces' e estas 'vigas mestras' são os princípios jurídicos (...)”.¹⁰⁸

¹⁰⁷ *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 808.

¹⁰⁸ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 29.

E mais adiante prossegue:

“... princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”.¹⁰⁹

Se por um lado as Forças Armadas são “instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina” (artigo 142 da CF), não se tem o condão de por isso erigir os pilares de sustentação da vida na caserna ao *status* de princípio constitucional, justificando todo atentado à liberdade dos que vestem a farda com tal exegese, como se coubesse ponderação entre liberdade e hierarquia e disciplina.

Além da observância ao texto constitucional, evidente que no momento da aplicação da legislação penal e processual penal militar, será necessária a inteligência do Código Penal, como, por exemplo e entre tantos outros, na fixação do regime prisional e sua progressão (o Código Penal Militar não prevê os regimes semi-aberto e aberto, tampouco a mudança para regime menos gravoso conforme o tempo e o mérito do sentenciado) ou quando se deparar com a ficção do crime continuado (no Código Penal comum aplica uma pena com acréscimo de 1/6 a 2/3, enquanto no Código Penal Militar as penas são somadas) ou, ainda, ao cuidar da tentativa (no Código Penal comum, ausente o desvalor do resultado, a pena será reduzida de 1/3 a 2/3 conforme o *iter criminis* percorrido, enquanto no Código Penal Militar poderá ser aplicada a pena do

¹⁰⁹ *Idem, ibidem.*

crime como se tivesse se consumado).

No escólio de Alfredo Augusto Becker, transferindo sua idéia ao objeto do presente estudo, tem-se que a autonomia do Direito Penal Militar e Processual Penal Militar “é um problema falso e falsa é a autonomia de qualquer outro ramo do direito positivo”.¹¹⁰ vez que por “... não poder existir regra jurídica independente da totalidade do sistema jurídico, a 'autonomia' (no sentido de independência relativa) de qualquer ramo do direito positivo é sempre e unicamente didática para, investigando-se os efeitos jurídicos resultantes da incidência de determinado número de regras jurídicas, descobrir a concatenação lógica que as reúne num grupo orgânico e que une este grupo à totalidade do sistema jurídico”.¹¹¹

Não por outra razão que no início dos estudos de graduação já se aponta que “a Ciência do Direito somente se revela como ciência madura quando as interpretações dos artigos completam-se através de uma visão unitária de todo o sistema”.¹¹²

Conforme aponta Esmeraldino Bandeira:

“... seria erro evidente e gravíssimo qualificar o direito penal militar como um direito extraordinário e de exceção”, porquanto se “o soldado não é uma exceção do homem, o direito penal militar não é uma exceção do direito penal *commum*”.¹¹³

¹¹⁰ *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1963, p. 27.

¹¹¹ *Idem*, p 28-29.

¹¹² REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 21ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, p. 322.

¹¹³ BANDEIRA, Esmeraldino O . T. Bandeira. *Tratado de direito Penal militar brasileiro, Parte Geral*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1925, p. 25.

Prosegue o autor aduzindo que:

“... só a lei marcial, que surge com a guerra, é que forma um direito extraordinário e de exceção”, justamente porque “o direito penal militar é uma especialização e não uma exceção do direito penal *commum*, os princípios e preceitos básicos d'este constituem os preceitos e os princípios básicos d'aquelle”.¹¹⁴

Cabe ao intérprete, evidentemente, adequar a norma ao seu tempo, assertiva que ganha maior importância quando cuida da exegese de texto que não veio à lume pelas mãos do povo, por meio do legislador que o representa, vez que o Código de Processo Penal Militar, como cansativamente dito, entrou em vigor sem discussão legislativa, parecendo oportuna a citação de São Paulo de que “*Bona est lex, si quis ea legitime utatur*”.

O direito é o resultado de um certo momento, representando as vontades da classe dominante, a qual “... manipula os instrumentos normativos e políticos necessários à manutenção de um padrão específico de manipulação”.¹¹⁵

Não por outra razão a colocação de Artur César de Souza:

“Basta uma análise do momento histórico em que se deu o aparecimento de determinado ordenamento jurídico para se constatar a falta de neutralidade do direito, principalmente do direito positivo de determinado Estado. A influência dos interesses escusos de eventual

¹¹⁴ *Idem, ibidem*

¹¹⁵ DUARTE, Liza Bastos. *A impossibilidade humana de um julgamento imparcial*. Revista de Direito Privado. São Paulo: RT, ano 3, n.º 12, p. 236, out/dez 2002.

classe dominante conduz à realização e efetivação da 'ordem jurídica'".¹¹⁶

Se o Código de Processo Penal Militar servia à classe dominante como instrumento de controle, evidente que não era executada legitimamente, devendo o hermeneuta assimilá-la seguindo o conselho de Rui Barbosa:

“Boa é a lei, quando executada com retidão. Isto é: boa será, em havendo no executor a virtude, que no legislador não havia. Porque só a moderação, a inteireza e a equidade, no aplicar das más leis, as poderiam, em certa medida, escoimar da impureza, dureza e maldade, que encerrarem”.¹¹⁷

Assim, de balde inúmeros doutrinadores de ontem e de hoje apontarem o Direito Penal Militar e Processual Penal Militar como autônomos, não tem lugar referida posição hodiernamente, uma vez que impossível em um mundo cada dia mais globalizado estagnar no tempo a interpretação da norma como se estivéssemos ainda sob a égide do AI-5 no auge da ditadura, quando estamos cobertos pelos mantos da democracia.

5.2. Índole do processo penal militar

Como se sabe, pela dicção do artigo 3º, alínea “a”, do Código de Processo Penal Militar toda e qualquer interpretação da norma especial deveria se dar sem prejudicar a

¹¹⁶ SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: RT, 2008, p. 144.

¹¹⁷ *Oração aos Moços*, São Paulo: Papagaio, 2003, p. 38.

índole do diploma adjetivo castrense.

Como instrumento que visa assegurar a lei material penal militar, a qual objetiva em última análise salvaguardar a instituição e o serviço militar e seu arcabouço, a hierarquia e disciplina, não seria exagero afirmar que o caráter do Código de Processo Penal Militar é justamente o de flexibilizar ou até mesmo ter ouvidos moucos para as garantias e direitos do acusado, sobretudo porque trata-se de um diploma legal posto no ordenamento jurídico brasileiro por meio da força dos coturnos de oficiais-generais que governavam o País quando vigente um período de exceção.

Assim, também não seria nenhum absurdo a assertiva segundo a qual o Código de Processo Penal Militar constitui um entulho do período ditatorial, fragmento dos escombros dos anos de chumbo, e, tão somente por isso, já há de ser visto algo em intransigente descompasso com a atual ordem constitucional.¹¹⁸

Todavia, certo que, deparando-se com situações absurdas na interpretação, como, por exemplo, a que permite o Ministério Público arrolar o dobro das testemunhas indicadas pela defesa no momento processual oportuno, deverá o operador dar prevalência a visão sob a ótica da Constituição Federal, *ex vi* da supremacia da Carta Magna.

¹¹⁸ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130, declarou que a Lei n.º 5.250/67 (Lei de Imprensa) é incompatível com a atual ordem constitucional. Nota-se que o principal argumento para tal decisão do Pretório Excelso foi o fato de a citada Lei ter tido gênese durante a ditadura militar, ainda que por meio de um legítimo processo legislativo. Assim, o que dizer de um Decreto-Lei que não foi discutido nas Casas Legislativas, mas sim imposto por aqueles que detinham à força o Poder?

5.3. Das convenções e tratados internacionais como norte interpretativo

Se é certo que o direito penal e processual penal militar devem ser interpretados conforme a Constituição, também é certo que devem ser interpretados com vistas às convenções e tratados internacionais, até porque o artigo 5º, § 2º, da própria Lei Maior dispõe que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Do mesmo modo, o § 3º do mesmo dispositivo constitucional assegura que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Demais disso, vale lembrar que o Código de Processo Penal Militar expressamente disciplina em seu artigo 1º, § 1º, que nos casos concretos, se houver divergência entre essas normas e as de convenção ou tratado de que o Brasil seja signatário, prevalecerão as últimas.

6. Da prisão e da liberdade

6.1. Prisão pena e prisão processual

Ao cuidar da prisão cautelar, aponta José Frederico Marques que há tempos são coisas distintas “o *carcer ad custodiam* (prisão preventiva) e o *carcer ad poenam* (prisão penal)”.¹¹⁹

Deixando de lado as diversas concepções da palavra prisão e atendo-se ao que interessa ao presente trabalho, tem-se que a prisão antagoniza com a liberdade posto que é a privação do direito de ir, vir e ficar do cidadão.

Disso decorre duas espécies de prisão: a prisão pena e a prisão processual.

A primeira tem correlação íntima com as penas privativas de liberdade, as quais, segundo Magalhães Moronha, “são as que restringem, com maior ou menor intensidade, a liberdade do condenado, consistente em permanecer em algum estabelecimento prisional, por um determinado tempo, tudo na conformidade do regime imposto”.¹²⁰

Já as prisões processuais, também denominadas prisões provisórias, não sucedem de uma condenação, pois fazem parte das medidas cautelares previstas para assegurar tanto a efetividade do processo como a devida aplicação da Lei em caso de

¹¹⁹ *Elementos de direito processual penal*, Campinas: Bookseller, 1998, vol. IV, p. 38.

¹²⁰ *Direito penal*, 35ª ed., São Paulo: Saraiva 2000, p. 235.

uma condenação, ou seja, têm natureza instrumental. E também com essa visão que Roberto Delmundo Júnior põe a discorrer sobre o tema:

“Acreditamos, igualmente, que a característica da 'instrumentalidade' é ínsita à prisão cautelar na medida em que, para não se confundir com pena, só se justifica em função do bom andamento do processo penal e do resguardo da eficácia de eventual decreto condenatório”.¹²¹

Assim também entende Antonio Scarance Fernandes ao ponderar que:

“No intervalo entre o nascimento da relação jurídica processual e a obtenção do provimento final, existe sempre o risco de sucederem eventos que comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgamento. Há, então, a necessidade de medidas cautelares, que eliminem ou amenizem esse perigo. São providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte, atingindo-se, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa”.¹²²

O Código de Processo Penal Militar elenca as prisões provisórias, disciplinando-as em: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão para averiguação. Demais disso, há ainda a Lei n.º 7.960/89, a qual dispõe sobre a prisão temporária. Essas são, portanto, as medidas constritivas de liberdade antes do julgamento.

¹²¹ *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, p. 83.

¹²² *Processo penal constitucional*, p. 295.

6.2. Liberdade como regra no processo penal militar

A Constituição Federal de 1988 traz uma série de princípios, garantias e direitos fundamentais que erigem a liberdade como sendo um bem jurídico a ser preservado, de maneira que o Poder Estatal somente poderá restringi-lo em situações extraordinárias.

É assim, por exemplo, quando assegura-se no artigo 5º, incisos LIV, LXI, LXV e LXVI, respectivamente, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; e ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Destarte, por ser uma norma infraconstitucional, o Código de Processo Penal Militar encontra-se sob o jugo da Carta Magna, sendo que sua interpretação obrigatoriamente há de atender ao espírito da Lei Maior. Isso nada mais é do que a efetivação do princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual a Carta Magna está no topo da pirâmide, servindo como fundamento de validade das demais disposições normativas.¹²³

Nesse contexto, também é digno de nota que diversos dispositivos da lei processual castrense, introduzida sob a égide do Ato Institucional n.º 5, não foram

¹²³ Cf. BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*.

recepcionados pela atual ordem constitucional posta a partir de 1988, dentre os quais os que restringem a liberdade provisória, impõem a prisão obrigatória, regulam a prisão em prol da hierarquia e disciplina, entre outros.

Desta feita, se existe um processo penal comum constitucional, também há de existir um processo penal militar constitucional, sob pena de a Constituição Federal ser negligenciada dentro dos quartéis...

7. Da prisão antes do trânsito em julgado: necessidade

A Constituição Federal de 1988 instituiu a liberdade do cidadão como regra. Destarte, no artigo 5º, inciso LVII, cravou verticalmente o princípio da não-culpabilidade, o qual assegura que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Nas palavras de Rogério Lauria Tucci, este princípio “consiste ele na assegução, ao imputado, do direito de ser considerado inocente até que a sentença penal condenatória venha transitar formalmente em julgado, sobrevindo, então, a coisa julgada de autoridade relativa”.¹²⁴

Saliente-se ainda que o arcabouço da liberdade ainda possui outros pilares, haja vista que o Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário (Instituído no ordenamento jurídico por meio do Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992) assegura em seu artigo 7º, n.ºs 1, 2 e 3 o direito à liberdade pessoal, a qual somente poderá ser restringida nos termos da Constituição Federal.

Diante dessa conjuntura, absolutamente inadmissível qualquer forma de prisão

¹²⁴ *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. p. 379.

automática, sem o respeito aos preceitos constitucionais.

Entretanto, o princípio da não culpabilidade não afasta a possibilidade de eventual prisão cautelar, seja durante o inquérito policial ou mesmo durante o processo, haja vista que a Constituição Federal também dispõe no artigo 5º, inciso LXI, que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

A esse respeito escreve Alexandre de Moraes que:

“A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico- constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu *status libertatis*. Dessa forma prevalecem válidas as prisões temporárias, preventiva, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsito em julgado”¹²⁵

De acordo Sylvia Helena de Figueiredo Steiner:

“... a interpretação integrada dos dispositivos constitucional e convencional sobre a presunção de inocência conduzem o intérprete por apenas um caminho: nada obsta a decretação à decretação da prisão cautelar antes da sentença final condenatória, desde que o juiz fundamente sua necessidade. Estão no entanto banidas todas as formas

¹²⁵

Constituição do Brasil Interpretada, p. 386.

de prisão cautelar ou processual obrigatória ou automática, advindas da lei infra-constitucional como forma de presunção de necessidade abstratamente reconhecida pelo legislador”.¹²⁶

Todavia, justamente por ser uma restrição da regra geral, a prisão cautelar, por meio da qual priva-se o acusado ou indiciado de seu *jus libertatis* antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado, só pode ser decretada se expressamente for justificada sua real indispensabilidade, sob pena de significar punição antecipada, em grave vilipêndio às garantias constitucionais.

Assim, a prisão cautelar, inexoravelmente, exige a presença de dois pressupostos, quais sejam, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, sendo que enquanto este decorre do perigo concreto que a liberdade do indiciado ou acusado representa para a instrução processual ou para uma futura aplicação da lei, em caso de eventual condenação; aquele repousa na existência de prova da existência do crime e indício de autoria.

A esse respeito, Roberto Demanto Júnior ressalta:

“Em outras palavras, primeiro hão de ser constatadas a materialidade do delito e a existência de graves indícios de sua autoria (que são os pressupostos da prisão cautelar); em seguida, deverá ser aferida a ocorrência do perigo concreto que a manutenção da liberdade do acusado representa para a instrução processual ou para a futura aplicação

¹²⁶ A Convenção Americana sobre os direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro, São Paulo: RT, 2000, p. 118.

da lei penal”.¹²⁷

Mas isso não basta. É necessário o controle jurisdicional da ordem de prisão, haja vista que para se legitimar em face do nosso sistema jurídico, a segregação cautelar deve ser precedida da devida fundamentação, ou seja, impõe-se que se evidencie, com fundamento em base empírica idônea, as razões justificadoras de imprescindibilidade. Essa exigência decorre de dois dispositivos constitucionais: o citado artigo 5º, inciso LXI, que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente; e o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que serão fundamentadas todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário, sob pena de nulidade.

A jurisprudência é implacável sobre a indispensabilidade da fundamentação, tanto é que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

“... o ato judicial que decreta custódia cautelar somente poderá ser implementado se devidamente fundamentado, nos termos do art. 93, IX da CF c/c art. 312 do CPP. Não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do CPP, mas é indispensável a indicação de elementos concretos que demonstrem a necessidade da segregação preventiva.”¹²⁸

Do mesmo modo, o Supremo Tribunal já gravou que: “A convivência das figuras da prisão cautelar e da presunção da não-culpabilidade pressupõe que o decreto de prisão esteja embasado em fatos que denotem a necessidade do cerceio à liberdade de

¹²⁷ *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. p. 84

¹²⁸ STF – 2ª T. - HC 92842 / MT – rel. Min. Gilmar Mendes – J. 11/03/2008 - DJe-074 24/04/2008.

locomoção”.¹²⁹

Mostra-se farta a literatura jurídica sobre a necessidade de fundamentação na decisão judicial.¹³⁰ Cita-se como exemplo Antonio Scarance Fernandes que lembra que por seu caráter de garantia processual, “a motivação, para que atenda à finalidade inspiradora de sua exigência constitucional, deve ser clara, coerente e completa”.¹³¹ Ou mesmo Rogério Lauria Tucci, a ressaltar que “é evidente que o ato decisório “sem a necessária fundamentação, ou quando esta se apresente contraditória ou ambígua, resta mutilado, não só no tocante à forma, mas, também, quanto ao seu conteúdo”.¹³² E, outrossim, Antonio Magalhães Gomes Filho o qual pondera que a motivação das decisões processuais penais “favorece a correta interpretação do ato decisório, aclarando seu exato conteúdo para fins de execução sentença ou de delimitação da coisa julgada”.¹³³

Ainda nesse contexto, Fábio Ramazzini Bechara aduz que:

“A exigência do controle jurisdicional faz surgir outra conclusão: o controle jurisdicional é materializado por meio de decisão judicial, que por força do disposto no art. 93, IX, da CF, deve ser fundamentada. A necessidade de fundamentação explica-se pela necessidade de transparência quanto às razões de fato e de direito que levaram o juiz a decidir de uma forma ou outra, bem como para permitir eventual

¹²⁹ STF – 1ª T. HC 91616/RS – rel. Min. Carlos Britto – j. 30/10/2007 -DJe-157 06/12/2007.

¹³⁰ Cf. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. p. 235. FILHO, Antonio Magalhães Gomes, *A motivação das decisões penais*, São Paulo: RT, 2001, p. 95 .

¹³¹ *Processo penal constitucional*. p. 132.

¹³² *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. p. 235.

¹³³ *A motivação das decisões penais*. p. 95 .

controle sobre essa decisão”.¹³⁴

Portanto, estreme de dúvidas a necessidade de fundamentação na decisão de prisão processual.

7.1. Da Prisão em Flagrante

7.1.1. Conceito, Modalidade e Formalidades

A prisão em flagrante é uma espécie de prisão cautelar de natureza, inicialmente, administrativa, posto que realizada, *a priori*, fora da esfera processual.

Isso porque, conforme normatizado pelo arts. 245 e 246 do Código de Processo Penal Militar, uma vez apresentado o preso à autoridade policial, ela ouvirá o condutor e as testemunhas que acompanharam e interrogará o acusado, sendo que se das respostas lhe resultar fundada suspeita contra aquele que lhe foi apresentado, mandará recolhê-lo à prisão, salvo hipótese de livrar-se solto ou lhe for possível prestar fiança.

Sobre o apriorístico caráter administrativo da prisão em flagrante, Paulo Roberto da Silva Passos leciona no sentido de que trata-se de “tipo excepcional de captura, eis que desnecessita de ordem escrita da autoridade judiciária, a prisão em flagrante pressupõe aquela ocorrida no calor dos acontecimentos”.¹³⁵

De igual teor os comentários de Tales Castelo Branco, para quem “a prisão em

¹³⁴ *A Prisão Cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 43.

¹³⁵ *Da prisão e da liberdade provisória – aspectos polêmicos*. São Paulo: Edipro, 2000, p. 39.

flagrante é, portanto, medida cautelar, administrativamente realizada, traduzindo procedimento de autodefesa estatal, que se caracteriza por um ato de coação extrajudicial”.¹³⁶

Ainda sobre a natureza da prisão em flagrante Antonio Scarance Fernandes ensina que “o legislador deu à autoridade policial poder anômalo de verificar, em primeiro momento, a presença do 'fumus boni juris'”.¹³⁷

O termo flagrante advém do latim (*flagrans*) e significa ardente, queimante, evidente, manifesto. Por isso, pela Lei, considera-se em flagrante delito quem: está cometendo a infração penal; acaba de cometê-la; é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; ou é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

À partir dessa definição legal surgem conceitos sobre as várias espécies de flagrante. Assim, considera como flagrante próprio, real ou flagrante propriamente dito, aquele no qual o agente está cometendo a infração penal ou acaba de cometê-la.

É definido como quase flagrante ou flagrante impróprio, quando o agente é perseguido, logo após a prática do delito, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração. Sobre essa espécie de flagrante, Mirabete leciona que “há, nos termos da lei, uma presunção da

¹³⁶ *Da prisão em flagrante.*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 11.

¹³⁷ *Processo Penal Constitucional.* p. 303.

autoria da infração que a lei equipara à certeza advinda da prisão durante o cometimento do crime”.¹³⁸

Há ainda a definição daquilo que se convencionou chamar de flagrante presumido ou ficto, que ocorre quando o agente é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração, conforme pontua Mirabete:

“... não é necessário no caso que haja perseguição, mas sim que a pessoa seja encontrada logo depois da prática do ilícito com coisas que traduzam um veemente indício da autoria ou participação no crime. A pessoa não é perseguida, mas encontrada, pouco importando se por acaso, ou se foi procurado após investigações.”¹³⁹

Pela natureza da prisão em flagrante, que ocorre quando o crime está acontecendo ou acabou de ser praticado, qualquer cidadão pode prender quem estiver em estado de flagrância. No entanto, essa faculdade não é estendida às autoridades policiais e seus agentes e tampouco aos militares, pois estes têm o dever, a obrigação legal, de efetuar a prisão de quem seja encontrado em flagrante delito. Lembrando que quando o fato for praticado em presença da autoridade, ou contra ela, no exercício de suas funções, deverá ela própria prender e autuar em flagrante o infrator, mencionando a circunstância.

Por ser algo que ocorre no calor dos fatos, para a caracterização do flagrante delito é mister a presença de dois requisitos, quais sejam, a atualidade e a visibilidade,

¹³⁸ *Processo Penal*, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 1997, p. 368.

¹³⁹ *Idem, ibidem*.

que ficariam prejudicados se submetidos à burocracia forense.

Sobre esses dois requisitos, Antonio Scarance Fernandes, embasado no magistério de Romeu Pires de Campos Barros, afirma que: “a atualidade resulta diretamente da situação de flagrância, reveladora de que algum fato delituoso está acontecendo no momento da prisão ou pouco antes”.¹⁴⁰ Complementando ainda que: “não bastaria a atualidade para justificar a prisão, exigindo-se que alguém, por ter assistido ao fato, possa atestar a sua ocorrência, ligando-o a quem venha a ser surpreendido na sua prática. é algo externo que se junta à situação de flagrância.”¹⁴¹

Não é simples o procedimento de uma prisão em flagrante. Assim, o direito processual penal militar determina que uma vez efetuada a prisão em flagrante, o preso deve obrigatoriamente ser apresentado ao comandante ou ao oficial de dia, de serviço ou de quarto, ou autoridade correspondente, ou à autoridade judiciária. Feito isso, serão ouvidos o condutor e as testemunhas que eventualmente o acompanharem, para, ao final, ser o preso inquirido acerca da imputação que lhe é feita.

A falta de testemunha não impedirá o auto de prisão em flagrante. No entanto, em tal hipótese, o ato deve ser assinado por duas pessoas, pelo menos, que hajam testemunhado a apresentação do preso.

Todas essas formalidades não de ser reduzidas a termo, lavrando-se o competente Auto de prisão em Flagrante, o qual será assinados tanto pela Autoridade,

¹⁴⁰ *Processo Penal Constitucional*. p.. 302.

¹⁴¹ *Idem, ibidem*.

como pelo condutor, testemunhas e, também, pelo preso.

Quando a pessoa conduzida se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto será assinado por duas testemunhas, que lhe tenham ouvido a leitura na presença do indiciado, do condutor e das testemunhas do fato delituoso.

Sendo o auto presidido por autoridade militar, designará esta, para exercer as funções de escrivão, um capitão, capitão-tenente, primeiro ou segundo-tenente, se o indiciado for oficial. Nos demais casos, poderá designar um subtenente, suboficial ou sargento. Entretanto, na falta ou impedimento de escrivão ou de pessoas passíveis de serem designadas para tal função, a autoridade indicará, para lavrar o auto, qualquer pessoa idônea, que, para esse fim, prestará o compromisso legal.

Se das respostas resultarem fundadas suspeitas contra a pessoa conduzida, a autoridade mandará recolhê-la à prisão, procedendo-se, imediatamente, se for o caso, a exame de corpo de delito, à busca e apreensão dos instrumentos do crime e a qualquer outra diligência necessária ao seu esclarecimento.

Confirmada a ordem de prisão, dentro em vinte e quatro horas, deve ser entregue a respectiva nota de culpa assinada pela autoridade, onde constarão o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. Da nota de culpa o preso passará recibo que será assinado por duas testemunhas, quando ele não souber, não puder ou não quiser assinar.

É imprescindível que, a partir do momento que passa o preso a ficar à disposição da justiça, a prisão seja comunicada à autoridade judiciária sob pena de ilegalidade.

Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato nas condições dos artigos 35, 38, observado o disposto no artigo 40, e dos artigos 39 e 42, do Código Penal Militar, poderá conceder ao indiciado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogar a concessão.

7.1.2. Relaxamento da prisão em flagrante

Por ter o propósito de satisfazer e intimidar, mostrando a presença do Estado no momento do cometimento do crime, mas, por outro lado, diante da inflexível submissão ao controle jurisdicional da legalidade, a prisão em flagrante deverá dar espaço à liberdade sempre quando verificada a ausência de elementos que caracterizem o flagrante ou ainda quando exista algum vício formal em sua autuação.¹⁴²

Não verificada a ausência de flagrante delito, seja pela inexistência de infração penal militar ou a não participação da pessoa conduzida, de rigor a prisão sejam imediatamente relaxada pela autoridade judiciária, como manda o artigo 247, § 2º, do Código de Processo Penal Militar, em perfeita consonância com artigo 5º, LXV, da

¹⁴² O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “sendo o auto de prisão em flagrante lavrado sem a observância das formalidades legais, configurado está o constrangimento ilegal, sanável por meio de HC. (Art. 5º, incisos LXV e LXVIII da CEF) (STJ – 5ª T. - RHC 8.168/PA – rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – j. 17/12/1998 – DJ 01/03/1999, p. 351).

Constituição Federal.

Também são casos de relaxamento de flagrante a falta de competência de quem ordenar a coação; ¹⁴³ quando em hipótese que a lei permita que o preso livre-se solto ou quando continuar preso ainda que lhe for possível prestar fiança; a demora para a remessa dos autos de prisão em flagrante para juiz verificar a legalidade da prisão ou mesmo quando comunicada a juiz incompetente; ou ainda quando as provas tiverem sido obtidos em desrespeito aos preceitos legais.

7.2. Da prisão para averiguação

Embora à primeira vista possa parecer algo em confronto com a atual ordem constitucional, a verdade é que, em casos de militares, há expressa previsão legal acerca da possibilidade jurídica da prisão para averiguação.

Segundo a garantia inserta no artigo 5º, inciso LXI, do texto constitucional, ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, entretanto, a parte final desse mesmo cânone constitucional possibilita a prisão administrativa em casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei, independentemente de prévia ordem judicial.

¹⁴³ Com a ressalva do artigo 250, o qual versa sobre a prisão em lugar não sujeito à administração militar: Quando a prisão em flagrante for efetuada em lugar não sujeito à administração militar, o auto poderá ser lavrado por autoridade civil, ou pela autoridade militar do lugar mais próximo daquele em que ocorrer a prisão.

Visto como um instrumento para se resguardar a hierarquia e disciplina dos quartéis, a prisão para averiguação vem disciplinada pelo artigo 18 do Código de Processo Penal Militar, o qual normatiza *in verbis*: Independentemente de flagrante delito, o indiciado poderá ficar detido, durante as investigações policiais, até trinta dias, comunicando-se a detenção à autoridade judiciária competente. Esse prazo poderá ser prorrogado, por mais vinte dias, pelo comandante da Região, Distrito Naval ou Zona Aérea, mediante solicitação fundamentada do encarregado do inquérito e por via hierárquica.

Sobre a possibilidade da prisão para averiguação, em comentários a respeito das medidas cautelares no processo penal militar, Célio Lobão gravou que:

“Oportuno registrar que o art. 5º, LXI, da Constituição, revogou algumas normas relativas à prisão provisória. Com efeito, dispõe o art. 5º, LXI, que 'ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei'. Dessa forma, deixaram de vigor a parte dos dispositivos que autorizavam o encarregado do IPM a decretar a prisão do indiciado ou a praticar atos relacionados com a execução da prisão provisória (arts. 225, 227, 228, 2ª parte). No entanto, permanece em vigor o art. 18, na parte realativa à militar, acusado da prática de crime propriamente militar”.¹⁴⁴

Do mesmo modo, reconhecendo a constitucionalidade da prisão para averiguação em casos de militares, Márcio Luís Chila Freyesleben suscita que: “a

¹⁴⁴ *Código de Processo Penal Militar. Medidas Cautelares (2ª Parte). Prisão. Anotações aos arts. 220 a 261, in Revista da Associação dos magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, janeiro de 2002, ano VI, n.º 22, p. 23-34.*

clareza da lei dispensa qualquer questionamento a respeito da constitucionalidade do artigo 18 do Código de Processo Penal Militar, pois, como se vê, está perfeitamente harmonizado com a letra expressa e o espírito da Lei Maior”.¹⁴⁵

O intuito da norma é, pois, garantir aos trabalhos da polícia judiciária acerca da descoberta da autoria e materialidade delitivas, sendo que a medida guarda fortes semelhanças com a prisão temporária da qual trata a Lei n.º 7.960/89, ainda que nesse último caso a autorização judicial mostre-se imprescindível”.¹⁴⁶

Possível, portanto, a prisão para averiguação, mostrando-se incorreto quando se aduz que teria sido extirpado do ordenamento jurídico essa espécie de segregação cautelar.

7.2.1. Cabimento nos crimes propriamente militares

A prisão para averiguação somente é admitida em casos de crimes propriamente militares, sendo manifestamente ilegal fora dessa hipótese, sob pena de configurar crime de abuso de autoridade nos termos do artigo 4º, alínea “a”, da Lei n.º 4.898/65, tanto é que o Superior Tribunal Militar entende “incabível a detenção de militar para averiguação de fato tido, em tese, como crime impropriamente militar, exceto nos casos de flagrante delito ou ordem escrita de autoridade competente (Constituição Federal

¹⁴⁵ *A prisão provisória no Código de Processo Penal Militar*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 175,

¹⁴⁶ Cf. TRIGILIO, Mara Aparecida. *A incidência da detenção no inquérito policial militar*. in Revista da Associação dos magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, maio de 2001, ano V, n.º 29, p. 37-38.

artigo 5º, inciso LXI)”.¹⁴⁷

Em interpretação à norma do artigo 18 do Código de Processo Penal Militar, Márcio Santiago de Moares comenta que: “aplicado exclusivamente nos casos de crimes militares puros (crimes contra a autoridade e a disciplina militar, contra o serviço militar e o dever militar etc.), principalmente quando perigam os altos interesses do Estado, da ordem e da disciplina das instituições militares (...).¹⁴⁸

Destarte, inadmissível a prisão para averiguação de civil ou mesmo de militar, quando a acusação versar sobre crime militar impróprio.

7.2.1.1 Competência e requisitos

Embora a prisão para averiguação tenha sido adequada à nova ordem constitucional, não há como não ver os resquícios dos anos de chumbo em sua estrutura jurídica. Mais do que uma simples exceção à regra, a prisão para averiguação, com suas peculiaridades, continua a ser vista como verdadeira anomalia jurídica.

Essa assertiva ganha contornos mais concretos quando analisados os requisitos dessa espécie de prisão, sobretudo a competência para decretá-la, fator preponderante para qualificá-la não como um pronunciamento jurisdicional, mas sim como um ato

¹⁴⁷ Cf. STM – HC 1992.01.032862-9/SP – rel. Min. Luiz Leal Ferreira - J. 01/09/1992 – DJ 13/10/1992.

¹⁴⁸ *Cerceamento da liberdade do militar no curso do IPM. Comentários ao art. 18 do Código de Processo Penal Militar*, in Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, setembro de 2002, ano VII, n.º 37, p. 28-31.

administrativo, ou seja, uma manifestação de vontade da Administração Pública, haja vista que provem de um agente público ligado ao Poder Executivo e não do Estado-Juiz.

Conclusiva nesse sentido a lição de Paulo Roberto da Silva Passos:

“No âmbito do Direito Administrativo, aliás, atesta-se que a Polícia Judiciária faz parte do aparelho estatal executivo, embora regradada por vezes por normas processuais penais, o que evidentemente lhe confere a classificação de órgão administrativo-penal, e, conseqüentemente emprega os atos por ela praticados da chancela de 'administrativos’”.¹⁴⁹

Segundo a conjugação dos artigos 7º, 18 e 221 da lei adjetiva penal militar, compete exclusivamente ao encarregado do Inquérito Policial Militar decretar essa espécie de prisão. Isso porque, enquanto o artigo 221 normatiza que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente, nada dizendo se essa autoridade seria o Estado-Juiz ou um agente do Poder Executivo, o artigo 18, por sua vez, supre essa lacuna, ao afirmar que o indiciado poderá ficar detido, durante as investigações policiais, até trinta dias, mediante decisão fundamentada do encarregado do inquérito.

Nessa linha de raciocínio o artigo 7º do citado diploma castrense ainda arrola as pessoas que detêm poder de polícia judiciária e, por conseguinte, podem decretar a prisão de um indiciado para averiguação, desde, é claro, que estejam na função de encarregado de inquérito policial.

¹⁴⁹ *Da Prisão e da Liberdade Provisória.*, p. 38.

Ilustrando o quanto aqui exposto, especificamente sobre a competência da prisão ora retratada, Maria Aparecida Trigilio aduz que “em termos práticos, é o encarregado do IPM que decide sobre a necessidade ou não da detenção, pois a autoridade policial é, normalmente, a primeira a sentir a necessidade da prisão do indiciado”.¹⁵⁰

Convergindo para esse entendimento, Célio Lobão entende:

“... em conformidade com o disposto na Constituição de 88, o encarregado do inquérito pode impor prisão temporária contra militar nos crimes propriamente militares, fundamentando sua decisão. Nas demais infrações penais definidas no com, a competência é do Juiz-Auditor, mediante decisão igualmente fundamentada e requerimento do MP ou representação do inquérito”.¹⁵¹

Sabendo-se que a competência resulta da Lei e é por esta delimitada, tem-se que a autoridade judiciária não poderá prover nenhum ato no sentido de decretar a prisão de um militar indiciado para averiguação, sob pena de incidir em abuso de autoridade, sobretudo porque nenhum ato administrativo pode ser realizado validamente sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo.

Sendo, pois, ato administrativo, além da competência, também devem ser preenchidos os requisitos concernentes à competência, finalidade, forma, motivo, objeto e motivação, necessários para sua legal formação.

¹⁵⁰ *A incidência da detenção no inquérito policial militar. in* Revista da Associação dos magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, maio de 2001, p. 37-38.

¹⁵¹ *Código de Processo Penal Militar. Medidas Cautelares (2ª Parte). Prisão. Anotações aos arts. 220 a 261, in* Revista da Associação dos magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, janeiro de 2002, p. 23-34.

Pelo objeto do ato, ou seja, seu conteúdo, tem-se que na hipótese ora retratada trata-se da prisão em si, i.e., a manifestação do poder e vontade da Administração Pública.

Quanto à finalidade almejada, pode-se dizer, sem maiores controvérsias, tratar-se de ato de império que visa propiciar um campo apropriado para a polícia judiciária militar proceder a investigação sem qualquer embaraço, ou seja, assegurar a devida formação do inquérito policial militar.

Uma vez que somente pode ser decretada por seu encarregado e tendo por finalidade o bom andamento das investigações por parte da Polícia Judiciária, é certo que somente tem cabimento no curso do inquérito policial militar, não podendo ser decretada antes de seu início ou mesmo depois de sua conclusão.

A esse respeito Márcio Santiago de Moares salienta que:

“... como o sujeito passivo da medida é sempre o militar indiciado em IPM, o momento em que pode ser decretada vai do anterior e formal indiciamento do militar, até a remessa do inquérito (artigo 22, § 1º, do Código de Processo Penal Militar), não podendo ser decretada em desfavor de militares meramente suspeitos da prática de infração penal militar pura”.¹⁵²

¹⁵² *Cerceamento da liberdade do militar no curso do IPM. Comentários ao art. 18 do Código de Processo Penal Militar*, in Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, setembro de 2002, p. 28-31.

A finalidade do ato prende-se aos motivos deste. Com isso, se o objetivo é um procedimento investigativo sem enleios, há de se vislumbrar no horizonte uma situação concreta que poderia prejudicar o trabalho policial. Assim, imprescindível que existam pressupostos de fato e de direito hábeis a autorizá-la.

Há quem entenda que não haveria a necessidade de se atentar aos requisitos da prisão preventiva, uma vez que essa custódia caberia justamente quando os mesmos ainda não tivessem sido reunidos. Nessa corrente está Freyesleben que entende que seria uma espécie de antecipação da prisão preventiva¹⁵³:

“... a prisão para averiguações, assim como a prisão temporária, têm por função possibilitar a custódia do indiciado na fase de investigação, quando os requisitos da prisão preventiva ainda não foram suficientemente recolhidos”.¹⁵⁴

No entanto, inegável que a decretação da prisão para averiguação não pode prescindir de atender aos requisitos concernentes ao *periculum in mora* e ao *fumus boni juris* correlatos a ordem de prisão preventiva. A esse posicionamento se perfilha Márcio

¹⁵³ Com entendimento que ousamos discordar, esse autor ainda entende que meras suspeitas seriam suficientes para a decretação da prisão: “Será possível asseverar que a prisão para averiguações, nos moldes do art. 18, Código de Processo Penal Militar, poderá ser decretada sempre que o encarregado do IPM deparar com certas situações em que a custódia do indiciado surja como uma necessidade inafastável à investigação policial-militar; sempre que lhe afigurar a necessidade inelutável de agir rapidamente, de impedir que o indiciado destrua vestígios do crime ou desvirtue a prova e ainda a de evitar-lhe a fuga ou ocultação; sempre que lhe revele útil à conveniência de proteger a liberdade individual contra o arbítrio e a prepotência do indiciado, notadamente nos casos do art. 13, letra i, do Código de Processo Penal Militar. A prisão para averiguação terá vez, outrossim, mesmo que não haja nos autos a certeza da materialidade, como no caso em que dependa da confecção de laudos periciais, ou ainda quando as suspeitas da autoria não tenham galgado a categoria de indícios. Cf. *A prisão provisória no Código de Processo Penal Militar.*, p. 213.

¹⁵⁴ *A prisão provisória no Código de Processo Penal Militar.*, p. 211.

Santiago de Moraes quando afirma que:

“... o dispositivo deve ser interpretado dentro dos princípios que regem as hipótese de prisão preventiva, conforme os artigos 254 e 255 do Código de Processo Penal Militar, e, principalmente, do princípio geral da prisão provisória, que é a absoluta privação da liberdade”.¹⁵⁵

De igual teor são os ensinamentos de Mara Aparecida Trigilio quando aduz que:

“... esta medida deve ocorrer sempre de maneira justificada e cautelar, ou seja, ainda que a decisão do cerceamento de liberdade seja das autoridades de Polícia Judiciária Militar, a mesma só será reconhecida como legal se existirem os mesmos pressupostos da prisão preventiva, ou seja prova do fato delituoso e indícios suficientes de autoria (art. 254, “a” e “b”, do Código de Processo Penal Militar), bem como fundar-se em qualquer das circunstâncias elencadas no artigo 255 do Código de Processo Penal Militar”.¹⁵⁶

A par disso, portanto, o encarregado do Inquérito que vislumbrar a necessidade de custódia cautelar do indiciado, obrigatoriamente, deve fundamentar sua decisão, demonstrando tanto o *fumus comissi delict* como o *periculum libertatis*, sob pena de configurar manifesta ilegalidade, haja vista tratar-se de verdadeiro corolário do devido processo legal, sobretudo porque é justamente à partir dessa fundamentação que será feito o controle jurisdicional da legalidade da prisão.

¹⁵⁵ *Cerceamento da liberdade do militar no curso do IPM. Comentários ao art. 18 do Código de Processo Penal Militar*, in Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, setembro de 2002, p. 28-31.

¹⁵⁶ *A incidência da detenção no inquérito policial militar*. in Revista da Associação dos magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, maio de 2001, p. 37-38.

Nesse palmilhar, a ordem exige forma escrita e fundamentada, tanto é que o artigo 18 do Código de Processo Penal Militar é claro em dispor que independentemente de flagrante delito, o indiciado poderá ficar detido, durante as investigações policiais, mediante *solicitação fundamentada* do encarregado do inquérito e por via hierárquica.

Se não bastasse a lei processual exigir a devida fundamentação, não se pode olvidar que todo ato administrativo deve ser devidamente fundamentado, conforme preceitua Celso Antonio Bandeira de Mello:

“... se os próprios julgamentos do Poder Judiciário devem ser fundamentados, pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição Federal e Código de Processo Civil, art. 458, II), e as decisões administrativas dos Tribunais terão de ser motivadas (inciso X do citado art. 93), 'a fortiori' deverão sê-lo os atos administrativos oriundos de quaisquer dos outros Poderes”.¹⁵⁷

De tão clara a necessidade de fundamentação idônea para a decretação da prisão, que a literatura jurídica chega a ser monótona. Nesse sentido, doutrina de Márcio Luís Chila Freyesleben:

“... a motivação tem natureza de princípio constitucional e visa resguardar o direito do indiciado de pedir ao Judiciário que aprecie a medida (art. 5º, XXXV, CF/88). O encarregado motivará seu despacho apontando o fato gerador da prisão e o dispositivo legal adequado, bem como expondo os motivos que os levaram à adoção da medida extrema”.¹⁵⁸

¹⁵⁷ *Curso de Direito Administrativo*, p. 356.

¹⁵⁸ *A prisão provisória no Código de Processo Penal Militar*. p. 216.

De forma efusiva, Márcio Santiago de Moares posiciona-se no sentido que:

“... evidente que não basta ao encarregado informar ao juiz competente a decretação da detenção cautelar, tornando-se necessário que explicita as razões que fundamentaram a decisão com base em fatos concretos. Trata-se, aqui, da motivação, necessária para todo e qualquer ato administrativo”.¹⁵⁹

Ainda com relação à forma do ato, o Código de Processo Penal Militar traz no artigo 225 a obrigatoriedade da expedição de mandado de prisão, o qual deve ser lavrado pelo escrivão do inquérito, ou mesmo *ad hoc*, e assinado pela autoridade que ordenar a expedição; designando-se ainda a pessoa sujeita a prisão com a respectiva identificação e moradia, se possível; além de mencionar o motivo da prisão, bem como o executor da ordem.

Também há de ser observada a escala hierárquica. Logo, de acordo com o artigo 223 do Código de Processo Penal Militar, o cumprimento da ordem de prisão de militar deverá ser feita por outro militar de posto ou graduação superior; ou, se igual, mais antigo.

Por ser uma medida de coação, imprescindível que seja feito o controle de sua legalidade. Assim, por força dos artigos 5º, inciso LXII, da Constituição Federal, e 222 do Código de Processo Penal Militar, a prisão será comunicada imediatamente ao juiz

¹⁵⁹ *Cerceamento da liberdade do militar no curso do IPM. Comentários ao art. 18 do Código de Processo Penal Militar*, in Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, setembro de 2002, p. 28-31.

competente, inclusive com a informação do local onde se encontra sob custódia.

Sobre a imediata comunicação da prisão ao juiz, Maria Aparecida Trigilio aduz:

“Sendo uma prisão, embora o próprio Código trate-a como detenção, há a necessidade de mesma subordinar-se ao controle da legalidade e, portanto, deve existir a comunicação ao juiz-auditor quando de sua aplicação”.¹⁶⁰

Ex vi dos artigos 5º, inciso LXV, da Constituição Federal, e 224 do Código de Processo Penal Militar, tão logo comunicada sobre a prisão, a autoridade judiciária deverá relaxá-la se verificar que a mesma não preenche os requisitos legais, o que se não for feito acarretará manifesto constrangimento ilegal ao indiciado, passível de impetração de *habeas corpus*, nos termos dos artigos 5º, inciso LXVIII, da Carta Magna e 466 e ss. do Código de Processo Penal Militar.

7.3. Da Prisão Temporária

Não obstante entendimento em sentido contrário, incabível a aplicação da prisão temporária em casos de crime militares.

Deixando de lado o vício formal que afeta a Lei n.º 7.960/89,¹⁶¹ que trata da prisão provisória, tem-se que aquele diploma legal destina-se exclusivamente aos tipos

¹⁶⁰ *A incidência da detenção no inquérito policial militar. in* Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, maio de 2001, p. 37-38.

¹⁶¹ Criada através de Medida Provisória.

penais nela descritos, exclusivos da legislação paisana.¹⁶²

E bom que se diga que não se trata de interpretação literal da norma. Isto porque, versando-se de crimes militares, o Código de Processo Penal Militar tem disposições específicas que visam a mesma finalidade da Lei n.º 7.960/89, tanto é que basta-se atentar que em se tratando de crimes militares próprios há a disposição de prisão para averiguação, *ex vi* do artigos 18 e 221 da adjetiva castrense, havendo sempre a possibilidade de recolhimento disciplinar independentemente da acusação.

7.4. Da Menagem

Como ressaltado por Freyesleben, o termo menagem nada mais é do que uma

¹⁶² Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
 - b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
 - i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
 - j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
 - l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
 - m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
 - n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
 - o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

eférese, ou seja, o substantivo feminino homenagem com a supressão do fonema inicial.¹⁶³

A partir do conhecimento da origem morfológica do termo fica mais fácil compreender a natureza desse dispositivo processual, que tem origens remotas, surgindo como forma de substituir as mazelas do cárcere, com vistas a beneficiar cidadãos de alto estrato social, de maneira que, quando submetidos aos desprazeres daqueles que se sujeitam ao processo, era-lhes concedida a graça de permanecer em casa ou no castelo, desde que com a promessa fidedigna de lá permanecerem durante a marcha processual.

Em reminiscências históricas, Ronaldo João Roth lembra que:

“A homenagem era um privilégio particularmente concedido à Nobreza. Foi aprovado nas Cortes d'Elvas no tempo de D. Pedro I e daí passou para as ordenações Afonsinas e delas para as posteriores. O que está posto em homenagem é considerado preso e lhe competem todos os privilégios dos presos. As homenagens eram concedidas pelo Desembargo do Paço e consistiam na licença concedida ao Réu, em sua qualidade pessoal, para estar solto em juízo debaixo de sua promessa. Por homenagem era dada a própria casa ou o castelo da cidade. Competia aos Fidalgos, aos Desembargadores, aos Cavalheiros das Ordens Militares, aos Doutores, aos Escrivães da Real Câmara e suas mulheres (ou se achem elas casadas ou em honesta viuvez), aos

¹⁶³ Cf. *A prisão provisória no Código de Processo Penal Militar*. p. 137.

Deputados da Real Junta do Comércio e aos da Companhia Geral de Agricultura das Vinhas do Alto Douro”.¹⁶⁴

No direito processual brasileiro, a menagem é tratada apenas em âmbito militar, motivo pelo qual Ronaldo João Roth afirma ser um instituto típico da Lei Castrense.¹⁶⁵ Por outro lado, com uma interpretação mais extensa, Freyslebem expõe que haveria previsão constitucional acerca da menagem, a qual estaria instituída na modalidade de “residência forçada”, determinada durante a vigência do estado de sítio (CF art. 139, D).¹⁶⁶

Disciplinada nos artigos 263 *usque* 269 do Código de Processo Penal Militar, a menagem está situada num ponto equidistante entre a liberdade e a prisão provisória, e não poderia ser diferente haja vista que visa substituir as mazelas do cárcere, resguardando a dignidade da pessoa humana.

Com muita propriedade, Freyeslebem assinala que:

“No entrecchoque do princípio da inocência com o instituto da prisão provisória, a menagem surgiu como uma alternativa mais humana de salvaguardar as necessidades decorrentes da liberdade de quem ainda não foi declarado culpado e, ao mesmo tempo, de assegurar as exigências do bom andamento da justiça. O fundamento da menagem é, em apertada síntese, a desnecessidade do confinamento em cárcere de

¹⁶⁴ *Temas de Direito Militar*. São Paulo: Suprema Cultura,, 2004, p. 145.

¹⁶⁵ *idem, ibidem*.

¹⁶⁶ Cf. *A prisão provisória no Código de Processo Penal Militar*.p. 136.

quem esteja preso provisoriamente”.¹⁶⁷

Disso se conclui sua natureza é híbrida, pois, embora um benefício de liberdade, não deixaria de ser uma prisão, haja vista que o menageado tem seu direito de ir e vir restringido, ora em um espaço mais amplo, ora em um ambiente mais circunscrito.

Ronaldo João Roth a compreende de duas formas, ora como prisão, ora como liberdade provisória:

“Diante das peculiaridades que defluem daquela medida, entendo, todavia, que a menagem é um instituto de direito processual de dupla natureza jurídica: a uma, é prisão provisória, sem os rigores do cárcere, que se assemelha a prisão especial e que prefiro denominar menagem-prisão; a duas, é modalidade de liberdade provisória que guarda estreita relação com a fiança do direito comum e que, por isso, prefiro denominar de menagem-liberdade.”¹⁶⁸

Freyesleben, por sua vez, a define como “um instituto de natureza dúbia, porque é, a um só tempo, benefício e espécie de prisão provisória fora do cárcere”.¹⁶⁹ Ainda segundo esse autor, seria prisão provisória “porque o agente não pode retirar-se do lugar para o qual foi ela concedida, sob pena de cassação (art. 265 do Código de Processo Penal Militar)”,¹⁷⁰ mas também seria um benefício, “uma vez que substitui uma prisão provisória cumprida com rigor carcerário”.¹⁷¹

¹⁶⁷ *A prisão provisória no Código de Processo Penal Militar*. p. 142.

¹⁶⁸ *Temas de Direito Militar*. p. 146.

¹⁶⁹ *A prisão provisória no Código de Processo Penal Militar*. p. 138.

¹⁷⁰ *Idem, ibidem*.

¹⁷¹ *Idem*, p. 139.

Denílson Feitosa Pacheco, citado por Jorge Cesar de Assis, conclui que:

“... a menagem é um instituto do Código de Processo Penal Militar que se assemelha à prisão provisória e à liberdade provisória, dependendo da hipótese consistente na restrição provisória da liberdade de alguém num lugar ou estabelecimento, diverso do estabelecimento prisional”.¹⁷²

No entanto, é importante deixar claro que trata-se de um direito do acusado, devendo ser concedida sempre que preenchidos os requisitos legais.

7.4.1. Pressupostos

Embora possa ser deferida tanto para civis como para militares, a menagem não pode ser concedida sem critérios, indistintamente, apenas como forma de beneficiar determinadas pessoas ou mesmo graduações e patentes, pois o ordenamento jurídico fixa os pressupostos necessários para sua concessão, além do que haveria evidente agressão ao princípio constitucional da isonomia.

O artigo 263 do Código de Processo Penal Militar demarca que a menagem poderá ser concedida pelo juiz, nos crimes cujo máximo da pena privativa da liberdade não exceda a quatro anos, tendo-se, porém, em atenção a natureza do crime e os antecedentes do acusado.

¹⁷² *Apud* ASSIS, Jorge César de. *Código de Processo Penal Militar Anotado*, 2ª ed., São Paulo: Juruá, 2004, vol. II, p. 111.

Ao delimitar que a menagem somente será concedida em crimes cujo máximo da pena privativa da liberdade exceda a quatro anos, a lei acabou por excetuar os crimes apenados com suspensão de exercício do posto, graduação cargo ou função ou reforma.

A questão aqui é de lógica jurídica, pois configuraria verdadeiro contra-senso menagear alguém que, ao final, se condenado, não teria sua liberdade cerceada. A correção dessa assertiva é confirmada pelo artigo 270 do Código de Processo Penal Militar, o qual aduz que o indiciado ou acusado livrar-se-á solto no caso de infração a que não for cominada pena privativa de liberdade.

Do ponto de vista objetivo, a norma não faz distinção entre as espécies de prisão previstas, se prisão em sentido estrito, detenção ou reclusão, donde se conclui que o único critério a ser observado concerne à quantidade da pena, ou seja, crimes com pena máxima de quatro anos. Da mesma maneira entende Freyesleben, para quem “o dispositivo não faz referência a que tipo de prisão se destina a menagem, donde se conclui ser aplicável aos crimes apenados com prisão, detenção e reclusão”.¹⁷³

Embora a lei ainda afirme que o juiz deverá considerar a natureza do crime, a mesma não estabelece uma definição acerca dessa expressão, de maneira que deve ser entendido que os crimes apenados com pena privativa de liberdade superior a quatro anos devam ser considerados graves.¹⁷⁴

¹⁷³ *A prisão provisória no Código de Processo Penal Militar*. p. 143.

¹⁷⁴ Cf. FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila. *A prisão provisória no Código de Processo Penal Militar*. p. 143.

Entretanto, no que tange à gravidade do delito como requisito a ser observado, há quem entenda que os crimes que não permitem a aplicação de *sursis*, nos termos do artigo 617 do Código de Processo Penal Militar, ainda que o máximo da pena privativa de liberdade não exceda a quatro anos, por serem considerados graves, também não fariam *jus à menagem*.

Assim, pela dicção daquele dispositivo legal não se poderia conceder a menagem ao autor dos delitos contra a segurança nacional; alicição e incitamento; violência contra superior, oficial de serviço, sentinela, vigia ou plantão; desrespeito a superior e desacato; insubordinação, insubmissão; deserção; desrespeito a símbolo nacional; despojamento desprezível; e receita ilegal.

José da Silva Loureiro Neto perfilha desse posicionamento quando afirma que:

“Considerando que a suspensão condicional da pena não é aplicável em casos que atingem gravemente a ordem e a disciplina militares (Cf. Exposição de Motivos, n.º 9, art. 88 do Código Penal Militar c.c. Art. 617 do Código de Processo Penal Militar), assim também a liberdade provisória não será concedida nos crimes enunciados na segunda parte da alínea b do art. 270, do Código de Processo Penal Militar, entendemos que as razões que motivaram e inspiraram o legislador castrense à não concessão de tais benefícios legais ao agente autor desses delitos estejam condensadas na expressão 'natureza do crime'”.¹⁷⁵

Esse entendimento não se mostra correto, haja vista que, diante da

¹⁷⁵ NETO, José da Silva Loureiro, *Processo Penal Militar*, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 97.

natureza jurídica desses institutos, a comparação feita mostra-se inadequada.

Ronaldo João Roth corrobora que é equivocada essa comparação feita entre a menagem e o *sursis*, consignando para tanto que tal comparação repousa em uma analogia *in malan partem*, consignando este autor que:

“Questão relevante é aquela de se poder conceder a menagem nos delitos enumerados pelo Código de Processo Penal Militar que, por serem considerados graves, não permitem a aplicação do 'sursis' (art. 617 do Código de Processo Penal Militar). Ora naquelas hipóteses, entendo que não seja coerente a analogia 'in malan partem' entre esses institutos (menagem e *sursis*). É que a menagem e o *sursis* são institutos ontologicamente distintos, o primeiro vige antes do trânsito em julgado e obedece ao princípio da presunção de inocência, enquanto o segundo só é possível após o trânsito em julgado”.¹⁷⁶

Também discordando da primeira corrente doutrinária Freyesleben comenta que:

“Não será correto buscar a natureza do crime, para fins da menagem, em dispositivos como o art. 617, porque o legislador castrense, ao redigir o art. 263 do Código de Processo Penal Militar, deixou a prudente arbítrio do juiz reconhecer em cada caso a natureza da infração”.¹⁷⁷

Também não se mostra correto o entendimento no sentido de facultar ao julgador a análise da natureza do delito, uma vez que seriam apreciados os motivos e as circunstâncias do crime, o que não foi previsto pelo legislador castrense.¹⁷⁸

¹⁷⁶ *Temas de Direito Militar*. p. 147.

¹⁷⁷ *A prisão provisória no Código de Processo Penal Militar*. p. 143.

¹⁷⁸ Nesse aspecto, vale lembrar que ao tratar da suspensão condicional da pena, o Código Penal

Dentro do requisito subjetivo, uma vez que o artigo 269 do Código de Processo Penal Militar é expreso em consignar que a menagem será indeferida ao reincidente, deve-se entender por antecedentes do acusado, aqueles de natureza disciplinar ou os antecedentes criminais que não sejam hábeis a caracterizar a reincidência.

Registre-se que, *ex vi legis*, antes de decidir sobre a concessão da menagem faz-se necessária a prévia manifestação do Ministério Público, o qual terá o prazo de três dias para emitir seu parecer, nos termos do artigo 264, § 1º, do Código de Processo Penal Militar, não ficando o juiz vinculado à tal manifestação.

Por ser uma relação de fidelidade, nos termos do artigo 265 do Código de Processo Penal Militar, será cassada a menagem daquele que se retirar do lugar para o qual foi ela concedida, ou faltar, sem causa justificada, a qualquer ato judicial para que tenha sido intimado ou a que deva comparecer independentemente de intimação especial.¹⁷⁹

Acerca do prazo da menagem, conforme previsão do artigo 267 do Código de Processo Penal Militar, a lei normatiza que uma vez concedida a mesma cessa com a

Militar é expreso em mencionar como pressuposto para a concessão os antecedentes e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, o que deixa claro que quando quis, o legislador constou tais circunstâncias como fatores a serem observados pelo julgador.

¹⁷⁹ Para Freyesleben “o princípio básico da menagem é a confiança. O indiciado ou acusado dá sua palavra de honra de que comparecerá a todos os atos processuais e de que não se retirará do local circunscrito e, em contrapartida, a Justiça Castrense lhe poupa do encarceramento da cadeia. Deixar de comparecer aos atos processuais, sem justa causa, ou abandonar, ainda que temporário, os limites do sítio, importa a quebra da palavra empenhada, e a consequência imediata será a cassação da menagem.”. *A prisão provisória no Código de Processo Penal Militar*. p. 162.

sentença condenatória, ainda que não tenha passado em julgado, o que soa inconstitucional, notadamente se concedida a menagem *extra murus*, salvo se mantido em liberdade plena o processado se ausentes motivos que autorizem a segregação, ainda que diminuta. Do mesmo modo, esse dispositivo ainda esclarece que o juiz poderá ordenar a cessação da menagem, em qualquer tempo, com a liberação das obrigações dela decorrentes, desde que não a julgue mais necessária ao interesse da Justiça. Assim, entende-se que enquanto não houver sentença condenatória transitada em julgado, e entendendo o magistrado por sua conveniência, a menagem se prolonga.

A menagem mostra-se conveniente desde que ao indiciado ou acusado esteja preso, independentemente se durante o inquérito policial, durante a instrução processual ou mesmo após a sentença condenatória, embora motivo para cessá-la. Tal dispositivo mostra-se inconstitucional, uma vez que a Constituição Federal garante que prisão antes do trânsito em julgado somente quando houver extrema necessidade.

Em comentários sobre o prazo da menagem, Ronaldo João Roth coloca que quando tratar de menagem prisão, ou seja, aquela a ser cumprida em residência ou ambiente militar, o prazo seria vinte dias quando concedida durante a fase de inquérito policial militar, ou, na hipótese de ser deferida em fase processual seria de cinquenta dias, pois estes seriam os prazos para a conclusão do procedimento policial e da instrução criminal, conforme previsão dos artigos 18 e 390 do Código de Processo Penal Militar.¹⁸⁰

¹⁸⁰ Cf. *Temas de Direito Militar*. p. 167

7.4.2. *Intra murus*

Denomina-se menagem *intra murus* aquela onde deve ser cumprida em ambiente sujeito à administração militar, ou seja, quartel, navio, acampamento, ou em estabelecimento ou sede de órgão militar.

Segundo Freyelesben, por lugar sujeito à administração deve ser considerada toda a área pertencente a uma organização militar. Inclui-se nesse conceito os quartéis, navios, acampamentos e estabelecimentos ou sede de órgãos militares¹⁸¹

Seu caráter de prisão especial fica mais evidente quando se constata que seu tempo é computado para efeitos de detração, e, também, quando se atém que poderá ser concedida àquele que encontra-se preso, seja em flagrante delito, em decorrência de prisão preventiva ou mesmo em se tratando de prisão para averiguação, desde, é claro, que apresente, a conveniência dessas espécies de prisão cautelar.

A esse respeito, a menagem em área militar, porque tem natureza de prisão provisória, contrapõe-se à liberdade provisória. Assim, se o autuado fizer jus à liberdade provisória nos termos dos arts. 253 e 270 do Código de Processo Penal Militar, não se poderá falar em menagem. A contrário senso, pode-se dizer que a menagem em área militar terá oportunidade sempre que não couber a liberdade provisória.

¹⁸¹ Cf. *A prisão provisória no Código de Processo Penal Militar*.p. 149.

Sempre que a menagem for determinada em lugar sujeito à administração militar, nos termos do artigo 264, § 2º, do Código de Processo Penal Militar, serão solicitadas informações a respeito da sua conveniência à autoridade responsável pelo respectivo comando ou direção da unidade militar, sobretudo em razão dos reflexos que a presença do menageado poderá trazer para sua rotina.

A esse respeito, Jorge Cesar de Assis pondera que:

“Conquanto a juiz não esteja vinculado à manifestação do comandante da organização militar sobre a conveniência ou não, da medida, entendemos que tal informação é de fundamental importância, já que o comandante, chefe ou diretor formará sua opinião com base nos antecedentes e na vida militar do acusado, podendo aquilatar com mais segurança os efeitos que a menagem concedida ao acusado trará no dia-a-dia da unidade”.¹⁸²

O artigo 264 reza que em se tratando de militar a menagem poderá ser cumprida em sua residência, em cidade ou em ambiente militar, neste último caso dependendo de seu posto ou graduação. Deixam de existir essas possibilidade de escolha, no entanto, quando se tratar de militar insubmisso, pois nesse caso, somente poderá ser cumprida em quartel, *ex vi* do artigo 266 do Código de Processo Penal Militar.

7.4.3. *Extra murus*

¹⁸² Código de Processo Penal Militar Anotado. vol. II, p. 114.

Denomina-se menagem *extra murus* a menagem a ser cumprida fora de ambiente sujeito à administração militar, em residência ou cidade.

Quando determinado seu cumprimento na sede do juízo, ou seja, em cidade ou, mais restritamente, em residência, pode-se afirmar que se assemelha à liberdade provisória.

Para alguns, a similitude com a liberdade provisória seria em decorrência do artigo 268 do Código de Processo Penal Militar, o qual, com uma certa impropriedade, disciplina que nessas hipóteses (residência e cidade) não seria levada em conta no cumprimento da pena, o que é confirmado pelo artigo 568 quando este dispositivo processual normatiza *in verbis*: “Será integralmente levado em conta, no cumprimento da pena, o tempo de prisão provisória, salvo o disposto no art. 268”.

De fato, quando cumprida em cidade, realmente a menagem se assemelha à liberdade provisória, pois a condição do indiciado ou acusado teria uma amplitude maior.

Entretanto, não há como não entendê-la como forma de prisão especial quando na residência do acusado. E, nesse aspecto, evidente que passa a ter um caráter prisional mais rijo, sobretudo porque a liberdade fica constricta aos muros do prédio da morada. Destarte, merece críticas a omissão do legislador que, condescendente com os Ministros Militares de 1969, consentem com a permanência do elemento imperativo do artigo 268 que entende que a menagem concedida em residência não deva ser considerada para fins

de detração.

Corroborando esse entendimento ora exposto, Freyesleben firma posição com a censura de que:

“Com efeito, o Código está certo, 'ma non troppo'. É que a menagem em residência não é um benefício, mas sim, prisão. Portanto, o seu tempo deve ser considerado para fins de detração, à exemplo da menagem em quartel, porque constitui uma modalidade de prisão domiciliar. Seria uma iniquidade deixar de computar na pena o tempo em que o infrator permeneceu encarcerado em sua residência. A bem da verdade, os limites da residência e os muros do quartel representam para o infrator uma sela de dimensões avantajadas, só e só. No cárcere, na residência e no quartel, o fato é que estará detido, preso, literal e ontologicamente falando”.¹⁸³

Ronaldo João Roth posiciona-se da mesma forma:

“Ora se é prisão terá um lugar específico para cumprimento e dela caberá a duração penal. Embora a própria lei regente exclua da detração penal as hipóteses de menagem em cidade em residência (art. 269), entendo que esta última não deixa de ser inegavelmente forma de prisão domiciliar (prisão especial)”.¹⁸⁴

Portanto, a menagem somente pode ser entendida como um benefício quando a liberdade do réu estiver circunscrita às raias da cidade, pois quando cumprida em ambiente militar ou mesmo na residência do acusado, há de ser entendida como prisão.

¹⁸³ *A prisão provisória no Código de Processo Penal Militar*. p. 140.

¹⁸⁴ *Temas de Direito Militar*. p. 158.

Todavia, conquanto não haja expressa previsão de que o tempo de menagem *extra murus* seja contado para efeitos de tração, observada a restrição ao direito de ir e vir, ainda que diminuta, deve incidir o desconto de tal período da pena a ser aplicada se sobrevier sentença condenatória.

Por fim, como trata-se de uma relação de confiança, importa salientar que não haverá monitoramento explícito na vida do menageado. A esse respeito, Freyesleben traz a baila que seria surreal imaginar guardas na residência do menageado ou mesmo a segui-lo pelas ruas..¹⁸⁵

7.5. Da Prisão Preventiva

Entendida como hipótese clássica de prisão cautelar, com a doutrina chegando a afirmar que é a que reveste-se de maior importância dentre as medidas de constrição de liberdade de natureza processual,¹⁸⁶ a prisão preventiva é tratada nos artigos 254 *usque* 261 do Código de Processo Penal Militar.

A prisão preventiva em orbe castrense tem um *plus* em relação a similar prevista no direito processual penal comum, haja vista que além, daqueles requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, os quais visam impedir qualquer perturbação ao processo ou mesmo à sociedade, a hipótese prevista no Código de

¹⁸⁵ Cf. *A prisão provisória no Código de Processo Penal Militar*.p.. 161.

¹⁸⁶ Cf. FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Código de Processo Penal Comentado*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, vol. I, p. 574.

Processo Penal Militar ainda tem por finalidade preservar a hierarquia e disciplina.

7.5.1. Pressupostos

Conforme o artigo 254 da lei adjetiva castrense, a prisão preventiva pode ser decretada pelo Juiz-Auditor ou de Direito ou, ainda, pelo Conselho de Justiça, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade encarregada do inquérito policial-militar, desde que presentes os requisitos concernentes à prova do fato delituoso e indícios suficientes de autoria, os quais consubstanciam o *fumus boni juris*.

7.5.1.1. Prova da Existência do Crime

Como condição de admissibilidade da decretação da prisão preventiva, a norma exige a presença de prova concreta da existência do crime, não bastando indícios, ainda que veementes, e suposições. Assim, a certeza material do delito deve ser estreme de dúvidas e devidamente demonstrada, seja no inquérito policial ou mesmo no processo.¹⁸⁷

¹⁸⁷ A esse respeito Júlio Fabrini Mirabete argumenta que “a primeira exigência refere-se à materialidade do crime, ou seja, a existência do corpo de delito que prova a ocorrência do fato criminoso (laudos de exame de corpo de delito, documentos, prova testemunhal etc). Exigindo-se 'prova da existência do crime, não se justifica a decretação da prisão preventiva diante de mera suspeita ou indícios da ocorrência de ilícito penal”. Cf. *Processo Penal*.p. 381.

7.5.1.2. Indícios Suficientes de Autoria

Outro pressuposto de admissibilidade exigido pelo artigo 254 concerne à existência de indícios suficientes de autoria. Diferente do artigo 312 do Código de Processo Penal que exige indício suficiente – no singular – na legislação processual penal militar necessária a formação de um elo de indícios para a decretação da prisão preventiva, um *plus* com relação a norma comum.

Ao contrário da existência do crime, que requer prova inequívoca, no caso da autoria delitiva a Lei contenta-se com indícios, desde, é claro, que sejam capazes de gerar uma convicção no julgador, ou seja, a fumaça do bom direito que aponte o acusado como autor da infração penal, até porque, por se tratar de uma odiosa forma de privação de liberdade, há de ser pautada por um mínimo de certeza, sobretudo por conta do princípio da não culpabilidade que protege o acusado.

Acerca da imprescindibilidade da presença de indícios suficientes de autoria, Antônio Alberto Machado comenta que:

“...a decretação da prisão preventiva exige também a presença de indícios suficientes de autoria. De fato, para a imposição dessa custódia provisória é mister que a autoria do crime, senão conhecida, possa ser ao menos determinada por meio de uma somatória de circunstâncias que tenham o condão de levar o julgador a um conhecimento senão certo pelo menos razoável quanto à pessoa que teria praticado o fato delituoso”.¹⁸⁸

¹⁸⁸ MACHADO, Antonio Alberto, *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro:

Em comentários sobre essa face do *fumus boni juris*, Loureiro Neto afirma haver necessidade de se vislumbrar uma eventual condenação, suscitando que “constitui, portanto, um procedimento jurisdicional, derivado do 'potestas coercendi' do auditor, sendo imposta quando provável a condenação do réu”.¹⁸⁹

Sobre os indícios de autoria, a lei adjetiva castrense não admite a prisão preventiva quando verificado ter o agente praticado o fato em razão de erro de direito, coação irresistível, obediência hierárquica, estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, uma vez que não pode haver dúvida acerca do caráter ilícito do fato.

Nesse ponto não se exige prova robusta de o fato ter sido cometido nessas hipóteses, pois meros indícios já seriam suficientes, uma vez que havendo presunção da inexistência de antijuridicidade, por conseguinte, presume-se a não existência de conduta criminosa e a inocência do acusado. Lembre-se, ainda, que tal decisão prescinde de prova concreta sobre a ausência de antijuridicidade, justamente porque não se trata de uma sentença de mérito.¹⁹⁰

Esclarecedora nesse sentido é a lição de Frederico Marques no sentido de ser salutar a demonstração da antijuridicidade da conduta quando afirma que “não se deve considerar existente o 'fumus boni juris', ou a probabilidade da imputação, a não ser

Lumen Juris, 2005, p. 131.

¹⁸⁹ *Processo Penal Militar*. p. 93.

¹⁹⁰ Cf. ASSIS, Jorge César de. *Código de Processo Penal Militar Anotado*, vol. II, p. 108.

quando exista fato típico e comprovado e também antijurídico”.¹⁹¹

7.5.2. Requisitos

Não se presta para justificar a prisão preventiva apenas a existência de indícios de autoria e a prova de materialidade do crime.

Além do *fumus boni juris*, imprescindível a existência do *periculum in mora*, ou seja, a demonstração concreta da conveniência da medida cautelar, a qual, no caso do processo penal militar, se traduziria na necessidade de se impedir qualquer perturbação ao processo, à sociedade e à hierarquia e disciplina castrense¹⁹².

Assim como no direito processual comum, o diploma castrense enumera em seu artigo 254 as situações de risco que, eventualmente, podem ensejar a prisão preventiva, quais sejam: garantia da ordem pública; conveniência da instrução criminal; periculosidade do indiciado ou acusado; segurança da aplicação da lei penal militar; exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, quando ficarem ameaçados ou atingidos com a liberdade do indiciado ou acusado.

Por estar dentro de uma exceção à regra da liberdade posta pela ordem

¹⁹¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, Campinas: Bookseller, 1998, vol. IV, p. 61.

¹⁹² Evidenciando a correção dessa assertiva, oportuna a lição de Antonio Scarance Fernandes no sentido de que o “*periculum in mora* decorre do perigo de que, com a demora do julgamento, possa o acusado, solto, impedir a correta solução da causa ou a aplicação da sanção punitiva”. Cf. *Processo penal constitucional*. p. 301.

constitucional, sobretudo porque priva um cidadão de seu *jus libertatis* antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado, essa medida constritiva só pode ser decretada se expressamente for justificada sua real indispensabilidade, a qual há de partir de fatos concretos, não de temores ou suposições abstratas e juízos subjetivos de valor, sob pena de se tornar indevida antecipação da punição estatal e verdadeira agressão ao princípio da não culpabilidade.

A esse respeito, Antonio Magalhães Gomes Filho expõe salutar lição:

“... à luz da presunção de inocência, não se concebem quaisquer formas de encarceramento ordenadas como antecipação da punição ou que constituem corolário automático da imputação, como sucede nas hipóteses de prisão obrigatória em que a imposição da medida independe da verificação concreta do ‘periculum libertatis’”.¹⁹³

Feita essa argumentação, parece até redundância consignar que o artigo 257 do Código de Processo Penal Militar trata da desnecessidade da prisão quando o juiz, por qualquer circunstância evidente dos autos, ou pela profissão, condições de vida ou interesse do indiciado ou acusado, presumir que este não fuja, nem exerça influência em testemunha ou perito, nem impeça ou perturbe, de qualquer modo, a ação da justiça.

Não se pode deixar de mencionar ainda o caráter *rebus sic stantibus* que também reveste a prisão preventiva. Assim, por se tratar de medida cautelar, decretada somente quando absolutamente necessária, em não subsistindo os motivos que a levaram a sua decretação, impõe-se que seja imediatamente revogada.

¹⁹³

A Motivação das Decisões Penais. p. 39.

O mesmo também vale para a hipótese contrária, ou seja, se num primeiro momento o juiz entender não ser necessária, poderá decretá-la se sobrevierem razões que a justifiquem. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci obtempera que “sendo a prisão uma exceção e a liberdade, a regra, deve-se considerar que, findo o motivo gerador da coação, deve esta ser revista e afastada”.¹⁹⁴

7.5.2.1. Ordem Pública

Diante de sua instrumentalidade, a prisão preventiva não deve ter outra finalidade senão a de garantir a efetividade do processo e ou a aplicação da lei penal, até porque, como bem lembra Luiz Vicente Cernicchiaro, a pena é um dos consectários processuais.¹⁹⁵

Destarte, se o fim precípua de todo processo penal é justamente por fim aos litígios penais que, de alguma forma, estremecem a paz social,¹⁹⁶ pode-se dizer que a cautelaridade concernente à ordem pública configura verdadeiro *pleonasmus jurídico*.

197

¹⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: RT, 2002, p. 916.

¹⁹⁵ Cf. *Direito Penal na Constituição*. 3ª ed., São Paulo: RT, 1995, p. 108.

¹⁹⁶ Entendemos que a Lição de Moacyr Amaral Santos resume bem a finalidade do processo, seja de natureza penal ou civil: “Então se disse que por processo se entendia a operação por meio da qual se obtinha a composição da lide. Compor a lide significa resolvê-la conforme a vontade da lei reguladora da espécie”. Cf. *Primeiras linhas de direito processual civil*, São Paulo: Saraiva, 20ª ed., 1998, vol. I, p. 269.

¹⁹⁷ Na jurisprudência são comuns decisões reconhecendo que a própria existência do processo já é suficiente para a prevenção de novos delitos:

É justamente nesse ambiente de contradições que vagueia o conceito de ordem pública, tanto é que definições vagas são as que prevalecem a seu respeito, sendo que todas partem da premissa estereotipada de tranqüilidade social.

A falta de uma definição precisa sobre o que seria a defesa da ordem pública abre uma janela para um extenso campo de interpretações, sempre pautadas em argumentos demagógicos e ou esdrúxulos, frutos de um discurso *policialesco*, alicerçado em um movediço terreno de suposições e na idéia preconcebida de que seria o acusado culpado do crime a ele imputado.

Esse pleonasmo tona-se vicioso quando se verifica que a medida está mais do que banalizada, sendo utilizada como uma espécie de panacéia por aqueles defensores do discurso da lei da ordem. Socorre-se a ela quando vislumbrada uma abstrata gravidade do delito, em tese, praticado; como ilusória medida para arrefecer uma eventual comoção social e preservar a credibilidade da Justiça; ou ainda mesmo como forma de impedir que o acusado, solto, cometa novos crimes etc.

PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE. INOCORRÊNCIA. A prisão preventiva decretada com base no clamor público que a prática do crime teria despertado revela, na espécie, uma abstração incompatível com a medida, já que tem por fundamento apenas a circunstância de os acusados pertencerem a uma determinada classe social, sem que exista qualquer outra indicação que consubstancie a necessidade desta constrição. **Se a persecução penal, por seus próprios efeitos, já é suficiente para atuar na prevenção de novos delitos, como ocorre no caso concreto, não se justifica a prisão preventiva, a fim de resguardar a ordem pública**, que pressupõe risco atual e concreto a valores, não demonstrado nos autos. Por outro lado, não é tão somente o poder de mobilidade ou de trânsito pelos territórios nacional ou internacional que justifica a medida constritiva, mas sim a demonstração de que o acusado intenta promover sua fuga do distrito da culpa. Habeas corpus deferido para anular o acórdão que decretou a prisão preventiva dos pacientes, ressalvada a possibilidade de exame da necessidade da cautelar diante de novos fatos. (STF – 1ª T. - HC 21289-4 – rel. Min. Ilmar Galvão – j. 09/08/1994 – DJ 06/09/1996, p. 31849 – JSTF-LEX 224/300).

Fácil constatar, portanto, que decisões sob essas ascendências estão manifestamente divorciadas do Estado de Direito, porquanto desnaturam a instrumentalidade da prisão preventiva, transformando-a em verdadeira antecipação da prisão-pena, agredindo as garantias constitucionais, sobretudo o postulado da liberdade, a ampla defesa, o devido processo legal e o princípio da não culpabilidade.¹⁹⁸

¹⁹⁸ Em recente acórdão de lavra do Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que esses argumentos não se qualificam como fatores de legitimação da prisão cautelar:

"HABEAS CORPUS" - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO, NO CLAMOR PÚBLICO, NA SUPOSTA OFENSA À CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES E NA CONJECTURA DE QUE A PRISÃO CAUTELAR SE JUSTIFICA PARA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA - AFASTAMENTO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, NO CASO CONCRETO, DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO DE OFÍCIO. A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. - A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes. O CLAMOR PÚBLICO NÃO BASTA PARA JUSTIFICAR A DECRETAÇÃO DA PRISÃO

A melhor doutrina também antagoniza com essa indevida banalização da prisão preventiva para a defesa da ordem pública. Nesse sentido é a fala de Antonio Magalhães Gomes Filho:

CAUTELAR. - O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. - O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. Precedentes. A PRESERVAÇÃO DA CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES NÃO SE QUALIFICA, SÓ POR SI, COMO FUNDAMENTO AUTORIZADOR DA PRISÃO CAUTELAR. - Não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional da prisão cautelar, a alegação de que a prisão é necessária para resguardar a "credibilidade da Justiça". AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. - Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão preventiva. O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes conseqüências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes. (STF – 2ª T. - HC 96095/SP – rel. Min. Celso de Mello – J. 03/02/2009 - DJe-048 em 12/03/2009 – publicação 13/03/2009 – Ement. Vol. 02352-04, p.00623); A Suprema Corte tem reiteradamente reconhecido como ilegais as prisões preventivas decretadas, por exemplo, com base na gravidade abstrata do delito (HC 90.858/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 21/06/2007; HC 90.162/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 28/06/2007); na periculosidade presumida do agente (HC 90.471/PA, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 13/09/2007); no clamor social decorrente da prática da conduta delituosa (HC 84.311/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 06/06/2007) ou, ainda, na afirmação genérica de que a prisão é necessária para acautelar o meio social (HC 86.748/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 06/06/2007).

“... em matéria de prisão processual, a idéia de ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades de encarceramento provisório que não se ajustam às exigências do caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação da liberdade pessoal adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, de exemplaridade, no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade abalada pelo crime; ou, ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes, pois uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso à práticas delituosas etc. Nessas situações, parece evidente que prisão não é adotada no interesse do próprio processo, mas constitui uma disfarçada antecipação da punição, ditadas por motivos de ordem substancial e que constituem muitas vezes resultado de maior atenção dada pela imprensa ao caso, o que pressupõe implicitamente o reconhecimento antecipado da culpabilidade, violando as garantias constitucionais”.¹⁹⁹

Denota-se, pois, que a garantia da ordem pública é o terreno preferido daqueles que interpretam a lei de forma draconiana e sem respeito ao *status libertatis*.

7.5.2.2. Conveniência da Instrução Criminal

Diferentemente da definição de ordem pública, que carece de significado especial, porquanto meramente explicativa, a prisão cautelar por *conveniência da instrução criminal* tem um parâmetro mais definido, não dando margem para

¹⁹⁹ *Presunção de inocência: Princípio e garantias. apud* Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco, São Paulo: RT,2003, 141.

interpretações extensivas.

Em síntese, visa garantir a efetividade do processo, sobretudo preservar a colheita de provas. Assim, sempre que o réu interfira de forma danosa no processo, ameaçando ou aliciando testemunhas, investindo contra autoridades e partes, destruindo ou forjando provas materiais, fazendo desaparecer os rastros da empreitada criminosa ou por qualquer outro comportamento que afete a administração da Justiça, mostra-se necessária sua prisão.²⁰⁰

Mais uma vez chama-se a atenção para a necessidade de demonstração da necessidade da prisão preventiva, com fatos concretos, pois o mero receio daquela que se diz vítima e de testemunhas, assim como juízos de probabilidades, não são suficientes para restringir a liberdade do indiciado ou acusado, conforme adverte Paulo Roberto da Silva Passos:

“... o juiz deve se fixar, quanto ao tema, no que brota dos autos, só decretando a prisão quando o *periculum in mora* estiver evidenciado pela efetiva influência do réu na produção da prova. Meras elocubrações, distantes da prova; tênues fundamentações, vazias de conteúdo, não permitem acolhimento do pedido de custódia”.²⁰¹

²⁰⁰ Guilherme de Souza Nucci, com proficiência, salienta que “a conveniência de todo processo é que a instrução criminal seja realizada de maneira lisa, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas sobretudo do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, visando à perturbação do desenvolvimento da instrução criminal, que compreende a colheita de provas de um modo geral, é motivo a ensejar a prisão preventiva”. Cf. *Código de Processo Penal Comentado*. p. 623.

²⁰¹ *Da prisão e da liberdade provisória – aspectos polêmicos*. p. 69.

Também não se pode olvidar que, diante do princípio da pessoalidade (ou responsabilidade pessoal), inserto no artigo 5º, XLV, da Constituição Federal, somente os atos levados a efeito pelo acusado permitem sua prisão, sendo, portanto, inadmissível quando terceiros cometerem atos de coação, fraude ou aliciamento, pois contra estes devem ser tomadas as medidas legais.²⁰²

Por estar relacionada a um momento processual específico, razão alguma há para a manutenção da prisão quando já ultrapassada a fase de colheita de provas.²⁰³

7.5.2.3. Aplicação da Lei Penal

Sempre que houver fatos que demonstrem que o acusado, receoso com uma eventual condenação, possa empreender fuga para fugir dos braços da Lei, a prisão preventiva faz-se necessária.

Igual em outras hipóteses, não bastam meras suposições, mas sim elementos

²⁰² Sobre a aplicação do princípio da responsabilidade em casos de prisão preventiva, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que: “...o **princípio da pessoalidade (CF, art. 5º, XLV) consagra a responsabilidade pessoal**. Ninguém responde senão pelo seu crime. Terceiros, ainda que familiares, não sofrem consequências penais. Na espécie sub judice esse comando foi afrontado. Se o genitor dos acusados cometeu infração penal, certo, tomem-se as providências legais próprias próprias. Jamais, entretanto, o filho responder pelo delito do pai, como também verdadeira a hipótese contrária. **O direito penal, hoje, não tolera a responsabilidade por fato de outrem**”. (STJ – 6ª T. - RHC 7.439 – rel. Min. Luiz Vicente Cernichiaro – j. 26.05.1998 – DJ 28/09/1998, p. 117.)

²⁰³ Nesse diapasão, a Suprem Corte decidiu que “A prisão preventiva deve ser decretada quando absolutamente necessária. Ela é uma exceção à regra da liberdade. Não mais subsistentes os motivos que levaram a sua decretação, como no caso concreto, impõe-se que seja revogada”. “STF – 2ª T. - HC 80.282-6 – Rel. Min. Nelson Jobim – j. 03.10.2000 – DJU 02.02.2001, p. 75.)

concretos, até porque o artigo 257 do Código de Processo Penal Militar é claro ao dispor que o juiz deixará de decretar a prisão preventiva, quando, por qualquer circunstância evidente dos autos, ou pela profissão, condições de vida ou interesse do indiciado ou acusado, presumir que este não fuja.

Há tempos, Eduardo Espínola Filho deixou lição sobre a desnecessidade de prisão quando o indiciado ou acusado está arraigado, com família estruturada e emprego certos:

“Quando o indivíduo tem o seu lar, exerce um emprego, tem um centro de negócios ou possui bens, está fortemente preso ao lugar onde vive, a ponto de se apresentar como muito provável que, respondendo a crime compatível com a soltura provisória não abandonará a família, haveres, ocupações, para lançar-se, por terras estranhas, numa aventura as mais das vezes improfícua, sem compensar os grandes riscos”.²⁰⁴

Essas circunstâncias ficam mais solidificadas no caso de militar, sobretudo porque também tem sobre si os olhos dos superiores hierárquicos, mostrando que em tais casos a medida há de ser empregada com muito maior precaução.

O fato de o réu não ser encontrado para a citação ou mesmo não comparecer a qualquer ato processual não poderá ensejar a prisão preventiva,²⁰⁵ principalmente porque poderá ter constituído advogado nos autos, além de o Código de Processo Penal

²⁰⁴ *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, 1ª ed., Campinas: Bookseller,, 2000, vol. III, p. 433.

²⁰⁵ A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal tem a seguinte decisão: “A revelia do acusado, mormente quando citado por edital, não justifica, por si só, a prisão preventiva; o mesmo sucedendo com a ausência de comprovação de residência fixa e ocupação lícita (...)” (STF - 1ª T. - HC 80805/SP – rel. Min. Ilmar Galvão – j. 21/08/2001 - DJ 19/10/2001, p. 32).

Militar facultar ao juiz a citação por edital (art. 277, inciso V).

7.5.2.4. Periculosidade do agente

A hipótese de prisão preventiva por periculosidade do agente encontra previsão legal apenas na lei processual castrense, o que reforça os argumentos acerca da incompatibilidade dessa cláusula processual com a atual ordem constitucional.²⁰⁶

Em verdade, embora distintas, existe uma temerária simbiose da prisão por periculosidade do agente com aquela por garantia da ordem pública.²⁰⁷ Tanto isso é verdade que a própria doutrina especializada, apanhada pelos silogismos de uma página infeliz da história brasileira, acaba por confundi-las, como se fossem duas peças de uma engrenagem:

“A bem da verdade, o que justifica, em última análise, a custódia do agente perigoso é também a necessidade de manutenção da ordem pública, uma vez, do agente perigoso, pode-se esperar desrespeito à lei”.^{208 209}

²⁰⁶ Esses mesmos argumentos reforçam a tese de que o discurso da defesa da ordem pública encontra campo fértil em tempos de Estado de exceção, haja vista que inevitavelmente acaba por suprimir as garantias e os direitos dos cidadãos.

²⁰⁷ Embora não exista previsão legal nesse sentido no Código de Processo Penal comum, é usual, no entanto, a utilização dessa expressão para justificar a prisão para garantia da ordem pública.

²⁰⁸ FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila. *A prisão provis[oria] no Código de Processo Penal Militar*. p. 117.

²⁰⁹ Em raciocínio idêntico, Jorge César de Assis avalia que: “A periculosidade do indiciado ou acusado está diretamente relacionada a sua vida anteacta ao momento da verificação do perigo que ele representa para a sociedade”. Cf. *Comentários ao Código Penal Militar*, vol. II, p. 105.

Diante disso, quando se pugna pela prisão em razão da periculosidade do agente repetem-se aqueles argumentos usualmente expendidos quando se requer a prisão por garantia da ordem pública, sobretudo aqueles concernentes à uma suposta gravidade abstrata do delito, antecedentes do agente (inclusive inquéritos policiais ou mesmo processos criminais em andamento, violando a presunção de inocência)²¹⁰ e a possibilidade deste vir a cometer novos delitos. Nesse último ponto, esmagando o princípio da não-culpabilidade, há quem alegue que estaria o juiz autorizado a formar um juízo acerca da probabilidade de o acusado vir a cometer novos delitos (!), como um verdadeiro exercício de sortilégio jurídico.²¹¹

Difícil, portanto, não entender que o fundamento acerca da periculosidade do agente fundamenta-se em práticas de suposições ou de extrema arbitrariedade.

²¹⁰ Diversas decisões dos Tribunais confirmam a ilegalidade da prisão quando suscitada a existência de inquéritos policiais ou até mesmo processos criminais sem decisão transitada em julgado, citando-se como exemplo: (i) “A existência de inquéritos anteriormente instaurados contra os pacientes não é circunstância suficiente para indicar que possa vir a praticar novos delitos, caso sejam postos em liberdade (...)” (TRF-5ª Região – 3ª T. - HC 1.080 – rel. Nereu Santos – j. 02/12/1999 – RTRF 5ª R. 30/305); (ii) “O julgador não pode justificar a custódia preventiva, dando como fundamento a condenação do paciente em outra ação penal sem trânsito em julgado. Diante da periculosidade não demonstrada e tendo o paciente ocupação e domicílio fixos, não se impõe o decreto da prisão preventiva. Ordem concedida para sustar o decreto de prisão preventiva” (TRF- 3ª R. - 1ª T. HC 4509 – rel. Roberto Haddad - j. 07/11/1995 - RTRF 3ª R. 25/322).

²¹¹ “A periculosidade, que constitui fundamento das medidas de segurança, é a probabilidade de o sujeito vir ou tornar a praticar crimes. Representa a própria garantia da ordem pública, que estará ameaçada com a soltura do réu ou indiciado. Nesse caso, o juiz auditor ou o Conselho de Justiça deverão formar um juízo de valor a respeito dessa probabilidade de o sujeito vir ou tornar a praticar crimes baseados no que constar do inquérito ou processo, ou avaliando os fundamentos apresentados na representação da autoridade encarregada do inquérito policial-militar ou no requerimento do Ministério Público”. Cf. NETO, José da Silva Loureiro. *Processo Penal Militar*. p. 94).

7.5.2.5. Exigência da hierarquia e disciplina

O Código de Processo Penal Militar traz ainda a possibilidade de prisão preventiva como instrumento para a manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, evidenciado tratar-se de fundamentação inerente ao ambiente militar.

Justamente por conta da hierarquia e disciplina que imperam na vida da caserna, essa fundamentação mostra-se como verdadeira incubadora das mais variadas ilegalidades na prisão preventiva, porquanto, amiúde, confunde-se o rigor da vida militar com arbitrariedades.

Como se o mundo militar não estivesse sob o jugo da Constituição Federal, decreta-se a prisão de um indiciado ou acusado sob o argumento de que sua liberdade seria nociva à tropa, sob a alegação de que difundiria um ânimo de hostilidade e provocação aos superiores hierárquicos ou mesmo um sentimento de impunidade, o que, na míope ótica de seus defensores, daria ensejo a outros atos de delinquência ou de indisciplina.

Para aqueles que defendem sua utilização, como Freyesleben, “a prisão preventiva funciona como uma resposta rápida da Justiça Castrense, coarctando especulações nocivas à obediência”,²¹² o que evidencia todo o desvio da finalidade cautelar da medida para transformá-la em verdadeira antecipação da pena.

²¹² *A prisão provisória no Código de Processo Penal Militar*. p. 121.

Ainda segundo seus defensores, estes argumentos ganhariam contornos mais concretos quando envoltos de acusação de delitos contra a autoridade ou disciplina militar - como, por exemplo, motim e revolta, violência contra superior ou militar de serviço, insubordinação, resistência etc -, porquanto em tais casos, haveria um terreno de maus exemplos.

Denota-se, portanto, que a cláusula processual militar que permite a prisão cautelar para a defesa da hierarquia e disciplina consubstancia uma inveterada prática de antecipação da prisão-pena, em total desacordo com a atual ordem constitucional, sobretudo com a garantia de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

7.6. Da prisão por deserção

Em face do sistema constitucional vigente pode-se asseverar sem medo de errar que configura verdadeira antinomia a prisão por deserção nos termos estabelecidos no Código de Processo Penal Militar.

Consumado o crime de deserção, consoante previsto no Código Penal Militar, o comandante da unidade, ou autoridade correspondente, ou ainda autoridade superior,

fará lavrar o respectivo termo de deserção. À partir de então, o termo de deserção passa a ter um caráter de mandado de prisão, consoante se depreende da redação do artigo 452 do Código de Processo Penal Militar, *in verbis*: “O termo de deserção tem o caráter de instrução provisória e destina-se a fornecer os elementos necessários à propositura da ação penal, sujeitando, desde logo, o desertor à prisão”.

Denota-se, portanto, que a ordem de prisão parte de agente público vinculado ao Poder Executivo e não ao Poder Judiciário, no que guarda alguma relação com a prisão em flagrante.

A norma infraconstitucional ainda tem outro elemento a comparar a prisão por deserção com a prisão em flagrante. Isto porque o artigo 243 da lei processual castrense iguala essas prisões ao dispor que, *in verbis*: “Qualquer pessoa poderá e os militares deverão prender quem for insumisso ou desertor, ou seja encontrado em flagrante delito”.

Mas as semelhanças acabam por ai ...

Ao contrário da prisão em flagrante, que se submete, de forma instantânea, ao jugo do controle jurisdicional da legalidade, com o Estado-Juiz verificando a existência dos requisitos concernentes ao *fumus boni juris* e ao *periculun mora*, podendo homologá-la ou mesmo relaxá-la, caso a tenha por ilegal, no caso de prisão por deserção o controle da legalidade limita-se a analisar tão somente a tipicidade do fato.

Aliás, não seria nenhum absurdo dizer que pela forma como está redigido, o artigo 454, § 3º, do Código de Processo Penal Militar, sequer regula o controle jurisdicional da prisão, haja vista que o citado dispositivo legal preceitua, *n verbis*, que: “Recebido o termo de deserção e demais peças, o Juiz-Auditor mandará autuá-los e dar vista do processo por cinco dias, ao Procurador, podendo este requerer o arquivamento, ou que for de direito, ou oferecer denúncia, se nenhuma formalidade tiver sido omitida, ou após o cumprimento das diligências requeridas”.

Cumprе ressaltar, outrossim, que, antes de ser decretada a prisão em flagrante, o indiciado é inquirido pela autoridade competente acerca da imputação que lhe é feita, podendo, por conseguinte, exercer a auto-defesa, uma das faces da ampla defesa, constitucionalmente assegurada, ou mesmo manter-se em silêncio, de acordo com o artigo 5º, inciso LXIII, da Carta Magna. Tal não ocorre no caso da prisão por deserção, haja vista que àquele que é imputado o crime de deserção é cerceado este direito, haja vista que, como salientado, o termo de deserção anteriormente lavrado já configura ordem de prisão. São as armas se sobrepondo à justiça ...

Ainda sobre a ampla defesa no ato da prisão, cumprе não olvidar que no caso da prisão em flagrante, quando verificada a manifesta inexistência de infração penal militar ou a não participação da pessoa conduzida, deve ser relaxada a prisão. Igual não ocorre no caso de deserção, pois mesmo o militar será preso mesmo que sua ausência seja justificada por algum caso fortuito ou motivo de força maior, uma vez que não poderá expor suas razões no momento da prisão.

Ainda em total afronta aos princípios, garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, o Código de Processo Penal Militar rege no artigo 270 que aquele que é preso por deserção não terá direito à liberdade. Destarte, segundo essa anomalia jurídica, o acusado deve permanecer obrigatoriamente preso pelo tempo de sessenta dias, o qual corresponde ao prazo seu julgamento, consoante o previsto pelo artigo 453 do *codex*.

Sobre a inconstitucionalidade da obrigatoriedade da prisão por deserção Ronaldo João Roth salienta que:

“Acreditamos que a prisão não é mais obrigatoria, devendo somente ser mantida se devidamente justificada. Hoje não mais se admite a prisão sem necessidade. Se atualmente a prisão em flagrante foi equiparada à prisão preventiva, nos termos da Lei n.º 6.416/77, somente a existência das circunstâncias desra é que permitirá a manutenção da prisão do agente”.²¹³

Posto isso, conclui-se que embora a Constituição Federal excetue os crimes propriamente militares como aqueles que independem de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, não há como não ver o vilipêndio aos direitos decorrentes da ampla defesa no caso da prisão por deserção.

7.7. Da prisão do insubmisso

²¹³

Temas de Direito Militar. p. 60.

Do mesmo modo que ocorre nos crimes de deserção, o Código de Processo Penal Militar institui um procedimento próprio para os crimes de insubmissão, inclusive com aplicação das mesmas regras concernentes à instrução e julgamento do processo por deserção, *ex vi* dos artigos 463 *usque* 465 deste diploma legal.

O artigo 463 do Código de Processo Penal Militar mostra-se similar ao artigo 451 acerca da expedição do termo de insubmissão, *normatizando, in verbis*, que: “Consumado o crime de insubmissão, o comandante, ou autoridade correspondente, da unidade para que fora designado o insubmisso, fará lavrar o termo de insubmissão, circunstanciadamente, com indicação, de nome, filiação, naturalidade e classe a que pertencer o insubmisso e a data em que este deveria apresentar-se, sendo o termo assinado pelo referido comandante, ou autoridade correspondente, e por duas testemunhas idôneas, podendo ser impresso ou datilografado”.

Da mesma forma que no caso de deserção, o § 1º do artigo 463 da lei processual castrense concede ao termo de insubmissão caráter de ordem de prisão, inclusive com autorização para captura daquele que é reputado insubmisso.

Ressalte-se que o artigo 464 da lei processual militar aduz que o insubmisso que se apresentar ou for capturado terá o direito ao quartel por menagem e será submetido à inspeção de saúde. Se incapaz, ficará isento do processo e da inclusão.

Por se tratar de procedimentos idênticos, as críticas feitas à prisão por deserção em razão do desrespeito aos direitos decorrentes da ampla defesa acabam por repisar na

prisão por insubmissão.

8. Da liberdade

8.1. Da inconstitucionalidade de qualquer vedação legal

De forma inacreditável para os dias atuais, o artigo 270 do Código de Processo Penal Militar veda a concessão de liberdade provisória aos crimes contra a segurança externa do País,²¹⁴ ainda que na forma culposa, e também nos crimes previstos nos artigos 157, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 173, 176, 177, 178, 187, 192, 235, 299 e 302, do Código Penal Militar.²¹⁵

Neste último caso, *ab absurdo*, a norma chega a proibir a concessão de liberdade provisória a crimes com pena máxima de detenção de até seis meses, como no caso do delito de desobediência.

Do mesmo modo, crimes como despojamento desprezível e pederastia, com detenção de até um ano, ou mesmo delitos de desrespeito a símbolo nacional e desacato, com detenção de, no máximo, dois anos de detenção, também seriam insucetíveis de liberdade provisória.

²¹⁴ Assim, de acordo com o Código de Processo Penal Militar, ainda que seja em forma culposa, não se admite a liberdade provisória nos seguintes crimes: Hostilidade contra país estrangeiro; Provocação a país estrangeiro; Ato de jurisdição indevida; Violação de território estrangeiro; Entendimento para empenhar o Brasil à neutralidade ou à guerra; Entendimento para gerar conflito ou divergência com o Brasil; Tentativa contra a soberania do Brasil; Consecução de notícia, informação ou documento para fim de espionagem; Revelação de notícia, informação ou documento; Turbação de objeto ou documento; Penetração com o fim de espionagem; Desenho ou levantamento de plano ou planta de local militar ou de engenho de guerra; Sobrevôo em local interdito.

²¹⁵ Respectivamente: Violência contra superior; Desrespeito a superior; Desrespeito a símbolo nacional; Despojamento desprezível; Recusa de obediência; Oposição a ordem de sentinela; Publicação ou crítica indevida; Ofensa aviltante a inferior; Resistência mediante ameaça ou violência; Fuga de prêso ou internado; Deserção; Deserção por evasão ou fuga; Pederastia ou outro ato de libidinagem; Desacato a militar; Ingresso clandestino;

Fora de qualquer sentido razoável e de maneira ilegítima, *mutatis mutandis*, a norma militar equipara tais delitos aos chamados crimes hediondos, aos quais, pela recrudescida Lei n.º 8.072/90, não admitia-se a liberdade provisória. Vale lembrar, no entanto, que mesmo no caso da chamada *Lei dos Crimes Hediondos*, depois de anos de revolta da comunidade jurídica²¹⁶ e reiteradas decisões judiciais vociferando contra sua inconstitucionalidade, o legislador aprovou a Lei n.º 11.464/07,²¹⁷ a qual afastou a impossibilidade de liberdade provisória em casos de crimes hediondos.²¹⁸

Essa evolução legislativa sobre a matéria que envolve os denominados crimes hediondos não ocorreu com o Código Penal Militar ou mesmo com o Código de

²¹⁶ Sobre a impossibilidade de concessão de liberdade provisória a determinados delitos, em clássica obra sobre os crimes hediondos, oportuna a lição de Alberto Silva Franco: “Quem ousaria negar que a liberdade provisória, à partir de determinados tipos, não constituiria o rompimento da ordem que está subjacente e dá sentido ao conglomerado dos direitos fundamentais? Vedar-se o direito fundamental à liberdade provisória, quando a prisão é totalmente desnecessária, é, portanto, afronta flagrante ao princípio da dignidade humana. Mas não é só.

A proibição da liberdade provisória, de modo globo ou em relação a determinados tipos de crime, mediante lei ordinária, traduz-se também numa lesão ao princípio do *due process of law* consagrado no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Cf. *Crimes Hediondos*. 5ª ed., São Paulo: RT, 2005, p. 489-490.

²¹⁷ Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal.

²¹⁸ Em julgado que critica a Lei n.º 8.072/90, mas que serve para o caso ora retratado, o Superior Tribunal de Justiça assentou que: “Não foi dado ao legislador ordinário legitimidade constitucional para vedar, de forma absoluta, a liberdade provisória quando em apuração crime hediondo e assemelhado. Inconstitucionalidade do art. 2º, II, da Lei 8.072/90. Os princípios constitucionais do Estado de Inocência e da Liberdade Provisória não podem ser elididos por normas infraconstitucionais que estejam em desarmonia com os princípios e garantias individuais fundamentais. A manutenção da prisão em flagrante deve, necessariamente, ser calcada em um dos motivos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e, por força do art. 5º, XLI e 93, IX, da Constituição da República, o magistrado, ao negar a liberdade provisória, está obrigado a apontar os elementos concretos mantenedores da medida. A concessão da liberdade provisória ao paciente prejudica a análise de excesso de prazo na instrução criminal”. (STJ - 6ª T. - HC 32.890 – rel. Min. Paulo Medina – j. 21/10/2004 – DJU 29/11/2004, p. 415).

Processo Penal Militar; diplomas que permanecem obsediados pelo espírito da ditadura, o que reforça a necessidade de uma interpretação sob a luz da Constituição Federal.

A partir disso chega-se à conclusão que a aplicação do artigo 270 do Código de Processo Penal Militar foi rigidamente mitigada pelo advento da Constituição Federal, que banuiu do ordenamento jurídico pátrio a figura de prisão cautelar obrigatória como pretende o citado o dispositivo castrense.²¹⁹

8.2. Da aplicação do artigo 310, § único, do Código de Processo Penal comum

Diferentemente do Código de Processo Penal Militar, o Código de Processo Penal comum, em seu artigo 310, § único, autoriza a liberdade provisória quando inexistir qualquer das hipóteses que autorizem a prisão preventiva previstas em seus artigos 311 e 312.

Como adverte Roberto Delmanto Júnior,²²⁰ essa disposição legal foi instituída pela Lei n.º 6.416/77²²¹ - vulgarmente conhecida como Lei Fleury - , a qual fez com

²¹⁹ Esse entendimento tem prevalecido inclusive no Superior Tribunal de Justiça Militar: “O disposto no artigo 270 do Código de Processo Penal Militar, que não contempla a liberdade provisória para os delitos cuja pena cominada é a de reclusão, encontra-se totalmente revogado, tendo-se em mira que a premissa maior, como regra, é a defesa do acusado em liberdade, em conformidade com preceitos da Lei Maior”. (STM – HC 2001.01.033618-4/RJ – rel. Min. Antonio Carlos de Nogueira – j. 17/05/2001 – DJ 21/06/2001).

²²⁰ *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. p. 161.

²²¹ Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras

que a prisão preventiva se tornasse a pedra angular de toda a prisão provisória.²²²

Mirabete não diverge dessa visão e ensina que:

“Com a inserção do parágrafo único ao artigo 310, pela Lei n. ° 6.416/77, é solto aquele que foi preso em flagrante delito quando não estão presentes os fundamentos que possibilitam a prisão preventiva. A regra, agora, é a defesa do réu em liberdade, sem ônus econômico, e a prisão em flagrante foi equiparada à prisão preventiva; não permanece preso aquele contra qual não se deve decretar a prisão preventiva.”²²³

Embora o Código de Processo Penal Militar não tenha disposição semelhante, não há dúvidas que a mesma inteligência há de ser aplicada em casos submetidos à a Justiça Catrense, inclusive nos casos do artigo 270 desse diploma, haja vista as disposições constitucionais acerca da liberdade.

O Superior Tribunal Militar, em um momento de lucidez, com posicionamento no sentido de que quando não vislumbrados os requisitos motivadores de eventual prisão preventiva, não há necessidade para a manutenção da prisão em flagrante, decidiu que “a prisão em flagrante somente pode ser mantida se preencher os pressupostos de decretabilidade da prisão preventiva, sob pena de completa e grave aniquilação do

providências.

²²² E assim tem se posicionado a jurisprudência: “À luz do preceito inscrito no art. 310, parágrafo único, do CPP, será concedida liberdade provisória ao preso em flagrante se não se encontram presentes as circunstâncias que autorizam a prisão preventiva” (STF – RHC – 6683 – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 13.10.97, p. 51.647). No mesmo diapasão: “Consoante o disposto no art. 310, § único, do CPP, o réu preso em flagrante será sempre libertado provisoriamente se o juiz verificar, do respectivo auto, não ser cabível a prisão preventiva” (TJSP – HC – Rel. Des. Djalma Lofrano – RT 606/329).

²²³ *Processo penal*. p. 401.

postulado fundamental da liberdade”.²²⁴

Demais disso, a omissão do diploma processual castrense há de ser suprida pela legislação de processo penal comum, pela jurisprudência e também pela analogia, conforme previsto no artigo 3º do Código de Processo Penal Militar e, também, pelo artigo 4º da lei de Introdução ao Código Civil, o que redundará na aplicação da inteligência do artigo 310, § único, da lei processual comum.

Portanto, sempre que verificado, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, a liberdade provisória mostrar-se-á de rigor.

8.3. Do *Habeas Corpus*

²²⁴ STM – HC 2001.01.033618-4/RJ – rel. Min. Antonio Carlos de Nogueira – j. 17/05/2001 – DJ 21/06/2001). No mesmo diapasão: “HABEAS CORPUS - prisão em Flagrante - Liminar. Liminar concedida após as informações sendo demonstrado que o paciente e o outro réu, ambos Sds. Ex. engajados, colaboraram na apuração dos fatos que ensejaram a prisão em flagrante delito. **Inexistência de motivação a ensejar a permanência da prisão em flagrante, eis que não configurado qualquer dos requisitos motivadores da prisão preventiva, justificando-se a concessão da liberdade provisória. Ordem concedida para ser posto em liberdade provisória o Paciente e, de ofício, concedida a outro réu.** Decisão unânime.” (STM – HC 2000.01.033531-5/PE – rel. Min. Marcus Herndl – j. 09/05/2000 – DJ 06/06/2000); e “Prisão em Flagrante. Perseguição. Justa causa. Prazo para formalização do APF. Comunicação à autoridade Judiciária. Inexistência de definição legal quanto ao prazo para a lavratura do APF. A orientação doutrinária é no sentido de que, em face da lacuna, para este ato adota-se o prazo de 24 horas o qual é previsto para a entrega da nota de culpa ao preso. A comunicação da prisão à autoridade judiciária no prazo de 24 horas não justifica a anulação do APF. Prisão ilegal, no caso, por ausência de perseguição e de justa causa. **De acordo com a nova sistemática legal, para a decretação da prisão em flagrante não basta que o auto de prisão esteja revestido de todas as formalidades legais, é necessário que satisfaça os requisitos objetivos e subjetivos autorizadores da decretação da prisão preventiva.** Ordem concedida para anular o Auto de Prisão em Flagrante lavrado contra o Paciente. Decisão unânime.” (STM – HC 2003.01.033815-2/RS – rel. Min. Marcus Augusto Leal de Azevedo – j. 24/6/2003 – DJ 07/08/2003).

Sendo a privação da liberdade a mais grave das constringências que a alguém se pode impor, é imperioso que aquele que esteja sob essa coação ou mesmo na iminência de sofrê-la, tenha a sua disposição remédio jurídico hábil a evitá-la ou refutá-la, até porque de nada valeria a gama de princípios, garantias e direitos fundamentais dispostos na Carta Magna se não houvesse um instrumento para salvaguardá-los.

Esse remédio é o *habeas corpus*.

Destarte, com natureza de *ação constitucional*,²²⁵ o *writ* visa proteger a liberdade de locomoção, assim entendida *como ir, vir e permanecer*, e está garantido na Constituição Federal no artigo 5º, inciso LXVIII.

Sobre o *habeas corpus*, o Código de Processo Penal Militar repete os termos constitucionais, tanto no que se refere à concessão como a impossibilidade de concessão em determinados casos.

Isso porque, se é certo que o artigo 466, *caput*, repete os termos do artigo 5º, inciso LXVIII, da Carta Magna, sobre as possibilidades de deferimento da ordem, também é certo que no parágrafo único do artigo 466 resta vedada a concessão do *writ* em hipóteses de punições disciplinares aos militares, da mesma maneira que disposto no § 2º do artigo 142 da Lei Maior.

²²⁵ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 424; e FRANCO, Alberto Silva. *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2004, vol. I, p. 1070.

Contudo, não se pode dizer que o Código de Processo Penal Militar tenha plena identidade com a ordem constitucional, haja vista que, em evidente descompasso com ordem constitucional, a alínea “c” do parágrafo único do artigo 466, veda à concessão em casos de prisão administrativa de funcionário civil responsável para com a Fazenda Nacional, perante a administração militar.

A exemplo do Código de Processo Penal comum, o Código de Processo Penal Militar, em seu artigo 467, cuida de apresentar as situações que caracterizam abuso de poder ou ilegalidade.

A primeira causa de ilegalidade e abuso de poder ocorre quando o cerceamento da liberdade for ordenado por quem não tinha competência para o ato. A razão para tanto já foi exposta exhaustivamente ao longo dessa trabalho, ou seja, o artigo 5º, inciso LXI, garante que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Assim, afora as hipóteses de prisão em flagrante e prisão para averiguação, esta última de competência absoluta do encarregado do inquérito policial militar, *ex vi* do artigos 18 e 221 do Código de Processo Penal Militar, a prisão sempre há de advir do *jus dicere*, isto é, de uma decisão fundamentada do Estado-Juiz.

Também configurará ilegalidade a falta de justa causa para a coação ou constrangimento, ou seja, quando inexistentes o *fumus comissi delicti* (consubstanciado

na prova material do delito e em indício de autoria) e o *periculum in libertatis* (sobretudo os requisitos da prisão preventiva).

Do mesmo modo, também em razão de ausência de justa causa, estará aberta a via do *habeas corpus* quando cessado o motivo que autorizava o cerceamento ou quando alguém estiver processado por fato que não constitua crime em tese (com exceção às punições disciplinares) ou quando estiver extinta a punibilidade.

Também será caso de impetração de *habeas corpus* quando a prisão tiver sido ordenado sem as formalidades legais (no que se insere a competência do agente) ou quando absolutamente nulo o processo, principalmente quando carecer de fundamentação adequada por parte do julgador, ou mesmo quando se tratar de prisão para averiguação, conforme disposto no artigos 18 e 221 do Código de Processo Penal Militar e artigos 5º, inciso LXI, e 93, inciso IX, da Carta Política.

Por óbvio, encontra-se na esfera de ilegalidades, configurando verdadeira aberração, aliás, a prisão efetuada fora dos casos previstos, donde se deve ter por ilegal as chamadas prisões automáticas e obrigatórias, assim como aquelas onde a Lei prevê a possibilidade de liberdade provisória, com ou sem fiança, conforme previsto no artigo 5º, inciso LXVI. Insere-se nessa hipótese, a prisão obrigatória prevista pelo artigo 270 do Código de Processo Penal Militar.

Outrossim, quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a Lei restará caracterizada a ilegalidade. Nesse aspecto, cumpre trazer à baila que garantia

constitucional inserta no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal no sentido de que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, o que evidencia a nobre preocupação do constituinte em garantir maior presteza na tramitação de processos judiciais e administrativos. Sobre essa garantia, aliás, a Carta Magna fez coro ao Pacto de São José da Costa Rica, o qual dispõe em seu artigo 9º, n.º 3, que toda pessoa tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável.²²⁶

Ainda sobre o excesso de prazo insta salientar que o cânone constitucional que trata do *devido processo legal* assegura a todos a garantia do direito ao procedimento processual consoante a construção legislativa de um procedimento em consonância com as diretrizes dos princípios constitucionais.

Sobre o assunto, Antonio Scarance Fernandes afirma que:

“Tais realidades procedimentais, embora constituam individualidades, devem ser produzidas de acordo com os modelos estabelecidos na legislação. Cada procedimento deve, em linhas gerais, desprezadas suas particularidades, corresponder a um tipo de procedimento. Podem,

²²⁶ A inteligência do Pretório Excelso há tempos vem garantindo o direito de o cidadão ser julgado dentro de um prazo razoável: “Uma vez verificado o excesso de prazo na instrução criminal, incumbe colocar em liberdade o acusado, mormente quando a ordem de prisão repousa única e exclusivamente na imputação feita com a denúncia. A gravidade em si da acusação não é de molde a afastar a ordem jurídica no que impõe prazos para a realização dos atos processuais, valendo notar que em prol de qualquer acusado milita a presunção de inocência e não a de culpa” (inc. LVII, do art. 5ª da CF) (STF – HC 69.172-2 – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 14.08.1992, p. 12.226). O Colendo Superior Tribunal de Justiça não diverge dessa orientação e, com base no Pacto de São José da Costa Rica, tem reconhecido a ilegalidade: “A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada no Brasil através do Dec. 678/92, consigna a idéia de que toda pessoa detida ou retida tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo” (STJ – 5ª T. – RHC 5239 – Rel. Min. Edson Vidigal – J. 07.05.1996 – DJU 29.9.97, p. 48.228).

contudo, ocorrer diversidades entre o realizado e os estabelecido. Em regra, tais diferenças, ou atipicidades, decorrentes de acréscimos, desvios, reduções e omissões de atos, representam mera irregularidades, mas em determinadas ocasiões os vícios procedimentais configuram desrespeito às garantias do devido processo penal, prejudicando as partes”.²²⁷

Em casos onde a acusação descrever fato atípico; quando a ação ou condenação já estiver prescrita; nulidade processual ou incompetência do juízo que prolatou sentença condenatória, a ordem de *habeas corpus* poderá ser concedida a qualquer tempo, mesmo depois da sentença condenatória, nos termos do artigo 468 do Código de Processo Penal Militar

Como a Constituição Federal é clara em dispor que o *habeas corpus* é legítimo também em casos de ameaça de violência ou coação em sua liberdade de locomoção, nada impede que o *writ* seja impetrando antes da efetivação do constrangimento ilegal. Nesse casos, conforme prevê o artigo 479 do Código de Processo Penal Militar, dar-se-á salvo conduto a fim de se frustrar a ameaça de violência ou coação ilegal.

Registre, por fim, que todo aquele que embarçar ou procrastinar a expedição de ordem de *habeas corpus*, as informações sobre a causa da prisão, a condução e apresentação do paciente, ou desrespeite salvo-conduto, ficará sujeito a processo pelo crime de desobediência a decisão judicial.

²²⁷ Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal, São Paulo: RT, 2005, p. 63.

9. Conclusões

Como exposto ao longo desse trabalho, tanto o Código Penal Militar como o Código de Processo Penal Militar não são “fruto da expressão da vontade geral”,²²⁸ mas sim de um pequeno grupo de pessoas que governava o País sob o signo do medo e da privação de direitos.²²⁹

É justamente por isso que afirma-se que esses diplomas legais não traduzem “a supremacia da razão sobre o arbítrio dos governantes”,²³⁰ e tampouco estão comprometidos com os direitos e garantias fundamentais compatíveis com um Estado que aspira *o status* de Democrático de Direito.²³¹

Assim, é imprescindível que o aplicador do Direito interprete tanto um como outro Código conforme o espírito da atual ordem constitucional.

Essa hermenêutica obrigatoriamente deve partir da premissa da proteção à liberdade do cidadão, seja ele militar ou civil. Isto porque, a liberdade, evocada já o preâmbulo da Constituição Federal, é colocada como valor supremo e inexorável no nosso modelo constitucional.

²²⁸ Cf. FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Do processo legislativo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19.

²²⁹ Aliás, como visto, raras foram as vezes que a legislação militar brasileira surgiu da vontade geral, por meio de Lei, entendendo tal como o resultado do trabalho dos representantes do povo em um processo legislativo legítimo.

²³⁰ *Idem*, p. 81.

²³¹ Em uma de suas obras o pintor espanhol Francisco José de Goya e Lucientes deixou gravado para a humanidade que o “*sono da razão produz os monstros*”

Destarte, no sistema processual penal brasileiro, seja comum ou militar, à luz do texto constitucional, em tempos de normalidade das instituições, o *status libertatis* do cidadão é regra a ser defendida de forma intransigente. A restrição a liberdade de um cidadão, tanto paisano como fardado, somente pode decorrer da chamada prisão-pena, a qual só se admite após o devido processo legal, com todas as garantias decorrentes da ampla defesa devidamente asseguradas. Transitada em julgado a sentença penal condenatória ficará o condenado sujeito ao cumprimento de sua pena, a qual poderá ser privativa de liberdade, retirando o sentenciado do convívio social e o submetendo ao cárcere, “detestável solução, de que não se pode abrir mão”.²³²

Já em se tratando de prisão cautelar (em qualquer de suas variantes), tal medida deve ser vista sempre como uma exceção, a ser praticada somente quando absolutamente necessária, seja para a defesa do processo ou da aplicação da lei, mas sempre baseada em fatos concretos e jamais em suposições e conjecturas ou mesmo como forma de antecipação de punição.

É comum ao analisar o instituto da liberdade provisória e sua aplicação no âmbito da Justiça Militar, seja Federal ou Estadual, deparar-se com o argumento de que incabível a soltura de um acusado por determinados crimes sem que qualquer dos requisitos do artigo 255 do Código de Processo Penal Militar se fizessem presentes, aplicando leitura da norma no mais completo desacordo ao texto constitucional e diplomas internacionais.

²³² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. p. 196.

Enfim, apesar das peculiaridades do Código Penal Militar e do Código de Processo Penal Militar, incontroversa – seja por força de vetores jurídicos, políticos, sociais ou mesmo históricos - a necessidade de repensar alguns dos institutos aplicáveis na Justiça Militar, atualizando sua inteligência às tendências atuais da dogmática penal e a um sistema de garantias, vez que “ser humano e ser livre são uma única e mesma coisa”.²³³

Aliás, é com essa mesma forma de pensar que se questiona a existência de uma Justiça Militar em tempos de paz para julgar crimes impróprios, mormente, em se tratando da esfera federal, quando os acusados são civis.

Do mesmo modo, em tempos de normalidade institucional, não se admite o cerceamento da liberdade de um cidadão como forma de prestigiar ou defender a hierarquia e disciplina dos quartéis, posto que mesmo sendo estas o arcabouço da vida militar, a Constituição Federal não lhes outorgou a mesma força dada à liberdade.

²³³ ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. 2ª ed., São Paulo: Perspectiva, 1979, p. 216.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. 2ª ed., São Paulo: Perspectiva, 1979.

ASSIS, Jorge César, *Comentários ao Código Penal Militar*. 3ª ed., Curitiba: Juruá, vol. II, 2002.

_____. *Código de Processo Penal Militar Anotado*, 2ª ed., Curitiba: Juruá, vol. I, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

BADARÓ, Ramagem. *Comentários ao Código Penal Militar de 1969*, 2v.. São Paulo: Juriscredi, 1972.

BANDEIRA, Esmeraldino O.T.. *Curso de Direito Penal Militar*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

_____. *Direito, Justiça e Processo Militar*, 2 v.. 2ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1919.

_____. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*, 2 v.. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1925.

BARBOSA, Rui. *Obras Seletas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1957, vol. VIII.

_____. *Oração aos Moços*, São Paulo: Papagaio, 2003.

BARROS, Suzana Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963.

BENTO, Ricardo Alves. *O dogma constitucional da presunção de inocência*. in *Processo penal e garantias constitucionais*. coord. Marco Antonio Marques da Silva, São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BORGES, José Souto Maior. *Pró-dogmática: Por uma hierarquização dos princípios constitucionais*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, n.º 1, 1993.

BRANCO, Tales Castelo. *Da Prisão em Flagrante*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

CAMPOS JÚNIOR, José Luiz Dias. *Direito Penal e Justiça Militares*. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2002.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

CARPENTER, Luiz Frederico Sauerbronn. *O Velho Direito Penal Militar Clássico e as Idéias Modernas de Sociologia Criminal*. Rio de Janeiro,: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914.

CASTRO, Celso. *O Espírito Militar: Um antropólogo na caserna*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

CERNICHIARO, Luiz Vicente. *Direito Penal na Constituição*. 3ª ed., São Paulo: RT, 1995.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal à Luz da Constituição*. Bauru: Edipro, 1999.

COSTA, Álvaro Mayrink. *Crime Militar*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da, *Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro*. São Paulo: RT, 2001.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, vol. I.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

DUARTE, Liza Bastos. *A impossibilidade humana de um julgamento imparcial*. Revista de Direito Privado. São Paulo: RT, ano 3, n.º 12, p. 236, out/dez 2002.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de Princípios Constitucionais*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2003.

_____. *Teoria Geral do Procedimento e Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 39-40.

_____. *Efetividade do Processo Penal e Dignidade Humana*. In *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, coord. Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva, São Paulo: Quartien Latin, 2008 p. 527-542.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. trad. Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: RT, 2002.

FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. *Hierarquia e Disciplina - Vigas mestras das Forças Armadas, verdadeiros princípios jurídico-constitucionais*, in *Revista Direito Militar*, ano VIII, n.º 46.

FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *A motivação das Decisões Penais*, São Paulo: RT, 2001.

_____. *Presunção de Inocência: Princípio e Garantias*. apud *Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco*, São Paulo: RT, 2003.

FILHO, Eduardo Espínola. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, 1ª ed., Campinas: Bookseller, 2000, vol. III.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Código de Processo Penal Comentado*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, vol. I.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Do Processo Legislativo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FOUCALT, Michel. *Vigiar e Punir*. 30ª ed., Petrópolis: Vozes, 2005.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 5ª ed., São Paulo: RT, 2005.

_____. *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2004, vol. I.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila. *A Prisão Provisória no Código de Processo Penal Militar*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *História do Direito Penal*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GOETHE, Johann Wolfgang von. *Fausto*. São Paulo: Editora 34, 2004.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*, 7ª ed., São Paulo: Perspectiva, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. PIOVESAN, Flávia. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. *Prisão em Flagrante*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

GUSMÃO, Chrysolito de. *Direito Penal Militar*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915.

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

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, vol. I.

JHERING, Rudolf von. *A finalidade do Direito*. Trad. Heder K. Hoffmann, Cmpinas: Bookseller, 2002, vol. I e II.

_____. *A Luta pelo Direito*. Trad. Richard Paul Neto, 4ª ed. Rio de Janeiro: Edirora Rio, 1983.

JÚNIOR, João Mendes de Almeida. *O Processo Criminal Brasileiro*. 4ª ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1959, vol. I.

LEIRNER, Piero de Camargo. *Meia Volta Volver: um estudo antropológico sobre a hierarquia militar*. Rio de Janeiro: FGV, 1997.

LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

_____. *Código de Processo Penal Militar. Medidas Cautelares (2ª Parte). Prisão. Anotações aos arts. 220 a 261*, in Revista da Associação dos magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, janeiro de 2002, ano VI, n.º 22.

LOBO, Hélio. *Sabres e Togas: a autonomia judicante militar*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lorsoi, 1960.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1999.

LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito Penal Militar*. São Paulo: Atlas, 1993.

_____. *Processo Penal Militar*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MACHADO, Antonio Alberto. *Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1998, vol. IV.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2º ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Jílio Fabrini. *Processo Penal*. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 1997.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus*. Atualizada por Wilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 1999, vol. I e II.

MIRANDA, Reinaldo Moreira de. *As Origens Remotas do Direito Penal Militar*. in Revista A Força Policial, IMESP, 1998, n.º 17.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 119.

MORAES, Márcio Santiago de. *Cerceamento da liberdade do militar no curso do IPM. Comentários ao art. 18 do Código de Processo Penal Militar*, in Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, setembro de 2002, ano VII, n.º 37.

MORIN, Edgar. *Os Sete Saberes necessários à Educação do Futuro*. 11ª ed., São Paulo: Cortez Editora, 2006.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREINFINGER, Marcello. *Apontamentos de Direito Penal Militar*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, p. 19.

NORONHA, EDGARD Magalhães. *Direito Penal*, 35ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: RT, 2002.

OLIVEIRA, Farlei Martins. *Sanção Disciplinar Militar e Controle Jurisdicional*. Rio de

Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva. *Da Prisão e da Liberdade Provisória*. Bauru: Edipro, 2000.

PEREIRA, Cláudio José Langroiva. *Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PORTO, Hermínio Alberto Marques Porto. DA SILVA, Roberto Ferreira. *Fundamentação Constitucional das Normas de Direito Processual Penal*. in *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, coord. Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva, São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial*. 2ª ed., Campinas: Millenium, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1997.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 21ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1994.

ROTH, Ronaldo João. *Justiça Militar e as Peculiaridades do Juiz Militar na Atuação Jurisdicional*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

_____. *Temas de Direito Militar*. São Paulo: Suprema Cultura, 2004.

_____. *O Juiz Militar e o Dever de Motivar sua Decisão*. In *Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME*, ano IV, n.º 19, setembro/outubro de 1999.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 20ª ed., 1998, vol. I, p. 269.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Trad. Luiz José Baraúna. São Paulo: Nova Cultura, 1985, vol. 2.

SOUZA, Octavio Augusto Simon de. *Justiça Militar – uma comparação entre os sistemas constitucionais brasileiro e norte-americano*, Juruá: Curitiba, 2008.

SOUZA, Artur César de. *A Parcialidade Positiva do Juiz*. São Paulo: RT, 2008.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

TEIXEIRA, Silvio Martins. *Novo Código Penal Militar*. São Paulo: Freitas Bastos, 1946.

TORON, Alberto Zacharias, *Crimes Hediondos*. São Paulo: RT, 1996.

TRIGILIO, Mara Aparecida. *A incidência da detenção no inquérito policial militar*. in Revista da Associação dos magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, maio de 2001, ano V, n.º 29.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1999.

ZOLA, Émile. *Eu acuso!* São Paulo: Hedra, 2007.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)