



**GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL
POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL
DEPARTAMENTO DE EDUCAÇÃO E CULTURA
DIRETORIA DE APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO
INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS**



ARNALDO ALVES DE ALVARENGA

**DETENÇÃO CAUTELAR DO INVESTIGADO POR DECISÃO DO
ENCARREGADO DO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR SEM
FLAGRANTE E SEM ORDEM JUDICIAL**

Brasília
2013

ARNALDO ALVES DE ALVARENGA

**DETENÇÃO CAUTELAR DO INVESTIGADO POR DECISÃO DO
ENCARREGADO DO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR SEM
FLAGRANTE E SEM ORDEM JUDICIAL**

Artigo apresentado ao final do Curso Especialização em Polícia Judiciária Militar, nível oficial, (Pós Graduação *lato sensu* em Direito e Processo Penal Militar), como requisito parcial para titulação de Especialista em Direito Penal e Processual Militar.

Orientador: LEANDRO ANTUNES E
SILVA

Brasília
2013

FOLHA DE APROVAÇÃO

Artigo de autoria de ARNALDO ALVES DE ALVARENGA, intitulado “DETENÇÃO CAUTELAR DO INVESTIGADO POR DECISÃO DO ENCARREGADO DO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR SEM FLAGRANTE E SEM ORDEM JUDICIAL”, apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito Penal e Processual Militar, apresentado em 04 de novembro de 2013, defendida e aprovada pela banca examinadora abaixo assinada:

Prof. Leandro Antunes e Silva
Orientador
(Pós Graduação *lato sensu* em Direito Penal e Processual Militar) - (ISCP- PMDF)

Prof. (titulação) (nome)
Membro da Banca
(Pós Graduação *lato sensu* em Direito Penal e Processual Militar) - (ISCP- PMDF)

Prof. (titulação) (nome)
Membro da Banca
(Pós Graduação *lato sensu* em Direito Penal e Processual Militar) - (ISCP- PMDF)

Brasília
2013

Deus por estar presente em todas as etapas de minha vida.

Ao professor orientador Leandro Antunes e Silva, pelas instruções essenciais à elaboração do presente trabalho.

Não se deve ir atrás de objetivos fáceis, é preciso buscar o que só pode ser alcançado por meio dos maiores esforços.

A personalidade criadora deve pensar e julgar por si mesma, porque o progresso moral da sociedade depende exclusivamente da sua independência.

Albert Einstein

RESUMO

Referência: Arnaldo Alves de Alvarenga. DETENÇÃO CAUTELAR DO INVESTIGADO POR DECISÃO DO ENCARREGADO DO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR SEM FLAGRANTE E SEM ORDEM JUDICIAL. Curso Especialização em Polícia Judiciária Militar, nível oficial, (Pós Graduação lato sensu em Direito e Processo Penal Militar), Brasília – DF, 2013.

Ao analisar os tipos de prisão previstos no Direito Processual Militar encontra-se a detenção do investigado pelo encarregado no Inquérito Policial Militar prevista no artigo 18 do Código de Processo Penal Militar. Entretanto, é necessário estudar e analisar o cabimento, aplicabilidade e medidas a serem adotadas para que se decreta tal detenção/prisão. Para tanto deve-se tomar como base o artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal de 1988, pois é necessário verificar se há conflito entre as duas normas. Este artigo objetiva estudar a espécie de prisão sem ordem judicial e sem o estado de flagrante delito. O objetivo do estudo se mostra de forma exploratória sendo utilizada como base para um aprofundamento da matéria a ser estudada. Quanto à linha de pensamento a ser utilizada, o estudo ora analisado é dogmático, haja vista estar sustentada no sistema jurídico nacional, ou seja, as legislações específicas, os Códigos, a Constituição Federal de 1988 e o entendimento reiterado de nossos Tribunais Superiores. O método de abordagem a ser utilizado, será o hipotético-dedutivo, pois será estudado um problema proposto, criando-se uma solução provisória, então, essa solução receberá críticas apoiadas em entendimentos doutrinários, gerando-se novos problemas a serem solucionados. O método técnico do trabalho estará embasado inicialmente na pesquisa bibliográfica, em doutrinas, revistas jurídicas e publicações eletrônicas sobre o tema. O procedimento a ser utilizado será o Artigo Científico no qual será analisado o tema proposto, observando vários fatores jurídicos que o influenciam em todos os seus aspectos, e com observação se há conflito ou não entre o art. 18 do Código de Processo Penal Militar e o art. 5, LXI, da Constituição Federal de 1988, (detenção decretada pelo encarregado do inquérito policial militar sem ordem judicial e sem flagrante delito).

Palavras-chave: Inquérito Policial Militar. Prisão. Liberdade. Investigação. Detenção do investigado. Conflito de normas. Recepção. Medidas.

ABSTRACT

By analyzing the types of imprisonment provided for in Procedural Law Military detention is investigated by the Inquiry Officer in charge referred to in Article 18 of the Military Code of Military Criminal Procedure . However , it is necessary to study and analyze the appropriateness , applicability and measures to be adotadas to enact that such detention / prison. For that you should take based on Article 5, paragraph LXI of 1988 Federal Constitution , it is necessary to check if there is conflict between the two standards . This article aims to study the kind of prison without a court order and without the state of flagrante delicto . The objective of the study is shown in an exploratory way being used as the basis for a deepening of matter being studied . As for the thought to be used online , the study is now analyzed dogmatic, considering to be sustained in the national legal system, ie , the specific laws , Codes , the Federal Constitution of 1988 and reiterated understanding of our Superior Courts . The method of approach to be used will be the hypothetical-deductive , because a proposed problem will be studied , creating a temporary solution , then this solution will be Critical supported by doctrinal understandings , generating new problems to be solved . The technical method of work will be initially grounded in literature , doctrines , legal periodicals and electronic publications on the topic . The procedure to be used will be the scientific article in which the theme will be analyzed by observing several legal factors that influence it in all its aspects , and note if there is conflict between the art or not . 18 of the Criminal Procedure Code and the Military Art. 5 , LXI , the Federal Constitution of 1988 (detention ordered by the charge of the military police and judicial investigation be no flagrante delicto order).

Keywords: Military Police Inquiry. Prison. Freedom. Research. Detention investigated. Conflicting rules. Reception. Measures.

SUMÁRIO

1 Considerações Iniciais	9
2 A classificação: crime propriamente militar e crime impropriamente militar	12
3 A Constituição Federal de 1988 e a prisão perante crime militar	16
4 As prisões no processo penal militar em linhas gerais	17
5 A detenção cautelar do militar por decisão do encarregado do inquérito policial militar.....	20
6 Análise do possível conflito entre o inciso XLI, da Constituição Federal de 1988, face ao artigo 18, do Código de Processo Penal Militar	25
7 As medidas a serem adotadas pelo encarregado do IPM ao decretar a detenção cautelar do militar prevista no art. 18 CPPM.....	27
8 Considerações finais	32
Referências	34

1 Considerações Iniciais

Este artigo tem como ponto de partida a necessidade de mostrar que no direito militar, há uma espécie de prisão *sui genere*, qual seja, a prisão sem ordem judicial e sem o estado de flagrante delito que é decretada pelo encarregado do inquérito policial militar. Isto, em tese, destoa dos ditames constitucionais tradicionais e conhecidos por grande maioria dos estudiosos da área no que tange a decretação de prisão.

Além disso, se propõe a investigar se há um possível conflito entre o Código de Processo Penal Militar (CPPM) e a Constituição Federal de 1988 (CF/88)? Assim, pode-se extrair o interesse em **estudar se este tipo de prisão** coaduna com o sistema processual e constitucional moderno.

É importante reiterar que a referida detenção é feita sem ordem judicial e sem haver o flagrante delito, daí o fato de chamar a atenção no mundo jurídico, a ponto que para alguns operadores do Direito entendem resquício da ditadura militar, uma vez que destoa, e em muito, das formas normais processuais penais modernas de prender alguém.

Sobre esse assunto se faz necessário abordar o **campo teórico** desta detenção, cujo prazo pode durar até 30 dias, prazo este bem amplo comparado às demais legislações que fixam prazos para prisões cautelares.

Diante disso, considerando que a restrição da liberdade só é legítima em alguns casos, tais como: o flagrante delito ou por ordem judicial fundamentada.

Entretanto, no meio militar ainda há previsão da referida prisão que não obedece a esses requisitos ou modalidades aplicáveis aos civis, situação essa – em tese justificada – pela singularidade do regime em que o profissional militar está submetido.

O foco do estudo se materializará de forma exploratória, utilizando-se de aprofundamentos da matéria a ser estudada no campo doutrinário.

Quanto à **linha de pensamento** a ser utilizada, o estudo ora analisado é dogmático, haja vista estar fundamentado no sistema jurídico nacional, ou seja, as

legislações específicas, os Códigos, a CF/88 e o entendimento reiterado de nossos Tribunais Superiores.

O **método de abordagem** a ser utilizado, será o hipotético-dedutivo, pois será estudado um problema proposto, criando-se uma solução provisória, então, essa solução receberá críticas apoiadas em entendimentos doutrinários, gerando-se novos problemas a serem solucionados. O método técnico do trabalho estará embasado inicialmente na pesquisa bibliográfica, em doutrinas, revistas jurídicas e publicações eletrônicas sobre o tema.

A finalidade deste estudo é analisar se há ou não recepção desta prisão pelo Estado Democrático de Direito, os casos em que seria possível ser decretada, se tal prisão/detenção coaduna com a ordem constitucional atual em que vivemos. Desta maneira, a prisão prevista no art. 18 do CPPM foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988? Há irregularidade na previsão da detenção cautelar do militar por decisão do encarregado do IPM?

No andamento do Inquérito Policial Comum é conferida à autoridade policial a legitimidade para representar pela **prisão preventiva ou temporária** do indiciado, cabendo ao juiz competente decidir sobre a concessão ou indeferimento do pedido de prisão cautelar.

Além dessas hipóteses, o indiciado pode já se encontrar preso, mesmo antes de iniciada a investigação, caso seja preso em flagrante delito, cabendo à autoridade judiciária analisar se presentes os motivos determinantes da manutenção da medida restritiva e convertê-la, ou mesmo se houve ilegalidade no ato policial, a fim de que, se for o caso, relaxe a prisão.

Quando se trata de crime militar, contudo, as hipóteses que ensejam a liberdade locomoção não se ajustam às previsões normativas do processo penal comum, existindo distinções que têm seu fundamento na Constituição Federal de 1988, com especificidade no Código de Processo Penal Militar, cujo conteúdo dogmático, por razões lógicas, diverge da norma processual geral comum.

As instituições militares, por motivos de ordem estrutural, exigem um comportamento distinto para seus integrantes, notadamente tocante ao disciplinarmente das condutas infracionais por eles cometidas no exercício da

função ou em razão dela, bem como aos demais cidadãos que porventura cometam crimes militares.

Como é sabido, FIGUEIREDO (2004, p. 97) as bases das instituições militares são fundadas nos princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina que, no meio militar, são por demais rigorosas e que, seja por via direta ou reflexa, sempre são inquinados quando do cometimento de um crime de natureza militar de uma simples transgressão disciplinar, são pedras de toques, são postulados seculares com base constitucional conforme artigos 42 e 142 da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

DOS MILITARES DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas **com base na hierarquia e disciplina**, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

DAS FORÇAS ARMADAS Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas **com base na hierarquia e na disciplina**, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Diante de tais princípios/regras, com base na doutrina cita (professora Telma Angélica Figueiredo), que afirma ao analisar as diferenças naturais entre o cidadão comum e o militar foram confirmadas, em todos os sentidos e não só no penal, pelo legislador constituinte originário e derivado que de forma coerente abordou com precisão essas diferenças, incluído a necessidade de haver disparidade no direito processual militar, em especial nas formas de prisão.

Em prosseguimento ao estudo ora proposto, tem-se fato de que para alguns estudiosos afirma haver, em tese, conflito entre o art. 18 do Código de Processo Penal Militar (CPPM) e artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal de 1988 (CF/88).¹

¹ CF/88 Art. 5º, 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**; Detenção de indiciado CPPM, 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, Comando aéreo, mediante solicitação fundamentada do encarregado do inquérito e por via hierárquica.

Perante tais dispositivos, é importantíssimo, desde já, que se faça a distinção entre crimes militares próprios e crimes militares impróprios. Já que para estes, a CF/88 não autoriza a detenção decretada pelo encarregado do IPM, porém, para àqueles é perfeitamente cabível como ficou exposto nos textos legais acima.

2 A classificação: crime propriamente militar e crime impropriamente militar

É primordial para o estudo, aqui realizado, fazer a distinção entre crime propriamente e impropriamente militar, haja vista o dispositivo constitucional ter-se referido exclusivamente aos primeiros, quando da ampliação das hipóteses de cabimento de prisão no direito pátrio.

Outro motivo da distinção é sobre a reincidência, pois o Código Penal Brasileiro em seu artigo 64, inciso II, que prevê que a condenação em crime propriamente militar não serve para reincidência².

Vale lembrar que esta classificação foi muito discutida ao longo dos anos, a ponto de haver várias classificações, mas atualmente isto não ocorre mais.

Nesse sentido, o professor Renato Brasileiro nos ensina a utilidade de classificar os crimes militares em propriamente e impropriamente militares.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXI, estabelece 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. Por razões óbvias, a norma constitucional em análise, ao permitir a prisão no caso de transgressões militares ou crimes propriamente militares, independentemente da situação de flagrância ou de ordem fundamentada da autoridade judiciária competente, tem como destinatários exclusivos os militares, ou seja, somente o militar está autorizado a prender e somente o militar está sujeito à referida prisão. O civil, por conseguinte, só pode ser preso em flagrante delito ou mediante decisão judicial. O Código Penal comum também faz menção aos crimes militares próprios em seu art. 64, inciso II, deixando de considerá-los para fins de reincidência. (BRASEILEIRO, 2013, p. 329)

Perante a isso, por meio deste texto faz-se a abordagem sobre a utilidade dessa classificação e seus impactos na prisão.

² Art. 64 - Para efeito de reincidência: [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos. [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

Apesar de o Código Penal Militar (CPM) não estabelecer essa distinção, a doutrina se viu obrigada a fazê-la, haja vista que a CF/88 e o CPM apontam para a importância de se estabelecer o conceito de crime propriamente militar.

Para a doutrina clássica, de origem romana, adotada por Célio Lobão (2002, p. 40) afirma que crime propriamente militar é aquele em que somente pode figurar como autor o militar, ou seja, são os crimes que somente podem ser praticados por militar.

Já, crimes impropriamente militares seriam, pois, todos os demais previstos na lei penal militar e que podem ser cometidos por civil.

De início, há posicionamentos na doutrina tais como: Celso Delmanto e Fernando Capez, citados pelo Prof. Cícero Robson Coimbra Neves (2012. p. 120), que adotam a disposição do inciso I, do artigo 9º, do CPM, para definir o que vem a ser crime propriamente militar³.

Esse posicionamento não deve prosperar. A doutrina majoritária, Célio Lobão e Jorge César de Assis, citados pelo Prof. Cícero Robson Coimbra Neves (2012. p. 119), entendem que crime propriamente militar é todo aquele que só está previsto no Código Penal Militar, ou nele previsto de forma diversa da legislação comum, e que só pode ser cometido por militar.

Por outro lado, não será propriamente militar, portanto, o crime que puder ser cometido por civil e por militar, ou somente por civil, ressalvada a possibilidade do crime de insubmissão, embora cometido por civil é considerado como crime propriamente militar. (NEVES, 2012, p. 119).

A legislação não contempla tão-somente os crimes que só podem ser perpetrados por militar, mas estende o conceito a todos os crimes não previstos no Código Penal Brasileiro, ou nele definidos de forma diversa. Isso ocorre, por exemplo, com o crime de Insubmissão (art. 183, CPM)⁴ que, embora cometido por

³Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

⁴**Crime de Insubmissão:** Art. 183. Deixar de apresentar-se o convocado à incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado, ou, apresentando-se, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação: Pena - impedimento, de três meses a um ano. Caso assimilado

civil, só está previsto no CPM, circunstância esta que justificaria a classificá-lo como crime propriamente militar.

Segundo Jorge Alberto Romeiro, crime propriamente militar:

É aquele que só pode ser praticado por militar, pois consiste na violação de deveres restritos, que lhe são próprios, sendo identificado por dois elementos: a qualidade do agente (militar) e a natureza da conduta (prática funcional). Diz respeito particularmente à vida militar, considerada no conjunto da qualidade funcional do agente, da materialidade especial da infração e da natureza peculiar do objeto danificado, que deve ser o serviço, a disciplina, a administração ou a economia militar. A título de exemplo, podemos citar os delitos de deserção (CPM, art. 187), embriaguez em serviço (CPM, art. 202), dormir em serviço (CPM, art. 203) etc. (ROMEIRO, 1994, p.64)

Em sentido um pouco diverso, o Prof. Denilson Feitoza assevera que o art. 9º CPM não contém qualquer elementar necessária à configuração de um crime propriamente militar:

O crime propriamente militar não tem qualquer relação com o art. 9º do CPM. Este artigo não contém qualquer elementar necessária à configuração de um crime propriamente militar. Para configuração da conduta típica do crime propriamente militar, basta o respectivo artigo de lei da Parte Especial do CPM. O art. 9º do CPM contém elementares exclusivamente dos crimes impropriamente militares, ou seja, os três incisos desse artigo referem-se apenas aos crimes impropriamente militares. Nestes, o tipo penal incriminador, descrito na Parte Especial do Código Penal Militar, depende, para sua completa configuração, das elementares (circunstâncias) contidas no art. 9º do CPM. (FEITOSA, 2009, p.370)

Na lição de Maria Lúcia Karam ao abordar o assunto crime propriamente militar a autora afirma que:

Costuma-se entender que crimes propriamente militares seriam aqueles que só por militar poderiam ser praticados, traduzindo-se em condutas que envolvem violação de deveres próprios dos militares, aí se incluindo a figura típica da insubmissão (art. 183 do Código Penal Militar), o que não desnaturaria a definição, na medida em que ali também se teria violação de dever exclusivamente militar (ou seja, o de prestar o serviço militar obrigatório), inobstante se trate de dever de quem não tem a qualidade de militar. Melhor definição se poderia dar, porém, entendendo-se que os crimes propriamente militares seriam aqueles que, não previstos na lei penal comum e tipificados na lei penal militar unicamente em razão da

§ 1º Na mesma pena incorre quem, dispensado temporariamente da incorporação, deixa de se apresentar, decorrido o prazo de licenciamento.

Diminuição da pena

§ 2º A pena é diminuída de um terço:

- a) pela ignorância ou a errada compreensão dos atos da convocação militar, quando escusáveis;
 - b) pela apresentação voluntária dentro do prazo de um ano, contado do último dia marcado para a apresentação.
-

violação de dever militar, são crimes próprios ou especiais, só podendo deles ser autor quem tenha a qualidade especial de militar da ativa ou de convocado à incorporação. (KARAM, 2005, p.75)

Quanto aos crimes impropriamente militares, fazem parte deste rol os delitos que, não obstante descritos de forma idêntica na lei penal comum, venham a ser praticados numa das situações disciplinadas pelo inc. II, do art. 9º do CPM, sejam deles autores militar ou civil.

Crime impropriamente militar (também conhecido como crime acidentalmente militar ou crime militar misto) é a infração penal prevista no Código Penal Militar que, não sendo específica e funcional do soldado, lesiona bens ou interesses militares. É aquele delito cuja prática é possível a qualquer cidadão (civil ou militar), passando a ser considerado militar porque praticados em certas condições (art. 9º do CPM). O art. 9º do CPM distingue 3 (três) espécies de crimes impropriamente militares: a) os previstos exclusivamente no Código Penal Militar (ex: ingresso clandestino - CPM, art. 302); b) os previstos de forma diversa na lei penal comum (ex: desacato a militar — CPM, art. 299); c) os previstos com igual definição na lei penal comum (ex: furto — CPM, art. 240). (BRASILEIRO, 2013, p.331).

Neste sentido, quanto à classificação adotada, é importante ressaltar os julgados do Supremo Tribunal Federal.

Informativo 254 STF - CIVIL EM CONCURSO COM MILITAR PODE COMETER **CRIME PROPRIAMENTE MILITAR**: Considerando que o art. 53, §1º, do CPM, estabelece que as condições ou circunstâncias de caráter pessoal, quando forem elementares do crime militar, se comunicam entre os autores no caso do concurso de agentes, a Turma indeferiu habeas corpus impetrada contra acórdão do STM, no qual se sustentava a atipicidade da conduta do paciente – consistente na suposta prática do crime de ofensa aviltante a inferior (art. 176 do CPM) em coautoria com militar, já que, na condição de civil, não poderia ter sido submetido à norma penal militar. Considerou-se que a qualidade de superior hierárquico do corréu militar, por ser elementar do crime, estende-se ao paciente (art. 53, §1º, do CPM: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas. §1º [...] Não se comunicam, outrossim, as condições ou circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.”). HC 81.438–RJ, rel. Min. Nelson Jobim, 11.12.2001. (HC-81438).

Informativo 524 STF - Deserção e Condição de Militar - 3

A Turma concluiu julgamento de habeas corpus preventivo em que condenado pelo crime de **deserção** alegava, por **não possuir mais a condição de militar, a nulidade** de acórdão do STM que mantivera a sua condenação. Questionava-se, na espécie, se a execução do julgado estaria prejudicada em face da incapacidade temporária do paciente para o serviço militar, certificada em inspeção de saúde realizada para fins de reinclusão, o que ocasionara seu desligamento do serviço ativo - v. Informativo 464. Em votação majoritária, deferiu-se a ordem para anular o acórdão impugnado, tornando insubsistente a condenação do paciente. Inicialmente, salientou-se que o **crime de deserção é classificado, pela doutrina, como delito**

propriamente militar. Assim, entendeu-se que a perda do status de militar pelo paciente, em razão do fato de haver sido considerado temporariamente incapaz para o serviço militar, antes do trânsito em julgado do acórdão recorrido, impediria o prosseguimento da execução da pena imposta pela sentença de primeiro grau. Asseverou-se que somente a hipótese de capacidade plena para o serviço ativo permitiria a reinclusão do militar e a continuidade do processo, a teor dos Enunciados 8 ("O desertor sem estabilidade e o insubmisso que, por apresentação voluntária ou em razão de captura forem julgados em inspeção de saúde para fins de reinclusão ou incorporação, incapazes para o Serviço Militar, podem ser isentos do processo, após o pronunciamento do representante do Ministério Público.") e 12 ("A praça sem estabilidade não pode ser denunciada por deserção sem ter readquirido o status de militar, condição de procedibilidade para a persecutio criminis, através da reinclusão. Para a praça estável, a condição de procedibilidade é a reversão ao serviço ativo.") da Súmula do STM. Vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Menezes Direito que, ao afastar a incidência do mencionado Verbete 12, deferiam o writ. Sustentavam que a incapacidade definitiva do desertor sem estabilidade (CPPM, art. 457, § 2º) operaria como excludente da punibilidade nos casos em que sua saída dos quadros militares ocorresse em momento anterior ao início do processo, o que não acontecera na presente situação, bem como aduziam que, nos crimes propriamente militares, a superveniente exclusão da Força não teria o condão de prejudicar a pretensão executória da decisão proferida pela Corte castrense. HC 90838/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 14.10.2008. (HC-90838)

3 A Constituição Federal de 1988 e a prisão perante crime militar

A tutela à liberdade impõe como resultado a limitação do poder estatal sobre o *status libertatis* dos indivíduos, sendo esta uma das maiores conquistas da humanidade. Em um Estado Democrático de Direito, pois a regra é a liberdade de ir e vir de seus integrantes, com inúmeros direitos e garantias asseguradas ao indivíduo para a manutenção dessa prerrogativa.

Entretanto, a Carta Magna em vigor, ao proteger os direitos e garantias individuais, entretanto, estabeleceu, em seu art. 5º, Inc. LXI, algumas restrições ao direito de liberdade, fixando que: "Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar e crimes propriamente militares, definidos em lei".

Note-se que dentre as restrições impostas, o legislador constituinte foi mais compreensivo quando tratou dos militares, acrescentando às hipóteses de prisões provisórias – hoje cautelares, àquelas fundadas em transgressão disciplinar e crimes

propriamente militares, ou seja, para militares há previsão de outras maneiras para restringir a liberdade que não são extensíveis aos cidadãos civis em tempo de paz.

Diante disso, a Carta Política vigente, tem-se que mesmo sem flagrante e sem ordem judicial poderá haver prisão do autor de crime propriamente militar, desde que definido em lei que, *in casu*, é o CPM (Decreto-Lei 1.001 de 21 de outubro de 1969) que foi elevado à condição de espécie legislativa ordinária, de âmbito federal, face à inércia do legislador infraconstitucional, até então.

Porém, tal prisão/detenção – tomando por base a classificação entre crime propriamente militar e impropriamente militar – só é aplicável a militares. Desta maneira, os civis estão excluídos deste instituto. (NEVES, 2012, p. 117)

Entretanto, esta autorização para restringir a liberdade de militares não pode ser usada para qualquer crime militar, mas somente os crimes propriamente militares. Além do que, por expressa disposição constitucional não cabe esse tipo de restrição quando o crime é impropriamente militar ou crimes militares cometidos por civis, conforme demonstrado.

4 As prisões no processo penal militar em linhas gerais

No meio das espécies de prisões cautelares admitidas na fase de investigação policial militar, a lei processual militar prevê: a prisão preventiva, a prisão em flagrante e a detenção pelo encarregado do IPM.

A prisão preventiva, com pouquíssimas distinções quanto ao fundamento para concessão, segue os mesmos requisitos do processo penal comum, não prescindindo de ordem judicial. A prisão em flagrante, também com algumas exceções especiais, acata o mesmo regramento processual comum.

No que tange à prisão temporária, parece não ser aplicada aos crimes militares, uma vez que a Lei 7.960/89, que a instituiu, não permitiu sua aplicação a esses delitos, nem tampouco inseriu ou modificou dispositivos do CPPM, circunstância esta que inviabiliza sua aplicabilidade na fase persecutória penal militar.

Analisando-se especificamente à prisão cautelar, Roxin adverte que o princípio constitucional da proporcionalidade demanda a restrição da medida e dos limites da prisão preventiva ao estritamente necessário, revelando a verdadeira existência de um Estado de Direito, devendo todos os profissionais do Direito, notadamente os que representam o Estado na persecução penal, estarem cientes dos males que qualquer encarceramento, e em especial o provisório, produzem no sujeito passivo da medida.

Em suas palavras Claus Roxin:

Entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a prisão preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual; por outra parte, ela é indispensável em alguns casos para uma administração da justiça penal eficiente. A ordem interna de um Estado se revela no modo em que está regulada essa situação de conflito; os Estados totalitários, sob a antítese errônea Estado-cidadão, exagerarão facilmente a importância do interesse estatal na realização, o mais eficaz possível, do procedimento penal. Num Estado de Direito, por outro lado, a regulação dessa situação de conflito não é determinada através da antítese Estado-cidadão; o Estado mesmo está obrigado por ambos os fins: assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da esfera de liberdade do cidadão. Com isso, o princípio constitucional da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário. (ROXIN, 2000, p.258)

Já o prof. Renato Brasileiro faz uma brilhante distinção.

A prisão preventiva não se confunde com a prisão temporária, pelos seguintes motivos:

a) a prisão temporária só pode ser decretada durante a fase pré-processual (Lei nº 7.960/89, art. 1º, incisos I, II e III); a prisão preventiva pode ser decretada tanto durante a fase de investigação policial quanto durante o processo (CPP, art. 311);

b) a prisão temporária não pode ser decretada de ofício (Lei na 7.960/89, art. 2º); durante a instrução processual, é cabível a decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado (CPP, art. 311); a prisão temporária só é cabível em relação a um rol taxativo de delitos, listados no art. 1º, inciso III, da Lei na 7.960/89, e no art. 2º, § 4º, da Lei na 8.072/90 (crimes hediondos e equiparados); não há um rol taxativo de delitos em relação aos quais seja cabível a decretação da prisão preventiva, bastando, para tanto, o preenchimento dos pressupostos constantes do art. 313 do CPP;

d) a prisão temporária possui prazo predeterminado: 5 (cinco) dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (Lei na 7.960/89, art. 2º);

30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, em se tratando de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo (Lei na 8.072/90, art. 2º, § 4º), findo o qual o preso será colocado imediatamente em liberdade, independentemente da expedição de alvará de soltura pelo juiz, salvo se tiver sido decretada sua prisão preventiva. De seu turno, a prisão preventiva não tem prazo predeterminado. (BRASILEIRO, 2013, p.898)

Desta maneira, a prisão preventiva é a última *ratio*, uma vez que, poderá ser imposta quando não for cabível sua substituição por uma medida cautelar.

Há que se observar que, em sintonia com o sistema acusatório, o juiz não poderá de ofício, na fase de investigação, impor medida cautelar, a qual dependerá de requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial. Poderá fazê-lo, contudo, na fase processual.

Observe os artigos como os artigos 254 e 255 do CPPM abordam a matéria:

Competência e requisitos para a decretação

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;
- b) indícios suficientes de autoria.

Casos de decretação

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

- a) garantia da ordem pública;
- b) conveniência da instrução criminal;
- c) periculosidade do indiciado ou acusado;
- d) segurança da aplicação da lei penal militar;
- e) exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, quando ficarem ameaçados ou atingidos com a liberdade do indiciado ou acusado.

Sem querer esgotar o tema sobre preventiva uma vez que o assunto que se propõe este trabalho, podemos verificar que no processo penal militar há algumas incompatibilidades face ao sistema moderno do direito penal comum.

Assim sendo, pode-se perceber na legislação processual penal militar, no que tange à prisão preventiva no Direito Processual Penal Militar, apresenta-se divergente com o Direito Processual Penal Comum, em especial, nos seguintes pontos (GORRILHAS, 2010):

- a. É possível que seja decretada, de ofício, pelo Juiz-Auditor durante o inquérito. Viola, neste contexto, o sistema acusatório.
- b. Possibilita a decretação nos crimes culposos e nos crimes cuja pena não seja restritiva de liberdade. Ofende, conseqüentemente, o princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Vale ressaltar que

no Código de Processo Penal, só cabe preventiva para os crimes dolosos.

- c. Há proibição de conceder liberdade provisória para certos crimes punidos com detenção cuja pena é inferior a dois anos mesmo ausentes os requisitos para prisão preventiva (art. 270, parágrafo único, letra b, CPPM), tal vedação não há processo penal comum⁵.

5 A detenção cautelar do militar por decisão do encarregado do inquérito policial militar

A legislação processual penal castrense, à exceção da prisão temporária, prevê todas as modalidades de prisão previstas no Código de Processual Penal Brasileiro. 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).

A detenção pelo encarregado do IPM, por sua vez, é uma espécie de prisão cautelar, disciplinada no art. 18 do CPPM, a ser decretada pela autoridade policial militar na fase de inquérito.

Trata-se de uma modalidade atípica de prisão não decretada por autoridade judiciária na legislação nacional. Isto chama muito a atenção dos estudiosos do Direito.

Em relação à prisão preventiva são apresentados dentre 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.

A detenção do indiciado que está prevista no Art. 18, do CPPM, *verbis*, declara que:

Art. 18 - Independentemente de flagrante delito, o indiciado poderá ficar detido, durante as investigações policiais, até trinta dias, comunicando-se a

⁵Casos de liberdade provisória - Art. 270. O indiciado ou acusado livrar-se-á solto no caso de infração a que **não for cominada pena privativa de liberdade**. Parágrafo único. Poderá livrar-se solto: b) no caso de infração punida com **pena de detenção não superior a dois anos**, salvo as previstas nos arts. 157, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 173, 176, 177, 178, 187, 192, 235, 299 e 302, do Código Penal Militar.

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.

Destaca-se que a referida norma foi restringida pela CF/88 de forma a ser aplicada somente aos crimes propriamente militares, definidos em lei. Já, em relação aos crimes impropriamente militares, a nova ordem constitucional não recepcionou a detenção do indiciado prevista no art. 18 CPPM.

Como até a presente data, não foi publicada uma lei que conceitue o que vem a ser crime propriamente militar, tal distinção de baseia na doutrina e jurisprudências pátrias, como demonstrado no trecho a seguir, que destaca a conformidade da doutrina minoritária com o referido artigo em face da CF/88:

Observem o que diz parte da doutrina minoritária sobre a conformidade do referido artigo em face da CF/88:

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), afigurasse-nos inaplicável à conjuntura atual, uma vez que retrata a vocação autoritária do legislador da época (outubro de 1969). Com efeito, inadmite-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. (GORRILHAS, 2010)

Também há doutrinadores que, parafraseando Ferrajoli (s.d.), afirmam que essa modalidade de prisão é uma pena processual antecipada, em que primeiro se pune e depois se processa, e que ao invés de usá-la seria bem mais lógico e plausível requerer a decretação da prisão preventiva.

Felizmente, constata-se a inoportunidade 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). (GORRILHAS, 2010)

Para estes autores, com base no exposto, o art. 18 do CPPM é tido por não recepcionado.

Porém, *data venia*, por mais que o referido autor citado mencione que tal artigo é inconstitucional ou não recepcionado, não podemos concordar com tal posicionalmente, uma vez que não há vício algum entre o artigo do CPPM face à CF/88.

Além do que, se houvesse algum problema a discussão não seria a inconstitucionalidade, mas sim, se o artigo tivesse sido ou não recepcionado pela Carta Política de 1988, uma vez que o referido art. 18 é norma anterior à vigência da mencionada CF/88 (NEVES, 2012, p. 117).

A única observação que se deve fazer é que a detenção do indiciado pelo encarregado do IPM é aplicável somente aos crimes propriamente militares.

A mencionada detenção/prisão, como anteriormente falado, é uma espécie de prisão provisória (cautelar) decretada pelo encarregado do IPM, independentemente de flagrante delito ou ordem de juiz, cujo prazo de duração é de 30 (trinta) dias, podendo este ser prorrogado por mais 20 (vinte) dias a critério da autoridade detentora das atribuições de Polícia Judiciária Militar, elencadas no art. 18 do CPPM, *in fine*.

Essa detenção pode ser decretada analogicamente nas seguintes situações (BRASILEIRO, 2013, p.863):

- a. Evitar a fuga do infrator;
- b. Auxiliar na colheita de elementos informativos: persecuções penais deflagradas a partir de um auto de prisão em flagrante costumam ter mais êxito na colheita de elementos de informação, auxiliando o dominus litis na comprovação do fato delituoso em Juízo;
- c. Impedir a consumação do delito, no caso em que a infração está sendo praticada ou de seu exaurimento, nos demais casos.
- d. Preservar a integridade física do preso, diante da comoção que alguns crimes provocam na população, evitando-se, assim, possível linchamento.

Uma vez decretada a detenção, o encarregado do Inquérito Policial Militar deverá comunicar o fato imediatamente ao juiz a quem caberá decidir acerca da manutenção ou não da prisão.

O art. 18 do CPPM, ao disciplinar a espécie de prisão em exame, não se referiu aos tipos de crimes em que cabe a decretação da prisão, nem restringiu espécie de restrição, a exemplo de requisitos, pressupostos ou fundamentos para decretação.

A ausência de previsão de restrições destinadas a regular a modalidade de cerceamento temporário de liberdade, contudo, não deve servir de justificativa para arbítrios e desmandos por parte da autoridade policial militar encarregada da investigação.

Dúvidas não aparecem no sentido de que os requisitos relativos aos indícios suficientes da autoria, bem como concernentes à certeza da materialidade do fato criminoso, devem estar presentes para que se dê suporte mínimo à prisão conforme art. 254 do CPPM:

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; b) indícios suficientes de autoria.

Ademais deve a autoridade responsável fundamentar sua decisão, por ser indispensável para a validade do ato.

Detalhe imprescindível diz respeito ao confronto imprescindível do art. 18, ora em evidência, com o mandamento constitucional inserto no art. 5º, inc. LXI da CF.

Como dissemos ao longo do artigo científico, a CF/88 só admitiu a prisão sem flagrante e sem ordem judicial, além dos casos de transgressão disciplinar, nas hipóteses de crimes propriamente militares, ou seja, aqueles que só podem ser cometidos por militar, e que estão previstos exclusivamente no CPM ou neste diploma disciplinando de forma diversa da lei penal comum.

Na legislação comum, atualmente, somente as Leis nº 7.960/89 e 12.850/2013 determinam o tempo de duração da prisão. A prisão temporária, por exemplo, deve durar até 5 dias, prorrogáveis por igual período. Nos delitos 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 120 dias para encerramento da instrução criminal. Afora isso, existe uma tentativa da jurisprudência (com exceção do STF) em tentar fixar o limite de 120 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. (GORRILHAS, 2010.)

O Superior Tribunal Militar, órgão máximo da Justiça Militar da União, não tem duvidado em decidir em sobre tal prisão, sempre pronunciando entendimento favorável, como não poderia deixar de ser, ao cabimento da espécie de prisão estudada, conforme se pode ver na decisão abaixo transcrita:

PROC: HCOR NUM: 032456-9 UF: RJ DECISÃO:09/02/1998
EMENTA: prisão de militar apoiada no Art. 18 do CPPM. Inexistência de constrangimento ilegal a ser corrigido pelo remédio constitucional. Habeas Corpus indeferido. Acórdão. STM.

Perante o exposto, reitero afirmativa no sentido de ser perfeitamente cabível no ordenamento jurídico nacional a decretação da prisão na fase de Inquérito Policial pelo encarregado do IPM, desde que observados os limites constitucionais, fundamentando o ato, e respeitados os requisitos inerentes a toda e qualquer decisão que objetive liberdade a liberdade do militar/cidadão.

Nesse sentido temo o artigo 225 do CPPM sobre a Expedição de mandado “Art. 225. A autoridade judiciária ou o encarregado do inquérito que ordenar a prisão fará expedir em duas vias o respectivo mandado, com os seguintes requisitos”.

Portanto, para decretação da detenção do indiciado, 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 investigado (*periculum libertatis*).

Neste ponto o encarregado da investigação, pois não dependerá de requerimento ou representação à autoridade judicial. Pode ser que no caso concreto, devido a urgência ali instaurada, seja preferível prender o indiciado sob o fundamento do art.18 do CPPM ao invés que aguardar uma possível mora judicial.

Nesse sentido, ficou demonstrado de forma sucinta, por meio do presente artigo científico, que existem as seguintes medidas preventivas e assecuratórias que recaem sobre as pessoas previstas no CPPM tais como: detenção do indiciado,

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.

Sobre esses assuntos quanto seus regimentos pelo CPPM há que o diga que:

...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. (GORRILHAS, 2010).

Data venia, mas tal posicionamento não pode prosperar perante os argumentos apresentados acima.

6 Análise do possível conflito entre o inciso XLI, da Constituição Federal de 1988, face ao artigo 18, do Código de Processo Penal Militar

O mestre Jorge Assis diz que:

Por sua vez, o art. 18 do Código de Processo Penal Militar merece interpretação conforme a Constituição. Segundo o art. 18 do CPPM, independentemente de flagrante delito, o indiciado poderá ficar detido, durante as investigações policiais, até 30 dias, comunicando-se a detenção à autoridade judiciária competente. Esse prazo poderá ser prorrogado por mais 20 dias, pelo Comandante da Região, Distrito Naval ou Zona Aérea, mediante solicitação fundamentada do encarregado do inquérito e por via hierárquica. A primeira vista, poder-se-ia pensar que o art. 18 do CPPM também não fora recepcionado pela Constituição Federal, por prever que uma autoridade não judiciária possa decretar a prisão de alguém, independentemente de flagrante delito. No entanto, não se pode olvidar que o próprio inciso LX I do art. 5a da Carta Magna estabelece 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 (nosso grifo). Excepcionando a Constituição Federal a necessidade de prévia autorização judicial nessas duas hipóteses - transgressão militar ou crime propriamente militar -, forçoso é concluir que o art. 18 do CPPM foi recepcionado em relação ao crime propriamente militar, hipótese em que é possível a expedição de mandado de prisão pelo próprio encarregado do inquérito policial militar (CPPM, art. 225). Porém, em se tratando de crimes imprópriamente militares, é inviável a decretação de prisão por encarregado, sendo imprescindível prévia autorização judicial, salvo no caso de flagrante delito. (ASSIS, Jorge César, 2004, p. 54-55)

Com já mencionado, há uma parte da doutrina que alega a inconstitucionalidade, vício ou revogação do art. 18 do CPPM. Ousamo-nos em divergir do posicionamento pelas seguintes razões:

- a. Como é conhecido, o dispositivo constitucional garante como regra geral a liberdade de locomoção e traz previsões expressas para o cerceamento da liberdade do indivíduo: flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. A Lei Maior, em atenção ao regime jurídico especial dos militares com seus direitos, prerrogativas e deveres trouxe ressalvas e previsões expressas para o cerceamento da liberdade de seus membros: transgressão militar ou crime propriamente militar, além, por óbvio daquelas mencionadas anteriormente;
- b. A definição de crime propriamente militar tem exigido da doutrina um grande esforço argumentativo, havendo inclusive, divergências ao longo dos tempos. Em apertadíssima síntese, pode-se afirmar que somente os membros de uma corporação militar são os que podem praticar tal conduta. Assim, hipoteticamente, um militar de uma Força Singular poderia ter sua liberdade ambulatorial restringida pela prática de um crime definido nos Código Militar, sem estar albergado pelas garantias previstas para os cidadãos civis;
- c. A grande questão, tormentosa, a meu ver, é que a CR/88 exige que tanto as transgressões disciplinares como os crimes propriamente militares sejam definidos através de lei (em sentido formal). Então não é a jurisprudência ou muito menos a doutrina que têm a responsabilidade de definir quais condutas são propriamente militares. Até a presente data, nenhuma lei, em sentido formal, definiu quais condutas hoje previstas, no CPM ou em outra lei, são classificadas como “propriamente militares”;

- d. Poderia se argumentar que todas as condutas que definem um crime propriamente militar já estão definidas (elencadas) no CPM. Todavia, não há um critério legal, repito, separando quais fatos típicos são impropriamente militares dos propriamente militares;

No cotidiano da vida castrense, particularmente no exercício da polícia judiciária, espera-se que nenhuma autoridade se sinta no dever de cercear a liberdade do militar por qualquer motivo (diligências ou averiguações, instrução etc). Se houver, quer o faça com fundamento na prisão provisória, nas hipóteses previstas no CPPM, logicamente por supedâneo em decisão judicial.

Entretanto, caso entenda e queira se valer da detenção prevista no referido art. 18 CPPM.

7 As medidas a serem adotadas pelo encarregado do IPM ao decretar a detenção cautelar do militar prevista no art. 18 CPPM

A prisão cautelar e a imposição de outras medidas cautelares de natureza pessoal põe em destaque uma grande tensão no processo penal, pois, ao mesmo tempo em que o Estado se vale de instrumento muito gravoso para assegurar a eficácia da persecução penal — privação absoluta ou relativa da liberdade de locomoção antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, deve também preservar o indispensável respeito a direitos e liberdades individuais que com muito sacrifício foram conquistados ao longo dos tempos, assim, é preciso haver proporcionalidade e razoabilidade para legitimar a atuação do próprio Estado Democrático de Direito.

De acordo com o art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Ao proclamar o respeito à integridade física e moral dos presos, a Carta Magna garante a eles a conservação de todos os direitos fundamentais.

Ainda mais, reconhecidos à pessoa livre, à exceção, é claro, daqueles que sejam incompatíveis com a condição peculiar de uma pessoa presa, tais como a

liberdade de locomoção (CF, art. 5º, XV), o livre exercício de qualquer profissão (CF, art. 5º, XIII), a inviolabilidade domiciliar em relação à cela (CF, art. 5º, XI) e o exercício dos direitos políticos (CF, art. 15, III).

Não obstante, mantém o preso os demais direitos e garantias fundamentais, tais como o respeito à integridade física e moral (CF, art. 52, III, V, X e LXIV), à liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI), ao direito de propriedade (CF, art. 5º, XX II), e, em especial, aos direitos à vida e à dignidade humana. (MORAIS, 2005, p. 104)

Dispondo a CF/88 que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX), e que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), não se pode afastar a responsabilização criminal das autoridades em caso de atentado à integridade corporal do preso, seja pelo delito de lesão corporal (CP, art. 129), abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65, art. 3º, “I”), seja pelo próprio delito de tortura, tipificado no art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.455/97.

Como advertiu o Min. Felix Fischer,

O Estado Democrático de Direito repudia o tratamento cruel dispensado por seus agentes a qualquer pessoa, inclusive presos. Conforme o art. 5º, XLIX, da C F /1988, os presos mantêm o direito à intangibilidade de sua integridade física e moral. Desse modo, é inaceitável impor castigos corporais aos detentos em qualquer circunstância, sob pena de censurável violação dos direitos fundamentais da pessoa humana. STJ, 55 Turma, REsp 856.706/AC, Rel. Min. FélixTischer, J. 06/05/2010, DJe 28/06/2010.

Em face da lacuna legal referente ao uso de algemas quando do momento da prisão, mesmo antes da reforma processual de 2008, o Supremo Tribunal Federal já havia se posicionado no sentido de que o uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nas seguintes hipóteses:

- a. Com a finalidade de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer;
- b. Com a finalidade de evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. A Suprema Corte já se posicionou nesse aspecto conforme julgado. (STF, 12 Turma,

HC nº 89.429/RO, Relatora Ministra, Cármen Lúcia, DJ 02/02/2007, p. 114)

Apesar de não nos parecer que estivessem presentes os pressupostos constitucionais para a edição de súmula vinculante (CF, art. 103-A, caput), como consequência do referido julgamento foi aprovado pelo Supremo Tribunal Federal o Enunciado da Súmula Vinculante nº 11, que dispõe:

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Ou seja, é cabível que o encarregado do IPM use algemas nos termos e limites impostos pela súmula vinculante.

Por outro lado, de acordo com o art. 5º, inciso LXII, da Constituição Federal, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (BRASILEIRO, 2013. p. 130)

Além disso, por mais que não tenhamos dispositivos expressos no CPPM impondo o dever de comunicar à defensoria, nada impede nem exime do dever de comunicar a defensoria pública, caso o detido ou preso não tenha indicado advogado. (BRASILEIRO, 2013. p. 847)

Nesse sentido, com a entrada em vigor da Lei nº 11.449/07, art. 306, caput, do CPP passou a prever que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada”. O art. 306, § 1º, do CPP, em acréscimo, estabelecia que “dentro em 24 (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública”.

O artigo 4º da lei complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, estabelece que:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:
XIV – acompanhar inquérito policial, **inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial**, quando o preso não constituir advogado; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, essa obrigatoriedade de comunicação da prisão ao Ministério Público passou a constar expressamente do caput do art. 306 do CPP

A comunicação imediata da prisão de qualquer pessoa ao juiz competente e aos familiares ou à pessoa indicada pelo preso, prevista no art. 5º, LXII, da Carta Magna, consiste uma verdadeira garantia de liberdade, pois dela dependem outras garantias expressamente previstas no texto constitucional, como a análise da ocorrência ou não das hipóteses permissivas para a prisão (art. 5º, LXI), a possibilidade de relaxamento por sua ilegalidade (art. 5º, LXV), ou, nos casos de legalidade, se possível for, a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança (art. 5º, LXVI).

Como já teve a oportunidade de se manifestar sobre a comunicação imediata da prisão o STJ:

A Constituição da República visa a resguardar o *status libertatis*, ensejando a pessoas de confiança do preso o conhecimento do fato, a fim de, diante de qualquer ilegalidade, ser afrontado o vício jurídico. A participação imediata do juiz competente é impostergável. A comunicação à família ou à pessoa pelo preso indicada configura direito público subjetivo. A interpretação, porém, deve ser finalística. Pode ocorrer que o preso não tenha interesse, ou mesmo não deseje que tal aconteça. Urge respeito a sua intimidade. Se terceira pessoa, ainda que estranha à família ou pelo preso indicada, intervier, e de modo eficaz, compensar a ausência de alguém do rol constitucional, suprida estará a situação jurídica. Exemplificativamente, a presença de defensor. (STJ, 6ª Turma, RHC ns 1.526/RJ, Rei. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 25/11/1991, p. 17.084).

Ainda sobre a comunicação da prisão o STJ decidiu:

Em se tratando de prisão em flagrante de estrangeiros acusados de associação para a prática de crime de tráfico internacional de substâncias entorpecentes e roubo de aeronave, que residem na Colômbia onde tem famílias, a autoridade policial não está obrigada a comunicar a ocorrência aos familiares. Basta-lhe assegurar o direito de comunicação. Por outro lado, há nos autos notas assegurando-lhes os direitos constitucionais de assistência da família e de advogado (STJ - RHC nº 3.894/PA – 5ª Turma - Rei. Min. Jesus Costa Lima - DJ 12/09/1994, p. 23.775)

De acordo com o art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. O direito ao silêncio, previsto na Carta Política como direito de permanecer calado, apresenta-se apenas como uma das várias decorrências do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Em seu art. 5º, inciso LXIII, *in fine*, a Constituição Federal assegura ao preso a assistência da família e de advogado.

De acordo com o art. 5º, inciso LXIV, da Constituição Federal, o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial. Dispositivo semelhante é encontrado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, item 4º).

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.

No caso da prisão em flagrante, tal direito se torna efetivo por meio da entrega da nota de culpa ao preso. Nesse sentido, também pode ser aplicado na detenção pelo encarregado do IPM.

Outro assunto, é a relaxamento da prisão ilegal. Assim, segundo o art. 5º, LXV, da Constituição Federal, “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

Para o mestre Renato Brasileiro (2013. p. 86):

Dentre as causas mais comuns que ensejam o relaxamento da prisão, podemos citar a título de exemplo: 1) prisão por fato atípico; 2) inobservância dos requisitos essenciais ao mandado de prisão (CPP, art. 285, parágrafo único); 3) inexistência da situação de flagrância (CPP, art. 302); 4) prisão em flagrante daquele que se apresenta espontaneamente à autoridade policial; 5) inobservância das formalidades legais e constitucionais no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante; 6) falta de laudo de constatação da natureza da substância entorpecente (Lei ns 11.343/06, art. 50, § 1º s); 7) ausência de requerimento da vítima em se tratando de prisão em flagrante por crime de ação penal privada; 8) ausência de representação do ofendido, no caso de crime de ação penal pública condicionada à representação; 9) não entrega de nota de culpa ao preso no prazo de 24 (vinte e quatro) horas após a prisão; 10) não comunicação imediata da prisão à autoridade judiciária competente; 11) não encaminhamento de cópia do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública, quanto o autuado não informa o nome de seu advogado; 12) prisão preventiva desprovida de fundamentação ou em relação a crime que não

autoriza sua decretação; 13) excesso de prazo da prisão preventiva; 14) inobservância dos pressupostos que autorizam a prisão preventiva: prova da materialidade e indícios suficientes de autoria (CPP, art. 312, caput); 15) prisão preventiva decretada em crime não listado no rol do art. 313 do CPP; 16) prisão temporária decretada em relação a crime que não comporte a medida; 17) prisão temporária em curso por prazo superior àquele previsto em lei.

Diante disso, não é de forma desenfreada e inadvertida que se pode restringir a liberdade de uma pessoa. É preciso muita cautela e observar os ditames constitucionais e legais.

8 Considerações finais

A despeito de pouco comum o uso da detenção na fase de Inquérito Policial Militar, nada obsta a sua aplicação, desde que satisfeitos os requisitos, fundamentada a decisão e observado o limite constitucionalmente imposto.

A possibilidade, pois, de decretação de prisão por encarregado de inquérito, independentemente de flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, não deixou de existir com o advento da Constituição Federal em vigor.

Em verdade, o que houve foi uma limitação do campo de sua incidência que, hoje, só tem cabimento no caso de delitos propriamente militares, por força da natureza especial que estes guardam na sua essência, além desses tipos de crimes estarem perfeitamente classificados pela doutrina, ratificados pela jurisprudência, apesar de não ter lei fazendo tal diferenciação.

Por outro lado, não há vícios de recepção ou de constitucionalidade com relação ao art. 18 do CPPM. E pode ser perfeitamente usado no dia a dia dos encarregados de inquérito, desde que respeitadas às demais determinações constitucionais relacionadas à prisão.

Retornando ao art. 18 do CPPM, é possível que os civis, ainda que pratiquem crime militar, não fiquem sujeitos a detenção provisória instituída nesse dispositivo por falta de previsão constitucional (parte não-recepcionada pela CF/88).

Contudo, tal artigo está plenamente em vigor bem como a detenção provisória em relação aos militares desde que se verifique a previsão expressa do art. 5º, LXI da CF/88.

Caso o encarregado do IPM queira se valer desse dispositivo legal, é de bom grado, que se comunique ao juiz, à Defensoria Pública, ao Ministério Público, à família além de se dar a nota de culpa ao preso, além dos demais procedimentos a serem adotados no âmbito das Corporação Militares.

Referências

ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. **Direito administrativo militar**. São Paulo: Método, 2010.

ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao código penal**: Comentários, Doutrina, Jurisprudência dos Tribunais Militares e Tribunais Superiores. 5ª. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2004.

ASSIS, Jorge César de. **Código de processo penal militar anotado**. 1º vol. (artigos 1º ao 169). 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum acadêmico de direito**. 14ª. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

BRASIL. **Constituição 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília (DF): Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_29.03.2012/CON988.pdf>. Acesso em: 16 maio 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.001**, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm >. Acesso em: 11 ma1. 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.002**, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm >. Acesso em: 09 ma1. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, – Edição 1999.

ESTRELA, Eládio Pacheco. **Direito militar aplicado**. São Paulo: Lucano Editora, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: **Teoria del Garantismo Penal**. 2ª. ed. São Paulo: 1997

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 6ª ed., ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

FIGUEIREDO, Telma Angélica. **Excludentes de ilicitude no direito penal militar.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GORRILHAS, Luciano Moreira. **Prisão provisória na legislação processual penal militar. Uma visão crítica.** Jus Navigandi, Teresina, [ano 15, n. 2616, 30 ago. 2010](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17295>>. Acesso em: 27 nov. 2013.

KARAM, Maria Lúcia. **Competência na processo penal.** 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal.** Impetus. Rio de Janeiro. 2013

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo.** 6ª. ed. Niterói: Impetus, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Curso de processo penal.** São Paulo: Editora Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** São Paulo: Editora Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil:** interpretada e legislação constitucional. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de Direito Penal Militar.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado.** São Paulo: Saraiva, 1996.