

Flavia-azevedo@hotmail.com 98226-5304

CONSTITUCIONALIDADE DA DETENÇÃO DO MILITAR DURANTE AS INVESTIGAÇÕES DO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR EM RELAÇÃO AOS CRIMES MILITARES PRÓPRIOS

FLÁVIA ADRIANA FERREIRA DE AZEVEDO

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada.
Pós-Graduada em Direito aplicado à Segurança Pública.

Resumo: O artigo analisa a constitucionalidade do dispositivo do Código de Processo Penal Militar que autoriza a detenção do indiciado fora dos casos de flagrante delito e ordem judicial fundamentada durante o inquérito policial militar.

Palavras-chave: Direito de liberdade. Prisão. Justiça Militar. Crime militar impróprio. Processo Penal Militar.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é verificar se o art. 18 do Código de Processo Penal Militar (CPPM) - Decreto-lei 1.002/69 -, que autoriza a detenção do indiciado fora dos casos de prisão em flagrante e de ordem judicial fundamentada, foi recepcionado pela Constituição de 1988.

No Estado Democrático de Direito, a prisão em flagrante tem previsão constitucional por ser uma medida excepcional. Tem-se que o ser humano não pode ter o seu direito fundamental à liberdade cerceado. Todavia, a característica dos direitos fundamentais é a sua limitabilidade, ou seja, a possibilidade de serem limitados por outros direitos fundamentais, já que não existe hierarquia entre eles. Assim, a limitação do direito de ir, vir e permanecer pode ocorrer, mas nos casos expressamente previstos no texto constitucional.

O art. 5º, inciso LXI, da Lei Maior prevê duas hipóteses de restrição da liberdade: flagrante delito e ordem judicial fundamentada. Além disso, as hipóteses de flagrante são disciplinadas expressamente pela legislação infraconstitucional (Códigos de Processo Penal e de Processo Penal Militar) e a necessidade de fundamentação da ordem judicial decorre da própria Constituição (art. 93, IX).

É importante mencionar que a legislação processual penal militar foi elaborada sob a vigência da Emenda Constitucional n. 1/1969, ainda durante regime militar, ou seja, muito antes da promulgação da Constituição de 1988. Assim sendo, muitas normas daquele dispositivo podem não haver sido recepcionadas pela ordem constitucional atual. Nesse sentido, considerando-se o atual ordenamento jurídico, a pesquisa enfrenta o seguinte problema: a detenção do indiciado, durante as investigações do inquérito policial militar, fora das hipóteses de flagrante delito e ordem judicial fundamentada, seria constitucional?

A vertente teórico-metodológica escolhida para o desenvolvimento da pesquisa é a jurídico-dogmática, pois o foco do trabalho é o próprio direito, ou seja, elementos internos ao ordenamento jurídico. Já o tipo metodológico que mais se adequou a essa vertente é o jurídico-comparativo, que consiste na comparação entre normas de dois ou mais sistemas jurídicos, no caso em questão a Constituição e o Código Processual Penal Militar.

A técnica de pesquisa utilizada é a teórica, pois o trabalho foi operacionalizado através de observação, levantamento de dados e análise do conteúdo. O raciocínio utilizado é essencialmente dedutivo. Por fim, convém ressaltar que as fontes da pesquisa são predominantemente diretas e secundárias em razão de o trabalho haver sido feito com base na doutrina e na legislação.

A propósito, o marco teórico adotado é a teoria da recepção de Hans Kelsen, acrescido dos conhecimentos propagados no Brasil pelo jurista e professor mineiro Kildare Gonçalves Carvalho, segundo a qual a entrada em vigor de uma nova Constituição veda a recepção de normas infraconstitucionais anteriores com ela incompatíveis (2012).

Portanto, faz-se necessário discorrer sobre a diferença entre crimes militares próprios e impróprios, pois a depender da natureza da infração penal, o indiciado poderá ser detido sem flagrante delito e ordem judicial fundamentada. Além disso, serão feitos breves comentários acerca da competência da Justiça Militar, que se desdobra em Justiça Militar da União e dos Estados-membros.

Serão realizados apontamentos sobre o direito de liberdade no Estado Democrático de Direito, bem como as principais hipóteses constitucionais de seu cerceamento: prisão em flagrante e ordem judicial motivada. Será abordada a detenção do agente indiciado, prevista no art. 18 do Código de Processo Penal Militar, e destacada a necessidade de interpretação das normas infraconstitucionais polissêmicas ou plurissignificativas para que lhes seja conferido sentido compatível com a Constituição. Nesse contexto, o respeito à Constituição é um dos temas mais importantes e fundamentais do Direito. É um dos

elementos mais marcantes para que se julgue a eficácia ou ineficácia de um sistema jurídico, bem como as finalidades sociais deste.

A partir dessas duas perspectivas, será feita uma contextualização histórica do Código de Processo Penal Militar e da Constituição de 1988. Ademais, será analisada a existência de uma possível dicotomia entre o Direito Processual Penal Comum e o Direito Processual Penal Militar e se ela é necessária ao processo penal posto sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Ao final, será estudado o fenômeno da recepção de normas infraconstitucionais em razão de superveniência de uma Constituição e suas consequências para o ordenamento jurídico.

A pesquisa corresponde a um avanço para uma reflexão prática do processo forense militar e contribui para desmistificar o pseudoprivilégio conferido ao militar em razão de possuir um diploma processual e penal próprio.

2 CRIMES MILITARES

No Direito Romano, o crime militar era definido como aquele que só poderia ser praticado pelo soldado, em virtude de suas próprias funções de militar. Assim, originariamente, os crimes militares próprios constituíam os únicos crimes militares. O crime militar impróprio surgiu posteriormente da necessidade da permanência das legiões em armas, para segurança de Roma e domínio dos povos conquistados e consistia no delito que não afetava imediatamente a disciplina e a hierarquia militar.

Sempre houve dificuldade de conceituação do crime militar. A diversidade de conceituação adotada pela legislação dos diversos países e a excessiva ampliação do crime castrense, militarizando determinadas infrações penais comuns, obrigou a doutrina a estabelecer critérios classificatórios do crime militar.

No Brasil, o crime militar tem origem nos Artigos de Guerra do Conde de Lippe, aprovados em 1763, que foram inspirados nos Artigos de Guerra da Alemanha. Eram formados por vinte e nove artigos e, certamente, exerceram grande influência no direito militar e na aplicação da Justiça Militar em Portugal e no Brasil, nos séculos XVIII e XIX.

Posteriormente, a lei de 18 de setembro de 1851 foi a primeira a ampliar o conceito de crime militar, pois delitos meramente civis cometidos por militares foram convertidos em crimes militares.

Atualmente, diante da teoria finalista do crime, pode-se afirmar que crime militar é

um fato típico, ilícito, culpável e previsto em um das hipóteses do art. 9º do Código Penal Militar (CPM) - Decreto-lei 1.001/69. O conceito clássico de crime militar remonta aos tempos de Roma antiga, sendo aquele delito que somente o soldado pode praticar. É, pois, conceito ultrapassado, pois no âmbito federal, o civil também poderá cometer um crime militar próprio, como por exemplo, apologia de fato criminoso ou do seu autor (art. 156) e violência contra militar de serviço (art. 158), e será julgado pela Justiça Militar da União.

Como será analisado a diante, o crime militar se desdobra em duas categorias: o propriamente militar, que é aquele previsto apenas no Código Penal Militar e que somente pode ser cometido pelo militar, e o impropriamente militar, que é aquele que possui correspondência de tipos penais na legislação penal militar e na legislação penal comum.

2.1 Crimes militares próprios e impróprios

A primeira Constituição brasileira a fazer referência aos crimes militares próprios e impróprios foi a Constituição de 1891. Posteriormente, o Decreto Legislativo n. 3.351, de 3 de outubro de 1917, adotou as denominações de crimes propriamente militares e impropriamente militares.

A partir de então, os crimes militares próprios passaram a constituir a exceção dentre as infrações penais militares, ampliando também a competência das Justiças Militares. Poder-se-ia dizer que houve uma militarização de tipos penais comuns.

Essa tendência se acentuou no mundo nos anos 30 e 40, e no Brasil, nos anos 40 até início dos anos 80 com forte influência do regime militar, instalado em março de 1964 pela tomada de poder pelos militares através do Ato Institucional (AI) n. 1. Vale lembrar, que nesse período, o mundo vivia o auge da Guerra Fria.

Como se pode observar, o legislador ordinário não define o conceito de crime militar próprio e impróprio. Observa-se, pois, que para o próprio legislador não é clara a ideia de bem jurídico a ser tutelado pela lei penal militar. Sabe-se que o objeto da ciência do Direito Penal Militar é a proteção dos bens ou interesses juridicamente relevantes. Assim, faz-se necessário valorar esses bens e interesses verificando quais merecem maior ou menor proteção, mas desde que sempre diretamente relacionados com a hierarquia e disciplina.

Embora não exista uma referência explícita no Código Penal Militar quanto à distinção entre crimes militares próprios e impróprios, ela está consagrada no art. 5º, inciso

LXI da Constituição da República, veja-se:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Os crimes militares próprios são, portanto, aqueles cuja prática não seria possível senão por militar, porque essa qualidade do agente é essencial para que o fato delituoso se verifique. Assim, como crime propriamente militar entende-se a infração penal, prevista no Código Penal Militar, específica e funcional do ocupante do cargo militar, que lesiona bens e interesses das instituições militares, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, do serviço e do dever militar.

Como exemplos de crimes militares próprios têm-se o motim e a revolta (arts. 149 a 153); a insubordinação (arts. 163 a 166); a deserção (arts. 187 a 194); dormir em serviço (art. 203) e a embriaguez (art. 202), todos do CPM.

Já os crimes impropriamente militares são aqueles previstos na legislação castrense que, não sendo específicos e funcionais da profissão do soldado, lesionam bens ou interesses militares relacionados com as instituições militares. Clóvis Bevilacqua (???), citado por Assis (2001), chamava os crimes militares impróprios de crimes militares por compreensão normal da função militar, ou seja, embora civis na sua essência, assumem feição militar por serem cometidos por militares em sua função.

São impropriamente militares: o furto (arts. 240 e 241); o roubo e a extorsão (arts. 242 a 247); o homicídio (arts. 205 a 207); o estupro (art. 232), todos do CPM. Fazendo uma breve comparação desses artigos com os dispositivos semelhantes do Código Penal comum percebe-se que houve a mera transcrição dos artigos da lei penal comum.

Há que se trazer à baila que os crimes impropriamente militares, muitas vezes, se confundem com crimes comuns por estarem previstos tanto na legislação penal comum quanto na castrense. Sua classificação passa a depender, portanto, de outros elementos existentes no caso concreto, gerando, assim, dúvidas quanto à sua natureza e ocasionando conflitos positivos de competência entre a Justiça Comum e a Justiça Castrense.

2.2 Breves comentários sobre a competência da Justiça Militar

A Justiça Militar divide-se em Justiça Militar da União e Justiça Militar dos

Estados-membros. À primeira compete processar e julgar os militares pertencentes às Forças Armadas e os civis que pratiquem crimes militares. À segunda compete processar e julgar tão somente os militares estaduais, policiais e bombeiros militares, que pratiquem crimes militares.

A Justiça Militar da União é formada em primeira instância pelos Conselhos de Justiça e em segunda instância pelo Superior Tribunal Militar. Os conselhos são formados por um juiz-auditor e por quatro oficiais, sendo que o mais antigo deles preside o órgão de primeira instância. O Superior Tribunal Militar é composto por quinze ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, sendo três oficiais-generais da Marinha, quatro oficiais-generais do Exército, três oficiais-generais da Aeronáutica, e cinco civis, sendo três advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional. Outros dois são escolhidos dentre Juízes-Auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.

A Justiça Militar estadual é composta em primeira instância pelo juiz de direito do juízo militar e pelos Conselhos de Justiça, e em segunda instância pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal de Justiça Militar. Nesse contexto, é importante expor as modificações provocadas pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que operou a denominada Reforma do Judiciário.

A referida Emenda ampliou a competência para o processamento e julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares militares. Houve, assim, um acréscimo de competência com o advento da jurisdição de natureza cível nos processos de origem administrativa referentes à aplicação das punições disciplinares militares. Em Minas Gerais, essas sanções estão previstas no Código de Ética e Disciplina Militares (Lei n. 14.310/02). A propósito do tema, observa Assis:

Para exercer o controle jurisdicional sobre punições disciplinares, o que se fará através do processo e julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares militares, a Justiça Militar passará a travar conhecimento com o processo civil, que até então era um completo desconhecido. (ASSIS, 2005, p. 47)

A Reforma também deu nomenclatura adequada ao antigo cargo de juiz-auditor, que passou a ser denominado como juiz de direito do juízo militar. Notadamente, o juiz-auditor sempre foi Juiz de direito (técnico) no foro militar. A denominação juiz de direito permitirá o acesso destes ao Tribunal de Justiça, isso nos Estados em que não exista o Tribunal de Justiça Militar. Com a Emenda Constitucional n. 45/2004, os juízes de direito

do juízo militar passaram a ser presidentes dos conselhos de justiça. Anteriormente, os conselhos tinham a presidência do oficial mais antigo.

Essa mudança rompe, assim, uma tradição que vem desde o nascimento da Justiça Militar brasileira, que ocorreu com a vinda de D. João IV ao Brasil, para escapar às invasões napoleônicas, e com a criação do Conselho Supremo Militar e de Justiça, atual Superior Tribunal Militar, em 1º de abril de 1808.

Uma das mudanças mais significativas foi operada pelo § 5º do art. 125 da Constituição. A partir da Reforma, compete ao juiz de direito do juízo militar decidir singularmente os crimes militares praticados contra civis. Assim, se um militar estadual praticar um crime militar, como constrangimento ilegal, ameaça ou lesão corporal, contra civil, o processo será instruído e julgado singularmente pelo juiz de direito. Porém, na mesma hipótese, se a vítima for outro militar, o processo será julgado pelo conselho de justiça.

Além disso, mudou-se a referência para a criação do Tribunal de Justiça Militar nos Estados-membros. Antes a sua criação era condicionada à existência de um efetivo mínimo de vinte mil integrantes da Polícia Militar. Agora, considera-se o efetivo militar do respectivo Estado, ou seja, a soma do efetivo da Polícia Militar com o efetivo do Corpo de Bombeiros Militar.

3 O CERCEAMENTO DO DIREITO DE LIBERDADE

A liberdade de locomoção é a liberdade da pessoa natural de ir, vir e permanecer em território nacional. O direito à liberdade, por decorrer da própria natureza humana, constitui um direito fundamental constitucionalmente consagrado e protegido por *habeas corpus*. A Carta de 1988 protege o direito à livre locomoção, em tempo de paz, autorizando diretamente a qualquer pessoa - nacional ou estrangeira - o ingresso, a saída e a permanência no território brasileiro (art. 5º, XV, CR/88).

Considerando o valor primordial do direito de liberdade, a Constituição, em seu art. 5º, LXI, estabelece condições excepcionais para decretação da prisão, bem como para sua manutenção. A prisão só ocorrerá em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, excetuados os casos de transgressão militar e crime propriamente militar.

É possível extrair desse mandamento constitucional que a prisão é exceção e a regra

é a liberdade. Todavia, os direitos fundamentais não são absolutos, em razão de sua limitabilidade. Isso significa que eles podem ser limitados por outros direitos fundamentais. Dessa forma, o direito à liberdade pode ser restringido.

Além dos casos de flagrância e de ordem judicial fundamentada, os quais serão analisados em breve, é importante mencionar que o texto constitucional (art. 139) também limita o direito de locomoção, ao prever a possibilidade de, na vigência do estado de sítio decretado, ser fixada obrigação de as pessoas permanecerem em localidade determinada.

3.1 Da prisão em flagrante

Etimologicamente, o termo flagrante deriva da palavra *flagrare* e significa arder ou queimar. Flagrante nada mais é do que a constatação visual do fato. Instrumentalmente, é a prisão cautelar, constitucionalmente assegurada (art. 5º, LXI, CR/88), que autoriza a captura daquele que é surpreendido praticando uma infração em verdadeira situação de imediatidade entre o crime e a captura.

Segundo Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 658), a prisão em flagrante tem duas funções básicas. A primeira é interceptar o evento criminoso e impedir a consumação ou o exaurimento da prática criminosa. A segunda é possibilitar a colheita urgente de provas sobre o fato delituoso.

O Código de Processo Penal Militar, em seu art. 244, traz expressamente quatro hipóteses de cabimento da prisão em flagrante, as quais podem ser classificadas em três espécies de flagrante.

O flagrante próprio, verdadeiro ou real é aquele em que o agente está cometendo o crime ou acaba de cometê-lo. Essa modalidade de flagrante, como o nome já diz, constitui o verdadeiro flagrante de acordo com a etimologia da palavra, pois o agente é surpreendido no exato momento da conduta criminosa. A segunda espécie refere-se ao flagrante impróprio, irreal ou quase flagrante, que é aquele em que o agente é perseguido logo após o cometimento do fato em situação que faça acreditar ser ele o seu autor. Nessa hipótese, as circunstâncias fazem acreditar ser o agente autor do fato.

Já o flagrante ficto, presumido ou assimilado, também chamado de feliz encontro, é aquele no qual o infrator é encontrado com objetos, instrumentos, armas ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração. Nesse caso, a situação leva a presumir que o agente seja autor da infração, ou seja, culmina numa presunção da prática delituosa pelo

simples fato de o agente ser encontrado com objetos relacionados com a prática delituosa.

A prisão em flagrante constitui-se em uma medida cautelar e justifica-se pelas relevantes razões de ordem pública, pois representa a garantia posterior de aplicação da lei penal militar. A título de curiosidade, há algumas hipóteses de flagrante idealizadas pela doutrina como, por exemplo, o flagrante esperado, e outras previstas em leis penais especiais, como, por exemplo, o flagrante diferido¹, mas que não se aplicam aos crimes militares por ausência de previsão legal.

Realizada a captura, o auto de prisão em flagrante deverá ser imediatamente remetido ao juiz competente, se não tiver sido lavrado por autoridade judiciária; e, no máximo, em cinco dias, de depender de alguma diligência como, por exemplo, exame de corpo de delito. Já no processo penal comum, o auto de prisão deve ser encaminhado ao juiz competente em no máximo vinte e quatro horas.

Ressalte-se que no âmbito militar a prisão deverá ser feita por outro militar de posto ou graduação superior, ou, se igual, pelo mais antigo. Essa previsão visa a preservar a disciplina e a hierarquia, as quais são os pilares das instituições militares.

3.2 Da prisão decorrente de ordem judicial motivada

A prisão decorrente de ordem judicial motivada pode ocorrer nos casos de prisão preventiva, prisão temporária e prisão em razão de sentença penal condenatória transitada em julgado. As duas primeiras são chamadas de prisões processuais e a última é chamada de prisão penal. É importante ressaltar que a prisão temporária, disciplinada pela Lei 7.960/89, não se aplica aos crimes militares por falta de previsão legal.

A prisão preventiva é medida cautelar de constrição pessoal cabível ao longo de toda a persecução penal militar (antes e durante o inquérito, e durante a fase processual) quando houver prova do fato delituoso e indícios suficientes de autoria. Pode ser decretada pelo juiz-auditor, ou juiz de direito do juízo militar, e pelo conselho de justiça², de ofício; a requerimento do Ministério Público; ou mediante representação da autoridade encarregada do inquérito policial militar.

¹ A Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) admite o denominado flagrante postergado ou diferido, chamado também de ação controlada, que pressupõe autorização judicial e prévia oitiva do MP, desde que com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico.

² Segundo Loureiro Neto (2010), a competência para decretação da prisão preventiva é do juiz-auditor. Já o art. 254 do CPPM também menciona a competência do conselho de justiça.

As hipóteses de decretação da prisão preventiva estão previstas no art. 255 do Código de Processo Penal Militar e compreendem: garantia da ordem pública; conveniência da instrução criminal e segurança da aplicação da lei penal militar. No primeiro caso, significa que, estando solto o agente, a paz social estará ameaçada com a possibilidade de ocorrência de novos crimes. No segundo, significa que o indiciado solto poderá influir na apuração da verdade real, seja ameaçando testemunhas ou destruindo provas. Já na última, o legislador tem em vista assegurar o cumprimento da pena. Ressalte-se que não há garantia da ordem econômica.

Além disso, há outras duas hipóteses não compartilhadas com o direito processual comum, quais sejam: periculosidade do indiciado ou acusado e exigência de manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares. A primeira, que constitui fundamento da aplicação das medidas de segurança, é a probabilidade de o agente tornar a praticar crimes. A segunda refere-se à possibilidade de o agente por em risco os princípios que norteiam a hierarquia e disciplina militares.

Decretada a prisão preventiva, o preso passará à disposição da autoridade judiciária competente. Ressalte-se que o instrumento utilizado pela autoridade judiciária para formalizar a ordem é o mandado de prisão. Ele é expedido em duas vias: uma delas será entregue ao capturado e a outra, assinada pelo preso e juntada aos autos.

A sentença penal transitada em julgado dispensa maiores comentários. A decisão condenatória deverá ser fundamentada por exigência do disposto no art. 93, IX, CR/88.

3.3 A possibilidade de detenção do agente no caso de crimes propriamente militares

O Código de Processo Penal Militar prevê, em seu art. 18, que o indiciado poderá ficar detido durante as investigações policiais, independentemente de flagrante delito. A detenção terá o prazo de trinta dias e poderá ser prorrogado por mais vinte, mediante solicitação fundamentada do encarregado do inquérito e por via hierárquica.

O dispositivo dispõe ainda que a prisão será comunicada à autoridade judiciária competente. A comunicação é um direito fundamental previsto no art. 5º, LXII, CR/88 e previsto também no art. 222 do CPPM, veja-se:

Art. 222. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente levada ao conhecimento da autoridade judiciária competente, com a declaração do local onde a mesma se acha sob custódia e se está, ou não incomunicável. (???)

A obrigação de comunicação da detenção do agente, assim como ocorre nas hipóteses de prisão em flagrante, está ligada essencialmente a dois objetivos: primeiro, certificar acerca do paradeiro do detido; segundo, permitir que este obtenha um controle da prisão pelo Poder Judiciário, possibilitando eventual responsabilização pela ocorrência de excessos.

Em face de normas infraconstitucionais polissêmicas ou plurissignificativas, deve-se dar prevalência à interpretação que lhes confira sentido compatível e não conflitante com a Constituição, não sendo permitido ao intérprete, no entanto, a pretexto de conseguir essa conformidade, contrariar o sentido literal da lei e o objetivo que o legislador, inequivocamente, pretendeu alcançar com a regulamentação.

Perceba que a detenção do agente só será possível durante as investigações. Assim, torna-se requisito da prisão a existência de inquérito policial militar. Encerrado o inquérito o indiciado deve ser colocado em liberdade, salvo se houver sido decretada sua prisão preventiva. Além disso, o detido deverá ser obrigatoriamente indiciado, ou seja, deve ser o sujeito exponencial da apuração e sobre ele recair indícios suficientes de autoria da infração penal.

Para compatibilizar o preceito do art. 18 do CPPM com a Constituição de 1988 é necessário analisar o previsto no art. 5º, LXI, CR/88. Essa norma, como já foi visto anteriormente, traz duas exceções à prisão sem estado de flagrância e sem ordem judicial fundamentada, sendo uma delas a hipótese de crimes propriamente militares.

Não se pode esquecer de que a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas. As normas constitucionais devem ser consideradas não como normas isoladas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de regras e princípios (princípio da unidade da Constituição).

A aplicação de regras de interpretação deverá buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades recíprocas, adequando-as à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas. Segundo ensina Moraes:

A supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República obrigam o intérprete, em especial, o Poder Judiciário, no exercício de sua função interpretativa, aplicar não só a norma mais favorável à proteção dos Direitos Humanos, mas, também, eleger em seu processo hermenêutico, a interpretação que lhe garanta a maior e mais ampla proteção (MORAES, 2011, p. 16).

Com relação à outra exceção, referente às transgressões disciplinares, é interessante ressaltar que, em Minas Gerais, o Código de Ética e Disciplina dos Militares (Lei estadual 14.310/02) não possui previsão de pena que implique restrição ou privação de liberdade. Contudo, se houvesse previsão, ela seria válida em razão de autorização constitucional expressa. Oportuno dizer que as sanções previstas no art. 24 da Lei estadual 14.310/02, são: advertência, repreensão, prestação de serviços, suspensão, reforma disciplinar, demissão, perda do cargo ou graduação do militar da reserva. Há ainda outras medidas disciplinares como cancelamento de matrícula, com desligamento de curso, e movimentação de unidade ou fração.

4 A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com o fim do Regime Militar em 1985, todos os segmentos da sociedade brasileira estavam a favor de uma nova Carta. Em 1º de fevereiro de 1987, após eleição da Assembleia Nacional Constituinte, iniciaram os trabalhos de redação da nova Carta Constitucional.

Em 5 de outubro de 1988 foi promulgada a Carta Cidadã, como a denominou Ulysses Guimarães, então Presidente da Assembleia Nacional Constituinte. A nova Lei Magna, com duzentos e cinquenta artigos em sua parte permanente, pôs fim aos governos militares, restaurando a ordem democrática no Brasil e contemplando direitos essenciais ao exercício da cidadania.

Considerando-se a necessidade crescente de redemocratização do Brasil, a Constituição de 1988 assegurou diversas garantias constitucionais com o objetivo de dar maior efetividade aos direitos fundamentais e permitiu a participação do Poder Judiciário sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a direitos. Com a promulgação da nova Carta Política, o direito maior de um cidadão que vive em uma democracia representativa foi conquistado. Segundo Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 201), “adotou-se uma nova ideia de Direito e um novo fundamento de validade da ordem jurídica”.

4.1 Código de Processo Penal Militar

O Código de Processo Penal Militar de 21 de outubro de 1969, entrou em vigor em

1º de janeiro de 1970, ainda durante o Regime Militar³. O regime de exceção, em que as garantias individuais e sociais eram restritas, ou mesmo ignoradas, e cuja finalidade era garantir os interesses da ditadura, internalizados em conceitos como segurança nacional e restrição das garantias fundamentais, fez crescer, durante o processo de abertura política, o anseio por dotar o Brasil de uma nova Constituição, defensora dos valores democráticos.

A ditadura militar foi marcada pela violação dos direitos políticos dos cidadãos brasileiros, pois depôs um governo democraticamente eleito, e pela supressão de direitos e garantias individuais pelos atos institucionais e leis decretados pelos chefes do regime. Entre 1968 e 1978, sob a vigência do AI-5 e da Lei de Segurança Nacional de 1969, ocorreram os chamados Anos de Chumbo, caracterizados por um estado de exceção total e permanente, controle sobre a mídia e a educação, e por censura, prisão, tortura, assassinato e desaparecimento de opositores do regime. A prisão arbitrária por tempo indeterminado (suspensão do *habeas corpus*) e a censura prévia foram especialmente importantes para a prática e acobertamento da tortura.

Um aspecto importante a ser destacado é que o Código de Processo Penal Militar tem a forma de decreto-lei, ou seja, foi expedido pelo Chefe do Executivo. Trata-se do Decreto-lei 1.002/69. Essa espécie normativa não existe atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, pois não se encontra prevista no rol do art. 59 da Constituição de 1988. Entretanto, o importante é que ele apenas não viole o novo texto constitucional. Pouco importa que a forma de que o diploma se revista não mais seja prevista na Constituição. A forma é regida pela lei da época do ato, sendo irrelevante para a recepção.

Não obstante, a análise mais importante que deve ser feita do art. 18 do CPPM é quanto ao seu conteúdo, veja-se:

Art. 18. Independentemente de flagrante delito, o indiciado poderá ficar detido, durante as investigações policiais, até trinta dias, comunicando-se a detenção à autoridade judiciária competente. Esse prazo poderá ser prorrogado, por mais vinte dias, pelo Comandante da Região, Distrito Naval ou Zona Aérea, mediante solicitação fundamentada do encarregado do inquérito e por via hierárquica.
(???)

Observe que o trecho acima não prevê expressamente as hipóteses de sua aplicação. Assim, cabe ao intérprete da lei a função de extrair o seu real significado. E as normas

³ O regime ou ditadura militar no Brasil foi o regime autoritário que governou o país de 31 de março de 1964 até 15 de março de 1985.

anteriores à Constituição, como é o caso, devem ser interpretadas sob a luz da atual Constituição para retirarem dela o seu novo fundamento de validade.

Considerando-se o novo paradigma adotado pelo Estado Democrático de Direito, em que a prisão é medida de exceção, o art. 18 supra merece ser interpretado restritivamente, sendo aplicado apenas aos crimes propriamente militares em razão da autorização prevista no art. 5º, LXI, *in fine*, da Carta Magna. E é essa autorização que permite a compatibilização entre os dois diplomas jurídicos em questão.

É necessário mencionar que o disposto no art. 18 do CPPM não encontra correspondência no Código de Processo Penal comum (CPP) - Decreto-lei 3.689/41 -, reforçando a existência de dicotomia no processo penal brasileiro.

4.2 Recepção ou constitucionalidade?

O conflito de leis pré-constitucionais com a Constituição encontra solução na prevalência desta, pois a Lei Maior é produto do poder constituinte originário, o qual inicia a ordem jurídica de um Estado e traça um novo sentido para a ação do poder político.

De acordo com o ensinamento de Carvalho (2012), havendo colisão entre o direito infraconstitucional anterior e a Constituição posterior não haverá recepção. Segundo o autor, “a regra geral é que as leis ordinárias anteriores continuem em vigor, desde que compatíveis com a Constituição superveniente, havendo, no caso, recepção do direito ordinário pelas normas constitucionais”. (CARVALHO, 2012, p. 287)

O princípio da recepção⁴ corresponde a uma revalidação das normas que não desafiam, materialmente, a nova Constituição. Para Kelsen (1987), recepcionar não é aproveitar direito velho, porque direito velho não é jurídico. Recepcionar é procedimento abreviado de criação do direito, pois a nova Constituição confere às normas anteriores um novo pressuposto de validade. Dessa forma, é possível compatibilizar a teoria da recepção com a característica inicial do poder constituinte originário, que é inicial, ilimitado, incondicionado e autônomo.

Ensina Carvalho, que esse aproveitamento do direito ordinário anterior tem a sua razão de ser:

⁴ O princípio da recepção não ocorre na hipótese de revisão ou emenda à Constituição, que pressupõe, sempre, a existência da Constituição, a qual, inclusive, estabelece os limites para o exercício do poder constituinte derivado reformador.

A adoção, segundo a nova ordem constitucional, das velhas normas se dá por uma questão de necessidade e até mesmo de praticidade. É que a entrada em vigor da nova Constituição acarretaria um vazio legislativo, com a mudança de todos os atos normativos infraconstitucionais de uma só vez, motivo por que se consideram em vigor aquelas normas, ou seja, são recebidas ou novadas, imediatamente, com o surgimento da nova Constituição, desde que compatíveis com o conteúdo das anteriores e atendam às exigências desta Constituição. (CARVALHO, 2012, p. 287)

Conforme lecionam Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 203), Kelsen sustenta que as leis anteriores, no seu conteúdo em consonância com a nova Carta, persistem vigentes, só que por fundamento novo. Há que se trazer à baila que a recepção pode ser expressa, assim como ocorreu na Constituição de 1937, mas também pode ser implícita.

Nesse contexto, faz-se necessário citar que todas as normas da Constituição são harmônicas no plano abstrato e eventuais conflitos são meramente aparentes. Não se admite em nosso ordenamento jurídico a inconstitucionalidade de norma constitucional originária, fruto do poder constituinte originário, por não haver hierarquia de normas constitucionais. Ressalte-se que o princípio da unidade da Constituição impede a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias.

Tratando-se da superveniência de uma nova Constituição, não há que se falar em revogação e nem em inconstitucionalidade quanto à legislação ordinária anterior. Se o parâmetro admissível para o controle de constitucionalidade é a atual Constituição, as leis ordinárias anteriores são ou não são recepcionadas pelo novo diploma supremo. Havendo compatibilidade material, elas retirarão daquele texto o seu novo fundamento de validade. Se não houver, a lei anterior simplesmente não mais existirá à luz da Constituição posterior.

Daí, analisando-se o disposto no art. 18 do CPPM, extrai-se que a norma lá contida compatibiliza-se no seu aspecto material com a Constituição de 1988, somente quando a detenção referir-se aos crimes militares próprios. Conseqüentemente, com relação aos crimes impropriamente militares não há que se falar em prisão do indiciado sem estado de flagrância ou ordem judicial fundamentada.

5 CONCLUSÃO

A lei exige do militar mais que do servidor público comum. É exigida coragem para enfrentar o perigo, não se permitindo que dele se afaste sob o pretexto de expor a risco sua vida. Ademais, ele é submetido a regulamento disciplinar interno: o que para o civil não

passaria de uma simples falta, para o militar poderá acarretar punições disciplinares e até mesmo sua demissão, com a perda da graduação ou do posto e da patente.

Por todas essas razões, o militar possui foro por prerrogativa de função, que de privilegiado nada tem. A Justiça Militar é órgão jurisdicional especializado do Poder Judiciário e tem competência para julgar os crimes militares definidos em lei. Ao contrário do que se pensa, ela não é órgão das instituições militares.

O militar, a partir do seu ingresso na instituição militar, está sujeito aos Códigos Penal e Processual Militares, os quais possuem dispositivos diversos e muitas vezes mais severos do que a legislação comum. E a questão da dualidade existente entre o Processo Penal Comum e o Processo Penal Militar surge em virtude desta tradição de Justiça Militar existente no Direito brasileiro, e, por razões histórico-políticas se sustenta ainda hoje no ordenamento jurídico pátrio, amparada juridicamente na negativa da existência de uma teoria geral do processo.

No tocante ao disposto no art. 18 do CPPM, percebe-se que houve recepção pela atual Constituição quando se tratar de crimes militares próprios. Não se pode esquecer de que as leis ordinárias anteriores, recebidas pela Constituição, submetem-se aos princípios e valores desta, que também lhes serve de fundamento de validade, devendo ainda ser interpretadas segundo os novos princípios constitucionais.

Todavia, a dicotomia operada no direito brasileiro entre Processo Penal Militar e Processo Penal Comum não é necessária, e está calcada na tradição e fundada na ótica da doutrina instrumentalista, sendo que tal concepção dicotomizada não se coaduna com uma visão pós-moderna de processo, à luz da teoria da Constituição que se ampara no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Para que se conceba uma teoria geral do processo, é necessário que os órgãos jurisdicionais se subsumam aos princípios concretizadores do Estado Democrático de Direito. Dessa subsunção, advirá o respeito ao devido processo constitucional que propiciará uma ordenação dialógica em contraditório realizado entre os destinatários do provimento, para que, em atividade conjunta com agente público, construam a decisão.

Há que se trazer à baila que a superação dessa dicotomia não implica a extinção da Justiça Militar, seja estadual ou federal, mas sim um processo penal único. O processo penal é um modelo constitucional que garante a efetivação dos direitos fundamentais por bases principiológicas uníssonas a todo e qualquer processo. Importante destacar que o microsistema do processo penal com bases democráticas, independente de militar ou

comum, se presta à reconstrução dos fatos, e não à aplicação da sanção penal.

No processo democrático não subsiste a dicotomia, pois a base principiológica da teoria geral do processo é uma só, simplesmente por se tratar do instituto processo. E, ademais, ambos são processo penal e têm como finalidade a reconstrução do fato inicialmente tido como criminoso, para amoldá-lo na teoria do crime, funcionando como garantia das partes na construção provimento jurisdicional final.

Abstract: This article analyzes the constitutionality of the device of Criminal Procedure Code which authorizes military detention cases outside of flagrant and reasoned judicial order during the military investigation.

Keywords: Right to liberty. Prison. Military Justice. Military crime. Military criminal proceeding.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César de. A reforma do poder judiciário e a justiça militar. **Consulex: Revista Jurídica**, Brasília, v.9, n.194, p. 44-47, fev. 2005.

_____. **Direito militar: aspectos penais, processuais e administrativos.** Curitiba: Juruá, 2001.

_____. **Lições para a atividade policial militar.** 4. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional.** 18. ed., ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CORRÊA, Univaldo. **A evolução da justiça militar no Brasil: alguns dados históricos.** In: ?????

CORRÊA, Getúlio, org. **Direito Militar: história e doutrina, artigos inéditos.** Florianópolis: AMAJME - Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, 2002, p. 99-112.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa: monografias e teses jurídicas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1987.

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

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional.** 2. ed. Belo Horizonte:

Mandamentos, 2002.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Código penal militar comentado** - artigo por artigo. Paulo Tadeu Rodrigues Rosa. Belo Horizonte: Líder, 2009.

SOUZA, Octavio Augusto Simon de. A Justiça Militar de hoje. In: CORRÊA, Getúlio, org. **Direito Militar: história e doutrina, artigos inéditos**. Florianópolis: AMAJME - Associação dos Magistrados Justiças Militares Estaduais, 2002, p. 99-112.

_____. **Ideologia, cultura organizacional e operacionalidade da Polícia Militar: diagnóstico e viabilidade da descaracterização do crime militar em relação à atividade de policiamento**. Belo Horizonte: Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, 1996.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, v.1.