



**Pró-reitoria de  
Pós-graduação e Pesquisa**

# **ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO MILITAR**

Os Requisitos da  
Prisão Preventiva na  
Prisão em Flagrante  
Delito por Crime  
Militar

**MARCELO VITUZZO PERCIANI**

**SÃO PAULO**  
**2011**

**UNIVERSIDADE CRUZEIRO DO SUL  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO MILITAR**

**Os Requisitos da Prisão Preventiva na Prisão em  
Flagrante Delito por Crime Militar**

**Marcelo Vituzzo Perciani**

**Orientador: Prof. Marcos Fernando  
Theodoro Pinheiro**

Projeto de Pesquisa apresentado ao Programa de Especialização em Direito Militar, da Universidade Cruzeiro do Sul, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Direito Militar.

**SÃO PAULO  
2011**

# Os Requisitos da Prisão Preventiva na Prisão em Flagrante Delito por Crime Militar

**MARCELO VITUZZO PERCIANI**

Monografia apresentada junto ao  
Curso de Especialização em Direito  
Militar pela Universidade Cruzeiro do  
Sul

Aprovado em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

---

---

Conceito final: \_\_\_\_\_

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a...

... **Minha esposa Gisele** pela paciência demonstrada durante o desenvolvimento desse trabalho que nos ceifou alguns momentos juntos.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço ...

... a **Deus**, que em toda minha vida me ilumina nas decisões.

... ao meu Orientador, **Professor Marcos Fernando Theodoro Pinheiro**, pelos conhecimentos essenciais à elaboração do presente trabalho.

## RESUMO

A prisão em flagrante delito é uma das prisões processuais brasileiras e vinha sendo utilizada para a manutenção de um militar na prisão até seu julgamento. Com o advento da Lei 12.403, a prisão em flagrante deixou de ser uma prisão autônoma, servindo apenas de subsídio para apreciação do juiz quanto à conversão da prisão em preventiva ou concessão de liberdade provisória. A referida lei alterou somente o Código de Processo Penal Comum, deixando de acrescentar a inovação ao Código de Processo Penal Militar. Porém, como privilegia os princípios constitucionais da liberdade, inocência e dignidade da pessoa Humana, deve ser utilizada em subsidiariamente ao Código de Processo Penal Militar. A prisão em flagrante será analisada pelo juiz, o qual poderá convertê-la em preventiva ou conceder a liberdade provisória.

A prisão preventiva, principal prisão provisória, somente deve ser decretada ou mantida nos casos em que estiverem presentes os requisitos constantes nos artigos 254 e 255 do Código de Processo Penal Militar. Assim, somente se justifica a prisão de uma pessoa antes da sentença penal condenatória, quando ficarem demonstrados os requisitos da prisão preventiva. O militar flagrado no cometimento de um crime somente deverá ser recolhido à prisão nesse caso. Nos demais casos, quando não ficarem configurados os requisitos da preventiva, a autoridade responsável pela lavratura do flagrante deverá confeccionar a peça e colocar o preso em liberdade, até que o flagrante seja analisado pela autoridade judiciária, que decidirá a respeito de eventual prisão.

Palavras chave: militar, prisão em flagrante, prisão preventiva, requisitos, princípio da liberdade, liberdade provisória.

## **ABSTRACT**

The arrest in flagrant is a Brazilian prison procedures and had been used to maintain a military prison until his trial. With the advent of 12.403 Law, imprisonment in the act is no longer a stand-alone prison, serving only to benefit the judge's discretion as to the conversion of preventive prison or grant bail. The law changed only the Common Code of Criminal Procedure, leaving innovation to add to the Military Code of Criminal Procedure. However, as favors constitutional principles of freedom, innocence and human dignity, should be used in alternative to the Military Code of Criminal Procedure. The arrest in the act will be considered by the judge, which can convert it into preventive or grant bail.

Preventive detention, the main custody, or decreed should only be maintained where they are present the requirements in Articles 254 and 255 of the Code of Military Penal Procedure. Thus, only justified the arrest of a person before the criminal sentence, when you get shown the requirements of preventive detention. The military caught in the commission of a crime should only be taken to prison in that case. In other cases, when configured not to get the preventive requirements, the authority responsible for the drafting of the act must fabricate the part and put the prisoner at liberty, until the act is reviewed by the courts, which decide about possible arrest.

Keywords: military prison in the act, arrest, requirements, principle of freedom, bail.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – artigo

Arts. – artigos

CPM – Código Penal Militar

CPP – Código de Processo Penal

CPPM – Código de Processo Penal Militar

HC – *Habeas Corpus*

RJ – Rio de Janeiro

SP – São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

STM – Superior Tribunal Militar

TJM – Tribunal de Justiça Militar

## SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO	10
2 - AS PRISÕES PROVISÓRIAS	13
3 - PRISÃO PREVENTIVA	20
3.1 - PRESSUPOSTOS	23
3.2 - REQUISITOS	25
3.2.1 - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA	25
3.2.2 - CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL	26
3.2.3 - PERICULOSIDADE DO INDICIADO OU ACUSADO	27
3.2.4 - SEGURANÇA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL MILITAR	28
3.2.5 - EXIGÊNCIA DA MANUTENÇÃO DAS NORMAS OU PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DISCIPLINA MILITARES, QUANDO FICAREM AMEAÇADOS OU ATINGIDOS COM A LIBERDADE DO INDICIADO OU ACUSADO	28
3.2.6 - USABILIDADE DOS REQUISITOS	29
4 - PRISÃO EM FLAGRANTE	31
4.1 - FLAGRANTE PRÓPRIO	34
4.2 - FLAGRANTE IMPRÓPRIO	34
4.3 - FLAGRANTE PRESUMIDO	34
4.4 - CONSIDERAÇÕES	35
5 - LIBERDADE PROVISÓRIA	37
6 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	40
6.1 - PRINCÍPIO DA LIBERDADE	40
6.2 - PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA	41
6.3 - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	42
7 - TENDÊNCIA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL	44
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47

## 1 - INTRODUÇÃO

A necessidade da presença dos requisitos da prisão preventiva, previstos nos artigos 254 e 255 do Código de Processo Penal Militar (CPPM), no momento da prisão em flagrante de um militar nos casos de cometimento de crime militar é tema bastante controverso. Tal desentendimento tem gerado algumas questões práticas de desconforto e incerteza no momento da decisão por prender o militar em flagrante delito ou indiciá-lo em Inquérito Policial Militar.

A prisão preventiva é um tipo de prisão processual admitida no curso do processo penal, considerada acauteladora e não antecipadora da pena. É uma prisão provisória, ou seja, é decretada quando o fato apresenta alguns requisitos legais, antes da sentença penal condenatória, que é considerada definitiva. A prisão em flagrante também é uma prisão processual, provisória, decretada no estado de flagrância do crime, ou seja, no momento em que o crime está ocorrendo ou acabou de acontecer. Apesar de ambas as prisões possuírem caráter acessório e instrumental, visando justamente assegurar a preservação do resultado final, seja ele condenatório ou absolutório, há entre elas uma grande diferença: os requisitos necessários para que sejam decretadas.

O assunto em tela, apesar de ser de extrema importância por determinar a privação da liberdade do militar antes de uma decisão judicial condenatória, é pouco debatido pelos aplicadores do Direito Militar, ficando assim os militares à mercê de entendimentos pessoais.

O Código de Processo Penal Militar, legislação editada em 1969, por militares, na época da Ditadura Militar no Brasil é iniciado da seguinte forma:

Os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar , usando das atribuições que lhes confere o art. 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do art. 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, decretam:

Tal código possui artigos que não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, a qual possui fortes pilares no Estado Democrático de Direito e no respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Exemplos claros de revogação são os artigos 452 e 527 da lei processual militar, os quais versam sobre prisão:

Art. 452. O termo de deserção, juntamente com a parte de ausência, equivalerá à instrução criminal, sujeitando o desertor à prisão.

Art. 527. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão.

Até os dias de hoje o Código de Processo Penal Militar não sofreu alterações significativas, que o fizesse acompanhar o avanço e desenvolvimento da sociedade, sendo que muitos artigos deixaram de ser aplicados e deram espaço às normas do Código de Processo Penal Comum e legislação esparsa, os quais estão em constante mutação para atendimento dos anseios da sociedade atual. O art. 3º do Código de Processo Penal Militar aduz que:

Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos:

- a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar;
- b) pela jurisprudência;
- c) pelos usos e costumes militares;
- d) pelos princípios gerais de Direito;
- e) pela analogia.

A aplicação do Código de Processo Penal Comum subsidiariamente ao Código de Processo Penal Militar atende o espírito da norma militar, a qual autoriza em seu texto tal aplicação. O Superior Tribunal Militar, em recente decisão proferida pela Ministra Maria Elisabeth Guimarães Teixeira Rocha, aplica o texto legal em parte da decisão:

Em Decisão de 22/6/2010, o Juiz-Auditor da 6ª CJM concedeu liberdade provisória ao desertor por não estarem presentes as hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, com fundamento no art. 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal, c/c o art. 310 do CPP, aplicado subsidiariamente nos termos do art. 3º do CPPM (fl. 74). O Alvará de Soltura foi devidamente cumprido na mesma data (fl. 86). (STM – RESE 000047-49.2010.7.06.0006-BA)

Este trabalho destina-se a estudar, inicialmente, a prisão preventiva e a importância de seus requisitos para a prisão em flagrante perante o Código de Processo Penal Militar, sendo imprescindível para o entendimento do assunto, estudarmos os princípios constitucionais norteadores do cerceamento da liberdade e algumas possibilidades processuais do indiciado ou acusado permanecer em liberdade, como é o caso da liberdade provisória.

Por fim, será feita a abordagem constitucional sobre o tema, no intuito de observar os dispositivos constantes no Código de Processo Penal Militar, verificando se ainda possuem guarida na Carta Magna ou se devem ser abolidos do nosso sistema legal.

Assim, estudaremos o tema proposto procurando dirimir as dúvidas existentes e facilitar o entendimento da aplicação dos requisitos da prisão preventiva na prisão em flagrante delito.

## 2 – AS PRISÕES PROVISÓRIAS

Diferentemente do Código de Processo Penal Comum, o qual não possui dispositivo similar, o Código de Processo Penal Militar traz em seu artigo 220 a definição de prisão provisória: “Art. 220. Prisão provisória é a que ocorre durante o inquérito, ou no curso do processo, antes da condenação definitiva.”

As prisões processuais, cautelares ou provisórias são aquelas utilizadas normalmente pelo Estado para garantir a efetiva prestação jurisdicional durante a fase do processo, ou seja, antes da sentença penal condenatória ou absolutória irrecorrível. Nas palavras de Celso Delmanto (2010, p. 238):

Prisão provisória é aquela a que pode ficar submetido o acusado, antes de a sua condenação tornar-se definitiva, desde que demonstrada, no caso concreto, a sua necessidade cautelar. Deve a expressão ser interpretada da forma mais ampla possível, incluindo todas as modalidades de prisão provisória: prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva.

A prisão provisória é um tipo de medida cautelar, que são em linhas gerais, providências estatais que buscam garantir a utilidade e a efetividade do resultado da tutela jurisdicional, que se dará pela sentença penal condenatória ou, eventualmente, absolutória.

Com a promulgação da Lei N. 12.403, de 4 de maio de 2011, a qual alterou parte do Código de Processo Penal Comum, a prisão em flagrante deixou de ser uma prisão processual e tornou-se uma prisão pré-processual. Agora há a necessidade de uma decisão judicial quanto à manutenção da prisão de uma pessoa presa em flagrante, desde que estejam presentes os requisitos da prisão preventiva. Estudaremos o assunto mais adiante em nosso trabalho.

Como não são definitivas, resultantes da conclusão do processo com respeito ao devido processo legal, as prisões processuais possuem características peculiares que definem sua precariedade. São elas: a provisoriedade, a revogabilidade, a substitutividade e a excepcionalidade. São provisórias, pois a decretação das prisões não é resultado de sentença penal condenatória. Pelo fato de a prisão processual ser decretada justamente visando assegurar uma providência útil, não pode ser definitiva, mas vinculada tão somente ao período e à necessidade de sua imposição. São revogáveis, pois se considerando a transitoriedade ou mutabilidade da situação ou circunstâncias que a ensejaram, ou seja, visto a possibilidade de

alteração desse quadro, elas podem ser revogadas, após nova e correspondente apreciação fática. A substitutividade diz respeito à substituição de uma prisão por outra quando se verificar a falta do motivo para que subsista. Exemplo claro é a conversão da prisão temporária em prisão preventiva, feita pelo juiz, nos casos em que o prazo da prisão temporária se encerra e estão presentes os requisitos da prisão preventiva. E por fim, a excepcionalidade das prisões processuais está intimamente ligada ao princípio constitucional da não culpabilidade ou inocência. A prisão processual é sempre uma exceção à regra da liberdade, sendo que qualquer medida restritiva de garantias e liberdades consagradas constitucionalmente, durante o inquérito ou ação penal, deve ser considerada excepcional.

Todas as prisões decretadas antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória devem ser dotadas de cautelaridade, pois não possuem natureza de pena. A cautelaridade pode ser social, que é aquela que tem por finalidade proteger a sociedade de um indivíduo perigoso, ou processual, que é a que tem por escopo garantir o bom andamento do processo, evitando que incidentes possam ser provocados pelo réu durante a busca da verdade real dos fatos. Assim, toda prisão provisória deve fundar-se em uma das cautelaridades, sob pena de ser considerada inconstitucional por afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade.

As prisões provisórias não podem ser consideradas uma antecipação da pena, já que constitucionalmente a pena somente pode ser imposta quando o acusado for declarado culpado por sentença condenatória transitada em julgado, exceto se houver circunstâncias que tornem a prisão estritamente necessária, sendo que nesse caso será considerada uma medida cautelar.

Apesar de haver outros tipos de prisões provisórias além da prisão preventiva, os tribunais tem entendido que uma pessoa somente deve ser mantida presa, antes da sentença penal condenatória, se estiverem presentes no fato os requisitos da prisão preventiva. Essa posição é demonstrada na ementa do acórdão do Supremo Tribunal Federal que julgou o HC 95009 / SP, em 06/11/2008:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. CONVERSÃO DE HC PREVENTIVO EM LIBERATÓRIO E EXCEÇÃO À SÚMULA 691/STF. PRISÃO TEMPORÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA DA PRISÃO PREVENTIVA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL PARA VIABILIZAR A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL FUNDADA NA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO PACIENTE. PRESERVAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA. QUEBRA DA IGUALDADE

(ARTIGO 5º, CAPUT E INCISO I DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DA PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO CAUTELAR COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE. PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE (ARTIGO 5º, LVII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ESTADO DE DIREITO E DIREITO DE DEFESA. COMBATE À CRIMINALIDADE NO ESTADO DE DIREITO. ÉTICA JUDICIAL, NEUTRALIDADE, INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO JUIZ. AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADAS NO ARTIGO 5º, INCISOS XI, XII E XLV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIREITO, DO ACUSADO, DE PERMANECER CALADO (ARTIGO 5º, LXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). CONVERSÃO DE HABEAS CORPUS PREVENTIVO EM HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. O habeas corpus preventivo diz com o futuro. Respeita ao temor de futura violação do direito de ir e vir. Temor que, no caso, decorrendo do conhecimento de notícia veiculada em jornal de grande circulação, veio a ser concretizado. Justifica-se a conversão do habeas corpus preventivo em liberatório em razão da amplitude do pedido inicial e porque abrange a proteção mediata e imediata do direito de ir e vir. SÚMULA 691. EXCEÇÃO. DECISÃO FUNDAMENTADA NA NECESSIDADE, NO CASO CONCRETO, DE PRONTA ATUAÇÃO DESTA CORTE. Esta Corte tem abrandado o rigor da Súmula 691/STF nos casos em que (i) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar e (ii) a negativa de liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou manutenção de situações manifestamente contrárias ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. PRISÃO TEMPORÁRIA REVOGADA POR AUSÊNCIA DE SEUS REQUISITOS E PORQUE CUMPRIDAS AS PROVIDÊNCIAS CAUTELARES DESTINADAS À COLHEITA DE PROVAS. Prisão temporária que não se justifica em razão da ausência dos requisitos da Lei n. 7.960/89 e, ainda, porque no caso foram cumpridas as providências cautelares destinadas à colheita de provas. PRISÃO PREVENTIVA: Indeferimento, pelo Juiz, sob o fundamento de ausência de conduta, do paciente, necessária ao estabelecimento de nexos de causalidade entre ela e fatos imputados a outros investigados. Reconsideração com fundamento em prova nova consistente na apreensão de papéis apócrifos na residência do paciente. Insuficiência de provas que se reportam a circunstâncias remotas, dissociadas do contexto atual. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA: I) CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL PARA VIABILIZAR, COM A COLHEITA DE PROVAS, A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. Tendo o Juiz da causa autorizado a quebra de sigilos telefônicos e determinado a realização de inúmeras buscas e apreensões, com o intuito de viabilizar a eventual instauração da ação penal, torna-se desnecessária a prisão preventiva do paciente por conveniência da instrução penal. Medidas que lograram êxito, cumpriram seu desígnio. Daí que a prisão por esse fundamento somente seria possível se o magistrado tivesse explicitado, justificadamente, o prejuízo decorrente da liberdade do paciente. A não ser assim ter-se-á prisão arbitrária e, por conseqüência, temerária, autêntica antecipação da pena. O propalado "suborno" de autoridade policial, a fim de que esta se abstinhasse de investigar determinadas pessoas, à primeira vista se confunde com os elementos constitutivos do tipo descrito no art. 333 do Código Penal (corrupção ativa). II) GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL, FUNDADA NA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO PACIENTE. A prisão cautelar, tendo em conta a capacidade econômica do paciente e contatos seus no exterior não encontra ressonância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pena de estabelecer-se, mediante quebra da igualdade (artigo 5º, caput e inciso I da Constituição do Brasil) distinção entre ricos e pobres, para o bem e para o mal. Precedentes. III) GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, COM ESTEIO EM SUPOSIÇÕES. Mera suposição --- vocábulo abundantemente utilizado no decreto prisional --- de que o paciente obstruirá as investigações ou continuará delinquindo não autorizam a

medida excepcional de constrição prematura da liberdade de locomoção. Indispensável, também aí, a indicação de elementos concretos que demonstrassem, cabalmente, a necessidade da prisão. IV) PRESERVAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA. No decreto prisional nada se vê a justificar a prisão cautelar do paciente, que não há de suportar esse gravame por encontrar-se em situação econômica privilegiada. As conquistas das classes subalternas, não se as produz no plano processual penal; outras são as arenas nas quais devem ser imputadas responsabilidades aos que acumulam riquezas. PRISÃO PREVENTIVA COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE. A prisão preventiva em situações que vigorosamente não a justifiquem equivale a antecipação da pena, sanção a ser no futuro eventualmente imposta, a quem a mereça, mediante sentença transitada em julgado. A afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade, contemplado no plano constitucional (artigo 5º, LVII da Constituição do Brasil), é, desde essa perspectiva, evidente. Antes do trânsito em julgado da sentença condenatória a regra é a liberdade; a prisão, a exceção. Aquela cede a esta em casos excepcionais. É necessária a demonstração de situações efetivas que justifiquem o sacrifício da liberdade individual em prol da viabilidade do processo. ESTADO DE DIREITO E DIREITO DE DEFESA. O Estado de direito viabiliza a preservação das práticas democráticas e, especialmente, o direito de defesa. Direito a, salvo circunstâncias excepcionais, não sermos presos senão após a efetiva comprovação da prática de um crime. Por isso usufruímos a tranqüilidade que advém da segurança de sabermos que se um irmão, amigo ou parente próximo vier a ser acusado de ter cometido algo ilícito, não será arrebatado de nós e submetido a ferros sem antes se valer de todos os meios de defesa em qualquer circunstância à disposição de todos. Tranqüilidade que advém de sabermos que a Constituição do Brasil assegura ao nosso irmão, amigo ou parente próximo a garantia do habeas corpus, por conta da qual qualquer violência que os alcance, venha de onde vier, será coibida. COMBATE À CRIMINALIDADE NO ESTADO DE DIREITO. O que caracteriza a sociedade moderna, permitindo o aparecimento do Estado moderno, é por um lado a divisão do trabalho; por outro a monopolização da tributação e da violência física. Em nenhuma sociedade na qual a desordem tenha sido superada admite-se que todos cumpram as mesmas funções. O combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do Judiciário), através da polícia, como se lê nos incisos do artigo 144 da Constituição, e do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (artigo 129, I). ÉTICA JUDICIAL, NEUTRALIDADE, INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO JUIZ. A neutralidade impõe que o juiz se mantenha em situação exterior ao conflito objeto da lide a ser solucionada. O juiz há de ser estranho ao conflito. A independência é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes do sistema e do governo. Permite-lhe tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo --- quando o exijam a Constituição e a lei --- mas também impopulares, que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas. A imparcialidade é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais a ele submetidos. Significa julgar com ausência absoluta de prevenção a favor ou contra alguma das partes. Aqui nos colocamos sob a abrangência do princípio da impessoalidade, que a impõe. AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADAS NO ARTIGO 5º, INCISOS XI, XII E XLV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. De que vale declarar, a Constituição, que "a casa é asilo inviolável do indivíduo" (art. 5º, XI) se moradias são invadidas por policiais munidos de mandados que consubstanciem verdadeiras cartas brancas, mandados com poderes de a tudo devassar, só porque o habitante é suspeito de um crime? Mandados expedidos sem justa causa, isto é sem especificar o que se deve buscar e sem que a decisão que determina sua expedição seja precedida de perquirição quanto à possibilidade de adoção de meio menos gravoso

para chegar-se ao mesmo fim. A polícia é autorizada, largamente, a apreender tudo quanto possa vir a consubstanciar prova de qualquer crime, objeto ou não da investigação. Eis aí o que se pode chamar de autêntica "devassa". Esses mandados ordinariamente autorizam a apreensão de computadores, nos quais fica indelevelmente gravado tudo quanto respeite à intimidade das pessoas e possa vir a ser, quando e se oportuno, no futuro usado contra quem se pretenda atingir. De que vale a Constituição dizer que "é inviolável o sigilo da correspondência" (art. 5º, XII) se ela, mesmo eliminada ou "deletada", é neles encontrada? E a apreensão de toda a sorte de coisas, o que eventualmente privará a família do acusado da posse de bens que poderiam ser convertidos em recursos financeiros com os quais seriam eventualmente enfrentados os tempos amargos que se seguem a sua prisão. A garantia constitucional da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV) para nada vale quando esses excessos tornam-se rotineiros. DIREITO, DO ACUSADO, DE PERMANECER CALADO (ARTIGO 5º, LXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). O controle difuso da constitucionalidade da prisão temporária deverá ser desenvolvido perquirindo-se necessidade e indispensabilidade da medida. A primeira indagação a ser feita no curso desse controle há de ser a seguinte: em que e no que o corpo do suspeito é necessário à investigação? Exclua-se desde logo a afirmação de que se prende para ouvir o detido. Pois a Constituição garante a qualquer um o direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII), o que faz com que a resposta à inquirição investigatória consubstancie uma faculdade. Ora, não se prende alguém para que exerça uma faculdade. Sendo a privação da liberdade a mais grave das restrições que a alguém se pode impor, é imperioso que o paciente dessa coação tenha a sua disposição alternativa de evitá-la. Se a investigação reclama a oitiva do suspeito, que a tanto se o intime e lhe sejam feitas perguntas, respondendo-as o suspeito se quiser, sem necessidade de prisão. Ordem concedida. (STF – HC 95.009/SP)

Antes da entrada em vigor da Lei N. 12.403, de 4 de maio de 2011, a prisão em flagrante delito compunha o rol das prisões provisórias, visto que era autônoma, não necessitando de amparo de outra prisão para subsistir. Com a edição da referida lei a prisão em flagrante deixou de ser uma prisão provisória e passou a ser uma medida pré-cautelares.

Assim, as prisões provisórias existentes atualmente são: prisão preventiva, prisão temporária, prisão domiciliar, e a prisão do insubmisso e do desertor.

Passemos a discorrer brevemente acerca dessas prisões, já que não são objeto do nosso estudo. A prisão preventiva, por ser a principal prisão provisória e considerada atualmente o pilar de sustentação das demais, será analisada em capítulo a parte.

A prisão temporária é uma prisão cautelar de natureza processual, destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial. Assim como a prisão preventiva possui previsão no Código de Processo Penal Comum como uma medida de exceção ao princípio constitucional da liberdade. Ela é regulamentada pela Lei Federal 7.960, de 21 de dezembro de 1.989. O artigo primeiro da citada lei traz as hipóteses de cabimento da prisão temporária, as quais

são bem mais restritas que as hipóteses da prisão preventiva, por delimitar em seu inciso terceiro, o cabimento a um determinado rol de crimes.

Os incisos “I” e “II”, do artigo 1º, da Lei 7.960 condicionam a prisão temporária aos seguintes requisitos: “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial”; e “quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”. Esses requisitos devem estar presentes quando da investigação ou processo de um dos crimes elencados no Inciso “III” do mesmo artigo, servindo como exemplo os crimes de homicídio doloso, roubo e extorsão, entre outros. O prazo é de cinco dias prorrogáveis por igual período, sendo que no caso de crimes hediondos o prazo é de trinta dias prorrogáveis por mais trinta. Pelo fato de não se referir a nenhum crime militar, não se aplica ao processo penal militar.

A prisão domiciliar é uma nova modalidade de prisão trazida pela Lei 12.403/11, que já vinha sendo reconhecida e aplicada pela jurisprudência e “consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial”. Ela é aplicada em substituição à prisão preventiva, pelo juiz, nos casos em que o agente for: maior de 80 (oitenta) anos; extremamente debilitado por motivo de doença grave; imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência ou; gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

A previsão da prisão domiciliar está nos artigos 317 e 318 do CPP, não havendo igual previsão no CPPM.

E a prisão do insumisso e do desertor é aquela aplicada aos acusados dos crimes de insubmissão (art. 183 do CPM) e deserção (art. 187 do CPM). São decorrentes da lavratura do respectivo Termo de Deserção e de Insubmissão (arts. 452 e 463, § 1º, do CPPM).

Com a entrada em vigor da Lei 12.403/11, a prisão preventiva, que já vinha sendo considerada pela doutrina e jurisprudência como a única prisão provisória capaz de decretar ou manter a prisão de uma pessoa antes da sentença penal condenatória irrecorrível, tornou o entendimento lei. Ao analisarmos a letra da nova lei, verificamos que de forma literal, somente a prisão em flagrante delito deixou de ser autônoma para ser dependente da prisão preventiva. Porém essa alteração legislativa deixou clara a vontade do legislador: exaltar os princípios constitucionais da liberdade e não culpabilidade, tornando a prisão preventiva a base para toda e

qualquer prisão processual, sendo que somente se justificam, estando presentes os requisitos da preventiva. Até mesmo as prisões processuais decorrentes dos Termos de Deserção e Insubmissão, essencialmente militares, deverão ser mantidas somente se presentes os requisitos da preventiva.

### 3. - PRISÃO PREVENTIVA

Prisão preventiva é um tipo de prisão provisória, ou seja, decretada antes da sentença penal condenatória ou absolutória, que visa garantir a aplicação da justiça pelo Estado. Como toda prisão provisória é um tipo de medida cautelar, subordinando-se a dois requisitos: o *fumus boni iuris* e o *periculum libertatis*. Toda privação da liberdade determinada antes do ato jurisdicional legítimo para impô-la a título de sanção só pode ocorrer ante a necessidade atual e concreta de um dano jurídico, que pode ser causado pelo imputado, em liberdade, ocultando a verdade dos fatos ou determinando a inaplicabilidade da lei penal.

Está prevista como uma exceção ao princípio da liberdade no artigo 283 do Código de Processo Penal:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

A prisão preventiva é a prisão processual de maior usabilidade no direito brasileiro no tocante ao direito penal comum e ao direito penal militar. É a mais importante das prisões provisórias, pois o atual entendimento, o qual já vinha sendo utilizado pelos tribunais e agora ganhou força com a alteração do CPP trazida pela Lei 12.403/11, é que uma pessoa somente deve ser e permanecer presa, antes da condenação, caso estejam presentes no fato os requisitos da prisão preventiva. Esses requisitos estão presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal Comum e nos artigos 254 e 255 do Código Penal Militar:

Código de Processo Penal

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4<sup>o</sup>).

Código de Processo Penal Militar

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 dêste ou do processo, concorrendo os requisitos seguintes:

- a) prova do fato delituoso;
- b) indícios suficientes de autoria.

No Superior Tribunal Militar

Parágrafo único. Durante a instrução de processo originário do Superior Tribunal Militar, a decretação compete ao relator.

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.

Tornou-se então, legalmente, a prisão preventiva, o suporte e fundamento da manutenção de qualquer prisão. Esse é o entendimento majoritário na doutrina e jurisprudência.

A prisão preventiva deverá ser decretada pelo juiz de direito militar ou pelo Conselho de Justiça, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou a requerimento do encarregado do Inquérito Policial Militar, no curso deste ou durante o processo, conforme o art. 254 do CPPM.

O artigo 257 do CPPM elenca os casos em que não há a necessidade de se decretar a prisão preventiva, pois esta somente se justifica para garantir que o processo atinja o objetivo estatal, sem nenhuma interferência prejudicial do indiciado ou acusado. Não há a necessidade da prisão preventiva “quando, por qualquer circunstância evidente dos autos, ou pela profissão, condições de vida ou interesse do indiciado ou acusado, presumir que este não fuja, nem exerça influência em testemunha ou perito, nem impeça ou perturbe, de qualquer modo, a ação da justiça”.

São circunstâncias alternativas, ou uma ou outra, inerentes à pessoa do miliciano, sendo importante ressaltar que, na maioria dos crimes cometidos pelo militar no desempenho de suas funções, elas estão presentes.

Quanto à circunstância evidente nos autos, o legislador quis dizer sobre os fatos ocorridos no cometimento do crime ou durante o Inquérito Policial Militar ou processo que presumam que irá causar prejuízo ao bom andamento do processo e

consequentemente à persecução penal. Por exemplo, o militar que foge do local do crime logo após seu cometimento.

A profissão de um militar presume que este tenha uma vida dedicada ao Estado, servindo a comunidade e trabalhando de forma a ser utilizado como exemplo a seguir. Pelo menos este é o esperado pelo Estado e pelas corporações militares quanto aos seus servidores. Porém, infelizmente, a realidade nem sempre é assim. Como em toda profissão regulamentada, existem maus profissionais e, estes, devem ser tratados de forma diversa dos demais.

As condições de vida ou interesse do indiciado dizem respeito às características familiares do indiciado ou acusado, tais como: se é solteiro ou casado, se tem filhos dependentes dele, se mora em residência própria e fixa, se possui histórico anterior que possa prejudicar o processo, e outras.

Essas situações negativas trazidas pelo artigo em comento trabalham em conjunto com o artigo 255 do CPPM, o qual nos traz os requisitos para a decretação. Se alguma dessas situações negativas se tornarem positivas, ou seja, estiverem presentes no caso em concreto, verifica-se a existência dos requisitos do artigo 255 do CPPM e autoriza-se a decretação da prisão.

Diferentemente do artigo 257 do CPPM, que traz os casos de desnecessidade da prisão preventiva, o artigo 258 elenca os casos em que é proibida sua decretação:

Art. 258. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar, pelas provas constantes dos autos, ter o agente praticado o fato nas condições dos arts. 35, 38, observado o disposto no art. 40, e dos arts. 39 e 42, do Código Penal Militar.

Ser desnecessário, literalmente, não quer dizer ser proibido. Porém, como vimos anteriormente, toda interpretação que diz respeito à privação da liberdade devem ser interpretadas de forma restritiva por força constitucional.

Não será decretada a prisão preventiva quando se verificar que o agente praticou o fato nas seguintes condições dos artigos 35, 38, 39 e 42 do Código Penal Militar:

Erro de direito

Art. 35. A pena pode ser atenuada ou substituída por outra menos grave quando o agente, salvo em se tratando de crime que atente contra o dever militar, supõe lícito o fato, por ignorância ou erro de interpretação da lei, se escusáveis.

Art. 38. Não é culpado quem comete o crime:  
Coação irresistível

a) sob coação irresistível ou que lhe suprima a faculdade de agir segundo a própria vontade;

Obediência hierárquica

b) em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços.

1º Responde pelo crime o autor da coação ou da ordem.

2º Se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma da execução, é punível também o inferior.

Estado de necessidade, com excludente de culpabilidade

Art. 39. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.

Art. 42. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento do dever legal;

IV - em exercício regular de direito.

Parágrafo único. Não há igualmente crime quando o comandante de navio, aeronave ou praça de guerra, na iminência de perigo ou grave calamidade, compele os subalternos, por meios violentos, a executar serviços e manobras urgentes, para salvar a unidade ou vidas, ou evitar o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque.

O artigo 258 do CPPM é claro e traz um rol das circunstâncias em que é proibida a decretação preventiva. Esse rol é exemplificativo, pois toda regra que primar pela liberdade deve ser interpretada de forma extensiva, conforme o princípio constitucional da liberdade. É proibida a decretação da prisão preventiva quando se verificar que o agente praticou o fato por erro de direito; sob coação irresistível, desde que não haja violação do dever militar, ou coação hierárquica; e estado de necessidade exculpante; ou nos casos de excludente de ilicitude. O Código de Processo Penal Comum tem dispositivo semelhante no seu artigo 314.

Em princípio, se a prisão preventiva foi decretada e não for revogada, a custódia se mantém até o final do processo, autorizando inclusive a manutenção do réu preso até julgamento de eventual recurso contra sentença condenatória. A prisão preventiva, diferentemente da prisão temporária, não possui prazo certo, sendo que o indiciado ou acusado permanecerá preso enquanto estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva.

### **3.1. - PRESSUPOSTOS**

As duas legislações trazem como pressupostos ou requisitos da prisão preventiva, a “prova do fato delituoso” ou “prova da existência do crime” e os “indícios suficientes de autoria”. A prova da existência do fato delituoso através da materialidade é indispensável, não sendo suficiente somente mera suspeita. E os indícios suficientes de autoria devem ser robustos o bastante para gerar a convicção de que foi o acusado o autor da infração, embora não haja certeza. Configurados esses dois pressupostos, estará presente o *fumus boni iuris*, requisito necessário para a concessão de uma medida cautelar juntamente com o *periculum in libertatis*.

Além da demonstração dos pressupostos é necessário que estes estejam aliados a pelo menos uma circunstância especial. Essas circunstâncias são basicamente as mesmas nas leis processual comum e processual militar, diferindo em quatro fundamentos específicos: o Código de Processo Penal Comum prevê a possibilidade de decretação da prisão preventiva como “garantia da ordem econômica” e “quando descumpridas as obrigações impostas por força de outras medidas cautelares”, não previstas no Código de Processo Penal Militar, sendo que este prevê a possibilidade da decretação da custódia cautelar como “exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, quando ficarem ameaçados ou atingidos com a liberdade do indiciado ou acusado” ou, fundada “na periculosidade do indiciado ou acusado”, possibilidades estas, não previstas na lei processual comum.

Portanto, para que seja decretada ou mantida a prisão preventiva de um militar é necessário que estejam presentes os dois requisitos constantes nas alíneas “a” e “b”, do artigo 254 do CPPM (“prova do fato delituoso” e “indícios suficientes de autoria”), combinadas com pelo menos um dos requisitos do artigo 255 (“garantia da ordem pública; conveniência da instrução criminal; periculosidade do indiciado ou acusado; segurança da aplicação da lei penal militar; ou exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, quando ficarem ameaçados ou atingidos com a liberdade do indiciado ou acusado”), também do CPPM. Assim entende o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo na decisão do Habeas Corpus 001812, de 2005:

EMENTA. Habeas Corpus. Policial Militar autuado em flagrante pela prática do delito de tentativa de homicídio qualificado. Ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva. Concessão da liberdade provisória. Apesar da certeza da autoria do delito, indicativa do *fumus boni iuris*, não restou caracterizada de maneira inequívoca, a presença dos requisitos

previstos no artigo 255 do CPPM, a confirmar o *periculum in mora*. Impossibilidade da manutenção da prisão preventiva. (TJMSP – HC 001812)

## 3.2. - REQUISITOS

Os requisitos elencados no artigo 255 do Código de Processo Penal Militar (CPPM), constituem o que se costuma chamar de *periculum in mora*, ou, no caso do processo penal, *periculum in libertatis*. Em conjunto com o requisito do *fumus boni iuris*, constituem o binômio fundamental de toda medida cautelar.

### 3.2.1. - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Os requisitos constantes nas alíneas no artigo 255 do CPPM são específicos da prisão preventiva, já que a prova do fato delituoso e os indícios suficientes de autoria são genéricos autorizadores de qualquer prisão cautelar. Não há necessidade da configuração de todos para que se formalize a prisão preventiva, mas de pelo menos um deles.

O primeiro, disposto na alínea “a”, é a “garantia da ordem pública”. Ordem Pública é a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam. É um requisito muito genérico, sendo que possui direta relação com a expressão a comoção social, a perigosidade do réu, o crime perverso, a insensibilidade moral, as reiteradas divulgações pelo rádio ou televisão, e outros. A caracterização desse requisito, na maioria dos casos fica ao sabor da maior ou menor sensibilidade do magistrado, das concepções que este tem a respeito de pessoas, de suas crenças religiosas, sociais, morais, políticas, que o fazem guardar tendências que o orientam inconscientemente em suas decisões. Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p. 849) afasta a possibilidade de sua utilização por ser demasiadamente genérico:

Quando se decreta a prisão preventiva como “garantia da ordem pública”, o encarceramento provisório não tem o menor caráter cautelar. É, *datissima maxima venia*, um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão “ordem pública”, diz tudo e não diz nada.

Porém, o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela legitimidade de decretação da prisão preventiva pela gravidade dos fatos investigados na ação penal no julgamento do HC 92.839/SP:

EMENTA Habeas corpus. Penal e processual penal. Crime de extorsão mediante seqüestro. Prisão temporária convertida em preventiva. Fundamentação idônea. Garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal (art. 312 do CPP). Liberdade provisória. Impossibilidade de análise dos requisitos na via estreita do habeas corpus. Excesso de prazo não configurado. Complexidade da causa. Quatorze acusados. Precedentes da Suprema Corte.

1. É legítimo o decreto de prisão preventiva que ressalta, objetivamente, a necessidade de garantir a ordem pública, não em razão da hediondez do crime praticado, mas pela gravidade dos fatos investigados na ação penal (seqüestro de criança menor de idade pelo período de 2 meses), que bem demonstram a personalidade do paciente e dos demais envolvidos no crime, sendo evidente a necessidade de mantê-los segregados, especialmente pela organização e o modo de agir da quadrilha. Por outro lado, o fundamento da conveniência da instrução criminal, diante do temor das testemunhas ao paciente, que, sendo residente no mesmo condomínio das vítimas, causa evidente intranqüilidade caso permaneça em liberdade, merece relevado e mantido.

2. A existência dos pressupostos autorizadores da liberdade provisória só seria possível pela análise de fatos e de provas a confirmarem essas circunstâncias, sendo certo que não se admite dilação probatória no rito estreito do habeas corpus.

3. Ordem denegada. (STF – HC 92.839/SP)

Como demonstrado, o entendimento do assunto não é uníssono na doutrina e jurisprudência, já que a “garantia da ordem pública”, é demasiadamente genérico e deixa azo para as divergências. O certo é que o requisito continua sendo utilizado de forma isolada e combinado com outros na decretação e manutenção das prisões preventivas.

### **3.2.2. - CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL**

A prisão com base na “conveniência da instrução criminal” é decretada em face da perturbação ocorrida no decorrer do processo, provocada pelo próprio acusado ou por terceiro agindo em seu nome, para intimidar testemunhas, peritos ou o próprio ofendido, prejudicando a busca da verdade real dos fatos. Esse requisito está presente tanto na legislação processual comum, quanto na militar.

O objetivo da prisão por “conveniência da instrução criminal” é segregar o acusado para impedir sua atuação com vistas a influenciar a colheita de provas.

Como o motivo delimita o período da instrução criminal, a prisão fundada apenas nesse requisito, deverá ser revogada no término da instrução se não sobrevier motivo que justifique a manutenção.

Deve-se demonstrar, com fatos concretos, que, solto, o indiciado ou acusado pode atrapalhar a produção de provas materiais ou testemunhais.

No caso de crimes militares, esse requisito deve ser avaliado com muita atenção pelo magistrado, pois os militares, principalmente os das forças estaduais, possuem grande poder de persuasão junto à comunidade.

### **3.2.3. PERICULOSIDADE DO INDICIADO OU ACUSADO**

A periculosidade do indiciado ou acusado será analisada através da gravidade do crime que o mesmo está sendo julgado e dos crimes cometidos anteriormente, estando o processo em andamento ou já findado. O fato de o acusado ser primário e possuir bons antecedentes não o exime da prisão preventiva, caso seja comprovada sua periculosidade. Da mesma forma entendeu o Supremo Tribunal Federal em decisão proferida recentemente no julgamento do HC 102.354/PA, que atuou como Relator o Ministro Joaquim Barbosa:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DOS SEUS REQUISITOS. ORDEM DENEGADA. Justifica-se a prisão preventiva (que não se confunde com execução provisória) decretada para garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, tendo em vista a alta periculosidade do paciente e o fato de ele ter fugido após o crime, conforme se infere da decisão que decretou a custódia cautelar e da sentença condenatória. A primariedade, os bons antecedentes, a ocupação lícita e a residência fixa do paciente não impedem a decretação da sua prisão preventiva, se presentes os seus requisitos, como ocorre no caso. O fato de o paciente estar preso desde 6.7.2007 não configura, no caso, excesso de prazo, uma vez que ele já foi condenado em primeira e segunda instâncias, estando o processo de origem, atualmente, à espera do julgamento de agravo de instrumento interposto ao Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus denegado. (STF – HC 102.354/PA)

A reincidência, apesar de não ser a única forma de se verificar a periculosidade do indivíduo, será motivo relevante na decretação da prisão preventiva

A periculosidade está intimamente ligada ao perigo que o indiciado ou acusado representa para a sociedade. É a convicção de que o mesmo voltará a delinquir, devidamente comprovada pelo crime cometido ou pelos seus maus antecedentes, além da reincidência.

### **3.2.4. - SEGURANÇA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL MILITAR**

Assim como a “conveniência da instrução criminal”, a “segurança da aplicação da lei penal” também está presente na legislação processual comum e militar.

A medida cautelar baseada nesse requisito objetiva garantir a aplicação da lei penal militar em caso de condenação do indiciado ou acusado, que solto poderá evadir-se do distrito da culpa. Dentre as hipóteses que autorizam a prisão preventiva com base nesse requisito estão a fuga do indiciado logo após a prática do delito, não possuir residência fixa e a facilidade de fuga para o exterior, posicionamento este confirmado em acórdão do Superior Tribunal Militar:

EMENTA. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. Tentativa de fuga é fundamento mais que suficiente para a decretação da prisão preventiva, tendo em vista encontrará ressonância no requisito subjetivo, consistente na segurança da aplicação da lei penal militar. O fato de estar preso em flagrante por crime previsto na lei penal comum, não desautoriza a decretação da preventiva quando do cometimento de crime militar. É de cassar-se a decisão recorrida, para a decretação da custódia provisória. Decisão por maioria. (STM - RECURSO CRIMINAL (FO): Rcrimfo 6564 RJ 1999.01.006564-0)

Portanto, a prisão preventiva com base no requisito “segurança da aplicação da lei penal militar”, na grande maioria dos casos, será utilizado quando o militar evadir-se ou tentar fazê-lo após o cometimento do crime militar, já que dificilmente um militar não possui residência fixa.

### **3.2.5. - EXIGÊNCIA DA MANUTENÇÃO DAS NORMAS OU PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DISCIPLINA MILITARES, QUANDO FICAREM AMEAÇADOS OU ATINGIDOS COM A LIBERDADE DO INDICIADO OU ACUSADO**

As instituições militares tem como princípios formadores, a hierarquia e disciplina. Esses dois princípios, previstos nos artigos 42 (militares dos Estados) e 142 (forças armadas) da Constituição Federal mantem a estrutura das organizações militares. Os institutos da Hierarquia e Disciplina são as bases de qualquer organização militar, pois organizam e classificam seus integrantes, distribuindo-lhes competências, e mantêm a boa ordem e funcionamento através de prescrições implícitas e explícitas. Para Alexandre Henriques da Costa “Hierarquia significa o

conjunto de poderes subordinados uns aos outros, sejam eclesiásticos, civis ou militares, classificando e ordenando a graduação do poder correspondente às diferentes classes de funcionários públicos”. E para o mesmo autor “Disciplina é a imposição de autoridade, de método, de regras ou de preceitos, ou seja, é o respeito da autoridade, a observância de métodos, regras ou preceitos. Trata-se de um conjunto de prescrições ou regras destinadas a manter a boa ordem e regularidade de qualquer entidade, seja pública ou privada.”

Para que a prisão preventiva seja baseada na segurança da manutenção da hierarquia e disciplina, esses princípios devem ser fortemente abalados, ou seja, o crime em questão deve comprometer concretamente a relação entre superiores e subordinados, caso o indiciado ou acusado permaneça em liberdade. Importante ressaltar que não é qualquer crime contra a autoridade e a disciplina militar, especificados nos artigos 149 a 166 do CPM, que autoriza a decretação da prisão preventiva, e sim nos casos em que se comprovar que a hierarquia e disciplina militares ficarem ameaçados com a liberdade do indiciado ou acusado. Dessa forma, Célio Lobão aduz que (2011, p. 313):

Finalmente a prisão preventiva será imposta como exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplinas militares, quando ameaçados ou atingidos com a liberdade do militar, indiciado ou acusado. Por exemplo, o tratamento acintoso, desafiador, desrespeitoso do sujeito ativo, dispensado a superiores e subordinados hierárquicos, relacionados com os fatos delituosos, objeto do processo.

Portanto, não é qualquer crime que atente contra a hierarquia e disciplina que ensejará na prisão preventiva, somente aqueles que a liberdade do indiciado ou acusado ameaçar comprovadamente em cada caso concreto a manutenção dos referidos princípios institucionais.

### **3.2.6. - USABILIDADE DOS REQUISITOS**

O Código de Processo Penal Militar, legislação elaborada em 1969, durante um regime ditatorial, não foi pensado sob a égide do princípio constitucional da presunção de inocência. Com o término da Ditadura Militar, em 1985, e sob grande influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em 1988 foi editada a Constituição Federal brasileira a qual possui como alicerce os direitos à vida, à integridade física, à dignidade da pessoa humana e à liberdade. Diante da

nossa lei maior alguns requisitos da prisão preventiva, apesar de não terem sido considerados inconstitucionais, perderam força, sendo utilizados com muito pouca frequência no embasamento dessa prisão. É o caso do requisito “garantia da ordem pública”.

A “garantia da ordem pública” é um requisito pouco utilizado pelos magistrados na decretação e manutenção da prisão preventiva, pois é muito amplo genérico, sendo de difícil concretização efetiva. Tanto no processo penal comum quanto no processo penal militar os requisitos de maior usabilidade são a “conveniência da Instrução criminal” e a “segurança da aplicação da lei penal”, pois são revestidos de maior exatidão quando da observância da necessidade da decretação da medida de exceção.

No mesmo sentido leciona Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p. 840):

De todas as prisões processuais, a que se reveste de maior importância é a preventiva. Dentre as circunstâncias que a autorizam, as consistentes em “assegurar a aplicação da lei penal” e a “preservação da instrução criminal” constituem a pedra de toque de toda e qualquer prisão provisória. Sem exceção. As demais, “garantia da ordem pública e da ordem econômica”, desenganadamente, não.

Por fim, é de extrema importância ressaltar que a prisão preventiva é uma exceção ao princípio da liberdade, articulada entre o binômio: interesse social *versus* presunção de inocência. Somente deve ser decretada nos casos previstos na legislação, desde que comprovados, sob pena de haver antecipação da sentença condenatória.

#### 4. - PRISÃO EM FLAGRANTE

A prisão em flagrante é uma prisão de natureza processual e provisória que se justifica por acautelar a colheita das evidências probatórias, indispensáveis ao esclarecimento da verdade real dos fatos no processo penal. O flagrante delito significa o delito no momento de sua consumação e a prisão de uma pessoa feita nessa situação é aquela feita no instante da perpetração da infração.

Objetiva a preservação da prova de materialidade e autoria, bem como assegurar a consecução dos fins do processo, na hipótese prevista no parágrafo único do artigo 310 do CPP, ou seja, quando presentes os requisitos da prisão preventiva. Com a entrada em vigência da lei 12.403/11, a prisão em flagrante perdeu seu caráter autônomo, passando a figurar como medida pré-cautelares.

Assim, a prisão em flagrante, por ter deixado de ser autônoma, não serve como fundamento para a manutenção de uma pessoa presa, visto que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá relaxar a prisão ilegal; ou converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos da prisão preventiva, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, conforme a nova redação dada ao artigo 310 do CPP pela lei 12.403/11:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput

do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

O relaxamento da prisão, trazido pelo inciso I do artigo 310 do CPP, também é garantido pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXV. Não só a prisão, mas qualquer ato ilegal deve ser combatido pelo juiz. A prisão ilegal deve ser analisada pelo juiz que, imediatamente colocará o réu em liberdade e, nos casos em que houve falha do Estado na prisão, responsabilizar o agente pelo erro.

A conversão da prisão em flagrante em preventiva é a grande inovação do direito processual brasileiro. Essa regra também deve ser utilizada no direito processual penal militar, já que a Constituição Federal Brasileira traz como princípio a liberdade. Assim, todas as regras que permitem a privação de liberdade possuem natureza excepcional, devendo ser interpretadas restritivamente.

E no inciso III, o legislador traz a possibilidade da concessão da liberdade provisória com ou sem fiança nos casos em que a lei permitir, assunto que trataremos adiante. Fica clara a intenção do legislador em preservar a liberdade do indiciado ou acusado antes da sentença penal condenatória, autorizando a prisão somente como última das medidas. Caso não caiba nenhum outro tipo de medida cautelar ou liberdade provisória e estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva, a prisão em flagrante será convertida, mantendo-se o indivíduo encarcerado.

Antes da edição da referida lei, a prisão em flagrante era considerada uma medida cautelar assecuratória da persecução penal. Atualmente, como já mencionado no capítulo das prisões provisórias, a prisão em flagrante deixou de ser uma prisão cautelar, permanecendo com essa classificação apenas a prisão preventiva, prisão temporária, prisão domiciliar, e a prisão do insubmisso e do desertor.

Apesar da lei 12.403/11 ter alterado somente o CPP, esquecendo o legislador de levar as inovações ao CPPM, tais alterações devem ser aplicadas à lei processual militar, uma vez que sob uma análise superficial, acompanham ou deveriam acompanhar o desenvolvimento da sociedade. Adiante, trataremos das inovações em um capítulo específico.

A Constituição Federal trata da prisão em flagrante em dois incisos do artigo 5º. No primeiro deles, o inciso XI, o flagrante delito é uma exceção da inviolabilidade do domicílio: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Dessa forma, é autorizada a entrada em uma casa para prender um infrator em flagrante a qualquer hora do dia ou da noite.

E no inciso LXI do artigo 5º, o flagrante delito é uma exceção ao princípio constitucional da liberdade, presente no *caput* do mesmo artigo: “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”. Sendo assim, uma pessoa somente poderá

ter sua liberdade cerceada se estiver em flagrante delito, por mandado de prisão expedido por juiz ou, nos casos de transgressão disciplinar ou crimes propriamente militares.

Conforme o artigo 243 do Código de Processo Penal Militar, que tem redação semelhante no artigo 301 do CPP “qualquer pessoa poderá e os militares deverão prender quem for insubmisso ou desertor, ou seja encontrado em flagrante delito”. Esses são, consecutivamente, o flagrante facultativo, definido pelo verbo “poderão”; e o flagrante obrigatório, definido pelo verbo “deverão”.

O artigo 301 do CPP traz em seu texto, diferindo em parte do artigo 243 do CPPM, porém com o mesmo espírito, que “as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. Esse é o flagrante obrigatório, pois as autoridades policiais e seus agentes devem prender, não lhes sendo facultado outra possibilidade. É um dever de ofício. Diferentemente ocorre com o verbo “poder”, empregado em conjunto com as expressões “qualquer do povo” (art. 301 do CPP) ou, “qualquer pessoa” (art. 243 do CPPM), as quais facultam aos cidadãos a prisão em flagrante. Por isso é chamado de flagrante facultativo.

Apesar de a lei trazer opção ao cidadão de não prender o infrator em flagrante, por força do artigo 144 da Constituição Federal, que diz que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, não se pode deixar de tomar alguma providência caso flagre um infrator cometendo um crime. A mais comum delas é comunicar um policial sobre o ocorrido para que este restabeleça a ordem, o que pode ser feito pelos telefones de emergência. Dessa forma o cidadão cumpre com a sua responsabilidade constitucional de colaborar com a Segurança Pública.

A sujeição ao flagrante delito depende do enquadramento do fato às circunstâncias elencadas no artigo 244 do CPPM, com semelhante redação no artigo 302 do CPP:

Art. 244. Considera-se em flagrante delito aquele que:

- a) está cometendo o crime;
- b) acaba de cometê-lo;
- c) é perseguido logo após o fato delituoso em situação que faça acreditar ser êle o seu autor;
- d) é encontrado, logo depois, com instrumentos, objetos, material ou papéis que façam presumir a sua participação no fato delituoso.

Infração permanente

Parágrafo único. Nas infrações permanentes, considera-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Do artigo em estudo, a doutrina estabelece três tipos de flagrante em nosso ordenamento: flagrante próprio, flagrante impróprio, também chamado de “quase flagrante”, e o flagrante presumido.

#### **4.1. – FLAGRANTE PRÓPRIO**

O flagrante próprio, expresso nas alíneas “a” e “b” do artigo em estudo, é aquele em que o agente é surpreendido cometendo a infração ou quando acaba de cometê-la. Por exemplo: o agente é flagrado esfaqueando a vítima ou é encontrado ao lado da vítima caída no chão, com uma faca na mão cheia de sangue. Alguns doutrinadores, como é o caso de Hélio Tornaghi, em seu Curso de Processo Penal, defendem ser o flagrante próprio o único flagrante propriamente dito, já que nas demais modalidades o agente não é pego na situação de flagrância, sendo elas apenas “quase flagrantes”.

#### **4.2. – FLAGRANTE IMPRÓPRIO**

Há certas situações que, embora não se possa falar tecnicamente em flagrante, o legislador as considera como se fosse. A circunstância prevista na alínea “c” do artigo 244 do CPPM é uma delas. A expressão “logo após” caracteriza o flagrante impróprio e deve ser entendida como o curto espaço de tempo necessário para a identificação do agente, que passa a ser imediatamente perseguido. Não importa a forma como é feita essa rápida investigação, mas sim que a perseguição se inicie logo após o cometimento da infração e que não haja interrupção até a captura do infrator. Ocorrendo essa continuidade, não importará por quanto tempo se desencadeou a perseguição, nem onde o infrator foi preso.

#### **4.3. – FLAGRANTE PRESUMIDO**

Quanto ao flagrante presumido, a expressão que o caracteriza é o “logo depois”. Considera-se em flagrante, o agente que é encontrado logo depois da ocorrência de um crime, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o

autor da infração. Nesse caso, ao contrário da hipótese do flagrante impróprio, não se exige tenha o agente sido perseguido pela autoridade, bastando ter sido encontrado na situação referida, logo depois do crime.

A expressão “logo depois” deve ser entendida com bom senso, já que o legislador não determinou qual seria o lapso temporal compreendido entre o crime e a detenção do infrator. O flagrante presumido está previsto na alínea “d” do artigo 244 do CPPM.

#### **4.4. – CONSIDERAÇÕES**

As circunstâncias em que se efetua a prisão em flagrante podem ser classificadas em: flagrante preparado ou provocado, flagrante esperado, flagrante forjado e flagrante retardado. Essas circunstâncias apenas versam sobre a legalidade do flagrante e não serão discriminadas no presente trabalho por fugirem do objeto do mesmo.

Inexistindo a prisão simplesmente pelo flagrante delito, será necessária, à luz do disposto no artigo 310, II, do CPP, que a restrição da liberdade do agente se fundamente em quaisquer dos requisitos da prisão preventiva, cabendo ao juiz, após a homologação do flagrante, converter, caso entenda ser cabível ao caso, a prisão em flagrante em preventiva, com fulcro nos requisitos do artigo 312 do CPP. Essa é a regra legal do CPP e também deve ser utilizada no CPPM, já que é garantidora da liberdade.

Como a prisão em flagrante não é mais autônoma, deve ser convertida pelo juiz em prisão preventiva nos casos em que estiverem presentes os requisitos desta prisão. Porém, nos casos de prisão de militar que cometa um crime no desempenho de suas funções, ou seja, servindo a comunidade, e não estiverem presentes os requisitos da preventiva, não há a necessidade de que este seja levado à prisão após a lavratura do flagrante para posterior deliberação do juiz acerca de sua soltura. Essa atitude viola gravemente a Constituição Federal, principalmente o princípio da liberdade, pois não estando o militar condenado por sentença irrecorrível, nem presentes ao fato os requisitos da prisão preventiva, não se justifica o encarceramento, sequer por um segundo, do militar.

O objetivo da prisão processual é que o Estado consiga impor as medidas legais sem que haja intervenção danosa do infrator, seja ela pela ocultação de provas ou coação de testemunhas. No caso acima exposto não se justificaria a prisão do militar para posterior liberação do mesmo através da concessão da liberdade provisória pelo juiz. Este deve determinar as prisões através de mandado e manter as prisões pelo reconhecimento dos requisitos da preventiva, porém, cabe a qualquer agente público zelar pela manutenção da liberdade das pessoas e consequente respeito aos direitos e garantias fundamentais. Então, a autoridade responsável pela prisão em flagrante do militar deve analisar se estão presentes ao caso os requisitos da prisão preventiva para decidir se é necessária a condução do militar à prisão.

## 5 – LIBERDADE PROVISÓRIA

A liberdade provisória é o instituto por meio do qual, em determinadas situações, concede-se ao indivíduo o direito de aguardar em liberdade o final do processo. Ela substitui a prisão decorrente de flagrante legal. Deve ser entendida como uma medida “contra cautelar” alternativa à decretação da prisão preventiva, justamente visando impedir que o acusado, preso em flagrante, tenha sua detenção convertida em prisão preventiva. Perdura até que ocorra uma das causas de extinção, como a cassação ou quebraimento da fiança, ou até que transite em julgado a sentença. Se condenatória, dar-se-á início à execução da pena; se absolutória, tornará a liberdade definitiva.

O fundamento da liberdade provisória está no artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança”, combinado com o princípio da presunção de não culpabilidade, positivado no artigo 5º, LVII, da Lei Magna.

A liberdade provisória é uma medida que se sobrepõe à prisão em flagrante legal. Não se aplica em substituição às prisões preventiva e temporária devido incompatibilidade essencial existente entre os institutos. Uma vez ausentes os requisitos das prisões preventiva e temporária, estas devem ser revogadas e a prisão em flagrante ilegal deve ser relaxada.

Caberá a liberdade provisória quando a medida for autorizada em lei, sendo cumpridos os requisitos desta. Será obrigatória sua concessão nas hipóteses em que a lei determina que o réu deva livrar-se solto, independentemente de fiança, em razão de circunstâncias objetivas, ou seja, que independem da condição pessoal do acusado ou investigado.

O artigo 253 do CPM prevê, dentro da seção destinada à prisão em flagrante, a possibilidade de concessão da liberdade provisória:

### Concessão de liberdade provisória

Art. 253. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato nas condições dos arts. 35, 38, observado o disposto no art. 40, e dos arts. 39 e 42, do Código Penal Militar, poderá conceder ao indiciado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogar a concessão.

A previsão contida no artigo 253 do CPPM abarca as situações que o juiz poderá conceder a liberdade provisória, sendo elas: quando se verificar que o agente praticou o fato por erro de direito; sob coação irresistível, desde que não haja violação do dever militar, ou coação hierárquica; e estado de necessidade exculpante; ou nos casos de excludente de ilicitude.

Essas circunstâncias são as mesmas em que o juiz não deve decretar a prisão preventiva, conforme vimos anteriormente em estudo ao artigo 258 do CPPM.

O CPP, em recente alteração, confirmou o entendimento que já vinha sendo aplicado pelos tribunais que, ausentes os requisitos da prisão preventiva, o juiz deverá conceder a liberdade provisória, contrariando o verbo poderá, trazido pela lei militar. Essa inovação trazida pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, ao CPP deve ser utilizada subsidiariamente pelo CPM, já que privilegia a liberdade, princípio fundamental da Constituição Federal. Nesse contexto, será proibida a concessão de liberdade provisória, quando estiverem presentes no caso os requisitos da prisão preventiva.

O CPM destina um capítulo à liberdade provisória, definindo:

#### Casos de liberdade provisória

Art. 270. O indiciado ou acusado livrar-se-á solto no caso de infração a que não fôr cominada pena privativa de liberdade.

Parágrafo único. Poderá livrar-se solto:

- a) no caso de infração culposa, salvo se compreendida entre as previstas no Livro I, Título I, da Parte Especial, do Código Penal Militar;
- 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.

#### Suspensão

Art. 271. A superveniência de qualquer dos motivos referidos no art. 255 poderá determinar a suspensão da liberdade provisória, por despacho da autoridade que a concedeu, de ofício ou a requerimento do Ministério Público.

O caput artigo 270 prevê que o indiciado ou acusado deverá livrar-se solto em todos os casos de crimes que cominam penas não privativas de liberdade.

Já o parágrafo único do mesmo artigo traz as situações em que o indiciado ou acusado poderá livrar-se solto. Assim, conforme a alínea “a”, nos casos de crimes culposos, com exceção dos crimes contra a segurança externa do país, previstos no Livro I, Título I, da Parte Especial, do Código Penal Militar, poderá ser concedida liberdade provisória. A alínea “b” prevê que no caso de infração punida com pena de detenção não, superior a dois anos, com exceção de alguns crimes, também poderá

ser concedida a liberdade. Essa exceção se dá devido os crimes elencados na referida alínea serem aviltantes à disciplina e hierarquia militares, sendo estes princípios basilares da organização militar, nos termos dos artigos 42 e 142 da Constituição Federal.

Conforme o artigo 271, poderá ser determinada a suspensão da liberdade provisória quando sobrevierem os requisitos da prisão preventiva, constantes no artigo 255 do CPPM.

O Código de Processo Penal comum prevê a liberdade provisória com e sem fiança. Já no âmbito da Justiça Castrense, a fiança não foi contemplada.

A Lei 12.403/11 inovou o CPP alterando dispositivos sobre a liberdade provisória, limitando a vedação à concessão de fiança e, conseqüentemente, ampliando as situações em que se deve conceder a liberdade provisória. Essas alterações, de extrema importância para o direito brasileiro, não serão objeto de estudo desse trabalho, porém, é de extrema importância perceber a intenção do legislador de privilegiar a liberdade. E essa não é somente uma vontade do legislador, mas sim uma determinação constitucional.

Assim, um militar surpreendido em flagrante, deverá sim ser autuado, porém, caso não estejam presentes os requisitos da prisão preventiva deve permanecer em liberdade. Posteriormente, caso o juiz concorde que o indiciado deve permanecer solto, concederá liberdade provisória. Como a prisão é uma exceção ao princípio constitucional da liberdade, seria inconcebível que um militar que cometa um crime, e o fato claramente não se enquadra nas hipóteses de prisão preventiva, fique preso por mera formalidade até que o juiz decida por sua liberdade.

Entendendo o juiz que o militar não deve ficar em liberdade, decretará sua prisão preventiva com base nos seus requisitos.

## 6 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

### 6.1. – PRINCÍPIO DA LIBERDADE

O direito constitucional à liberdade está previsto no caput do artigo 5º da Constituição Federal e, juntamente com os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, compõem o cerne dos direitos e garantias fundamentais:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

A garantia desses direitos na Constituição Federal é resultado de um longo processo histórico. Dentre os diversos acontecimentos que garantiram a evolução e respeito ao direito à liberdade está a Revolução Francesa que, influenciada pelo iluminismo e pela independência americana (1776), proclamou os princípios universais à igualdade, liberdade e fraternidade. Outro acontecimento que influenciou de forma maciça na elaboração da Constituição Brasileira foi a Declaração Universal, dos Direitos Humanos, de 1948 a qual estabeleceu os direitos e garantias mínimos para que uma pessoa possa viver com dignidade. Por ser o Brasil um país signatário desse Tratado Internacional de Direitos Humanos, assumindo o compromisso de concretizar o tratado através da edição de leis, garantiu todos os direitos constantes na carta, na Constituição Federal de 1988, que é conhecida por constituição cidadã por reconhecer os direitos do cidadão.

Nesse contexto, o direito à liberdade é um princípio norteador da elaboração de qualquer norma no Brasil. A prisão é uma exceção que só deve ser decretada quando não for possível solucionar o caso de outra forma, sendo que além de ser uma medida de exceção, é a última das exceções a ser utilizada. Corroboram com esse entendimento Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2001, p. 141):

Em primeiro lugar, deve-se ter presente que a regra é a liberdade, de tal modo que os permissivos relativos à privação da liberdade, tem natureza excepcional, reclamando assim a interpretação restritiva.

## 6.2. – PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA

No direito brasileiro vige o princípio da não culpabilidade ou inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. De acordo com o referido postulado, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. A regra do direito brasileiro é que enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória o réu deve permanecer em liberdade. É direito do réu, permanecer em liberdade até mesmo para recorrer da sentença que o condenou. Essa orientação foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal ao entender que todos os recursos contra decisão condenatória, no curso do processo penal, possuirão efeito suspensivo, mantendo-se o *status quo* do indivíduo até que, em última instância, decida-se sobre sua culpabilidade:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO PARA PRISÃO CAUTELAR. EXECUÇÃO ANTECIPADA. INCONSTITUCIONALIDADE.

A prisão sem fundamento cautelar, antes de transitada em julgado a condenação, consubstancia execução antecipada da pena. Violação do dispositivo do art. 5º, inciso LVII, da Constituição do Brasil. Ordem concedida (STF, 2ª Turma, HC 88174-2, rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, j. 12-12-2006, DJ, 31-8-2007).

No mesmo sentido, a respeito da regra constitucional da liberdade, se manifesta Jorge César de Assis (2011, p. 110):

Destarte, modernamente, tem entendido a doutrina e a jurisprudência dominantes que a liberdade do acusado é a regra, assim, a prisão somente deverá ser mantida (por decisão judicial, óbvio) se estiverem presentes os pressupostos que autorizam a prisão preventiva.

Outra regra constitucional que nos mostra a prioridade em que se encontra o direito à liberdade está em seu artigo 5º, inciso LXI, da Lei Magna, isto é, em nível de direitos fundamentais, que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, salvo nos casos de transgressão militar ou em crimes propriamente militares, definidos em lei. Assim, fica claro que a prisão é uma exceção aplicada em casos restritos em contrapartida à liberdade.

A prisão cautelar não é incompatível com o princípio da presunção de inocência desde que não perca seu caráter excepcional, sua qualidade de instrumento para a eficácia do processo, e se mostre necessária à luz do caso concreto.

Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p. 841) possui o mesmo entendimento quando discorre acerca da prisão preventiva:

A prisão preventiva só poderá ser decretada se incontestável necessidade, que será aferida ante a presença dos pressupostos e condições, evitando-se, ao máximo, o comprometimento do direito de liberdade que o próprio ordenamento jurídico tutela e ampara.

### **6.3 – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, foi contemplado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, a qual teve grande influência na elaboração da Lei Maior brasileira. Atualmente está expresso no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Juntamente com o direito à vida e à liberdade, sua garantia é fundamental para o desenvolvimento de uma nação. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2009, p. 151), parafraseando João Paulo II, corroboram com esse entendimento:

Os valores fundamentais, encartados na estrutura político-jurídica da Carta Magna, refletem-se em princípios gerais de direito quando informam seus elementos e privilegiam a realidade fundamental do fenômeno jurídico, que é a consideração primordial e fundamental de que o homem é sujeito de direito e, nunca, objeto de direito. Esse reconhecimento principiológico de alicerça em valor fundamental para o exercício de qualquer elaboração jurídica; está no cerne daquilo que a Ciência do Direito experimentou de mais especial; está naquilo que o conhecimento jusfilosófico buscou com mais entusiasmo e vitalidade: é a mais importante consideração jusfilosófica do conhecimento científico do direito. É o fundamento axiológico do direito; é a razão de ser da proteção fundamental do valor da pessoa e, por conseguinte, da humanidade do ser e da responsabilidade que cada homem tem pelo outro.

O princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana leva em consideração a pessoa em si, sendo que para melhor entendermos sua definição, vejamos seus significados literais:

- a. Dignidade: respeitabilidade;
- b. Pessoa: homem ou mulher; ser moral ou jurídico; personagem, individualidade;
- c. Humana: próprio do homem; relativo ao homem.

Dessa forma, todo ser humano, sujeito de direitos e obrigações, deve ser respeitado e ter seus direitos consagrados acima de tudo, pois a garantia desses direitos é a base para a justa sobrevivência de uma pessoa.

A Dignidade da Pessoa Humana é um direito maior, que traz em seu bojo todos os direitos inerentes a um ser humano. Podemos citar entre eles o direito à vida, à integridade física e à liberdade.

## **7. - TENDÊNCIA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL**

O direito, por ser um instrumento de pacificação social, limitação ao poder do Estado e manutenção dos elementos mínimos a serem seguidos para plena convivência em sociedade, deve acompanhar a evolução social, amoldando-se às necessidades da sociedade, que está em constante desenvolvimento. Nesse contexto, ocorrem as transformações legislativas, adaptando as leis utilizadas pela sociedade nas décadas passadas às necessidades da sociedade atual.

A lei 12.403/2011, a qual alterou dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, fiança e liberdade provisória, é resultante desse processo de renovação legislativa. Um estudo sobre a reformulação do referido código iniciou-se a aproximadamente dez anos atrás e somente agora as idéias tornaram-se lei. Mudanças importantes foram trazidas pela nova lei ao Código de Processo Penal, como a perda de autonomia da prisão em flagrante delito e o aumento do limite da pena máxima para concessão de liberdade provisória de dois para quatro anos.

Dentro do processo de efetivação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, os dispositivos trazidos pela referida lei são de extrema importância prática. Mais importante ainda, incontestavelmente, é o espírito demonstrado por ela, pois visa garantir a efetiva aplicação do princípio constitucional da liberdade.

## CONCLUSÃO

O Código de Processo Penal Militar é uma lei de 1969, elaborada por militares durante o período de ditadura militar no Brasil, que tinham como preocupação primordial a defesa do Estado. Alguns artigos do referido código não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, a constituição cidadã, que prevê uma série de garantias ao cidadão, dentre elas o direito à liberdade.

Há previsão no CPPM da aplicação das normas de processo penal comum subsidiariamente ao processo castrense, o que tem sido natural na atualidade, já que sem reformas consideráveis, a lei precisa ser complementada por normas constitucionalizadas, principalmente no que concerne às prisões.

A prisão preventiva, prisão de maior importância dentre as prisões provisórias, passou a ser a medida entre a liberdade e o encarceramento do indiciado ou acusado. Com a perda da autonomia da prisão em flagrante trazida pela Lei 12.403/11, esta deve ser convertida em prisão preventiva nos casos em que estejam presentes os requisitos. Essa alteração processual se deu devido aos respeitos constitucionais, principalmente aos princípios da liberdade, inocência e dignidade da pessoa humana, que devem ser norteadores de qualquer norma. Passou então a prisão, a ser a última das últimas alternativas, que são as medidas cautelares.

Os novos dispositivos do Código de Processo Penal, apesar da lei 12.403/11 não ter alterado do CPPM, devem ser aplicados ao processo castrense, uma vez que consolidam garantias constitucionais. A prisão de uma pessoa de forma indevida, o que é perfeitamente possível ocorrer antes da sentença penal condenatória, marca o indivíduo profundamente, causando-lhe um trauma incurável, só se justificando esse tipo de custódia em casos muito restritos, contidos abstratamente nos requisitos da prisão preventiva. Esse trauma, em um militar é muito maior, pois essencialmente a sua função é servir.

O Estado deve zelar pelas garantias do cidadão, sendo a liberdade, após o direito à vida, a mais importante delas. Quando a Constituição Federal prega a garantia da liberdade, atribui ao Estado a missão de aplicar o Direito Penal através do processo, garantindo que todos os cidadãos permaneçam livres, exceto aqueles apenados por sentença penal condenatória irrecorrível de prisão, e aqueles que estejam na condição de indiciado ou acusado e preencham os requisitos da prisão preventiva.

Um militar que comete um crime por qualquer circunstância e não se enquadre nos requisitos da prisão preventiva não deve ser preso até que seja condenado. Mesmo porque se foi lhe concedida a nobre missão de servir ao próximo, é certo que o indivíduo, antes de ingressar nas fileiras de sua corporação, foi submetido a diversos exames e investigações. Então porque não avaliar a presença desses requisitos no caso em concreto, antes do encarceramento do militar? A prisão, por qualquer que seja o tempo, desabona, desacredita, derrota o militar que cometeu um deslize no desempenho de suas funções. Um dia que seja, que é o tempo mínimo que um juiz leva para analisar uma prisão em flagrante e convertê-la em prisão preventiva, causa um desastre na vida de um militar, que poderá ao findar o processo, ser absolvido. Além de ser inconstitucional. Esse dia em que o miliciano inocente passou preso gerará consequências inimagináveis na vida dele e de sua família, sendo que esse abalo pode ser evitado, caso a análise dos requisitos da preventiva sejam feitos no momento da prisão. Mesmo porque, entendendo o juiz diversamente da autoridade que lavrou o flagrante e liberou o militar, poderá decretar a prisão preventiva, como ocorre nos casos de superveniência dos requisitos no decorrer do processo com acusado livre. E caso o juiz entenda que a autoridade agiu de forma correta liberando o militar, concederá a liberdade provisória.

Não é constitucional manter uma pessoa presa por mera formalidade, apenas para a análise do juiz quanto à manutenção ou não da prisão, já que essa análise pode ser feita no momento do flagrante. Não falamos aqui em violar a competência do juiz como patrono das prisões, mas sim em colocar em prática os princípios constitucionais da liberdade, inocência e dignidade da pessoa humana.

Portanto, conclui-se que a presença dos requisitos da prisão preventiva na prisão em flagrante delito por crime militar é imprescindível para que se garanta os princípios constitucionais da liberdade, inocência e dignidade da pessoa humana, já que a prisão, por qualquer que seja o tempo, é a última das últimas alternativas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001;

ASSIS, Jorge Cesar de. **Comentários ao Código Penal Militar**. 6ª Ed. Curitiba: Juruá, 2007;

ASSIS, Jorge Cesar de. **Código de Processo Penal Militar Anotado**. 3ª Ed. Curitiba: Juruá, V.1, 2010;

ASSIS, Jorge Cesar de. **Código de Processo Penal Militar Anotado**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, V.2, 2010;

DIAS, Josemar. **Prisão em Flagrante**. 1ª Ed. São Paulo: Leud, 2010;

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Código Penal Comentado**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. 2ª Ed. São Paulo: Forense, 2011;

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Processo Penal Militar**. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010;

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª Ed. São Paulo: Método, 2009;

NOVELINO, Marcelo; CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Constituição Federal para Concursos**. 2ª Ed. Salvador: Juspodium, 2011;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 13 Ed. São Paulo: Saraiva, V. 2, 2010;

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010;

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/constiui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constiui%C3%A7ao.htm). Acesso em 15 jul 2011;

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 17 jul 2011;

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 17 jul 2011;

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 21 jul 2011;

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Recurso em Sentido Estrito nº 0000047-49.2010.7.06.0006-BA. Diário da Justiça Eletrônico, nº 019/2011, publicado em 07 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/24590456/stm-07-02-2011-pg-1>. Acesso em 22 jul 2011;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 95009 / SP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%22antecipa%E7%E3o+da+pena%22++&base=baseAcordaos>>. Acesso em 22 jul 2011;

BRASIL. Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a Prisão Temporária. Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm)>. Acesso em 25 jul 2011;

BRASIL. Lei nº 12.403 de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>. Acesso em 30 jul 2011;

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo. Habeas Corpus nº 001812/2005. Disponível em <[http://www.tjmosp.jus.br/p\\_juris\\_txtdet.asp?cKey=2820050018120451](http://www.tjmosp.jus.br/p_juris_txtdet.asp?cKey=2820050018120451)>. Acesso em 30 jul 2011;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 92.839/SP. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521713>>. Acesso em 01 ago 2011;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 102.354/PA. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623277>>. Acesso em 02 ago 2011;

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Recurso em Sentido Estrito nº 1999.01.006564-0 - RJ. Disponível em: <<http://www.stm.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=&s2=1999.01.006564-0&s3=&s4=&s5=&s6=&s7=&s8=&s9=&s10=&s11=&s12=&s13=&s14=&s15=&s16=&l=20&d=JURI&p=1&u=jurisprudencia.htm&r=0&f=S&sect1=NOVAJURI>> Acesso em: 02 ago 2011;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 88.174/SP. Disponível em: <[http://www.tjmsp.jus.br/ementario\\_pdf/3420.pdf](http://www.tjmsp.jus.br/ementario_pdf/3420.pdf)>. Acesso em 05 ago 2011;