

Prisão provisória na legislação processual penal militar. Uma visão crítica

Luciano Moreira Gorilhas
Procurador de Justiça Militar

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA PRISÃO PROVISÓRIA.

As prisões provisórias, vale dizer, aquelas ocorridas antes de uma condenação definitiva, possuem natureza jurídica de verdadeiras medidas cautelares, cujo objetivo precípua é a tutela do processo penal. Assim sendo, diante de tais características, só deveriam ser decretadas quando presentes os requisitos inerentes a toda e qualquer medida cautelar, quais sejam: *fumus boni iuris e periculum in mora* que, no processo penal, recebem, consoante a mais técnica nomenclatura, denominações específicas de *fumus comissi delicti* (probabilidade da existência de um delito e indícios suficientes de autoria) e *periculum libertatis* (perigo da liberdade do imputado), respectivamente.

Decorrente dessa especificidade, o decreto da aludida medida extrema, restritiva de liberdade, circunscreve-se à sua finalidade precípua, qual seja a de assegurar a eficácia do processo penal, hipótese que, infelizmente, não ocorre no cotidiano forense. Tal fato se deve à cultura inquisitiva, por nós herdada, a qual nos impele a nutrir um desejo compulsivo em ver o infrator penal imediatamente punido com prisão, após a prática do crime, bem como durante o transcorrer de todo o processo. Essa expectativa aumenta, tanto mais, quando somos a vítima, ou alguém que nos é próximo, ou estamos diante de um delito repugnante.

Vale lembrar que, durante o sistema inquisitivo, a prisão provisória era a regra, pois reinava, à época, a idéia de que todo acusado interferia na investigação da verdade. Todavia, sob a vigência do sistema acusatório, a prisão processual é uma exceção, tal como se verifica nos seguintes incisos do artigo 5º da CRFB, *verbis*:

LXI - 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; (grifei)

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; (grifei)

Demais disso, toda prisão provisória deve estar em consonância com o modelo constitucional vigente, vale dizer, subsumida aos princípios da presunção da inocência, no sentido de que a prisão não pode ser considerada uma antecipação da pena e o princípio da proporcionalidade, ou seja, reservada para os casos mais graves, como *ultima ratio*. Em outras palavras, quando, ao final do processo, o resultado condenatório implicar em efetiva privação de liberdade para o indivíduo.

Outro ponto inquietante nas searas da doutrina, jurisprudência e até mesmo entre os operadores de direito, diz respeito ao tempo de duração da prisão provisória. Qual deveria ser seu limite máximo? O tempo em que perdurar o processo?

Acerca desse aspecto, vale trazer à baila algumas normas atinentes à prisão processual existentes em alguns países europeus. Na Alemanha, por exemplo, a regra geral é a de que a prisão

provisória não deve, salvo raras exceções, perdurar por mais de 6 meses. Em Portugal, o juiz é obrigado a reexaminar, a cada 3 meses, a medida cautelar prisional decretada. Na Itália, tal providência é adotada, em, no máximo 5 dias, após o início do cumprimento da medida.

No Brasil, o Código de Processo Penal Militar (art. 390, do CPPM), de modo singular, estabelece que a instrução criminal, estando o acusado preso, deve ser concluída em 50 dias, a contar da denúncia. Este prazo refere-se ao procedimento ordinário. No tocante ao procedimento especial (deserção e insubmissão), o artigo 453 do CPPM fixa o tempo de 60 dias para o desertor ser posto em liberdade, caso não seja julgado dentro do aludido lapso temporal, a contar da data de seu encarceramento.

Nesse cenário, embora louvável, pelo seu pioneirismo, a legislação processual penal militar perdeu em tecnicidade ao fixar um prazo utópico para conclusão do processo de rito ordinário, estando o acusado preso (50 dias). Com efeito, somando-se todos os atos processuais com os atos cartorários, o referido prazo é sobremaneira ultrapassado e, nem sempre, por essa razão, o custodiado obtém a liberdade.

Noutra vereda, não foi feliz o legislador quando estipulou um prazo de 60 dias para o desertor ser posto em liberdade, conforme registrado supra. Ou seja, para um rito especialíssimo, de extrema celeridade (interrogatório, oitiva da defesa, seguida de julgamento) foi estabelecida prisão com maior tempo de duração do que a prevista para o rito ordinário (procedimento mais amplo). O inverso teria sido muito mais realista, posto que se nos afigura excessivo o tempo de segregação do desertor, tendo em conta o sumaríssimo rito previsto para a espécie.

Na legislação comum, atualmente, somente as Lei nº 7.960/89 e 9.034/95 determinam o tempo de duração da prisão. A prisão temporária, por exemplo, deve durar até 5 dias, prorrogáveis por igual período. Nos crimes hediondos, esse prazo é dilatado para 30 dias, também prorrogáveis pelo mesmo tempo. Em relação aos crimes praticados por organização criminosa, o prazo é de 81 dias para encerramento da instrução criminal. Afora isso, existe uma tentativa da jurisprudência (com exceção do STF) em tentar fixar o limite de 81 dias, levando-se em conta a soma dos atos procedimentais, para a conclusão do processo de réu preso. Caso superada tal marca, o acusado, em tese, faz jus à liberdade, a qual poderá ser obtida via *habeas corpus*.

É bem verdade que tramita no Senado Federal a reforma do Código de Processo Penal (CPP) que, no capítulo relativo às prisões, estabelece prazos máximos para prisão preventiva nos seguintes termos: a prisão preventiva não poderá ultrapassar 180 dias, se decretada no curso da investigação ou antes da sentença condenatória: ou de 360 dias, se decretada ou prorrogada por ocasião da sentença recorrível. Acrescenta, ademais, que a prisão que exceder a 90 dias será obrigatoriamente reexaminada pelo juiz ou tribunal competente.

Verifica-se, assim, uma tendência elogiável do legislador brasileiro em delimitar o tempo de duração da prisão provisória, bem como revisá-la, caso seja ultrapassado certo prazo, evitando, destarte, que a prisão cautelar ganhe contornos de uma antecipação de pena.

No que pertine à jurisprudência do STF, vale trazer à colação recente decisão, de 09 de junho de 2010, na qual um de seus ministros, apreciando os HC 103565 e 104125, determinou a soltura de dois homens presos, preventivamente, por mais de 3 anos e 8 meses, acusados de lavagem de dinheiro, decorrente do furto por organização criminosa no caixa-forte do Banco do Brasil de Fortaleza (o maior furto a banco da história do país, ocorrido entre os dias 5 e 6 de agosto de 2005, de onde foram subtraídos R\$ 164,7 milhões). Em contrapartida, manteve preso dois outros envolvidos no mesmo processo, por furto qualificado, com destruição de obstáculo, concurso de pessoas e formação de organização criminosa.

No primeiro HC, a liberdade foi concedida sob o seguinte argumento: "Ninguém pode permanecer preso – especialmente quando sequer proferida sentença penal condenatória – por lapso temporal que supere de modo excessivo os padrões de razoabilidade acolhidos pela jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria". Todavia, no segundo HC (104125), o ministro

entendeu que a complexidade dos fatos e a importância dos crimes, além do número de pessoas envolvidas, justificam a demora na conclusão do procedimento penal, nos padrões da **estrita razoabilidade**.

Depreende-se que, diante de fatos complexos, a duração da prisão vai depender da interpretação do julgador, acerca do sentido semântico da expressão razoabilidade.

2 - ESPÉCIES DE PRISÃO PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR:

A legislação processual penal militar (CPPM), à exceção da prisão temporária e prisão por pronúncia, prevê todas as modalidades de prisão previstas no Código de Processo Penal comum. Além dessas, apresenta algumas que lhes são peculiares: detenção do indiciado (art. 18, CPPM), prisão do desertor (art. 452, CPPM), menagem para o insubmisso (art. 266, CPPM). Relativamente à prisão preventiva, apresenta, dentre os seus fundamentos para decretação, a periculosidade do indiciado ou acusado e a exigência da manutenção de hierarquia e disciplina (art. 255, "c" e "e") CPPM.

Diante disso, nosso estudo ficará adstrito às modalidades susomencionadas.

a) Detenção do indiciado: Art. 18, do CPPM, *verbis*:

Art. 18 - 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.

Ressalte-se que a aludida norma foi restringida pela Constituição Federal aos crimes propriamente militares, definidos em lei. Vejamos:

Art. 5º, LXI, da CRFB, verbis: "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."

Ocorre que, até a presente data, não veio à lume uma lei que conceitue o que vem a ser crime propriamente militar.

Destarte, por essa razão, a dita prisão parece-me inconstitucional.

Ademais, afora tal constatação, o referido artigo, por representar um retrocesso inaceitável (permissão de o encarregado de IPM prender o indiciado), afigura-se nos inaplicável à conjuntura atual, uma vez que retrata a vocação autoritária do legislador da época (outubro de 1969). Com efeito, inadmitte-se, num estado democrático de direito, uma prisão que não decorra de flagrante ou de ordem judicial. De fato, ou prende-se o infrator por estar em flagrante delito ou representa-se ao juiz competente quanto à necessidade de sua prisão preventiva. Qualquer ato diverso deste constitui-se, a nosso aviso, abuso de autoridade.

Assim, parafraseando Ferrajoli, podemos afirmar que esta modalidade de prisão é uma pena processual, em que primeiro se castiga e depois se processa.

Felizmente, constata-se a incoerência deste tipo de detenção em casos concretos, possivelmente pelo desconhecimento da norma citada pelo Encarregado de Inquérito Policial Militar designado para investigar o crime militar ocorrido. Este fato nos leva a inferir que estamos diante de um autêntico exemplo de letra morta da lei.

Inexiste, ademais, o *periculum libertatis* em tal tipo de detenção (perigo da liberdade do indiciado).

b) Prisão de Desertor:

*Art. 452, CPPM, 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.**"*

*Art. 453, CPPM, verbis: "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.**"*

Cuida-se de prisão *ex vi legis* ditada pela norma supracitada (art. 452, CPPM). Tal tipo de prisão já foi por nós tratada em artigo intitulado: A Inconstitucionalidade da Prisão no Crime de Deserção, Revista de Direito Militar (AMAJME), Jan/Fev de 2007, nº 63, oportunidade em que fizemos um estudo mais aprofundado acerca do tema.

Defendemos, na ocasião, que o formalismo utilizado para prender o desertor (Termo de Deserção) não segue os mandamentos constitucionais exigidos para prisão de qualquer pessoa, quais sejam: a oitiva do preso, assistência da família e do advogado (art. 5º LXII) e direito ao silêncio (art. 5º LXIII).

Ressalte-se que, neste tipo de prisão, o desertor não é ouvido antes de ser encarcerado. Em regra, sua oitiva só acontece em juízo, por ocasião de seu interrogatório. Diante disso, o desertor fica preso por, pelo menos 60 dias, sem direito a esclarecer, previamente, os motivos de sua ausência.

Gize-se que já houve casos concretos em que a justificativa apresentada pelo desertor (infelizmente somente por ocasião de seu interrogatório) tornou sua ausência ao quartel atípica (estava internado em hospital). Sendo assim, ficou preso injustamente por 60 dias. Isso ocorre em razão da apuração dos motivos da falta do desertor à sua Organização Militar só ser feita em juízo, vale dizer, durante a instrução criminal.

Vigora, assim, a mesma máxima odiosa já mencionada: prende-se primeiro e depois investiga-se.

Enfatize-se que a lei determina a prisão do desertor que é capturado e, igualmente, daquele que se apresenta voluntariamente. Nesta última hipótese, fere de morte a cautelaridade que deve nortear toda prisão provisória. De fato, a apresentação voluntária do desertor significa que este não pretende fugir da aplicação da lei penal, ao contrário do desertor que é capturado. Destarte, indaga-se: qual o sentido de manter preso um infrator sem que esteja presente um dos requisitos para prisão preventiva (*periculum libertatis*)? Não há, *in casu*, com a liberdade do desertor, risco para o processo .

Nesse diapasão, somos frontalmente contra a Súmula 10, do Superior Tribunal Militar abaixo transcrita:

*" Não se concede liberdade provisória a preso por deserção **antes de decorrido o prazo previsto no art. 453 do CPPM.**" (grifei)*

c) Menagem do Insubmisso

Art. 266, do CPPM, verbis: "O insubmisso terá o quartel por menagem, independentemente da decisão judicial, podendo, entretanto, ser cassada pela autoridade militar, por conveniência e disciplina."

Art. 464, § 3º, verbis: " O insubmisso que não for julgado no prazo de sessenta dias a contar do dia de sua apresentação voluntária ou captura, sem que para isso tenha dado causa, será posto em liberdade." (grifei)

Preliminarmente, insta pontuar que a menagem constitui-se uma medida substitutiva para prisão provisória (art. 263, do CPPM). Exceção ocorre, contudo, na menagem do insubmisso. Com efeito, figura ali um tipo de prisão provisória na qual o insubmisso (o civil que deixa de se apresentar para o ato de incorporação na Força Armada em que se alistou) fica com sua liberdade cerceada *intra muros*, é dizer, fora do xadrez, mas no interior do quartelamento, por pelo menos 60 dias.

Trata-se de uma prisão *sui generis* em que, parte do segregamento ocorre quando o insubmisso é civil (antes da incorporação à Força Armada) e outra parte já na condição de militar (depois do ato da incorporação).

A nosso ver, tal medida é despropositada quando o insubmisso se apresenta voluntariamente. Segue-se aqui o mesmo raciocínio aplicado ao desertor que se apresenta voluntariamente (inexiste o *periculum libertatis*).

d) Prisão preventiva

Art 254. A prisão preventiva pode ser decretada pelo Auditor ou pelo Conselho de Justiça, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade encarregada do inquérito policial militar, em qualquer fase deste ou do processo, concorrendo os requisitos seguintes: a) prova do fato delituoso (fumus boni iuris); b) indícios suficiente de autoria (fumus boni iuris).

Art. 255. A prisão preventiva, além dos requisitos do artigo anterior, deverá fundar-se em um dos seguintes casos:

- a) garantia da ordem pública (periculum libertatis);*
- b) conveniência da instrução criminal (periculum libertatis);*
- c) periculosidade do indiciado ou acusado (periculum libertatis);*
- d) segurança da aplicação da lei penal militar (periculum libertatis);*
- e) exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia...*

Esse modelo de prisão, que somente pode ser decretada por órgão do Judiciário, mediante a presença de requisitos legais, tem servido como parâmetro para o julgador, na decretação de outras formas de encarceramentos provisórios, ou seja, mantém-se a custódia, caso estejam presentes o fundamentos da prisão preventiva.

Sucedem que a legislação processual penal militar, no tocante à prisão preventiva, apresenta-se dissonante com o direito processual penal moderno, em especial, nos seguintes pontos:

- 1 - Permite que seja decretada, de ofício, pelo Juiz-Auditor (durante o IPM). Viola, neste contexto, o sistema acusatório.
- 2 - Torna possível a decretação nos crimes culposos e nos crimes cuja pena não é restritiva de liberdade. Ofende, destarte, o princípio da proporcionalidade (obs: no CPP só há previsão para os crimes dolosos).
- 3 - Proíbe liberdade provisória para certos crimes punidos com detenção cuja pena é inferior a dois anos, mesmo ausentes os requisitos para prisão preventiva (vide art. 270, parágrafo único, letra b, CPPM).

Saliente-se que, dentre os fundamentos descritos no artigo 255 supra, somente os fundados na conveniência da instrução criminal e segurança da aplicação da lei penal militar, apresentam a roupagem de uma genuína medida cautelar. De fato, prender alguém com a finalidade de garantir a ordem pública ou em razão da periculosidade do indiciado ou para manutenção dos princípios de hierarquia (estas duas últimas típicas da legislação processual castrense) não se constitui medida eficaz para resguardar o processo de conhecimento, notadamente, em face da inexistência do *periculum libertatis*.

Enquanto doutrina e jurisprudência (comuns) inserem o fundamento periculosidade na exegese da expressão ordem pública, o CPPM contempla o aludido requisito em uma das alíneas (c), do artigo 255. É fato, contudo, que os tribunais superiores (STJ e STF) vêm firmando orientação no sentido de que a periculosidade, para fins de decretação da prisão preventiva, deve ser concreta, ou seja, respaldada em suporte fático robusto, constante dos autos (crueldade do imputado, maneira de execução do delito e reiteração de crimes praticados pelo agente). Na verdade, prisão com espeque nesse fundamento resguarda a ordem social (paz social), não o processo.

Noutro passo, todo crime impropriamente militar (aquele que pode ser praticado pelo civil ou por militar), quando o sujeito ativo é militar (ex: militar contra militar ou em lugar sujeito à administração militar), em tese, afeta, pelo menos, de forma mediata, a hierarquia e disciplina militares. Ocorre que, este fato, por si só, não interfere no curso regular do processo principal, sendo, portanto, despiciendo tal fundamento para decretação da preventiva. No caso de o crime atingir os preceitos da hierarquia e disciplina da caserna, existe o instituto da prisão disciplinar, instrumento adequado à espécie, desde que aplicado dentro das formalidades legais e nos limites da razoabilidade.

Conclui-se que, para decretação de toda prisão provisória, torna-se imprescindível a concorrência dos seguintes fatores: prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*), bem como perigo na liberdade do infrator (*periculum libertatis*). Nesse sentido, objetivou o presente trabalho demonstrar que as seguintes medidas preventivas e assecuratórias que recaem sobre as pessoas no CPPM: detenção do indiciado, prisão do desertor que se apresenta voluntariamente, menagem do insubmisso que se apresenta voluntariamente e prisão preventiva para garantia da ordem pública, com base na periculosidade do agente e preservação da hierarquia e disciplina, não se coadunam com os princípios constitucionais vigentes, especialmente por permitirem a privação da liberdade alheia, sem que o escopo principal seja o acautelamento do processo de conhecimento.

3. REFERÊNCIAS

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón - Teoria del Garantismo Penal. 2a. Edição, 1997.

HAMILTON, Sergio Demoro. Temas de Processo Penal, Lumen Jures, 1998.

LOPES JR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal, Lumen Jures, 2004.

NICOLITT, André. Manual de Processo Penal, Campo Jurídico, 2009.

PACHELI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2006.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. Rio de Janeiro. Lumen Jures, 2001.

GORRILHAS, Luciano Moreira. A Inconstitucionalidade da Prisão por Deserção. Delito Capitulado no Artigo 187 do Código Penal Militar. Revista Direito Militar, Ano XII, nº 75, Jan/Fev/2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Diário Oficial [da República Federativa do Brasil] de 5 de Outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htmHYPERLINK "http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 9 jul 2010.

BRASIL. Decreto-Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Brasília, Diário Oficial da União de 21 de outubro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del1001.htm>, Acesso em 10 jul 2010.

BRASIL. Decreto-Lei 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Brasília, Diário Oficial da União de 21 de outubro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del1002.htm>. Acesso em 10 jul 2010.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 10 de outubro de 1941. Código Processo Penal. Brasília. Diário Oficial da União de 13 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 10 jul 2010.

BRASIL. Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Brasília. Diário Oficial da União de 04 de maio de 1995. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9034.htm. Acesso em 10 jul 2010.

BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Brasília. Diário Oficial da União de 21 de dezembro de 1989. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L7960.htm>. Acesso em 10 jul 2010.