



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

HERLANDO NASCIMENTO E SILVA

INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 26 DA LEI ESTADUAL N°
13.407 DE 21/11/2003

FORTALEZA

2011

HERLANDO NASCIMENTO E SILVA

INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 26 DA LEI ESTADUAL Nº 13.407 DE
21/11/2003.

Monografia submetida à Coordenação da Faculdade de
Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Francisco de Araújo Macedo Filho

FORTALEZA
2011

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- S586i Silva, Herlando Nascimento e.
A inconstitucionalidade do artigo 26 da lei estadual nº 13.407 de 21/11/2003 / Herlando Nascimento e Silva. – 2011.
64 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2011.
Área de Concentração: Direito Constitucional e Penal.
Orientação: Prof. Francisco de Araújo Macedo Filho.
1. Inconstitucionalidade das leis. 2. Direito constitucional - Brasil. 3. Direitos fundamentais – Brasil. 4. Prisão (Direito penal) - Brasil. 5. Direito penal - Brasil. I. Macedo Filho, Francisco de Araújo (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 26 DA LEI ESTADUAL Nº 13.407 DE
21/11/2003.

Monografia submetida à Coordenação da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Francisco de Araújo Macedo Filho (Orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Doutorando. William Paiva Marques Junior
Universidade Federal do Ceará – UFC

“Senhor, para quem iremos? Só Tu tens as palavras de vida eterna. Sendo assim, nós temos crido e reconhecido que Tu és o Cristo, o Filho do Deus Vivo”. (João 6:68,69)

AGRADECIMENTOS

A Jesus Cristo, a quem devo a minha existência, pois, Ele tem sido a minha força nos momentos difíceis, o meu socorro bem presente e o meu melhor conselheiro. Obrigado Pai! Por ter enviado teu Filho pra morrer em meu lugar.

A minha linda e maravilhosa esposa, Karla Cristianne Nunes Ferreira e Silva, que tem sido uma fiel auxiliadora, exemplo de amor e carinho e um dos pilares que sustenta minha vida.

Aos meus pais, José Gomes da Silva e Francisca Maria do Nascimento (in memoriam), pela grande e maravilhosa contribuição para o meu desenvolvimento, por serem exemplos de pais, honestidade, lealdade, amor e dedicação aos filhos. Eu sou o que sou graças a vocês, muitíssimo obrigado por tudo.

Ao orientador, prof. Francisco de Araújo Macedo Filho, exemplo raro de docência, pela imprescindível colaboração na feitura deste trabalho.

Ao professor William Paiva Marques Junior, pela admirável dedicação ao magistério, pelo primor na transmissão de conhecimentos e principalmente pela amizade e alegria que contagiava os alunos em sala.

RESUMO

Objetiva-se analisar a inconstitucionalidade do artigo 26 da Lei nº 13.407 de 21/11/03, em especial o recolhimento transitório, onde o mesmo apresenta-se como uma nova modalidade de prisão, trazendo com isso, uma enorme incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988 e outras normas infraconstitucionais como: o Código de Processo Penal e o Código de Processo Penal Militar. Ressaltando que a Constituição de um país é a norma suprema e, como tal, deve ser basilar para as demais normas a serem elaboradas, pois, sua inobservância implicará em uma norma que não poderá ter vigência no ordenamento jurídico. Procedeu-se uma análise de alguns princípios constitucionais fundamentais, que deverão ser observados para que a liberdade do indivíduo seja cerceada, liberdade essa que, só poderá ser segregada em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, pois, assim assevera a nossa Constituição. Verificou-se os tipos de prisão existentes no Brasil, seus conceitos, fundamentos, os casos em que são autorizadas e seu tempo de duração. E nesse ponto, não se percebeu em nenhum momento a compatibilidade do recolhimento transitório com as demais medidas cautelares. Analisou-se em particular o recolhimento transitório, seu conceito, os requisitos para sua decretação e, com isso, ficaram evidente sua total incoerência com a Magna Carta e, quanto às leis infraconstitucionais, mostrou-se arbitrária, pois, para a decretação das medidas cautelares existentes no sistema jurídico brasileiro é imprescindível que o crime seja de natureza grave, enquanto que para a decretação do recolhimento transitório não há essa necessidade. Diante disso, só nos restou alegar sua total inconstitucionalidade mediante os requisitos apresentados e exigir que essa medida cautelar seja expurgada do nosso ordenamento através de uma ação direta de inconstitucionalidade, todavia, norma arbitrária como essa não pode fazer parte de um Estado democrático como o nosso.

Palavras-chave: Recolhimento transitório; Prisão para averiguação; Inconstitucionalidade; Princípios constitucionais; Supremacia da Constituição; Medida cautelar.

ABSTRACT

The objective is to analyze the constitutionality of Article 26 of Law No. 13407 of 21/11/03, in particular the transitional collection, where it presents itself as a new kind of prison, bringing with it a huge inconsistency with the Constitution of 1988 and other standards as *infra*: the Code of Criminal Procedure and the Code of Military Penal Procedure. Noting that the Constitution of a country is the supreme law, and as such must be foundational to other standards to be prepared, for failure to comply will result in a rule that cannot have force in law. We carried out an analysis of some fundamental constitutional principles, which must be observed so that the individual's freedom is curtailed, this freedom that can only be secreted in *flagrante delicto* or by written and reasoned judicial authority, as well asserts our Constitution. There are types of existing prison in Brazil, its concepts, fundamentals, cases that are allowed and their duration. And at that point, be realized in no time gathering transitional compatibility with other precautionary measures. We analyzed in particular the collection transitional concept, the requirements for its enactment and, therefore, they were obviously out of inconsistency with the Magna Carta, and laws regarding *infra*, was arbitrary, since for the enactment of measures precautionary existing in the Brazilian legal system is vital that the crime is serious in nature, while for the enactment of the gathering it is not necessarily transient. Therefore, we can only claim its total unconstitutionality presented by the requirements and demand that this precautionary measure is purged from our land through a direct action of unconstitutionality, however, how this arbitrary standard cannot be part of a democratic state like ours.

Keywords: Gathering transitory; Jail for investigation; Unconstitutionality; Constitutional principles; Supremacy of the Constitution; precautionary measure.

LISTA DE SIGLAS

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CF – Constituição Federal

CP- Código Penal

CPM – Código Penal Militar

CPP – Código de Processo Penal

CPPM – Código de Processo Penal Militar

DJU – Diário da Justiça da União

HC – Habeas Corpus

MP – Ministério Público

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

Ob. cit. – Obra citada

RT – Revista dos Tribunais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO EM FACE DA LEGISLAÇÃO EM GERAL.....	12
2.1	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	18
2.1.1	Fundamento Constitucional da Prisão.....	18
2.1.2	Dignidade da Pessoa Humana.....	22
2.1.3	Devido Processo Legal.....	25
2.1.4	Presunção de Inocência.....	27
2.1.5	Ampla Defesa.....	29
2.1.6	Contraditório.....	31
2.1.7	Princípio do Juiz Natural.....	33
3	SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL.....	35
3.1	Dos Objetivos da Pena de Prisão.....	35
3.2	Tipos de Prisão Existentes no Brasil.....	36
3.3	Prisão em Flagrante.....	37
3.4	Prisão Temporária.....	40
3.5	Prisão Preventiva.....	43
3.6	Prisão em decorrência de Pronúncia.....	47
4	RECOLHIMENTO TRANSITÓRIO	48
4.1	Conceito.....	48
4.2	Requisitos.....	49
4.3	Recolhimento Transitório e Prisão para Averiguação.....	56
4.4	Controle de Constitucionalidade.....	58
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	64

1. INTRODUÇÃO

Via de regra, a liberdade é garantia constitucionalmente assegurada a todos os cidadãos. A mesma Constituição, contudo, também prevê exceção a essa regra, mas apenas em circunstâncias excepcionalíssimas que justifiquem a prisão, cujas hipóteses estão expressamente previstas no Código de Processo Penal (art. 312).

Não é demais olvidar que o art. 5º, LXI, da Magna Carta prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão disciplinar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Essa norma constitucional é peremptória e não deixa dúvida quanto às duas espécies de prisão e quem é competente para decretá-la.

Contudo, o Estado do Ceará não respeitando os princípios contidos na Magna Carta traz inovação ao nosso ordenamento jurídico e cria uma nova espécie de prisão cautelar ou reprimenda a prisão para averiguação com uma nova roupagem, de codinome recolhimento transitório contida no art. 26 da Lei Estadual nº 13.407/03. Porém, temos no ordenamento jurídico pátrio o princípio da supremacia da Constituição, onde toda e qualquer norma infraconstitucional terá que estar de acordo com ela para que possa ter validade e eficácia.

Entretanto, ao observar o recolhimento transitório, percebe-se sua total desarmonia com alguns princípios constitucionais fundamentais e, baseado nesse fundamento trago a tona a inconstitucionalidade de tal medida cautelar que inverte o que deveria ser a regra: o *jus libertatis*, transformando-o em exceção.

Neste contexto, e pelas razões já demonstradas, o presente estudo tem por escopo expurgar do ordenamento pátrio essa nova ou velha modalidade de prisão, que é uma total aberração nos dias atuais, mostrando sua total incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988, que ao seu final proporcionará alívio aos policiais militares do Estado do Ceará. Pois, a liberdade é um direito inerente ao ser humano e ser lançado ao cárcere é uma medida drástica que só deverá ser tomada em último caso. Inocente se nasce, permanecendo-se nesse estágio por toda a vida, a menos que haja o cometimento de uma infração penal e, seguindo-se os parâmetros do devido processo legal, consiga o Estado provocar a ocorrência de uma definitiva condenação criminal. Todavia, o recolhimento transitório considera o militar culpado até que ele prove o contrário.

2. A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO EM FACE DA LEGISLAÇÃO EM GERAL

A hegemonia da Constituição sobre todo o sistema normativo é uma realidade inerente ao próprio processo de criação da lei fundamental, alicerçado sobre a vontade do povo, detentor do poder constituinte originário.

Sabemos que o poder do Estado é uno, porém, essa unidade se subdivide em três: **Executivo**, que administra, aplicando as leis; **Legislativo**, que produz as normas a serem seguidas pela sociedade e pelo Estado; **Judiciário**, que faz atuar o direito objetivo, resolvendo os conflitos porventura existentes entre normas e interesses violados. Diante disso, cabe ao Estado, através de seus poderes, cumprir e fazer cumprir a Constituição, concretizada pela vontade do povo, autêntico titular do poder constituinte (art. 1º, parágrafo único da C.F/88). Por isso, nenhuma norma infraconstitucional pode conflitar com a Constituição sem ter de ceder o seu espaço para a *supremacia* da Lei Fundamental. Diante dessa afirmativa, fica evidente que nenhum governante está obrigado a cumprir leis inconstitucionais, nem o Legislativo deve criá-las e cabe ao Judiciário zelar pelo controle de constitucionalidade das normas em geral.

A supremacia da Lei Fundamental é mais claramente compreendida quando se trata da legislação ordinária; mais difícil e complexa é a situação quando possa existir eventual antinomia entre normas constitucionais. É bem verdade que tal ocorrência não é comum, mesmo porque o constituinte elabora a Constituição de uma só vez, num só processo e, em regra, o seu texto é fruto de uma única vontade que não pode ser contraditória.

Entretanto, como é fruto do ser humano, nada mais natural do que conter contradições e erros. Quando tais confrontos parecem ocorrer entre normas e princípios constitucionais, vale aplicar a seguinte regra: diante de eventual antinomia entre normas constitucionais, é preciso que o intérprete da constituição busque conciliá-las, sem fazer com que uma prevaleça sobre a outra, pois todas provêm da mesma fonte, ou seja, da vontade soberana do poder constituinte¹. Mas, em caso de não ser possível tal compatibilização, é mais indicado que as normas-princípio, eleitas como cláusulas imodificáveis pelo criador da Lei Fundamental, prevaleçam.

A Constituição tem por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar, os fins

¹ . **Canotilho**, Direito constitucional, p.601

sócio-econômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Temos como característica da nossa constituição a rigidez, pois, dessa rigidez, decorre uma maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da Constituição que é reputada como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político.² Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Devido sua supremacia, toda autoridade só nela encontra fundamento e só nela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental, exercendo suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Diante disso, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se conformarem com as normas da Constituição Federal.

Porém, ao verificar o art. 26 da Lei nº 13.407/03(Recolhimento Transitório), percebe-se um total desacordo dele com vários princípios constitucionais. Diante disso, surgiu-me um enorme interesse em dissertar sobre esse assunto, pois, é algo que aflige a toda essa classe de forma bárbara, onde muitas vezes, a liberdade de expressão é mitigada pela opressão que ocorre no interior dos quartéis, fazendo com que o silêncio prevaleça em face das ameaças feitas por superiores aos subordinados. Prescreve o seguinte artigo:

Art. 26. O recolhimento transitório não constitui sanção disciplinar, sendo medida preventiva e acautelatória da ordem social e da disciplina militar, consistente no desarmamento e recolhimento do militar **à prisão**, sem nota de punição publicada em boletim, podendo ser excepcionalmente adotada quando houver fortes indícios de autoria de crime propriamente militar ou transgressão militar e a medida for necessária:

I – ao bom andamento das investigações para sua correta apuração; ou

II – à preservação da segurança pessoal do militar e da sociedade, em razão do militar:

²

. **SILVA**, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 30º Ed. São Paulo: Malheiros. 2007. p.45

- a) mostrar-se agressivo e violento, pondo em risco a própria vida e a de terceiros; ou,
- b) encontrar-se embriagado ou sob ação de substância entorpecente.

§ 1º. A condução do militar do Estado à autoridade competente para determinar o recolhimento transitório somente poderá ser efetuada por superior hierárquico ou por oficial com precedência funcional ou hierárquica sobre o conduzido.

§ 2º. São autoridades competentes para determinar o recolhimento transitório aquelas elencadas no art. 31 deste Código.

§ 3º. As decisões de aplicação do recolhimento transitório serão sempre fundamentadas e imediatamente comunicadas ao Juiz Auditor, Ministério Público e Corregedor-Geral, no caso de suposto cometimento deste crime, ou apenas a este último, no caso de suposta prática de transgressão militar.

§ 4º. O militar do Estado sob recolhimento transitório, nos termos deste artigo, somente poderá permanecer nessa situação pelo tempo necessário ao restabelecimento da normalidade da situação considerada, sendo que o prazo máximo será de 5 (cinco) dias, salvo determinação em contrário da autoridade judiciária competente.

§ 5º. O militar do Estado não sofrerá prejuízo funcional ou remuneratório em razão da aplicação da medida preventiva de recolhimento transitório.

§ 6º. Ao militar estadual preso nas circunstâncias deste artigo, são garantidos os seguintes direitos:

I - justificação, por escrito, do motivo do recolhimento transitório;

II - identificação do responsável pela aplicação da medida;

III - comunicação imediata do local onde se encontra recolhido à pessoa por ele indicada;

IV - ocupação da prisão conforme o seu círculo hierárquico;

V - apresentação de recurso.

§ 7º. O recurso do recolhimento transitório será interposto perante o Comandante da Corporação Militar onde estiver recolhido o militar.

§ 8º. Na hipótese do recolhimento transitório ser determinado pelo Comandante da Corporação Militar para onde for recolhido o militar, o recurso será interposto perante esta autoridade, que imediatamente o encaminhará ao seu superior hierárquico, a quem incumbirá à decisão.

§ 9º. A decisão do recurso será fundamentada e proferida no prazo de dois dias úteis. Expirado esse prazo, sem a decisão do recurso, o militar será liberado imediatamente.

Ao observar o artigo supramencionado, constata-se a flagrante inobservância dele em face da Constituição. Princípios como: ampla defesa e contraditório, dignidade da pessoa humana as prisões constitucionais (flagrante delito ou mandado judicial), competência para legislar sobre matéria penal, devido processo legal, presunção de inocência, entre outros.

No entanto, o referido artigo, no seu *caput*, reconhece que o recolhimento transitório não é sanção disciplinar, como resguarda a Constituição Federal para a exceção das prisões estabelecidas em seu art. 5º, LXI, que são: flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Porém, o militar será recolhido à prisão, como informado no *caput*, tendo como competente para determinar tal ordem às elencadas no art. 31 do mesmo Código Disciplinar. Ressalta o artigo:

Da Competência

Art. 31. A competência disciplinar é inerente ao cargo, função ou posto, sendo autoridades competentes para aplicar sanção disciplinar:

I - o Governador do Estado: a todos os militares do Estado sujeitos a este Código;

II - o Secretário da Segurança Pública e Defesa Social e o respectivo Comandante-Geral: a todos os militares do Estado sujeitos a este Código, exceto os indicados no inciso seguinte;

III - o Chefe da Casa Militar: aos integrantes desta;

IV - os Subcomandantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar: a todos sob seu comando e das unidades subordinadas e às praças inativas da reserva remunerada;

V - os oficiais da ativa: aos militares do Estado que estiverem sob seu comando ou integrantes das OPM ou OBM subordinadas.

Parágrafo único. Ao Secretário da Segurança Pública e Defesa Social e aos Comandantes-Gerais da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar compete conhecer das sanções disciplinares aplicadas aos inativos da reserva remunerada, em grau de recurso, respectivamente, se oficial ou praça.

Mesmo com a imperatividade estabelecida pela Carta Magna em relação à competência de quem poderá decretar a prisão (art.5º, LXI, C.F/88), é notória a total desobediência a nossa Lei Maior. Pois, se a Constituição fala em **autoridade judiciária competente** não nos parece que o Governador do Estado, o Secretário de Segurança Pública e Defesa Social, o Comandante-Geral, o Chefe da Casa Militar, os Subcomandantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar e os oficiais da ativa faça parte do rol da autoridade judiciária competente descrita pela Constituição. Diante disso, recolher o militar a prisão por essas autoridades não judiciárias, foge da seara de suas competências, já que o recolhimento transitório não é sanção disciplinar, e sim, uma prisão temporária ou mesmo a prisão para averiguação de outrora, abolida pela C.F/88.

Segundo Guilherme de Souza Nucci “prisão é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena”.³ Diante disso, observamos que há indiferença entre as prisões, pois, todas elas, por menor que seja o seu tempo de recolhimento ao cárcere causa

³ **NUCCI**, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 4º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 554

transtornos psíquicos às vezes irreversíveis. Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior asseveram que se encontra provado cientificamente que a mera instauração do processo e a conseqüente angústia pela solução do conflito causam depressão, ou seja, um distúrbio mental caracterizado por uma grande ansiedade que pode levar ao suicídio.⁴ Se a instauração do processo pode levar ao suicídio, imagina-se o que ocorrerá com alguém preso por até 5 (cinco) dias em meio a uma prisão arbitrária?

Por mais que se queira negar, toda e qualquer prisão é um castigo. Diz-se, também, que sua finalidade precípua é reeducar para ressocializar, reinserir, reintegrar o condenado na comunidade. Porém, o cárcere, não tem função educativa; é simplesmente um castigo, e esconder sua verdadeira e íntima essência sob outros rótulos é ridículo e vitoriano. Os condenados vivem ali como farrapos humanos, castrados até a esperança.⁵ Em face disso, a tendência no mundo de hoje é reservar a pena privativa de liberdade para os delitos mais graves. Eu não vejo como grave os motivos adotadas pelo referido artigo para inserir na prisão o militar que cometer determinadas condutas, condutas essas, quando atípicas: como está embriagado; são condutas despenalizadoras: como ocorre com o caso do uso de entorpecentes.

Sendo a liberdade um dos direitos fundamentais do homem, natural deva a Constituição preservá-la. Sabe-se que a liberdade não é o direito de alguém fazer o que bem quiser, mas sim o de fazer o que a lei não proíbe. Sem os freios da lei, a liberdade desenfreada conduziria ao tumulto, à anarquia, ao caos. Daí permitir-se, na Magna Carta, a restrição à liberdade, desde que tal restrição se faça com comedimento, dentro dos limites do indispensável, do necessário, e, assim mesmo, cercada de reais garantias para que se evitem abusos do Poder Público.

A liberdade consiste na ausência de toda coação *anormal, ilegítima e imoral*. Com isso, concluímos que toda lei que limita a liberdade precisa ser lei normal, moral e legítima, no sentido de que seja consentida por aqueles cuja liberdade restringe.

⁴ **NETO**, Fernando da Costa Tourinho; **JÚNIOR**, Joel Dias Figueira. Juizados especiais cíveis e criminais. São Paulo: RT, 2000. p. 130

⁵ **FILHO**, Fernando da Costa Tourinho. Manual de Processo Penal. 11^o Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 605

Montesquieu ao falar de liberdade dizia que: “a liberdade política não consiste em fazer o que se quer. Num Estado, isto é, numa sociedade onde há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer, e a não ser constrangido a fazer o que não se deve querer”, e acrescenta seu conceito de liberdade como “o direito de fazer tudo o que as leis permitem⁶. Porém, essa noção de liberdade, é perigosa, se não se aditar que tais leis devem ser consentidas pelo povo”. A Declaração de 1789 possui uma definição mais aceitável, segundo ela “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem, assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outros limites senão os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos”. “Esses limites somente a lei poderá determinar”. Mas acrescenta: “A lei não pode proibir senão as ações nocivas à sociedade”. Diante dessas definições, percebemos que a liberdade opõe-se ao autoritarismo, à deformação da autoridade; não, porém, à autoridade legítima.

O art. 5º, II, da Constituição Federal, preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois é expressão da vontade geral. Diferente do conceito de Montesquieu, a nossa Constituição nos permite como cidadão, fazer tudo o que a lei não proíbe, tendo assim, uma espécie de **autonomia** em face da mesma. Porém, se levar em conta a situação do Estado com o princípio da legalidade, Montesquieu está correto, pois o Estado só poderá fazer o que a lei manda, estando assim **sujeito** a lei. Já em face da declaração de 1789, existe uma harmonia do seu conceito com o princípio constitucional da legalidade.

Diante disso, procurarei através desse trabalho, mostrar detalhadamente os abusos cometidos pelo referido artigo. Tendo como objetivo expurgá-lo do direito positivo vigente, trazendo com isso, alívio para a classe dos Militares Estaduais do Ceará.

⁶ De l'esprit des lois, XI, 3.

2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

2.1.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA PRISÃO (CF, ART. 5.º, LXI)

Preceitua o art. 5º, LXI, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. **A primeira regra a ser observada é a repetição da garantia constitucional: “À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita de autoridade competente”.** O recolhimento transitório está determinado em lei, porém, ele não obedece aos preceitos constitucionais para que sua efetivação seja legal e acima de tudo constitucional.

A exigência da ordem escrita de autoridade competente é uma garantia para o cidadão, evitando, desse modo, o arbítrio, os excessos e descomedimentos dos órgãos agentes do Estado. Entretanto, essa garantia não existe quando falamos de recolhimento transitório, pois, para ser levado à prisão, só será preciso que o militar cometa determinada conduta (atípica ou despenalizadora) para que o seu superior hierárquico e não a autoridade judiciária competente o leve ao cárcere. Dizendo o art. 282 do CPP que a ordem escrita deve emanar de autoridade competente, pergunta-se: quem é essa autoridade competente? Sempre a Autoridade Judiciária. Ninguém mais.⁷

Com isso, fica claro a primeira inconstitucionalidade desse artigo, superior hierárquico não é autoridade judiciária, por isso lhe falta competência para emanar tal ordem de prisão. Pois, toda e qualquer prisão, só poderá efetuar-se mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, e sua ausência, implica no exercício arbitrário ou abuso de autoridade definido como crime na letra a do art. 4º da Lei n. 4.898, de 9-12-1965. Excetua-se: a) os casos de prisão em flagrante; b) a recaptura de réu evadido não depende de prévia ordem judicial, e poderá ser efetivado por qualquer do povo; c) na hipótese prevista no art. 139, II, da Constituição Federal (prisão cautelar de natureza constitucional); d) finalmente, outra hipótese singular é aquela prevista no art. 287 do CPP, em que, a rigor, será

⁷ **FILHO**, Fernando da Costa Tourinho. Manual de Processo Penal. 11º Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2009. p.610

possível a prisão do cidadão sem que, no ato da captura, a ordem esteja na mão do captor. Salvo essas hipóteses, haverá sempre indeclinável necessidade da ordem escrita da Autoridade Judiciária competente.

A segunda regra a ser observada é o flagrante delito. A etimologia dessa palavra vem do latim *flagrans, flagrantis* (do verbo *flagrare*, queimar), significa ardente, que está em chamas, que arde, que está crepitando. Daí a expressão *flagrante delicto*, para significar o delito no instante mesmo da sua perpetração. Prisão em flagrante delito é, assim, a prisão daquele que é surpreendido no instante mesmo da consumação da infração penal.⁸ Já para Guilherme de Souza Nucci “flagrante significa tanto o que é manifesto ou evidente, quanto o ato que se pode observar no exato momento em que ocorre. Neste sentido, pois, prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal)⁹”. Tanto Tourinho como Nucci são inequívocos que, a prisão em flagrante é decorrente da inobservância de uma lei ou contravenção penal, pois, na falta dela, não se pode falar em flagrante delito, já que isso é o instante em que se comete um delito tipificado em lei.

Com isso, fica evidente a impossibilidade do recolhimento transitório pela via do flagrante delito, já que as condutas ali elencadas não fazem parte do rol das tidas como crime punível com prisão temporária. Observe-se o que descreve Nucci: “convém mencionar a inviabilidade total de se prender em flagrante delito o usuário de drogas, conforme prevê o art. 48, § 2º, da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas)¹⁰”, ou seja, a letra *b* do inciso II do art. 26 da Lei nº 13.407/03, de acordo com esse nobre doutrinador, torna-se totalmente impossível sua aplicabilidade. No decorrer do trabalho discorrerei com mais profundidade sobre cada pressuposto dessa nova modalidade de prisão.

A última regra a ser observada é a exceção referida pelo inciso: salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. Ao militar foi imposto pela nossa Constituição com mais duas possibilidades de ter sua liberdade

⁸ **FILHO**, Fernando da Costa Tourinho. Manual de Processo Penal. 11º Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2009. p.623

⁹ **NUCCI**, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 4º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 567

¹⁰ **NUCCI**, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 4º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 568

ceifada, mesmo, essa mesma Constituição afirmar no *caput* do art. 5º, “que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza”. Porém, sabemos que esse presente foi uma espécie de punição pela longa ditadura que o país viveu sobre o comando dos militares, e que, o **princípio da igualdade** é deixado de lado pela nossa própria Constituição quando se refere a eles.

Como é possível o *caput* do artigo que abre os direitos e garantias fundamentais afirmar que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, e no decorrer dele observamos tratamentos diferentes? Parece-nos um conflito aparente de normas, porém, estou convicto de que isso não passou de um castigo imposto pelo constituinte originário pelos sofrimentos que eles tiveram através da ditadura. Contudo, mesmo com o tratamento diferenciado dado aos militares, a nossa Magna Carta, não aboliu, mesmo para essa classe especial, algumas garantias constitucionais e infraconstitucionais como: dignidade da pessoa humana, ampla defesa, contraditório, presunção de inocência, devido processo legal, juiz natural e imparcial, promotor natural, entre outros. Fica claro que, o recolhimento transitório não respeita nenhuma dessas garantias, pois, mesmo na transgressão militar ou crime propriamente militar essas garantias são obrigatoriamente obedecidas.

O mais importante a se observar é que o *caput* do art. 26 da Lei nº 13.407/03 é taxativo e ao mesmo tempo contraditório ao afirmar que o recolhimento transitório **não é sanção disciplinar**, e que fique claro que a sanção disciplinar é imposta ao militar por uma inobservância de uma transgressão militar. O art. 12 da referida lei, define com clareza a transgressão disciplinar como sendo: “a infração administrativa caracterizada pela violação dos deveres militares, cominando ao infrator as sanções previstas neste Código, sem prejuízo das responsabilidades penal e civil”. Continua no seu §1º, I, “as transgressões disciplinares compreendem: todas as ações ou omissões contrárias à disciplina militar, especificadas no artigo seguinte, inclusive os crimes previstos nos Códigos Penal ou Penal Militar. Diante dessas definições, fica claro que o militar só poderá ser punido se cometer alguma ação ou omissão contrária a disciplina militar ou algum crime previsto nos Códigos Penal ou Penal Militar.

Sendo assim, ele não faria jus à primeira exceção constitucional a respeito da prisão (transgressão militar). A contradição do artigo é que no seu final um dos pressupostos para o recolhimento é a transgressão militar. Indaga-se: se a sanção disciplinar decorre do

cometimento de uma transgressão militar e o recolhimento transitório não é sanção disciplinar, como pode ser a transgressão militar pressuposto para tolher a liberdade de alguém? Pois, se não há sanção é porque não houve delito. Fica evidente, que essa confusão causada no *caput* do artigo foi uma forma de mascarar a inconstitucionalidade cometida na elaboração dessa nova modalidade de prisão.

A outra exceção (crime propriamente militar) é de competência do Código Penal Militar decidir qual conduta será crime militar, e suas prisões cautelares serão impostas pelo Código Processual Penal e não pelo Código Disciplinar da Polícia Militar do Ceará. Por sua vez, o Código Penal Militar e o Código Penal comum não estabelecem qualquer distinção dos crimes em propriamente e impropriamente militares.

Contudo, Renato Brasileiro de Lima define crime propriamente militar como sendo “aquele que só pode ser praticado por militar, pois consiste na violação de deveres restritos, que lhe são próprios, sendo identificado por dois elementos: a qualidade do agente (militar) e a natureza da conduta (prática funcional)”. Diz respeito particularmente à vida militar, considerada no conjunto da qualidade funcional do agente, da materialidade especial da infração e da natureza peculiar do objeto danificado, que deve ser o serviço, a disciplina, a administração ou a economia militar. A título de exemplo, podemos citar os delitos de deserção (CPM, art. 187), embriaguez em serviço (CPM, art. 202), dormir em serviço (CPM, art. 203) etc.¹¹

Diante da definição de Renato Brasileiro, os pressupostos elencados no art. 26 da Lei nº 13.407/03 não fazem jus para cercear a liberdade do militar, pois, para caracterizar crime militar são necessários dois elementos: a de ser militar e estar na prática da função. Porém, as condutas que ensejam o recolhimento transitório não fazem distinção estar o militar na função ou não, com isso, se tornaria inviável a prisão por crime militar já que um dos pressupostos para tal não estaria presente: a prática funcional.

Outra observação a fazer é que o art. 22, I, da C.F, assevera que: “compete privativamente à União legislar sobre direito penal e processual”. Diante disso, nenhum Estado membro tem o direito de criar nenhuma modalidade de prisão, pois, se assim proceder, estará cometendo uma inconstitucionalidade em relação à matéria. Sendo assim, o outro

¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática. Niterói, Rj: Impetus, 2011. p. 73

pressuposto imposto para o recolhimento transitório também é inconstitucional, pois, foge da competência do Estado do Ceará legislar sobre direito penal e processual penal.

2.1.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF, ART. 1.º, III)

Etimologicamente, “dignidade” vem do latim *dignitas*, adotado desde o século XI, significando cargo, honra, honraria ou título, podendo ser considerado em seu sentido, de postura socialmente conveniente diante de determinada situação. Trata-se de um valor imanente à pessoa humana, uma vez que é dotado de espiritualidade e valores que lhe são próprios. Além disso, constitui elemento de interpretação e de importante vetor na aplicação dos direitos fundamentais, sendo ainda considerado o fundamento desses direitos.¹²

A primeira nação a incorporar o princípio constitucionalmente foi a República Federal da Alemanha, cuja *Lex Fundamentalis* agasalhou um núcleo intocável de direitos fundamentais e humanos: eles são garantidos pela Constituição. É o que preleciona o art. 1.º: “A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo Poder Público. Posteriormente, o princípio da dignidade da pessoa humana foi se incorporando às diversas Constituições, constituindo-se cláusula pétrea e fundamento dos Estados democráticos.

Para Alexandre de Moraes, a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estado jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações aos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.¹³

A dignidade do homem, conforme a Constituição é o princípio norteador e basilar dos direitos fundamentais, constituindo, assim, o seu fundamento. Trata-se, sem dúvida, de

¹² VALE, Ionilton Pereira do. Princípios Constitucionais do Processo Penal na visão do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Método. 2009. p. 57

¹³ MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada. São Paulo: Atlas, 2005. p. 129

um princípio regente,¹⁴ cuja missão é a preservação do ser humano, desde o nascimento até a morte, conferindo-lhe autoestima e garantindo-lhe o mínimo existencial.¹⁵ O princípio, sendo reitor de outros princípios, é elemento de interpretação não só da Constituição, mas das normas infraconstitucionais, devendo ser aplicado integralmente no processo penal brasileiro.¹⁶

De acordo com os doutrinadores supramencionados esse princípio possui adjetivos como: norteador, basilar, princípio regente, reitor de outros princípios, fundamento de todos os direitos e elemento de interpretação da Lei Maior. Porém, o recolhimento transitório tenta anulá-los quando recolhe ao cárcere o militar sem obedecer a imperatividade das normas constitucionais. Pois, onde está à dignidade de alguém ao ser jogado no cárcere sem o devido processo legal, sem ampla defesa, sem o contraditório, sem ordem emanada de autoridade judiciária competente etc. Pois todos esses adjetivos dados para classificar tal princípio, são totalmente antagônicos e irrelevantes, ao comparar com o tratamento oferecido pelo Estado do Ceará aos seus policiais militares quando são recolhidos à prisão sem nenhuma dessas garantias.

Sob esse prisma, sabemos que o processo penal é constituído para servir de base ao justo procedimento de apuração da existência da infração penal e de quem seja seu autor, legitimando, ao final, garantida a ampla defesa, o contraditório e outros relevantes princípios, a devida punição. Porém, nesse caso específico, joga-se o militar ao cárcere e, só depois haverá uma apuração de sua culpabilidade ou não. Essa conduta, contudo, difere totalmente da recomendada pelas normas constitucionais e infraconstitucionais, pois, suprimir a

¹⁴ Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery a ele referem-se como “o princípio fundamental do direito. É o primeiro. O mais importante” (Constituição Federal comentada, p.118)

¹⁵ “Seja qual for o ângulo pelo qual analisemos o homem, veremos que ele é dotado de um valor de dignidade, que consiste na autonomia, ou seja, na aptidão para formular as próprias regras de vida. O homem possui dignidade pelo simples fato de existir como ser humano, dignidade esta que lhe é inerente e inalienável” (Eloisa de Souza Arruda, O papel do Ministério Público na efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos, p. 368). “Entenda-se como dignidade da pessoa humana o conjunto de atributos pessoais de natureza moral, intelectual, física, material que dão a cada homem a consciência de suas necessidades, de suas aspirações, de seu valor, e o tornam merecedor de respeito e acatamento perante o corpo social” (Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, O direito penal e a dignidade humana- a questão criminal: discurso tradicional, p. 816). “A dignidade da pessoa humana é, em si, qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano. Constitui elemento que o qualifica como tal e dele não pode ser separado. Não é algo concedido à pessoa humana, porque já lhe pertence de forma inata. Por isso, é irrenunciável e inalienável, porquanto se trata de um atributo de todo ser humano” (Carolina Alves de Souza Lima & Oswaldo Henrique Duek Marques, O princípio da humanidade das penas, p. 443).

¹⁶ **VALE**, Ionilton Pereira do. Princípios Constitucionais do Processo Penal na visão do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Método. 2009. p. 60

liberdade de alguém, sem o devido processo legal e suas garantias, não é democracia e sim uma ditadura.

Segundo Ionilton Pereira do Vale, baseando-se na lição de Maria Thereza Rocha de Assis (justa causa para ação penal-doutrina e jurisprudência. São Paulo: RT, p. 221), afirma que: a simples submissão de uma pessoa ao processo penal, por si só, é causa de constrangimento, em não havendo a chamada “justa causa”, pois, de acordo com o autor, a justa causa, em verdade, espelha uma síntese das condições da ação.¹⁷No mesmo pensamento, Afrânio da Silva Jardim destaca que: o processo já é em si uma espécie de pena para quem responde injustamente, entende que a justa causa é suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado.¹⁸Pois, a ação penal é tida hodiernamente como uma espécie de aflição infligida ao cidadão, que só em responder processo já teria uma sanção do Estado-Administração. É necessário cautela ao instaurar ação penal, pois, muitas vezes, nomes dos mais honrados são lançados na zona comum de réus que praticam os mais hediondos crimes, daí a jurisprudência do Supremo Tribunal e demais Tribunais Superiores, no sentido de que só pode ser deflagrada a ação criminal, existindo a chamada justa causa.¹⁹

O que seria a justa causa? Segundo Tourinho Filho: “é a impossibilidade de o acusador imputar a alguém a prática de uma infração penal sem que haja um lastro probatório. Isto é, ante a ausência do interesse processual, que repousa na plausibilidade do pedido. E o pedido é plausível quando arrimado em provas mais ou menos idôneas”.²⁰

Percebemos que sem justa causa não há ação penal, pois, sem ela, a rejeição da denúncia ou queixa crime, pelo juiz se torna inevitável. Porém, o mesmo rigor não existe, quando se trata do recolhimento transitório. Pois, para sua decretação, não se faz necessário a existência de qualquer tipo de prova, e sim, indícios de condutas que em alguns casos são atípicas. Se o simples fato da instauração do processo atinge o estado de dignidade do

¹⁷ Ob. Cit. p.90

¹⁸ **JARDIM**, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 95.,...

¹⁹ “Habeas corpus. Apropriação indébita de honorários. Não configuração. Trancamento por falta de justa causa. Conduta atípica. Para se caracterizar o delito in tese, é necessário haver a apropriação da coisa alheia móvel, de que o agente tem posse ou detenção do objeto. Não houve apropriação indébita de honorários, mas sim eventual descumprimento de obrigação contratual por parte do Banco do Brasil. Conduta atípica do advogado e do gerente de contas e, portanto, falta de justa causa para o inquérito policial. Habeas corpus conhecido e deferido” (STF, HC 83.166/MG, Rel. Min. Nelson Jobim, 2º T., j. 28.10.2003, DJ 12.03.2004).

²⁰ **FILHO**, Fernando da Costa Tourinho. Manual de Processo Penal. 11º Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2009. p.200

imputado, como fica a dignidade do militar depois de passar cinco dias na prisão sem as devidas garantias constitucionais?

2.1.3 DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5.º,LIV)

Proclama o art. 5.º, LIV, que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. A fonte original desse princípio estava no capítulo 39 da Magna Carta Libertatum de João Sem Terra, promulgada no campo de Runnymede, próximo a Windsor, em junho de 1215, ao prescrever que nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento dos seus pares ou pela lei da terra. A célebre expressão “by the law of the land” (lei da terra), que inicialmente constou da redação desse documento histórico, transmutou-se para “due process of Law” (devido processo legal). Buscou-se uma garantia e uma proteção contra os desmandos do rei, encarnando a época autoritária absoluta na Inglaterra. Não mais seria possível admitir-se a prisão ou a perda de bens de qualquer pessoa em virtude de simples capricho do governante. A tolerância havia atingido seu limite, tornando-se essencial o surgimento do princípio da legalidade ou reserva legal, determinando o império da lei sobre a vontade do rei.²¹

O devido processo legal consiste no direito de a pessoa não ser privada dos seus bens, sem a garantia que supõe a tramitação de um processo desenvolvido na forma estabelecido em lei. Este postulado está incorporado em todas as Constituições dos Estados contemporâneos, inclusive na nossa Lei Maior, pois, ele está relacionado com uma série de direitos e garantias constitucionais, tais como presunção de inocência, duplo grau de jurisdição, direito de ser citado e de ser intimado de todas as decisões que comportem recurso, ampla defesa, contraditório, publicidade, Juiz natural, imparcialidade do julgador, direito às vias recursais, proibição *da reforma in pejus*, respeito à coisa julgada (*non bis in idem*), proibição de provas colhidas ilicitamente, motivação das sentenças, celeridade processual, retroatividade da lei penal benigna, dignidade humana, integridade física, liberdade e igualdade.²²

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 62

²² FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Manual de Processo Penal. 11º Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 26-27

Observa-se a grande relevância desse postulado, criado exclusivamente para evitar o abuso do governante, que no seu nascedouro era o monarca. É notório que na época da monarquia a palavra do rei era a lei e, por isso, incontestável. Contudo, hoje o que prevalece é a democracia na maioria dos Estados mundiais, sem espaço para os governos ditatoriais de outrora. Porém, comparando esse princípio com o recolhimento transitório, percebemos um retrocesso que nos leva a época da monarquia absolutista, onde as palavras do rei se tornavam leis sem espaço para contestação, tornando seus súditos, simples marionetes.

Hoje, contudo, não há nenhuma diferença entre o poder absolutista dos reis da antiguidade com os das autoridades elencadas como competente para a aplicação de tal recolhimento. Pois, o devido processo legal é um princípio fundamental do processo penal, e uma autêntica garantia do cidadão, frente ao poder arbitrário por parte do Estado, e como tal, deve ser observado sempre que a liberdade de alguém estiver sendo tirada ou ameaçada. Porém, o recolhimento transitório, não vê esse princípio com a devida importância dada pela Constituição, pois, se assim não fosse, o militar jamais poderia ser levado ao cárcere sem antes ser observado todos os direitos a ele inerentes. Até mesmo no âmbito das relações privadas (também chamadas de eficácia horizontal no âmbito dos direitos fundamentais), tem o Supremo Tribunal entendido como Aplicação compulsória, em face de caráter compulsório do princípio, a sua observância obrigatória.²³ Se no âmbito das relações privadas, onde não há o perigo de ter a liberdade ameaçada, esse postulado é devidamente observado, maior obrigatoriedade o teria de ser quando o assunto é concernente a privação da liberdade, que nesse caso específico, se perfaz na pessoa do militar.

²³ “Cooperativa. Exclusão de associado. Caráter punitivo. Devido processo legal. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizando o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa” (RE 158.215, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07.06.1996)

2.1.4 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5.º, LVII)

Este princípio nada mais representa que o coroamento do *due process of Law*. É um fato de fé no valor ético da pessoa, própria de toda sociedade livre. Assenta no reconhecimento dos princípios do direito natural como fundamento da sociedade, princípios que, aliados à soberania do povo e ao culto da liberdade, constituem os elementos essenciais da democracia. A sua previsão encontra suporte no art. 5.º, LVII, da Constituição Federal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O princípio remonta ao art. 9.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26-8-1789 e que, por sua vez, deixa raízes no movimento filosófico-humanitário chamado “Iluminismo”, ou séculos das luzes, que teve à frente, dentre outros, o Marquês de Beccaria, Voltaire, Montesquieu, Rousseau. Foi um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e torturas, o acusado era tido como objeto do processo e não tinha nenhuma garantia. Dizia Beccaria que “a perda da liberdade sendo já uma pena, esta só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade exige” (Dos delitos e das penas, São Paulo, Atena Ed., 1954, p. 106).

Há mais de duzentos anos, ou, precisamente, no dia 26-8-1789, os franceses, inspirados naquele movimento, dispuseram na referida Declaração que: Todo homem sendo presumidamente inocente até que seja declarado culpado, se for indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para assegurar sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei. Mais tarde, em 10-12-1948, a Assembléia das Nações Unidas, reunida em Paris, repetia essa mesma proclamação.

No cenário penal, reputa-se inocente a pessoa não culpada, ou seja, não considerada autora de um crime. O estado natural do ser humano, seguindo-se fielmente o princípio da dignidade da pessoa humana, base do Estado Democrático de Direito, é a inocência. Inocente se nasce, permanecendo-se nesse estágio por toda a vida, a menos que haja o cometimento de uma infração penal e, seguindo-se os parâmetros do devido processo legal, consiga o Estado provocar a ocorrência de uma definitiva condenação criminal. Em virtude da condenação, com trânsito em julgado, instala-se a certeza da culpa, abandona-se o estado de inocência, ao menos quanto ao delito em foco. Não se quer dizer, seja a condenação

eterno estigma social, nem tampouco o estado de inocência se tenha perdido eternamente. A situação é particularizada e voltada um caso concreto: neste cenário, o condenado, em definitivo, é culpado. Noutros campos, em razão de fatos diversos, mantém-se o estado natural e original de *inocência*.²⁴

Aí está o princípio: enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Infelizmente, para os militares do Ceará, esse postulado não foi contemplado quando instituíram o recolhimento transitório. Pois, recolher o militar a prisão sem a devida comprovação de sua culpabilidade pela prática de alguma infração penal, por si só, já seria uma afronta a presunção de inocência, torna-se mais grave quando essa conduta não é considerada crime. Pois, está embriagado, não me parece uma conduta criminosa, porém, ela é uma das causas passiva de prisão. A prisão cautelar do réu só se justifica em hipóteses excepcionais, sob pena de restarem vilipendiados os princípios constitucionais da presunção da inocência e da dignidade da pessoa humana (HC 2008.059.03963 TJ-RJ, 2.º C.C., rel. José Muinos Pineiro Filho, 01.07.2008, v.u).

Pergunta-se: se a prisão do réu (aquele contra quem existe uma ação judicial) só se justifica em situação extrema, como pode ser preso um indivíduo contra quem não existe nenhuma acusação? Fica evidente, com isso, a existência de um autoritarismo exacerbado por parte do Código Disciplinar da Polícia Militar do Ceará, onde o respeito pelos princípios constitucionais não existem. Isso nos leva a crer que o militarismo está acima de qualquer lei ou norma, e que a Constituição de 1988 está sob a égide da ditadura militar de antigamente. Pois, se todos são inocentes até que se prove ao contrário e, o ônus da prova é da acusação (art. 156 do CPP dispõe que a alegação cabe a quem fizer), posição referendada pelo Supremo Tribunal Federal.²⁵ Diante disso, com o advento da CF/88, esse tipo arbitrário de prisão se torna inconcebível.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 239

²⁵ “Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar sua própria inocência (Decreto-lei 88, de 20-12-1937, art. 20, 5). Não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se – para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica – em elemento de certeza, os quais, ao dissiparem ambigüidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis,

2.1.5 AMPLA DEFESA (CF, ART. 5.º, LV)

O princípio da ampla defesa proporciona ao réu o direito de se valer de amplos extensos métodos para se defender da acusação, visto que é parte hipossuficiente ante a força do Estado. Encontra fundamento constitucional no art. 5.º, LV, que assevera: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A sua importância cada vez mais consagrada pela Constituição Federal, como demonstra a nova redação do art. 93, II, *d* (Emenda Constitucional 45/2004), cuidando da rejeição de juiz para promoção no critério da antiguidade: “na apuração da antiguidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurado *ampla defesa*, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação”.

A garantia da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, acarretam uma série de garantias implícitas, dela decorrentes, tais como: a) a entrega da nota de culpa em 24 horas ao preso; b) cópia integral do auto de prisão em flagrante para a Defensoria Pública (Redação da Lei 11.449/2007); c) dentro em 24 horas depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas (Redação da Lei 11.449/2007); d) a proibição da prisão sem mandado expedido pela autoridade judiciária competente, a não ser em caso de flagrante delito; e) a proibição da conservação na prisão sem culpa formada; f) a suspensão da prisão pela fiança, nos casos em que a mesma é admitida; g) as cautelas para assegurar a inviolabilidade do domicílio, que é complemento da liberdade individual; h) a competência da autoridade e a forma processual; i) a proibição de júzos ou tribunais de exceção; j) a proibição de prisão civil por dívidas, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia.²⁶

Ao observar as garantia decorrentes desse nobre postulado, fica mais evidente a inconstitucionalidade de tal medida acautelatória. Pois, no *caput* do art. 26 que trata do recolhimento transitório, está explícito que o militar será levado a prisão sem a nota de culpa,

sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou tribunal a pronunciar *o non liquet*” (HC 73.338, Rel. Min. Celso de Melo, DJ 19.12.1996).

²⁶ VALE, Ionilton Pereira do. Princípios Constitucionais do Processo Penal na visão do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Método. 2009. p. 276

contrariando a primeira garantia decorrente da ampla defesa. Como se não fosse suficiente, as garantias da letra *b, c, d, e*, do parágrafo supramencionado, também não são respeitados. Isso mostra quão grande arbitrariedade é cometida pelo referido recolhimento, pois, todas e quaisquer garantias determinada pela Constituição são aniquiladas quando se depara frente ao tal recolhimento.

A ampla defesa trata-se de direito paralelo e contraposto ao direito de ação. Neste ponto, pode-se dizer que se erige como direito público, subjetivo, autônomo e abstrato. O direito de defesa é direito público, tendo em vista a natureza indisponível do direito apresentado. Ademais, tal providência impõe-se como um verdadeiro ônus para o acusado, não podendo deixar o Estado que alguém seja processado sem defensor. Trata-se de direito subjetivo do acusado, para que possa usufruir os bens jurídicos tutelados pelo Código Penal (liberdade, indenização por danos morais etc.). O direito é autônomo, porquanto desvinculado de ter ou não o réu razão em suas invectivas contra o Estado. É um direito abstrato, porque independe da existência de direito concreto ou sentença absolutória em seu favor.

A ampla defesa divide-se em pessoal, também conhecida como autodefesa, que é feita pelo próprio acusado, e técnica, realizada por meio de defensor constituído ou dativo ou ainda por intermédio da defensoria pública. Adverte, contudo, Fernando de Almeida Pedroso que não se confundem, entretanto, defesa pessoal e autodefesa. Esta é o patrocínio próprio, vale dizer, tem vislumbre quando o acusado, possuindo habilitação técnica-jurídica, postula e debate em causa própria.²⁷

Contudo, a existência da ampla defesa em sede de recolhimento transitório se torna quase que inexistente. Há uma espécie de discricionariedade por parte do Estado em relação à privação de liberdade, porém, essa discricionariedade é vedada pela Constituição. O policial militar é privado do seu direito de ir e vir, sem a certeza de sua culpabilidade, mas, simples indícios são o bastante, como assevera o *caput* do artigo, para que a prisão seja efetuada. Ressalta-se que, somente depois de se encontrar encarcerado é que o militar terá direito a um recurso, recurso esse, que pode ser interposto perante a mesma autoridade policial que o prendeu. Com isso, a ampla defesa deixará de ser ampla e passará a ser quase que inexistente. Ademais, como será possível uma defesa ampla se quem decretou a prisão

²⁷ **PEDROSO**, Fernando de Almeida. Processo penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites. São Paulo: RT, 2001. p. 35.

poderá ser a mesma pessoa que analisará o recurso? É certo, que a imparcialidade não prevalecerá nesse caso.

2.1.6 CONTRADITÓRIO (CF, ART. 5.º, LV)

O contraditório compõe uma das mais relevantes faces do devido processo legal, associado, sob o prisma do acusado, à ampla defesa. Por certo, não haveria processo bilateral, com igualdade de oportunidades, preservando-se o equilíbrio e a isenção estatal na condução do feito, se não houvesse o contraditório. Cuida-se de um dos princípios aplicáveis tanto ao órgão acusatório quanto à defesa, embora contenha algumas distorções, que merecem ser limitadas.

O contraditório significa a oportunidade concedida a uma das partes para contestar, impugnar, contrariar ou fornecer uma versão própria acerca de alguma alegação ou atividade contrária ao seu interesse.²⁸ Segundo Tourinho Filho, o acusado, isto é, a pessoa em relação à qual se propõe a ação penal, goza do direito “**primário e absoluto**” da defesa. O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando assim, possa ser condenado sem ser ouvido.²⁹

Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida. Traduz a idéia de que a defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo quanto for produzido em juízo pela parte contrária. Já se disse: a todo ato produzido por uma das partes caberá igual direito da outra parte opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de dar, uma interpretação jurídica diversa daquela apresentada pela parte *ex adversa*.

O princípio do contraditório (ou bilateralidade de audiência) encontra sua fonte na Constituição Federal³⁰, no Pacto de San José da Costa Rica³¹ e na Declaração dos Direitos do Homem³².

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 286

²⁹ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Manual de Processo Penal. 11º Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 21

³⁰ Art. 5.º, LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

³¹ Art. 8.º - Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido

O princípio encontra-se ligado à comunicação dos atos processuais (ciência bilateral) e efetiva participação das partes nos atos. Além da comunicação, deve-se levar em conta o tempo para eventual contrariedade da prova apresentada, ou mesmo a preparação dos atos defensivos ou acusatório, sem os quais haverá cerceamento de defesa ou acusação. Decorrem a igualdade processual e a liberdade processual, em que o acusado nomeia o defensor que quiser, bem como apresenta as provas que lhe convêm.

Percebem-se, com isso, algumas características que derivam desse postulado. Contudo, não vemos sua aplicação com relação ao recolhimento transitório. Pois, em nenhum momento, se percebe o contraditório fazendo jus no momento da prisão. A liberdade do militar é ceifada, sem que o mesmo, possa contrapor o porquê do seu cerceamento.

O artigo 26 da Lei nº 13.407/03 é peremptório quando, no rol que trata dos direitos garantidos ao militar depois da prisão, não incluir o contraditório. Fala-se em um recurso que será analisado em até dois dias (§ 6.º, V), porém, a prisão será efetuada sem a possibilidade do militar argumentar sua legalidade, tendo que esperar a análise do recurso na prisão. Ferindo de maneira absurda esse postulado constitucional, pois, a outra parte tem o direito, segundo doutrinadores supramencionados, de contestar uma versão própria acerca de alguma alegação ou atividade contrária ao seu interesse, e que, sem isso, acarretará o cerceamento de sua defesa, cominando com o abuso de autoridade em relação ao autor da prisão.

anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou Tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem se confessar culpada; e h) direito de recorrer da sentença a juiz ou Tribunal superior.

³² Art. XI - 1. Toda pessoa acusada de um fato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa. 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Seja no processo penal, administrativo, civil etc. É necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno, porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo, porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-las. Contudo, essa plenitude e efetividade caem por terra no momento da prisão do militar, pois, bem nos parece, que o contraditório que deveria ser obrigatório no momento da prisão para que o indivíduo pudesse contrapor a sua perda da liberdade, não passa de uma inquirição formal dessa medida “acautelatória”, cerceando a efetividade garantida pelo princípio.

Observe-se que a desobediência ao contraditório acarreta nulidade do processo penal *ex vi* do art. 564, III, *c, e, f, g, h, l e o, todos* do Código de Processo Penal. Se a desobediência desse postulado causa a nulidade do processo, com isso, fica evidente, que a prisão nas condições desse artigo é arbitrária, cabendo ao poder judiciário relaxá-la de imediato (CF art. 5.º, LXV).

2.1.7 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL (CF, ART. 5.º, XXXVII)

O art. 5.º, XXXVII, estabelece que não haverá juízo ou Tribunal de exceção, e que ninguém pode ser sentenciado senão pela autoridade competente. Tendo origem do direito anglo-saxão, foi construído sobre a idéia da vedação do Tribunal de exceção, considerado este como o constituído originalmente para julgar determinada pessoa ou determinada infração penal.³³

O juiz natural é o que preexiste à ação, sendo vedada a sua designação aleatória para atuar em Tribunais de exceção. Trata-se do juiz constitucional, de sorte que somente a Constituição (secundada pelos Códigos de Organização Judiciária que com ela se adequem) pode tratar da jurisdição conferida a juízes e tribunais. A autoridade judiciária competente é aquela cujo poder de julgar a Constituição prevê e cujas atribuições jurisdicionais ela própria traçou.³⁴

³³ VALE, Ionilton Pereira do. Princípios Constitucionais do Processo Penal na visão do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Método. 2009. p. 316

³⁴ MARQUES, José Frederico. Da competência em matéria penal. Campinas: Millennium, 2000. p.67.

Ele é determinado, pré-constituído, dispõe de garantias (independência e imparcialidade), e a sua competência é determinada pela Constituição e pelas leis de organização judiciária. A consequência ou pressuposto fundamental do juiz natural é a sua independência, conforme assinalado pela doutrina e jurisprudência pátrias, sendo corolários de sua independência a **neutralidade** e a **imparcialidade**.³⁵ A independência do magistrado é uma das condições exigidas para o exercício da jurisdição. O juiz não dependente pode ser recusado pelas partes, uma vez que tenha interesse no objeto do processo, ou mesmo em qualquer uma das partes.

Vejamus esse exemplo: um policial está em uma festa e exagera na bebida alcoólica (conduta atípica), ao ir embora a pé se depara com uma viatura, e nela está o comandante do Batalhão ao qual o policial é lotado. O comandante decide recolher o militar a prisão, pois, segundo o art. 26, II, *b*, é um requisito pelo qual o militar pode ter sua liberdade cerceada. Ao proceder à formalidade da prisão, o militar decide entrar com o recurso (art. 26, § 7.º da Lei nº 13.407/03). Sabe pra quem será endereçado o recurso? Para o mesmo comandante que o prendeu. Onde está a imparcialidade e neutralidade que é consequência do princípio do juiz natural? Já que os oficiais da policia militar do Ceará usurparam, através dessa lei, a competência outorgada pela Constituição, sobre quem teria o direito de decretar a prisão e, eles próprios tornaram-se juízes. Como pode alguém prender e ele próprio decidi se o indivíduo será posto em liberdade? Assinaria ele, se procedesse assim, sua incompetência, mostrando que a prisão que ele efetuou foi arbitrária, podendo responder criminalmente por isso. È claro que o recurso impetrado pelo policial preso seria indeferido de imediato pelo seu comandante.

Fica evidente, com isso, a total incompatibilidade do recolhimento transitório com a nossa Magna Carta nesse caso supramencionado. Os policiais militares do Ceará estão meio que de mãos atadas frente ao arbítrio dessa lei, fulminando o direito de ir e vir, mostrando que a liberdade não é a regra, mas a exceção.

Trata-se de garantia constitucional indisponível, não podendo haver, a respeito, qualquer espécie de acordo ou transação, revestindo-se, consoante a jurisprudência do

³⁵ “Com efeito, a garantia do juízo natural, proclamada do inc. LIII do art. 5.º da Carta de Outubro, é uma das mais eficazes condições de independência dos magistrados. Independência, a seu turno, que opera como um dos mais claros pressupostos de imparcialidade que deles, julgadores, se exige” (RE 418.852, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 10.03.2006).

Supremo Tribunal Federal, de dupla função instrumental, pois, enquanto garantia indisponível, tem por titular qualquer pessoa exposta em juízo criminal à ação persecutória do Estado, e, enquanto limitação insuperável, representa fator de restrição que incide sobre os órgãos do poder estatal incumbidos de promover, judicialmente, a repressão criminal.³⁶

3 SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL

3.1 DOS OBJETIVOS DA PENA DE PRISÃO

É notório que o Direito Penal visa à proteção do bem jurídico e esse se pauta em duas premissas básicas: a primeira, a noção de que a vida em grupo só é possível com a restrição da liberdade de cada um em benefício do todo; a segunda, a ideia da possibilidade de punir aquele participante desse mesmo grupo, se o mesmo desrespeitar o direito alheio.

Tal punição ou pena é imposta pelo Estado, conforme preceitua Damásio de Jesus, “mediante ação penal ao acusado de uma infração, como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”.³⁷

Em termos gerais, a pena consiste na retribuição imposta pelo Estado em razão da prática de um ilícito penal e consiste na privação de bens jurídicos determinada pela lei, que visa à prevenção em relação à prática de novas transgressões, bem como à readaptação do criminoso ao convívio social

Muito se discute, na doutrina, os fins da pena de prisão. Em tese, além de representar a retribuição punitiva ao delinquente, tem também, nas palavras de Capez, a finalidade de “promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade”³⁸; ou seja, além do aspecto retributivo, também teria caráter ressocializador e intimidativo.

³⁶ “O postulado do juiz natural representa garantia constitucional indisponível, assegurada a qualquer réu, em sede de persecução penal, mesmo quando instaurada perante a justiça Militar da União. (...). O postulado do juiz natural, em sua projeção político-jurídica, reveste-se de dupla função instrumental, pois, enquanto garantia indisponível, tem, por titular, qualquer pessoa exposta, em juízo criminal, à ação persecutória do Estado, e, enquanto limitação insuperável, representa fator de restrição que incide sobre os órgãos do poder estatal incumbidos de promover, judicialmente, a repressão criminal” (HC 81.963, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28.10.2004). No mesmo sentido: HC 79.865, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 06.04.2001.

³⁷ JESUS, Damásio E. de. Direito penal. 11º Ed. São Paulo: Saraiva, 1986, v.1. p. 445

³⁸ CAPEZ, Fernando. Direito penal: parte geral. 7º Ed. São Paulo: Paloma, 2001. p. 185

Na prática, entretanto, os fins da pena têm se mostrado contestáveis do ponto de vista da eficácia, com exceção do fim retributivo, visto que a prisão continua representando um verdadeiro castigo, marcado por excessos e abusos aos mais elementares direitos humanos do preso. De acordo com Cordeiro³⁹, afora o aspecto retributivo, a pena prisional não intimida, visto que mesmo nos países nos quais se aplicam leis severas, como nos Estados Unidos, os índices de criminalidade são alarmantes. No tocante à ressocialização, esta constitui uma utopia, “uma letra morta da lei”, em razão dos efeitos decorrentes da prisão, com todas as suas mazelas, inviabilizando o retorno do preso à vida social, empurrando-o quase que fatalmente para o caminho do crime.

Para que fique claro que, o recolhimento transitório é inconstitucional, e que se trata de uma nova modalidade de prisão ou uma aparente recepção⁴⁰ por parte da CF/88, que não foi o caso, da prisão administrativa de outrora, examinaremos os tipos de prisão existente no Brasil, para comprovar, com isso, sua arbitrariedade.

3.2 TIPOS DE PRISÃO EXISTENTES NO BRASIL

Em matéria processual, há duas formas de prisão. A primeira delas é a prisão pena, decorrente de sentença condenatória transitada em julgado. Nas palavras de Tourinho Filho, prisão pena é “o sofrimento imposto pelo Estado ao infrator, em execução de uma sentença penal, como retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada”⁴¹. A segunda é a prisão processual, que é decretada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, nas hipóteses previstas em lei.

Antes das Leis 11.689/08 e 11.719/08, eram cinco as hipóteses de prisão processual cautelar, a saber: a) prisão em flagrante; b) prisão temporária; c) prisão preventiva;

³⁹ CORDEIRO, Grecianny Carvalho. Privatização do sistema prisional brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006. p. 26-27

⁴⁰ **Recepção** consiste no acolhimento que uma nova constituição posta em vigor dá às leis e atos normativos editados sob a égide da Carta anterior, desde que compatíveis consigo. O fenômeno da recepção, além de receber materialmente as leis e atos normativos compatíveis com a nova Carta, também garante a sua adequação à nova sistemática legal. Por exemplo: apesar de inexistir sob a vigência da Constituição de 1988 a espécie normativa Decreto-lei, o Código Penal continua em vigor, uma vez que foi materialmente e formalmente recepcionado, sob a nova roupagem de lei ordinária. Outro exemplo é lembrado por Michel Temer: “O Dec. 24.643, de 1934, é o Código das Águas. Foi produzido ao tempo em que os decretos do Poder Executivo tinham força de lei. Foi recebido por todas as ordens constitucionais posteriores. Hoje a disciplina dessa matéria é fornecida pela lei; daí sua natureza legal”. Contudo, vale ressaltar, que a prisão administrativa ou a prisão para averiguação não foi recepcionada pela Constituição de 1988, pois, a mesma não era compatível com a nova Carta. Tornando, com isso, inconstitucional sua eficácia jurídica.

⁴¹ **FILHO**, Fernando da Costa Tourinho. Manual de Processo Penal. 11^o Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 605

d) prisão em decorrência de pronúncia; e) prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível. Vale salientar, que é impositivo constitucional que toda prisão seja fielmente fiscalizada por um juiz de direito. Estipula o art. 5.º, LXV, que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. Além disso, não se pode olvidar que, mesmo a prisão decretada por magistrado, fica sob o crivo de autoridade judiciária superior, através da utilização dos instrumentos cabíveis, entre eles o *habeas corpus*: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5.º, LXVIII, CF).

Contudo, depois de tudo que já foi exposto até o momento, fica evidente que o recolhimento transitório é algo que, depois de comunicado ao juiz do encarceramento do policial por parte da autoridade coatora, o mesmo deve de imediato relaxar tal prisão por ser uma flagrante inconstitucionalidade e um atentado ao direito fundamental do ser humano, que nesse caso específico é o policial militar. Ademais, constitui um abuso de autoridade efetuar prisão ilegal, deixar de relaxar – nesse caso válido apenas para o juiz – prisão ilegalmente realizada, bem como deixar de comunicar ao magistrado a prisão efetivada, ainda que legal. Porém, sei de alguns procedimentos realizados pela Polícia Militar do Ceará concernente a tal medida cautelar, mas, não tenho informação que nenhum magistrado tenha relaxado tal prisão depois de ser informado do recolhimento do policial. Contudo, no capítulo específico trataremos com mais profundidade sobre o assunto.

3.3 Prisão em Flagrante

Flagrante significa tanto o que é manifesto ou evidente, quanto o ato que se pode observar no exato momento em que ocorre. Nesse sentido, pois, prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal).⁴² Para Tourinho filho, prisão em flagrante é “a prisão daquele que é surpreendido no instante mesmo da consumação da infração penal”.⁴³

Autoriza-se essa modalidade de prisão na Constituição Federal (art. 5.º, LXI), sem a expedição de mandado de prisão pela autoridade judiciária, daí por que o seu caráter

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 4º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 567

⁴³ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Manual de Processo Penal. 11º Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 623

administrativo, já que seria incompreensível e ilógico que qualquer pessoa (autoridade policial ou não) visse um crime desenvolvendo-se à sua frente e não pudesse deter o autor de imediato.

O fundamento da prisão em flagrante é justamente poder ser constatada a ocorrência do delito de maneira manifesta e evidente, sendo desnecessária, para a finalidade cautelar e provisória da prisão, a análise de um juiz de direito. A natureza jurídica da prisão em flagrante é de medida cautelar de segregação provisória do autor da infração penal. Assim, exige-se apenas a aparência da tipicidade, não se exigindo nenhuma valoração sobre a ilicitude e a culpabilidade, outros dois requisitos para configuração do crime.

É a tipicidade o *fumus boni jûris* (fumaça do bom direito). Quanto ao *periculum in mora* (perigo na demora), típico das medidas cautelares, é ele presumido quando se tratar de infração penal em pleno desenvolvimento, pois lesadas estão sendo a ordem pública e as leis. Cabe ao juiz, no entanto, após a consolidação do auto de prisão em flagrante, decidir, efetivamente, se o *periculum* existe, permitindo, ou não, que o indiciado fique em liberdade.⁴⁴

Tem essa modalidade de prisão, inicialmente, o caráter administrativo, pois o auto de prisão em flagrante, formalizador da detenção, é realizado pela Polícia Judiciária, mas torna-se jurisdicional, quando o juiz, tomando conhecimento dela, ao invés de relaxá-la, prefere mantê-la, pois considera legal. O artigo 302 do Código de Processo Penal elenca as hipóteses de prisão em flagrante.

O flagrante próprio ou perfeito é constituído das hipóteses descritas nos incisos I e II do art. 302 do CPP. Ocorre, pois, quando o agente está em pleno desenvolvimento dos atos executórios da infração penal (inciso I)⁴⁵, isto é, surpreendido no instante mesmo da prática da infração, ou, então quando acaba de cometê-la.⁴⁶ Nessa situação, havendo a intervenção de alguém, impede-se o prosseguimento da execução, redundando, muitas vezes, em tentativa. Pode ainda dar-se quando o agente terminou de concluir a prática da infração penal, ficando evidente a materialidade do crime e da autoria (inciso II). Embora consumado o delito, não se desligou o agente da cena, podendo, por isso, ser preso. A esta hipótese não se subsume o autor que consegue afastar-se da vítima e do lugar do delito, sem que tenha sido detido.

⁴⁴ NUCCI, Ob. Cit. p.568

⁴⁵ NUCCI, Ob. Cit. p.570

⁴⁶ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Ob. Cit. p.627

O flagrante impróprio ou imperfeito ocorre quando o agente conclui a infração penal, mas sem ser preso no local do delito, pois consegue fugir, fazendo com que haja perseguição por parte da polícia, da vítima ou de qualquer pessoa do povo. Note-se que a lei faz uso da expressão “em situação que faça presumir ser autor da infração” (inciso III do art. 302), demonstrando, com isso, a impropriedade do flagrante, já que não foi surpreendido em plena cena do crime. Mas, é razoável a autorização legal para a realização da prisão, pois a evidência da autoria e da materialidade mantém-se, fazendo com que não se tenha dúvida a seu respeito. Exemplo disso é o do agente que, dando vários tiros na vítima, sendo perseguido por vizinhos do ofendido. Não foi detido no exato instante em que terminou de dar os disparos, mas a situação é tão clara, que autoriza a perseguição e prisão do autor. A hipótese é denominada pela doutrina de *quase flagrante*.⁴⁷

A lei utilizou a expressão *logo após*, querendo demonstrar que a perseguição deve iniciar-se em ato contínuo à execução do delito, sem intervalos longos, demonstrativo de falta de pista. Nas palavras de Roberto Delmanto Junior, “a perseguição há que ser *imediate e ininterrupta*, não restando ao indigitado autor do delito qualquer momento de tranqüilidade” (*As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, p. 101). Contudo, a perseguição, por sua vez, pode demorar horas ou dias, desde que tenha tido início *logo após* a prática do crime.

Por fim, há o flagrante presumido ou ficto, que constitui-se na situação do agente que, logo depois da prática do crime, embora não tenha sido perseguido, é encontrado portando instrumentos, armas, objeto ou papéis que demonstrem, por presunção, ser ele o autor da infração penal (inciso IV do art. 302 do CPP). É o que ocorre nos crimes patrimoniais, quando a vítima comunica à polícia a ocorrência de um roubo e a viatura sai pelas ruas do bairro à procura do carro subtraído, por exemplo. Visualiza o autor do crime algumas horas depois, em poder do veículo, dando-lhe voz de prisão.⁴⁸

Nesse contexto não se pode conferir à expressão “logo depois” uma larga extensão, sob pena de se frustrar o conteúdo da prisão em flagrante. Trata-se de uma situação de imediatidade, que não comporta mais do que algumas horas para findar-se. Tourinho Filho destaca que: “uma perseguição 4 horas após a prática de um crime, por óbvio, não é uma perseguição *logo após*... ou *logo depois*. Embora o legislador com essas expressões não fixe

⁴⁷ NUCCI, Ob. Cit. p.571

⁴⁸ NUCCI, Ob. Cit. p.572

os limites de tempo entre a prática do crime e a prisão, o certo é que não pode transcorrer tanto tempo de modo a superar o que normalmente se há de entender por *logo após* ou *logo depois*.⁴⁹

3.4 Prisão temporária

É uma modalidade de prisão cautelar, cuja finalidade é assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza **grave** (grifo nosso). Está prevista na Lei 7.960/89 e foi idealizada para substituir, legalmente, a antiga prisão para averiguação, que a polícia judiciária estava habituada a realizar, justamente para auxiliar nas suas investigações. A partir da edição da Constituição de 1988, quando se mencionou, expressamente, que somente a autoridade judiciária, por ordem escrita e fundamentada, está autorizada a expedir decreto de prisão contra alguém, não mais se viu livre para fazê-lo a autoridade policial, devendo solicitar a segregação de um suspeito ao juiz.⁵⁰

Nucci foi peremptório ao declarar que a prisão para averiguação foi abolida após a entrada em vigor da Constituição de 1988. Porém, nos parece, que essa informação não foi repassada para os legisladores e o governador do Estado do Ceará, pois, ao aprovar a Lei 13.407/03, houve uma *represtinação*⁵¹ da prisão para averiguação com um novo nome (recolhimento transitório), prisão essa, que é incompatível com a nova ordem constitucional. Ademais, o Estado do Ceará não só represtinou uma prisão abolida pela Magna Carta, como os seus requisitos para a decretação são bem mais rigorosos ou absurdos, do que os da prisão para averiguação.

Para não banalizar a decretação da prisão temporária, torna-se necessário interpretar, em conjunto, o disposto no art. 1.º, I e II com o III, da Lei nº 7.960/89. Assim, o

⁴⁹ **FILHO**, Fernando da Costa Tourinho. Ob. Cit. p.628

⁵⁰ **NUCCI**, Ob. Cit. p.564

⁵¹ **Represtinação** é o nome que se dá ao fenômeno que ocorre quando uma norma revogadora de outra anterior, que, por sua vez, tivesse revogado uma mais antiga, recoloca esta última novamente em estado de produção de efeitos. Esta verdadeira restauração de eficácia é proibida em nosso Direito, em nome da segurança jurídica, salvo se houver expressa previsão da nova lei, conforme preceitua o art. 2.º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Assim, a legislação que tenha perdido sua eficácia anteriormente à edição da nova Constituição Federal não irá readquiri-la com sua promulgação. Nesse sentido, decidiu o STF que “existe efeito represtinatório em nosso ordenamento jurídico, impondo-se, no entanto, para que possa atuar plenamente, que a represtinação encontre suporte em cláusula normativa que a preveja expressamente, pois a represtinação não se presume. (STF – Rextr. nº 384.327-3/DF – Rel. Min. Nelson Jobim, Diário da Justiça, Seção I, 3 set. 2003, p. 61. STF – Medida cautelar em Ação Cautelar nº 586-8/SP - Rel. Min. Nelson Jobim, Diário da Justiça, Seção I, 2 fev. 2005, p. 35).

correto é associar os incisos I e II ao inciso III, viabilizando as hipóteses razoáveis para a custódia cautelar de alguém.

Portanto, há duas situações que autorizam à temporária:

1. °) “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial” (inciso I), associando-se ao fato de haver “*fundadas razões*”, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria e participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, *caput*, e seu § 2.°); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, *caput*, e seus §§ 1.° e 2.°); c) roubo (art. 157, *caput*, e seus §§1.°, 2.° e 3.°); d) extorsão (art. 158, *caput*, e seus §§ 1.° e 2.°); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, *caput*, e seus §§1.°, 2.° e 3.°); f) estupro (art. 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, c/c o art. 223, *caput* e parágrafo único). Esse tipo penal foi revogado pela Lei 11.106/2005. Logo, se o agente sequestrar pessoa, com fins libidinosos, incide na figura do art. 148, § 1.°, V, do Código Penal, continuando a autorizar a prisão temporária; i) epidemia com resultado morte (art. 267, § 1.°); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, *caput*, combinado com o art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1.°, 2.° e 3.° da Lei 2.889, de 01.10.1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368, de 21.10.1956, substituído pelo art. 33 da Lei 11.343/2006); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei 7.492, de 16.06.1986)” (inciso III);

A exigência de *fundadas razões* é necessariamente imprescindível, pois não existe cautelaridade sem esse requisito. Fundadas razões são razões convincentes, sérias⁵². Ora, como pode conceber, no caso específico do recolhimento transitório, que possui a mesma sanção da prisão temporária, que o simples fato de está embriagado, sob o efeito de entorpecentes, está agressivo ou houver indícios de crime possa transforma-se em “razão fundada”? Uma vez que se instituiu a prisão temporária, deverá ela, no direito a ser constituído, limitar-se às infrações graves, única e exclusivamente, quando “imprescindível às

⁵²

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Ob. Cit. p.637

investigações policiais”, e, assim mesmo, é preciso que haja prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria.

Se o militar tiver sido recolhido transitoriamente por conduta atípica, no caso de se encontrar embriagado, como poderá encontrar nessa conduta os pressupostos de materialidade delitiva e indício de autoria exigido para a prisão temporária? Já que essa conduta não é considerada como crime no nosso sistema jurídico. Caberá no mínimo, uma persecução penal por parte do Estado, em relação ao autor da prisão ilegal, uma ação por abuso de autoridade (art. 3.º, da Lei nº 4.898/65).

2.º) “quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade” (inciso II) em combinação com os crimes descritos no referido inciso III.

Acrescenta-se, ainda, que o art. 2.º, § 4.º, da Lei nº 8.072/90, possibilitou a decretação da temporária a todos os delitos hediondos e equiparados, logo, os previstos nos arts. 1.º e 2.º da referida lei. Por isso, aos já mencionados acima, adicione-se a tortura e o terrorismo.

Enfim, não se pode decretar a temporária somente porque o inciso I foi preenchido, pois implicaria viabilizar a prisão para qualquer delito, inclusive os de menor potencial ofensivo, desde que fosse imprescindível para a investigação policial, o que soa desapropriado. Não parece lógico, ainda, decretar a temporária unicamente porque o agente não tem residência fixa ou não é corretamente identificado, em qualquer delito. Logo, o mais acertado é combinar essas duas situações com os crimes enumerados no inciso III, e outras leis especiais, de natureza *grave* (grifo nosso), o que justifica a segregação cautelar do indiciado.⁵³ No mesmo sentido, Maurício Zanoide de Moraes, *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, 7. ed., p. 2.869; Antonio Magalhães Gomes Filho, *A motivação das decisões penais*, p. 230.

Diante dessa extraordinária fundamentação apresentada por Nucci, a prisão temporária só se justifica, com o primeiro pressuposto de ser o crime de natureza *grave*; segundo, esses crimes de natureza grave (inciso III) combinado com os incisos I e II do art. 1.

⁵³ NUCCI, Ob. Cit. p.564

° da Lei 7.960/89, pois, só o I ou II inciso separadamente não é fundamento para a segregação cautelar do indiciado. Contudo, o recolhimento transitório, não obedece às garantias constitucionais e as leis infraconstitucionais, pois, o mesmo não passa de uma prisão para averiguação maquiada com um novo nome. Se assim não fosse, seus pressupostos para a decretação não seriam tão banais, a ponto de o militar ter sua liberdade subtraída, pelo simples fato de se encontrar embriagado, sob o efeito de entorpecentes ou agressivo. Condutas essas, que não tem a natureza grave exigida pela lei, e nem os outros dois requisitos estabelecidos por ela.

O prazo da prisão temporária será como regra, de cinco dias, podendo ser prorrogado por outros cinco, em caso de *extrema e comprovada necessidade* (art. 2. °, *caput*, da Lei n° 7.960/89). Quando se tratar de crimes hediondos e equiparados, o prazo sobe para 30 dias, prorrogáveis por outros 30 (art. 2. °, § 4. °, da Lei n° 8.072/90). Não há decretação de ofício pela autoridade judiciária, ao contrário do que pode ocorrer com a preventiva, devendo haver requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial.

Semelhança ou não, o recolhimento transitório também seu prazo de detenção de cinco dias (art. 26, II, § 4. °, da Lei n° 13.407/03); deixando claro que se trata de uma nova modalidade de prisão, misturando o arbítrio da prisão para averiguação com alguns pressupostos e prazo da prisão temporária, pois, a mesma, traz no seu *caput*, que se trata de prisão de medida preventiva e acautelatória, tendo como prazo máximo de cinco dias. É notório que tal medida não passa de uma nova modalidade de prisão, e com isso, tendo que ser expurgada do ordenamento jurídico, pois, não consta no Código de Processo Penal ou Penal Militar, onde os mesmos possuem a competência exclusiva para definir que tipo de prisão é legal, nenhum tipo de prisão com o nome de recolhimento transitório.

3.5 Prisão preventiva

Trata-se de uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidades, respeitados os requisitos estabelecidos em lei.⁵⁴ Para Tourinho Filho, “é aquela medida restritiva da liberdade determinada pelo juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, como medida cautelar, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência

⁵⁴

NUCCI, Ob. Cit. p.582

da instrução criminal.⁵⁵ No ensinamento de Frederico Marques, possui quatro pressuposto: a) natureza da infração (alguns delitos não a admitem, como ocorre com os delitos culposos); b) probabilidade de condenação (*fumus boni jûris*, ou seja, “fumaça do bom direito”); c) perigo na demora (*periculum in mora*); e d) controle jurisdicional prévio (Elementos de direito processual penal, v. 4, p. 58)

Conforme dispõe o art. 311 do CPP, ela pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, em razão de requerimento do Ministério Público ou do querelante, mediante representação da autoridade policial ou mesmo de ofício pelo juiz. *Requerimento* é pedido, solicitação. *Representação*, aí, tem um sentido unívoco: exposição escrita de motivos. Observe-se que o juiz pode decretá-la de ofício, isto é, sem provocação de quem quer que seja.

Segundo preleciona Nucci, “a previsão de decretação da prisão preventiva como ato de ofício do magistrado, logo, sem que qualquer interessado o provoque, é mais uma amostra de que o juiz, no processo penal brasileiro, afasta-se de sua posição de absoluta imparcialidade, invadindo seara alheia, que é do órgão acusatório, podendo decretar medida cautelar de segregação sem qualquer das partes, envolvidas no processo, tenha solicitado. Continuando sua ponderação, o autor é peremptório, ao afirmar, que o nosso sistema de processo é misto, ou, inquisitivo garantista”.⁵⁶

Para a decretação da prisão preventiva são necessários, no mínimo, sempre três requisitos: prova da existência do crime (materialidade)⁵⁷ + indício suficiente de autoria⁵⁸ + uma das situações descritas no ar. 312 do CPP, como bem explicam Nucci⁵⁹:

I) Garantia da ordem pública, é a hipótese de interpretação mais ampla e insegura na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e

⁵⁵ **FILHO**, Fernando da Costa Tourinho. Ob. Cit. p.638

⁵⁶ **NUCCI**, Ob. Cit. p.584

⁵⁷ “A prova da existência do crime é a certeza de que ocorreu uma infração penal, não se podendo determinar o recolhimento cautelar de uma pessoa, presumidamente inocente, quando há séria dúvida quanto à própria existência de evento típico.”

⁵⁸ “Indício suficiente de autoria é a suspeita fundada de que o indiciado ou réu é o autor da infração penal. Não é exigida prova plena da culpa, pois isso é inviável num juízo meramente cautelar, feito, como regra, muito antes do julgamento de mérito.”

⁵⁹ **NUCCI**, Ob. Cit. p.585

traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomem conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente. A garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo trinômio *gravidade da infração + repercussão social + periculosidade do agente*.

II) Garantia da ordem econômica, visa-se, com a decretação da prisão preventiva, impedir que o agente, causador de seriíssimo abalo à situação econômico-financeira de uma instituição financeira ou mesmo do órgão do Estado, permaneça em liberdade, demonstrando à sociedade a impunidade reinante nessa área. Assim, continua-se no trinômio *gravidade da infração + repercussão social + periculosidade do agente*, de maneira a garantir que a sociedade fique tranqüila pela atuação do Judiciário no combate à criminalidade invisível de muitos empresários e administração de valores, especialmente do setor público.

III) Conveniência da instrução criminal é o motivo resultante da garantia de existência do devido processo legal, no seu aspecto procedimental. A conveniência de todo processo é que a instrução criminal seja realizada de maneira lisa, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas, sobretudo do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, visando à perturbação do desenvolvimento da instrução criminal, que compreende a colheita de provas de um modo geral, é motivo a ensejar a prisão preventiva.

IV) Garantia da lei penal, significa assegurar a finalidade útil do processo penal, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor da infração penal exemplo maior disso é a fuga deliberada da cidade ou do país, demonstrando que não está nem um pouco interessado em colaborar com a justa aplicação da lei.

Contudo, o Código de Processo Penal Militar no seu art. 255 enumera as hipóteses que autorizam a prisão preventiva, a saber: a) garantia da ordem pública; b) conveniência da instrução criminal; c) periculosidade do indiciado ou acusado; d) segurança da aplicação da lei penal; 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. Os pressupostos *c* e *e* do art. 255 do CPPM não estão previstos no art. 312 do CPP, porém, nada obsta a aplicabilidade do CPP no âmbito militar, pois, o próprio Código de Processo Penal Militar admite a sua aplicação subsidiariamente.

Não existe, em lei, um prazo determinado para sua duração, como ocorre com a prisão temporária. A regra é que perdure, até quando seja necessário, durante a instrução, não podendo, é lógico, ultrapassar eventual decisão absolutória, que faz cessar os motivos determinantes de sua decretação, bem como o trânsito em julgado de decisão condenatória, pois, a partir desse ponto, está-se diante de prisão-pena.⁶⁰

O artigo 313 do CPP estabelece que a prisão preventiva será admissível nos casos de crimes dolosos, punidos com reclusão (inc. I); bem como naqueles punidos com detenção, se o indiciado ou réu for vadio ou houver dúvida quanto a sua identidade, sem elementos suficiente para esclarecê-la (inc. II); se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal (inc. III); se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (inc. IV).

Com relação às circunstâncias que limitam a prisão preventiva, o artigo 314 do CPP enumera as hipóteses de exclusão de ilicitude do art. 23 do Código Penal (estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal).

Por ser uma medida drástica, deve ser reservada somente para os casos excepcionais, de modo que a prisão preventiva só poderá ser decretada dentro daquele mínimo indispensável, sujeitando-se, como visto, a pressupostos e condições, para se evitar ao máximo o comprometimento do direito de liberdade que o próprio ordenamento jurídico tutela e ampara.⁶¹

Como já supra mencionado, a prisão preventiva é medida excepcional e, por isso, decretável em casos de extrema necessidade. Contudo, se durante o processo o Juiz constatar que o motivo ou os motivos que a ditaram já não subsistem, poderá revogá-la. Em via inversa, mesmo revogada a preventiva, tal como previsto no art. 316 do CPP, nada obsta que o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou do querelante, venha a redecretá-la. Em que hipótese? Se sobrevieram razões que a justifiquem

⁶⁰ NUCCI, Ob. Cit. p.583

⁶¹ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Ob. Cit. p.638

3.6 Prisão em decorrência de pronúncia

Pela antiga regra do Código de Processo Penal, o artigo 408, § 1.º (“na sentença de pronúncia, o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura”) determinava a prisão do acusado, caso fosse pronunciado. Pois, a lei considerava a prisão por pronúncia uma regra, da qual se extraía a exceção, consistente no fato do réu ser primário e ter bons antecedentes, como especificava o § 2.º do mesmo artigo.

A Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, introduziu uma ampla reformulação no rito do Tribunal do Júri. Conforme as novas regras, a decisão de pronúncia nada mais será do que a decisão de recebimento da denúncia, de modo que o juiz somente deliberará acerca da viabilidade da ação penal após a dilação probatória referida.

Pela disposição da Lei nº 11.689/08, o artigo 413, que trata da pronúncia e prisão, aduz, no *caput*, que o juiz pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, agora fundamentando de forma sucinta e não aprofundada. No mesmo dispositivo, o § 2.º, restou disposto que, em se tratando de crime afiançável, o juiz arbitrará o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória.

Na nova redação do referido artigo 413, também foi acrescentado o § 3.º, estabelecendo que:

§ 3º. O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

Portanto, o Juiz deve decidir se decreta a prisão preventiva, se a revoga ou se concede a liberdade provisória ao acusado, motivando sua decisão.

Percebemos, com isso, ao analisar os tipos de prisão existentes no Brasil, que o recolhimento transitório não faz parte do rol das prisões existentes no Código de Processo Penal. Outro fato a ser observado, é a exigência que os fatos delituosos que ensejam a prisão

cautelar sejam de natureza *grave*, pois, a doutrina e a jurisprudência são uníssonas no posicionamento de que a segregação de alguém ao cárcere é a exceção e não a regra.

Todavia, o recolhimento transitório, não segue o posicionamento adotado pela jurisprudência e muito menos pelos doutrinadores, pois, os supostos delitos que ensejam ao tal recolhimento não são de natureza grave, quando muito, chega a ser um delito de menor potencial ofensivo. Ademais, os delitos de menor potencial ofensivo não fazem jus à prisão cautelar.

4 RECOLHIMENTO TRANSITÓRIO

4.1 CONCEITO

Segundo o *caput* do artigo 26 da Lei nº 13.407/03, recolhimento transitório é “uma medida preventiva e acautelatória da ordem social e da disciplina militar, que consiste no desarmamento e recolhimento do militar à prisão, sem nota de punição publicada em boletim, podendo ser excepcionalmente adotada quando houver fortes indícios de autoria de crime propriamente militar ou transgressão militar”. Contudo, esse conceito mascara do que realmente se trata o recolhimento transitório.

Eu o defino como sendo uma espécie de prisão cautelar, semelhante à prisão temporária e a prisão para averiguação, decretada por autoridade não judiciária, diga-se de passagem, incompetente, com prazo preestabelecido de duração, quando a privação de liberdade de locomoção do militar for indispensável para apuração das condutas mencionadas nos incisos I e II do art. 26 da Lei nº 13.407/03.

A sua semelhança com a prisão temporária é explícita em alguns pontos, a saber: em relação ao prazo de duração (cinco dias), ao bom andamento das investigações, motivo relevante para a decretação da temporária e outro ponto relevante é que tanto a prisão temporária quanto o recolhimento transitório são uma substituição da prisão para averiguação. Só que a segunda se torna uma inconstitucionalidade pelos motivos já expostos.

Na definição dada pelo artigo 26 do que seria o recolhimento transitório menciona-se que depois do militar ser recolhido à prisão, não haverá nota de punição publicada em boletim. O que seria a nota de punição? Nada mais nada menos do que a nota de culpa mencionada no § 2.º do art. 306 do CPP. Pergunta-se: por que ela não é publicada no

boletim já que o militar está sendo preso pela prática de algum crime ou transgressão disciplinar?

Ora, o boletim é um documento interno no qual toda e qualquer punição sofrida pelo militar tem que ser publicada previamente para que tenha início seu cumprimento e que a mesma ingresse na sua ficha individual.⁶² Fica evidente, com isso, que o recolhimento transitório não possui a legalidade desejada, pois, se o militar tem sua liberdade cerceada, e a prisão é legal, obrigatoriamente teria ela que ser publicada consolidando o ato e tendo início o seu cumprimento, como determina seu artigo 43. Isso mostra que o próprio Código disciplinar é confuso no seu cumprimento, pois, uma prisão disciplinar que obedece aos princípios da ampla defesa e contraditório⁶³ tem a obrigação de ser publicada, porque o recolhimento transitório que não respeita tais princípios teria mais esse privilégio? Tenta-se com isso, confundir o próprio Judiciário na apreciação da legalidade da prisão.

4.2 REQUISITOS

De acordo com o art. 26 da Lei nº 13.407/03, caberá o recolhimento transitório em quatro hipóteses:

1º) **fortes indícios de autoria de crime propriamente militar ou transgressão militar** (art. 26, *caput*, da Lei nº 13.407/03). No que tange à autoria, exige o artigo a presença de *fortes indícios*. Mas o que se entende por indício? A palavra *indício* possui dois significados. Ora é usada no sentido de prova indireta, tal qual preceitua o art. 239 do CPP (“Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”)., ora é usada no sentido de uma prova semiplena, ou seja, aquela com menor valor persuasivo.⁶⁴

⁶² Prescreve o art. 43 da Lei nº 13.407/03 que “o início do cumprimento da sanção disciplinar dependerá de aprovação do ato pelo Comandante da Unidade ou pela autoridade funcional imediatamente superior, quando a sanção for por ele aplicada, *e prévia publicação em boletim* (grifo nosso), ressalvados os casos de necessidade da medida preventiva de recolhimento transitório, prevista neste Código”.

⁶³ Art.12, § 4.º, da Lei nº 13.407/03 prescreve que “aos procedimentos disciplinares, sempre serão garantidos o direito a ampla defesa e o contraditório.”

⁶⁴ Segundo Renato Brasileiro de Lima, não se pode confundir o indício, que é sempre um dado objetivo, em qualquer de suas acepções (prova direta ou prova semiplena), com uma simples suspeita, que não passa de um estado de ânimo, o indício é constituído por um fato demonstrado que autoriza a indução sobre outro fato ou, pelo menos, constitui um elemento de menor valor; a suspeita é uma pura intuição, que pode gerar desconfiança, dúvida, mas também conduzir a engano.

É nesse último sentido que a palavra indício é usada nos arts. 312, 126 e 413 todos do CPP. Para Antônio Magalhães Gomes Filho, indício suficiente é “aquele que autoriza um prognóstico de um julgamento positivo sobre a autoria ou a participação”.⁶⁵ porém, o indício por si só não é suficiente, no caso do *caput* do art. 26da Lei n° 13.407/03, será preciso que ele seja *forte*, deixando a entender que à autoria tem que ser quase que inequívoca para a configuração do crime propriamente militar.

Entenda-se com crime propriamente militar na lição de Renato Brasileiro de Lima como sendo “aquele que só pode ser praticado por militar, pois consiste na violação de deveres restritos, que lhe são próprios, sendo identificado por dois elementos: a qualidade do agente (militar) e a natureza da conduta (prática funcional)”.⁶⁶ Diante disso, é imprescindível que o agente ativo da infração penal seja militar e esteja na prática da função, pois, sem esses requisitos, o crime deixaria de ser propriamente militar.

Transgressão disciplinar de acordo com o art. 12 da referida lei, é definida como sendo: “a infração administrativa caracterizada pela violação dos deveres militares, cominando ao infrator as sanções previstas neste Código, sem prejuízo das responsabilidades penal e civil”. Continua no seu §1º, I, “as transgressões disciplinares compreendem: todas as ações ou omissões contrárias à disciplina militar, especificadas no artigo seguinte, inclusive os crimes previstos nos Códigos Penal ou Penal Militar.”⁶⁷

2º) **ao bom andamento das investigações para sua correta apuração** (art. 26, I, da Lei n° 13.407/03). Em relação a esse requisito caracterizador do *periculum libertatis*, compreendido como o perigo concreto que a permanência do suspeito em liberdade acarreta para investigação criminal, para o processo penal, para a efetividade do direito penal ou para a segurança social⁶⁸, é indispensável à existência de prévia investigação (não necessariamente de um inquérito policial), apresentando-se a privação cautelar da liberdade de locomoção do

⁶⁵ A motivação das decisões penais. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2001. p. 223.

⁶⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Ob. Cit. p.73

⁶⁷ De acordo com o Regulamento Disciplinar do Exército (Decreto n° 4.346, de 26 de agosto de 2002), transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.

⁶⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Ob. Cit. p. 235

indivíduo como recurso indispensável para a colheita de elemento de informação quanto à autoria e materialidade da conduta delituosa.⁶⁹

Prossegue o autor, se uma busca e apreensão já se apresentar idônea a atingir o objetivo desejado, não se faz necessária uma prisão temporária, se a condução coercitiva do acusado para o reconhecimento pessoal já se apresentar apta a alcançar o fim almejado, não se afigura correto escolher medida mais gravosa consubstanciada na privação da liberdade de locomoção do acusado; se uma das medidas cautelares diversas da prisão do art. 319 do CPP⁷⁰ já for suficiente para tutelar as investigações.⁷¹ Pois, quando as medidas cautelares diversas da prisão se revelarem adequadas ou suficientes para tutelar as investigações, a prisão temporária não poderá ser decretada.⁷²

Com a promulgação da Lei n° 12.403/11 que ampliou o rol de medidas cautelares de natureza pessoal á disposição do juiz criminal (art. 319 do CPP), a Lei n° 12.403/11 dá efetivação ao princípio da necessidade⁷³, possibilitando que o juiz natural utilize a prisão cautelar somente na hipótese de imprestabilidade das demais medidas cautelares. Ou seja, a legislação pátria vem cada vez mais solidificando a prisão como algo extremo e que só deve ser adotado em último caso, seja a prisão temporária, preventiva ou qualquer outra medida

⁶⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Ob. Cit. p. 30

⁷⁰ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX – monitoração eletrônica.

⁷¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Ob. Cit. p. 306

⁷² A propósito: “Prisão temporária – Ausência de requisitos. Incabível a prisão temporária de indiciado que possui residência fixa, ainda que em outra unidade da federação, forneceu os elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade e já foi submetido a reconhecimento pela vítima. Se imprescindível sua presença aos atos da investigação, poderá, se não atender ao chamado da autoridade, ser determinada sua condução coercitiva, medida menos gravosa do que a prisão” (TJDF, 2.º T.. HC n° 2.758-3, Rel. Des. Getúlio Pinheiro, DJU 22/04/1999).

⁷³ Também conhecido como princípio da intervenção mínima, por força dele, entende-se que, dentre várias medidas restritivas de direitos fundamentais idôneas a atingir o fim proposto, deve o Poder Público escolher a menos gravosa, ou seja, aquela que menos interfira no direito de liberdade e que ainda seja capaz de proteger o interesse público para o qual foi instituída.

cautelar que tenha o objetivo de impedir o direito de locomoção de alguém, com isso, não se exclui o recolhimento transitório.

Diante disso, não se pode mais admitir nos dias de hoje que uma medida cautelar que tem o condão de cercear a liberdade de alguém tenha pressupostos para a sua aplicabilidade condutas que não são de natureza grave, e sendo, que não é o caso do recolhimento transitório, não leve em consideração a ampliação do rol das medidas cautelares pessoais (art. 319 do CPP), pois, tais medidas têm que ser rigorosamente observadas, para que, em último caso, seja aplicada a prisão cautelar.

3º) **mostrar-se agressivo e violento, pondo em risco a própria vida e a de terceiros** (art. 26, II, *a*, da Lei nº 13.407/03). Ao analisar esse pressuposto, percebe-se o quanto ele é impreciso e genérico. Que tipo de agressividade é necessário para que o militar tenha sua liberdade cerceada por cinco dias? Que tipo de violência poderia ensejar essa prisão cautelar? Ademais, agressivo e violento são sinônimos, poderia o legislador ter evitado essa redundância. Por em risco a sua própria vida é crime? Até onde sei apenas a instigação, induzimento ou o auxílio ao suicídio é uma conduta delituosa (art. 122 do CP), mas tentar ceifar a própria vida é uma conduta *atípica*. Seria de uma forma culposa ou dolosa a violência que colocaria em risco a vida de terceiros?

Tais questionamentos terão que serem respondidos para que seu caráter de generalidade não venha a ser ou já é, motivo para que qualquer conduta agressiva, por mais leve que seja, possa pelo arbítrio dessas autoridades não judiciárias ensejarem nessa medida extrema que é o recolhimento do militar ao cárcere.

Em sede de medidas cautelares de natureza pessoal, tem-se que, a medida somente será legítima quando o sacrifício da liberdade de locomoção do acusado for proporcional à gravidade do crime e às respectivas sanções que previsivelmente venham a ser impostas ao final do processo. Isso porque seria inconcebível admitir-se que a situação do indivíduo ainda inocente fosse pior do que a da pessoa já condenada.⁷⁴ Impõe-se concluir que essa medida cautelar somente pode ser decretada quando, além de necessária e adequada, não resulte na imposição de gravame superior ao decorrente de eventual provimento condenatório.

⁷⁴

LIMA, Renato Brasileiro de. Ob. Cit. p. 34

Em relação ao recolhimento transitório é perfeitamente possível que a sua aplicabilidade seja bem mais gravosa do que a prolação de uma sentença, quando tal condenação decorrer de uma prática de um delito de menor potencial ofensivo ou uma contravenção penal. Ressalta-se: às contravenções penais e aos crimes cuja pena não seja superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa, sujeitos ou não a procedimentos especial (art. 61 da Lei n° 9.099/95, com redação determinada pela Lei n° 11.313/06), afigura-se possível a concessão de benefícios despenalizadores como a *composição civil dos danos* (Lei n° 9.099/95, art. 74) e a *transação penal* (Lei n° 9.099/95, art. 76), não faz sentido decretar-se uma prisão cautelar para assegurar a aplicação da lei penal em relação a tais delitos, haja vista a total ausência de homogeneidade entre a medida cautelar e a solução de mérito do processo.⁷⁵

Imagine que o militar cometa uma lesão corporal de natureza leve (art. 129, *caput* do CP), é recolhido transitoriamente por cinco dias por se enquadrar no art. 26, II, *a*, da Lei n° 13.407/03, posteriormente julgado e condenado por tal conduta, recebe o benefício da transação penal, pois, tal conduta não passa de um crime de menor potencial ofensivo. Pergunta-se: de acordo com a lição de Renato Brasileiro, recolher o militar a prisão por cinco dias não foi mais gravoso do que o provimento condenatório? Haja vista, que a pena determinada por tal delito não foi imposta por ter o militar se beneficiado por tal instituto.

Outro exemplo: o militar por problemas pessoais decide tirar sua própria vida, porém, não obteve êxito na condução do seu plano. Contudo, o mesmo infringiu o art. 26, II, *a*, da Lei n° 13.407/03, e está passivo de ser recolhido a prisão por ter cometido tal conduta, conduta essa, que não é considerada crime pelo nosso ordenamento pátrio. Se for consumado o recolhimento, a possibilidade de o militar tornar a vim a tentar um novo suicídio é certa, todavia, com a possibilidade de não ter uma nova chance de sobreviver a essa nova tentativa. No lugar da lei ter por objetivo a tutela da vida, nesse caso ela irá ceifá-la.

4º) **encontrar-se embriagado ou sob ação de substâncias entorpecentes** (art. 26, II, *b*, da Lei n° 13.407/03). Este último requisito traz no seu molde condutas alternativas, ou seja, não é necessário que as duas estejam presentes para dá ensejo a prisão, bastando apenas uma para consumir o ato.

⁷⁵

LIMA, Renato Brasileiro de. Ob. Cit. p. 35

Segundo o princípio da especialidade a norma especial se sobrepõe sobre a geral (*Lex specialis derogat generali*). Estar sob o uso de entorpecentes é regulamentado pelo art. 28 da Lei nº 11.343/06 (nova Lei de Drogas), por isso, outra lei que não esta, poderá determinar qualquer medida cautelar ou sócio-educativa. Já que, a Lei de Drogas é especial, com isso, possuindo primazia sobre as demais como assevera tal princípio.

O crime previsto no revogado art. 16 da Lei nº 6.368/76 era punido com pena de detenção, de 6 meses a 2 anos (admissível o *sursis*, a progressão de regime e a substituição por pena restritiva de direitos, se apresentados as condições gerais do Código Penal), e a pena de multa, de 20 a 50 dias-multas, calculados na forma do revogado art. 38 da Lei nº 6.368/76. Tratava-se, no entanto, de crime de menor potencial ofensivo, sujeitando-o ao procedimento da Lei nº 9.099/95, incidindo igualmente seus institutos despenalizadores, desde que preenchidos os requisitos legais.

A Lei nº 11.343/06 trouxe substancial modificação nesse aspecto. Com efeito, para as condutas previstas no *caput* e § 1º do art. 28, passou a prever as penas de:

- I – advertência sobre os efeitos das drogas;
- II – prestação de serviço à comunidade;
- III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

De acordo com a nova Lei, portanto, não há qualquer possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade para aquele que adquire, guarda, traz consigo, transporta ou tem em depósito, droga para consumo pessoal ou para aquele que pratica a conduta equiparada (§ 1º).

Segundo Fernando Capez, não houve a discriminação da conduta. O fato continua a ter a natureza de crime, na medida em que a própria Lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e às penas (Capítulo III); além do que as sanções só podem ser aplicadas por juiz criminal e não por autoridade administrativa, e mediante o devido processo legal (no caso, o

procedimento criminal do Juizado Especial Criminal, conforme expressa determinação legal do art. 48, § 1º, da nova Lei).⁷⁶

Continua o autor: o indivíduo que é surpreendido com a posse de droga para consumo pessoal, por expressa determinação legal, se submeterá apenas às medidas educativas, jamais podendo lhe ser imposta pena privativa de liberdade. Com isso, não é admissível que ele seja preso em flagrante ou provisoriamente, quando não poderá sê-lo ao final, em hipótese alguma. Não cabe, portanto, a prisão em flagrante.⁷⁷

No mesmo posicionamento decidiu o STF: “*Habeas corpus*. Penal Militar. Uso de substâncias entorpecentes. Princípio da insignificância. Aplicação no âmbito da Justiça Militar. Art. 1º, III da Constituição do Brasil. Princípio da dignidade da pessoa humana. 1. Paciente, militar, condenado pela prática do delito tipificado no art. 290 do Código Penal Militar (portava, no interior da unidade militar, pequena quantidade de maconha). 2. Condenação por posse e uso de entorpecentes. Não aplicação do princípio da insignificância, em prol da saúde, disciplina e hierarquia militares. 3. A mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica constituem os requisitos de ordem objetiva autorizadores da aplicação do princípio da insignificância. 4. A Lei 11.343/2006 – nova Lei de Drogas – veda a prisão do usuário. Prevê, contra ele, apenas a lavratura de termo circunstanciado. Preocupação, do Estado, em alterar a visão que se tem em relação aos usuários de drogas. 5. Punição severa e exemplar deve ser reservado aos traficantes, não alcançando os usuários. A estes devem ser oferecidas políticas sociais eficientes para recuperá-los do vício. 6. O Superior Tribunal Militar não cogitou da aplicação da Lei 11.343/2006. Não obstante, cabe a esta Corte fazê-lo, incumbindo-lhe confrontar o princípio da especialidade da lei penal militar, óbice à aplicação da nova Lei de Drogas, com o princípio da dignidade humana, arrolado na Constituição do Brasil de modo destacado, incisivo, vigoroso, como princípio fundamental (art. 1º, III). 7. Paciente jovem, sem antecedentes criminais, com futuro comprometido por condenação penal militar quando há lei que, em lugar de apenar – Lei 11.343/2006 – possibilita a recuperação do civil que praticou a mesma conduta. 8. No caso se impõe a aplicação do princípio da insignificância, seja porque

⁷⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal e Especial**. V. 4. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 690

⁷⁷ CAPEZ, Fernando. Ob. Cit. p. 693

presentes seus requisitos, de natureza objetiva, seja por imposição da dignidade da pessoa humana. Ordem concedida” (HC 90.125-RS, 2.º T., rel. para acórdão Eros Grau, 24.06.2008, empate).

Percebe-se tanto na doutrina como na Suprema Corte, a impossibilidade da prisão de usuário de drogas. Diante disso, é flagrante a ilegalidade do recolhimento transitório tendo como requisito o uso de entorpecentes, haja vista, a decisão prolatada pelo STF.

Quanto ao outro requisito mencionado, é de uma aberração sem medida. Tendo como parâmetro o uso de entorpecente, o alcoolismo também é visto como algo a ser tratado, e não punido. Ademais, a embriaguez pura e simples, não é conduta tida como criminosa pelo nosso ordenamento jurídico, ou seja, conduta atípica, isso já é suficiente para que o recolhimento transitório baseado nesse pressuposto seja de sobremaneira ilegal. Não cabendo nenhuma discussão a respeito do assunto, pois, tal pressuposto já nasceu para o nosso direito morto.

4.3 RECOLHIMENTO TRANSITÓRIO E PRISÃO PARA AVERIGUAÇÃO

Diante do conceito de recolhimento transitório (item 3.1), farei uma comparação com a prisão para averiguação e, perceberemos semelhanças entre os institutos, mostrando que houve apenas uma mudança no nome. Contudo, a essência é praticamente a mesma.

Enfatiza Nucci⁷⁸: a prisão para averiguação trata-se de um procedimento policial desgastado pelo tempo, pelo incremento dos direitos e garantias individuais e, sobretudo, pela Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 5.º, LXI, preceitua dever ocorrer a prisão somente em decorrência de flagrante e por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária.

Assim, não mais tem cabimento admitir-se que a polícia civil ou militar detenha pessoas na via pública, para “averiguá-las”, levando-as presas ao distrito policial, onde, como regra, verifica-se se são procuradas ou não. Trata-se de instrumento de arbítrio, que, uma vez fosse admitido, ampliaria os poderes da polícia em demasia, a ponto de cidadão algum ter a garantia de evitar a humilhação do recolhimento ao cárcere.

⁷⁸ NUCCI, Ob. Cit. p.566, 567

É lógico que o Estado mantém o seu poder de polícia, investigando e cuidando de obter dados de pessoas suspeitas, em atitudes estranhas à normalidade, sob pena de se tornar inviável prender qualquer sujeito procurado, pois nem mesmo os documentos um policial poderia exigir de alguém. O que se deve evitar é a privação da liberdade de uma pessoa, a pretexto de investigar sua vida pregressa.

A prisão somente pode ser realizada diante de flagrante delito ou porque um juiz expediu ordem nesse sentido. No mais, deve a polícia cumprir seu mister, abordando, se preciso for, pessoas na via pública, solicitando identificação e procedendo à verificação necessária no mesmo lugar onde houve a abordagem, sem delongas e exageros, que possam configurar atentado à liberdade de locomoção. Constitui crime de abuso de autoridade (art. 4.º, a, da Lei 4.898/65), “ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual sem as formalidades ou com abuso de poder”.

A única possibilidade de existência da prisão para averiguação ocorre nas transgressões militares e quando houver suspensão momentânea das garantias constitucionais, por força do estado de defesa ou de sítio. Esta é a posição de Celso de Mello e de Celso Bastos, citada por este último (Comentário à Constituição do Brasil, v. 2, p. 292)

Antes do advento da Lei n° 12.403/11, existia no CPP no seu art. 319 a prisão administrativa, também semelhante à prisão para averiguação. Podendo ser conceituada como espécie de prisão decretada por autoridade administrativa com o objetivo de compelir alguém a cumprir um dever de direito público.⁷⁹ Com a superveniência da Constituição de 1988, e por causa dos mesmos requisitos que proibiu a prisão para averiguação (CF, art. 5.º, inc. LXI), tornou-se inviável a prisão administrativa no nosso ordenamento pátrio. Salvo as hipóteses do estado de defesa ou de sítio.

Diante do que foi exposto, nota-se que o recolhimento transitório é um misto dessas duas modalidades de prisão, abolida pela Constituição de 1988, com a prisão temporária dos dias atuais. Tem a arbitrariedade da prisão para averiguação, é decretada por autoridade administrativa assim como a prisão administrativa fazia e sua duração é igual a da prisão temporária. Hoje, como bem asseverou Nucci, não há mais espaço para esse tipo de procedimento, prisão arbitrária tem que ser coibida de maneira severa por parte do Estado,

⁷⁹

LIMA, Renato Brasileiro de. Ob. Cit. p. 64

para que os poderes de polícia não sejam ampliados de forma demasiada, a ponto de cidadão algum ter a garantia de evitar a humilhação do recolhimento ao cárcere.

4.4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Depois de analisar o recolhimento transitório nos seus vários aspectos e, ter deixado claro que ele é uma afronta a nossa Constituição tanto do ponto de vista formal como material, nesse tópico mostrarei como expurgar essa medida cautelar do nosso ordenamento jurídico.

O controle de constitucionalidade configura-se como uma garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, é também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito. Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.⁸⁰

Quanto à inconstitucionalidade em relação ao aspecto formal, se deve pela inobservância daquele que detinha o poder de iniciativa legislativa para determinado assunto e essa iniciativa é usurpada por quem não detém esse poder. No caso do recolhimento transitório, o vício se dá no momento em que o Estado do Ceará não possui a competência para legislar sobre direito penal e processual penal, pois, tal competência é privativa da União (CF/88, art. 22, I), e ele acaba criando uma espécie de prisão cautelar, usurpando o direito que é privativo da União.

Em relação ao vício material (de conteúdo, substancial ou doutrinário) diz respeito à “matéria”, ao conteúdo do ato normativo. Assim, aquele ato normativo que afrontar qualquer preceito ou princípio da Lei Maior deverá ser declarado inconstitucional, por possuir um vício material. No caso do recolhimento transitório, há um flagrante desrespeito a vários

⁸⁰ **MORAES**, Alexandre de. Direito Constitucional. 19° Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas. 2006. p. 637.

princípios constitucionais (ver item 1.1), trazendo uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva entre a lei ou ato normativo e a Constituição.

Há duas espécies de controle de constitucionalidade, a saber: o **controle preventivo** que pretende impedir que alguma norma maculada pela eiva da inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico, o **controle repressivo** que busca expurgar a norma editada em desrespeito à Constituição. No direito constitucional pátrio, o Judiciário realiza o controle repressivo de constitucionalidade, ou seja, retira do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo contrário a Constituição. Por sua vez, os poderes Executivo e Legislativo realizam o chamado controle preventivo, evitando que uma espécie normativa inconstitucional passe a ter vigência e eficácia no ordenamento jurídico. Contudo, pela inobservância do Executivo e legislativo, o recolhimento transitório entrou em vigor repleto de inconstitucionalidade, cabendo agora, ao Judiciário, expurgar do ordenamento jurídico tão grande inconstitucionalidade.

No Brasil, o controle de constitucionalidade repressivo judiciário é misto, ou seja, é exercido tanto da forma concentrada, quanto da forma difusa. No controle difuso também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, o policial militar que tiver sua liberdade ameaçada pelo recolhimento transitório poderá ingressar um *Habeas Corpus* alegando a inconstitucionalidade da medida cautelar e, nesse caso específico, é permitido a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do recolhimento transitório com a constituição federal.⁸¹

Contudo, nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato normativo, produzidos em desacordo com a Lei Maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros. Porém, esse não foi o meu objetivo ao realizar esse trabalho, o meu desejo é que essa medida cautelar chamada de recolhimento transitório seja expurgada de uma vez por toda do nosso ordenamento jurídico e, com isso, será preciso uma ação direta de inconstitucionalidade (ADIN).

⁸¹ A Constituição Federal assegura a plena possibilidade de o juiz de 1º instância realizar o controle difuso de constitucionalidade. Cf: STF – 1º T. – Rextr. nº 117.805/PR – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, diário da Justiça, Seção I, 27/09/1993, p. 17.022

O art. 102, I, *a*, da CF, afirma competir ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originalmente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. O autor da ação pede ao STF que examine a lei ou ato normativo federal ou estadual *em tese* (não existe caso concreto a ser solucionado). Visa-se, pois, obter a invalidação da lei, a fim de garantir a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

Já o art. 103, da CF, afirma que são legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade: o Presidente da República, a Mesa do Senado federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Os policiais já não suportam mais ser tratados de maneira arbitrária mesmo a Constituição garantindo direitos iguais a todos. Leis como essa não podem ser colocada em vigência como se não houvesse órgãos competentes para reprimirem de maneira severa. A necessidade de uma Adin é imprescindível na busca de fazer prevalecer a Constituição Federal em face do recolhimento transitório, trazendo alívio para essa classe tão sofredora que anseia usufruir os direitos constitucionais consagrados desde 1988.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Já passados vinte e três anos da Constituição Federal de 1988, onde se estabeleceu à democracia no país, depois de um longo período de ditadura militar, todos nós ou os mais leigos pensamos que o período ditatorial se foi com a promulgação da nova ordem constitucional. Isso na teoria é uma verdade irrefutável, pois, se uma Constituição democrática foi estabelecida é por que gozaremos de uma ampla liberdade desde que não tenha lei que a proíba (CF, art. 5.º, II), e que o seu direito de locomoção só poderá ser segregado mediante flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (CF, art. 5.º, LXII).

Porém, com a devida vênia, percebemos que essa liberdade ou mesmo essa garantia constitucional não passa de uma utopia inserida na nossa Lei Maior, quando a referência for os policiais militares do Ceará. Pois, diante da aprovação da Lei nº 13.407/03, que instituiu uma medida cautelar chamada de “recolhimento transitório”, onde os policiais militares ou bombeiros militares do Ceará poderão ser levados ao cárcere sem o devido cumprimento de várias garantias estabelecidas na Constituição, deixando claro que a ditadura ainda persiste nos moldes de outrora.

Abusos cometidos por superiores hierárquico são rotineiros, onde, eles se valendo de sua patente, constringe seus subordinados de forma arbitrária. Porém, com a aprovação desse Estatuto dos Militares pela Assembléia Legislativa do Ceará em 2003, esses tipos de abusos, passaram a serem legalizados pelo referido Estatuto, criando assim, uma nova modalidade de prisão ou reprimindo a prisão para averiguação que não foi recepcionada pela nova ordem constitucional.

É notório para a população brasileira de como os militares reprimiram nosso país em um passado não muito distante. A ditadura deixou feridas profundas, que até hoje não foram saradas em muitos que sofreram nesse passado negro, porém, não se justifica com o advento de uma situação, hoje, teoricamente democrática e livre de qualquer repressão, os militares vivam sob essa repressão que outrora foram autores. Não posso como operador do Direito, aceitar esse tipo de abuso cometido, primeiramente pela sociedade através de seus representantes, aprovando leis absurdas e, posteriormente, por sua aplicação no âmbito militar.

Isso é uma afronta a ordem constitucional vigente, ordem essa, que foi desejada por anos, através de muitas lutas e também de muitas mortes. Não posso aceitar que depois de uma busca incansável por liberdade, onde muitos padeceram por ela, ainda exista uma ditadura que reprime um setor da sociedade.

Ao analisar os modelos de prisão existentes no Brasil (item 2.2), percebemos que o recolhimento transitório não faz parte das medidas cautelares adotadas pelo Código de Processo Penal ou pelo Código Processual Penal Militar, pois, incumbem aos mesmos definir que medidas restritivas de liberdades poderão ser impostas e quais as condutas serão merecedoras de determinadas sanção. Jamais um Estado membro terá competência de legislar sobre direito penal ou processual penal (CF, art. 22, I), pois, tal competência é privativa da União.

Outro ponto que merece destaque é que o *jus libertatis* é a regra em nosso ordenamento pátrio e a prisão será sempre em situação extrema, ou seja, em último caso ela poderá ser decretada e somente os crimes de natureza grave poderão fazer com que a liberdade do indivíduo seja cerceada, obedecendo sempre alguns requisitos estabelecidos pelo CPP. Jamais crime de menor potencial ofensivo fará jus a qualquer tipo de prisão, seja a temporária, a prisão em flagrante e nessa fará sempre o TCO (termo circunstanciado de ocorrência), ou a preventiva. Contudo, o recolhimento transitório será decretado quando o militar cometer determinadas condutas que no máximo se transformaria, em certos casos, em crime de menor potencial ofensivo, mostrando com isso, sua total incompatibilidade com o que determina o CPP.

Enfim, analisou-se os princípios constitucionais que são contrariados com a vigência de tal medida cautelar adotado pelo Estado do Ceará. Percebe-se no decorrer dessa dissertação que a transgressão provocada a Constituição pelo recolhimento transitório é de um absurdo sem precedente. O tratamento adotado pela instituição é uma total afronta a dignidade da pessoa humana princípio basilar de nossa Constituição, a liberdade nesse caso é a exceção e nunca a regra, sendo mais uma afronta ao nosso ordenamento, ou seja, parece que as normas estabelecidas pela Polícia Militar do Ceará estão acima de qualquer coisa.

Diante do que foi exposto, esse trabalho revela pra sociedade em geral um pouco do mundo militar que é restrito a um pequeno número de pessoas, trazendo a tona os abusos que são cometidos dentro dos quartéis, tendo como objetivo principal alertar a comunidade jurídica que normas arbitrárias ainda estão em pleno vigor em nosso ordenamento e que

normas como essas terão que ser expurgada, pois, nos dias de hoje isso é uma total afronta a democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo. Atena, 1954

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional**. 5º Ed. Coimbra. Almedina, 1991

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal e Especial**. V. 4. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 11º Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2009

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal** 1º Volume-Parte Geral. 28º Ed. Revista. São Paulo: Saraiva. 2005

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13º Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva. 2009

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. Niterói, Rj: Impetus, 2011

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal e Especial**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Lei nº 13.407 de 21 de novembro 2003**. Institui o Código Disciplinar da Polícia Militar do Ceará e do Corpo de Bombeiro Militar do Estado do Ceará, dispõe sobre o comportamento ético dos militares estaduais, estabelece os procedimentos para apuração da responsabilidade administrativo-disciplinar dos militares estaduais e dá outras providências.

MARQUES, José Frederico. **Da competência em matéria penal**. Campinas: Millennium, 2000

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Édition Garnier Frères, 1956

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19º Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas. 2006

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Atlas, 2005

NETO, Fernando da Costa Tourinho; JÚNIOR, Joel Dias Figueira. **Juizados especiais cíveis e criminais**. São Paulo: RT, 2000

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 4º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal**. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites. São Paulo: RT, 2001

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 30º Ed. São Paulo: Malheiros. 2007

VALE, Ionilton Pereira do. **Princípios Constitucionais do Processo Penal na visão do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método. 2009

