

NINGUÉM SERÁ PRESO SEM ORDEM JUDICIAL... EXISTEM, CONTUDO, EXCEÇÕES.

Patrícia Gadelha

A Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso LXI, dispõe 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.*

Isso significa dizer que alguém só será preso por determinação escrita e fundamentada de um Juiz. Exceto se estiver em flagrante delito, ou nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definido em lei.

De acordo com o artigo 244 do Código de Processo Penal Militar (e artigo 302 do Código de Processo Penal) *Considera-se em flagrante delito aquele que: a) está cometendo o crime; b) acaba de cometê-lo; c) é perseguido logo após o ato delituoso em situação que faça acreditar ser ele o seu autor; d) é encontrado, logo depois, com instrumentos, objetos, material ou papéis que façam presumir a sua participação no fato delituoso.*

A doutrina considera flagrante próprio ou real quando o agente está cometendo o crime ou acaba de cometê-lo (alíneas “a” e “b”); flagrante impróprio ou quase-flagrante, quando o agente é perseguido logo após o ato delituoso em situação que faça acreditar ser ele o seu autor (alínea “c”); e flagrante presumido ou ficto, no caso de ser o agente encontrado, logo depois, com instrumentos, objetos, material ou papéis que façam presumir a sua participação no fato delituoso (alínea “d”).

Tecnicamente, só existe flagrante nas hipóteses de flagrante próprio ou real (alíneas “a” e “b”), porém, o legislador admitiu as outras hipóteses já mencionadas por uma ficção jurídica.

Sobre a transgressão militar, para um melhor entendimento, pode ser comparada a uma contravenção, uma vez que esta se encontra abaixo do crime militar.

O art. 14 do [Decreto nº 4.346/2002](#), que aprova o Regulamento Disciplinar do Exército, em seu § 9º, afirma serem equivalentes as expressões transgressão disciplinar e transgressão militar. Assim, daqui por diante, usaremos o termo transgressão disciplinar.

O *caput* do mesmo artigo assim a define: *Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decore da classe.*

O Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (Decreto nº 76.322/1975), em seu artigo 8º, acrescenta: *Distingue-se do crime militar, que é ofensa mais grave a esse mesmo dever, segundo o preceituado na legislação penal militar.*(grifei)

Na verdade, as Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) dispõem de normas contidas em seus Regulamentos Disciplinares que permitem às autoridades militares a aplicação de sanções disciplinares a seus subordinados por fatos de menor gravidade, visando assegurar a hierarquia e a disciplina militar.

Com o cometimento de uma transgressão disciplinar, nasce para a Administração Militar o direito de punir o transgressor, como forma de prevenção, para que este não volte a violar os preceitos militares decorrentes da hierarquia e da disciplina. Note-se que o transgressor tem o direito de exercer sua defesa, vez que preceituados estão na Carta Maior os princípios do contraditório e do devido processo legal.

Segundo José da Silva Loureiro Neto, na obra *Direito Penal Militar, a diferença entre o crime militar e a transgressão disciplinar consiste na espécie de pena aplicável às infrações de um e de outro, e a interferência da garantia jurisdicional que é estranha ao segundo*. Citando Vincenzo Manzini, ensina que *do ponto de vista técnico-jurídico, o crime se distingue da transgressão disciplinar porque o primeiro é sempre previsto expressa e especificamente pela lei, quer quanto à noção, quer quanto à sanção, sendo esta última constantemente obrigatória e irrevogável, enquanto que a transgressão disciplinar é normalmente prevista em gênero (falta a qualquer dever de serviço ou de conduta), como genericamente são previstas as respectivas sanções, a respeito de cuja aplicação ou revogação dispõe de um poder discricionário o superior hierárquico, o que absolutamente não se dá no direito penal*.

A transgressão disciplinar não é crime, mas um ato administrativo.

Um fato, para ser considerado crime, deve ser típico, antijurídico e culpável. Para ser considerado como crime militar, além de tudo isso, tem que se amoldar ao artigo 9º do Código Penal Militar (tipicidade indireta).

Mas o que são, afinal, os crimes propriamente militares, mencionados no artigo 5º, inciso LXI, da CF, que escapam da obrigatoriedade da expedição do mandado judicial de prisão?

O artigo 124 da Constituição da República dispõe que compete à Justiça Militar processar e julgar crimes militares definidos em lei, ou seja, cabe ao legislador ordinário fixar os critérios para definir o crime militar. Essa lei é o Código Penal Militar, especificamente o seu artigo 9º, que define o que vem a ser crime militar em tempo de paz.

Contudo, a lei penal militar não define o que sejam crimes propriamente militares e crimes impropriamente militares. Estas são apenas expressões doutrinárias.

Segundo a lição de Jorge Alberto Romeiro, em seu Curso de Direito Penal Militar, são crimes propriamente militares aqueles que só podem ser praticados por militares, ou que exigem do agente a condição de militar. É o caso, por exemplo, dos crimes de deserção, de violência contra superior, de violência contra inferior, de recusa de obediência, de abandono de posto, de conservação ilegal do comando etc.

Já os crimes impropriamente militares são os que, comuns em sua natureza, podem ser praticados por qualquer cidadão, civil ou militar, mas que, quando praticados por militar em certas condições, a lei considera crime militares. São impropriamente militares os crimes de homicídio e lesão corporal, os crimes contra a honra, os crimes contra o patrimônio (furto, roubo, apropriação indébita, estelionato, receptação, dano etc), os crimes de tráfico ou posse de entorpecentes, o peculato, a corrupção, os crimes de falsidade, dentre outros. Note-se que tais crimes também estão previstos no Código Penal Brasileiro. A diferença está justamente na subsunção ao artigo 9º do CPM.

E o que diz esse artigo 9º?

Em seu inciso I, trata dos crimes previstos no Código Penal Militar, quando definidos de modo diverso na lei penal comum ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial.

Quando o inciso I diz *qualquer que seja o agente*, verifica-se que, além dos crimes propriamente militares, isto é, aqueles que só podem ser cometidos por militares, tal inciso abrange algo mais: os crimes somente previstos no Código Penal Militar, mas que podem ser praticados por civis, como o crime de insubmissão. Daí, surge uma outra denominação para o crime militar, qual seja, o crime tipicamente militar, trazido a lume por Cláudio Amim Miguel e Ione de Souza Cruz, na obra Elementos de Direito Penal Militar.

O crime tipicamente militar é aquele que somente está previsto no Código Penal Militar, mas que pode ser praticado por militar e por civil. Temos assim o crime de insubmissão (tipicamente militar) e o crime de deserção (que, além de ser propriamente militar, pois somente pode ser cometido por militar, é também tipicamente militar, pois somente está previsto na legislação penal militar).

O inciso II versa sobre os crimes previstos no Código Penal Militar, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados por militar da ativa contra militar da ativa, ou por militar da ativa em lugar sujeito à administração militar, ou por militar em serviço, ou ainda por militar da ativa contra o patrimônio sob a administração militar (impropriamente militares cometidos por militar da ativa).

Finalmente, o inciso III traz como sujeito ativo o militar da reserva, o reformado ou o civil quando cometem crime contra o patrimônio sob Administração Militar ou a Ordem Administrativa Militar, ou contra militar da ativa, servidores civis de Comando Militar ou da Justiça Militar, no exercício da função, em local sujeito à Administração Militar, ou ainda contra militar em serviço. Tais crimes, segundo a doutrina, são os crimes impropriamente militares praticados por militares da reserva, reformados ou civis.

Do ponto de vista do bem tutelado — hierarquia, disciplina e ordem administrativa militar — são igualmente importantes, e representam ofensa equivalente, os crimes propriamente militares e os impropriamente militares.

Apesar das exceções (flagrante delito, transgressões disciplinares e crimes propriamente militares), a liberdade, segundo a Constituição da República (art. 5º, *caput*), é um direito fundamental do cidadão, assegurado a todos os brasileiros, natos ou naturalizados, aos estrangeiros residentes no país, e até mesmo aos estrangeiros de passagem pelo território nacional. No Estado de Direito, *a liberdade é a regra e a prisão a exceção*.

Contudo, deve-se estar atento à importância dessas exceções.

Quanto ao flagrante delito, não se pode cogitar em permitir a liberdade de alguém que *está cometendo o crime; ou acaba de cometê-lo; ou é perseguido logo após o ato delituoso em situação que faça acreditar ser ele o seu autor; ou ainda é encontrado, logo depois, com instrumentos, objetos, material ou papéis que façam presumir a sua participação no fato delituoso*, aguardando uma ordem judicial.

Quando se está diante de um delito patente, a possibilidade de se prender alguém (em flagrante), nas palavras de Júlio Fabbrini Mirabete, em seu Código de Processo Penal Interpretado, *é um sistema de autodefesa da sociedade, derivada da necessidade social de se fazer cessar a prática criminosa e a perturbação da ordem, tendo também o*

sentido salutar de providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria.

Quanto às transgressões disciplinares e aos crimes propriamente militares, quer-se deixar claro que enquanto a sociedade civil tem como base a liberdade, as instituições militares se fundam na hierarquia e na disciplina, princípios estes previstos no texto constitucional. Reconhece-se que os bens tutelados, portanto, são outros. Assim, evidentemente, sem se afastar de todos os outros princípios expressos na Carta Maior, quando se tratar de transgressões disciplinares e crimes propriamente militares, tem que se ter em mente que, antes até da liberdade, encontram-se os pilares das Forças Armadas: a hierarquia e a disciplina, o que justifica a possibilidade jurídica de, tratando-se de transgressões ou crimes propriamente militares, o agente perder a liberdade sem mandado judicial.

Nota: PATRICIA SILVA GADELHA, é Bacharela em Direito. Servidora do Ministério Público Militar, desde 1999. Aprovada no último Concurso Público para Juiz-Auditor Substituto.