

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONOMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

O INQUÉRITO POLICIAL-MILITAR À LUZ DA CRFB/88

BRAZ RAFAEL DA COSTA LAMARCA

RIO DE JANEIRO – RJ

2008

BRAZ RAFAEL DA COSTA LAMARCA

O INQUÉRITO POLICIAL-MILITAR À LUZ DA CRFB/88

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cezar Augusto Rodrigues Costa, M.Sc

RIO DE JANEIRO - RJ

2008

LAMARCA, Braz Rafael da Costa

O Inquérito Policial-Militar à luz da CRFB/88 / Braz Rafael da Costa
Lamarca – 2008.

69 f.

Orientador: Prof. Dr. Cezar Augusto Rodrigues Costa.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 62-63.

1. Inquérito Policial-Militar – Monografias. I. Costa, Cezar Augusto Rodrigues. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.7614

BRAZ RAFAEL DA COSTA LAMARCA

O INQUÉRITO POLICIAL-MILITAR À LUZ DA CRFB/88

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Cezar Augusto Rodrigues Costa
Prof. M. Sc da Universidade Federal do Rio de Janeiro

Luciana Boiteux
Profª. D. Sc da Universidade Federal do Rio de Janeiro

Cláudio Dell' Orto
Prof. M. Sc da Pontificia Universidade Católica

A meus pais Braz (*in memorian*) e Maria, pelo exemplo e pela incondicional dedicação aos seus três filhos, cujos ensinamentos nos permitem vencer obstáculos e alcançar vitórias.

Meu muito obrigado!

Seu filho

AGRADECIMENTOS

A minha gratidão e reconhecimento a todos que, de forma direta ou indireta, me incentivaram e colaboraram para a realização desta obra, em especial ao Prof. Dr. Cezar Augusto Rodrigues Costa, meu Orientador.

“O único lugar onde o sucesso vem antes do trabalho é no dicionário”. (Albert Einstein, 1879-1955)

RESUMO

LAMARCA, B. R. C. *O Inquérito Policial-Militar à luz da CRFB/88*. 2008. 69 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A história brasileira é uma narrativa de conquistas. Conquista da terra, dos povos indígenas, de pilhagem, de saque, de guerra contra invasores (franceses e holandeses), de expansão das fronteiras, de litígios fronteiriços contra nossos irmãos da América espanhola. Desde o início de nossa colonização é marcante a presença dos militares em nossa história. Inicialmente com a presença das tropas coloniais portuguesas e mais tarde, com a Proclamação da Independência, com o Exército e a Armada do Brasil, forjados que foram na Guerra do Paraguai. O fato é que até os dias de hoje as Forças Armadas Brasileiras sempre se destacaram pelos valores da disciplina e da hierarquia, como em toda e qualquer força armada, pela dedicação à Pátria e pela presença no centro dos acontecimentos, que desde o século XVII marcaram a trajetória do País. Em 1988 o Brasil retomou sua normalidade democrática, armado com uma nova Constituição, denominada Constituição Cidadã, que ostenta marcante preocupação com os direitos humanos e o pleno exercício da cidadania. Não só os militares, mas todos os setores da sociedade civil organizada estão revendo os valores da democracia e do respeito devido à dignidade da pessoa humana. Os princípios constitucionais irradiados pela Constituição Federal de 1988 passaram a constituir o norte de todo o sistema jurídico brasileiro e, com maior agudeza, do Direito Penal e Processual Penal, já que neste campo compromete-se o *status libertatis* dos cidadãos. Na seara penal as Forças Armadas dispõem de um instrumento que é o Inquérito Policial Militar, que serve para apuração sumária do delito militar (apuração da materialidade e autoria), servindo de lastro para a propositura da ação penal. O IPM é conduzido pela Polícia Judiciária Militar que não pode, em sua atividade investigativa, deixar de observar os princípios constitucionais. Se assim não proceder estará trilhando a ilegalidade e insurgindo-se contra os princípios fundantes do Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Inquérito Policial Militar; Direito; Direito Militar.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CP – Código Penal

CPM – Código Penal Militar

CPPM – Código de Processo Penal Militar

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

EC – Emenda Constitucional

IP – Inquérito Policial

IPM – Inquérito Policial-Militar

IPLC – Lei Complementar

LOJMU – Lei de Organização da Justiça Militar da União

Min. – Ministro

MP – Ministério Público

MPM – Ministério Público Militar

Nº – número

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
1.1 TEMA.....	10
1.2 PROBLEMA.....	10
1.3 ALCANCES E LIMITES.....	11
1.4 JUSTIFICATIVAS.....	11
1.5 CONTRIBUIÇÃO.....	11
1.6 REFERENCIAL TEÓRICO.....	12
1.7 OBJETIVOS.....	12
1.8. HIPÓTESES.....	13
1.9 METODOLOGIA.....	13
2. DOS PRINCÍPIOS.....	14
2.1. NOÇÃO DE PRINCÍPIOS.....	14
2.2 PRINCÍPIOS JURÍDICOS.....	14
2.3 REGRAS E PRINCÍPIOS.....	15
2.4 FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS.....	17
2.5 A CONSTITUIÇÃO E O SEU SIGNIFICADO PARA O ESTADO E PARA OS CIDADÃOS.....	18
2.6 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	19
2.7 A SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	22
2.8 O PESO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	23
2.9 PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DISCIPLINA.....	25
2.10 TUTELA PENAL DA HIERARQUIA E DA DISCIPLINA MILITAR.....	27
2.11 TUTELA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO.....	27
2.12 A PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL (COMUM E MILITAR).....	29
2.13 A PRODUÇÃO PROBATÓRIA E SEUS LIMITES.....	30
3 O PODER JUDICIÁRIO.....	33
3.1 A FUNÇÃO JURISDICIONAL.....	33
3.2 A JUSTIÇA COMUM.....	34
3.3 JUSTIÇAS ESPECIAIS.....	34
3.4 A JUSTIÇA MILITAR BRASILEIRA.....	35
3.5 DA JURISDIÇÃO MILITAR.....	36

3.6 JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E JUSTIÇA MILITAR DOS ESTADOS.....	37
3.7 LEI Nº 9.299/1996 E EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45: NOVAS REGRAS DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR.....	38
3.8 OS CONSELHOS DE JUSTIÇA.....	41
3.9 A TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR.....	42
3.10 CONTROLE JURISDICIONAL SOBRE PUNIÇÕES DISCIPLINARES.....	43
4 CRIME MILITAR.....	45
4.1 CRIMES MILITARES PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS.....	45
4.2 O ARTIGO 9º DO CPM.....	46
4.3 PODER DE POLÍCIA.....	46
4.4 POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR.....	48
4.5 MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR (MPM).....	49
4.6 A JUSTIÇA MILITAR E O ADVOGADO.....	50
5 O INQUÉRITO POLICIAL (IP).....	51
5.1 CONCEITO.....	51
5.2 INQUÉRITO POLICIAL MILITAR (IPM).....	52
5.3 FINALIDADE DO IPM.....	53
5.4 O ENCARREGADO DO IPM.....	54
5.5 O CARÁTER INQUISITORIAL DO IPM.....	54
5.6 VALOR E ATOS PROBATÓRIOS DO IPM.....	56
5.7 REQUISIÇÃO DE ASSISTÊNCIA DE PROCURADOR DA JUSTIÇA MILITAR.....	57
5.8 SIGILO DO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR.....	57
5.9 INCOMUNICABILIDADE DO INDICIADO.....	57
5.10 RELATÓRIO E SOLUÇÃO.....	58
5.11 ARQUIVAMENTO.....	59
5.12 INSTAURAÇÃO DE NOVO IPM.....	59
5.13 DEVOLUÇÃO DOS AUTOS DO IPM.....	60
5.14 SUFICIÊNCIA DO AUTO DE FLAGRANTE DELITO.....	61
5.15 DISPENSA DE IPM.....	62
5.16 PRAZOS DO IPM.....	62
6. CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS.....	66

1. INTRODUÇÃO

A história brasileira é permeada de conquistas desde o início da colonização, sendo patente a presença militar, inicialmente com as tropas coloniais portuguesas e mais tarde, após 1822, com o Exército e a Marinha, na Guerra do Paraguai.

É mister salientar que até os dias de hoje, as Forças Armadas brasileiras (FFAA) sempre se destacaram pela disciplina e hierarquia, características de qualquer força armada de um Estado Democrático de Direito, pela dedicação à Pátria e pela presença nos acontecimentos nacionais e internacionais desde o século XVI, marcando a trajetória do País com atuações tão intensas que inevitável seria o não cometimento de excessos.

Em 1988, o País assumiu deliberadamente uma postura política democrática de fato, respaldado por uma nova Constituição, a Constituição Cidadã, caracterizada pela incisiva preocupação com os direitos humanos e com o pleno exercício da cidadania. Não só os militares, mas todos estão aprendendo o valor da democracia e do respeito à dignidade da pessoa humana.

Os princípios constitucionais emanados da Constituição Federal de 1988 passaram a nortear todo o sistema jurídico brasileiro, com grande incidência, sobretudo, nos Direitos Penal e Processual Penal, já que estes comprometem o *status libertatis* dos cidadãos, por força do monopólio estatal do *ius puniendi*.

Não haveria de ser diferente com as Forças Armadas, uma vez que estas dispõem, na seara penal, de legislações próprias, o Código Penal Militar (CPM) e o Código de Processo Penal Militar (CPPM) e, mais especificamente, de um instrumento peculiar para investigação, o Inquérito Policial Militar (IPM).

Este instrumento jurídico-militar é utilizado para a apuração sumária do delito militar no que pertine à materialidade e à autoria, o qual serve de lastro probatório para a propositura da ação penal competente.

O IPM é conduzido pela Polícia Judiciária Militar que não pode, em sua atividade investigativa, deixar de observar os princípios constitucionais, pois, se assim o fizer, percorrerá o caminho da ilegalidade e, portanto, insurgirá contra os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, destruindo todo e qualquer esforço das gerações que se sucederam.

1.1 TEMA

Esta monografia tem por tema **O Inquérito Policial Militar à luz da CRFB/88**, considerando-se, em particular, o aspecto jurídico-conjuntural oriundo da Carta Constitucional de 1988, responsável por elencar e potencializar valores que devem, obrigatoriamente, ser observados na atividade investigativa, conduzida conforme preceituado pelo artigo 9º do CPPM.

1.2 PROBLEMA

Os Princípios Constitucionais assumiram grande força normativa ao longo dos tempos, implicando numa necessária observação aos seus preceitos, por meio de uma atividade interpretativa lúcida, consentânea e de acordo com a vontade social que lhes dá o lastro fundamental.

O IPM é o instrumento por meio do qual o Oficial das FFAA, depois de nomeado, conduzirá a atividade investigativa, sem, jamais, se distanciar dos Princípios Constitucionais, de forma a proporcionar os instrumentos necessários à propositura da devida Ação Penal, caso seja pertinente.

O CPPM não elenca explicitamente todas as nuances orientadoras da condução da atividade investigativa preliminar, de forma que, numa primeira leitura, tende, o Oficial, a dispensar maiores cuidados no tocante à interpretação principiológica constitucional.

O Oficial encarregado do IPM, bem como, o auxiliar que exerce as funções de Escrivão, ao deixar de observar o comando legiferante que emana de cada Princípio Constitucional, expõem-se a responder judicialmente quando da inobservância da Constituição Federal de 1988.

Pelo acima exposto, parece cabível constatar a pertinência do seguinte questionamento:

- a) Os princípios constitucionais são valorados de forma exponencial no momento contemporâneo vivido?
- b) O IPM pode prescindir da observância dos Princípios Constitucionais quando da sua confecção?

c) O Encarregado do IPM está sujeito à penalidade por não observar tais princípios?

Em suma, pode-se afirmar que o problema da presente monografia refere-se à necessária e mandatária observância dos Princípios Constitucionais, quando da elaboração de um IPM.

1.3 ALCANCES E LIMITES

O enfoque desta monografia é a constatação de que os Princípios Constitucionais vigentes têm força normativa, devendo ser observados na formulação do IPM, especificamente por quem o conduz, sob pena de grave afronta à Carta Constitucional do País.

1.4. JUSTIFICATIVAS

Os militares não são dotados de conhecimento capaz de conduzir um IPM, observando plenamente os Princípios Constitucionais, sem que haja um mínimo de:

- a) Prejuízo para a condução da atividade investigativa;
- b) Risco para o militar envolvido na sua condução e
- c) Prejuízo para a atividade fim das FFAA.

Desta forma, o ordenamento jurídico contemporâneo não perdoa nem tergiversa transgressão às garantias fundamentais dos cidadãos, cobrando à altura daqueles que não as observa.

1.5 CONTRIBUIÇÃO

A presente monografia pretende minorar a violação dos princípios constitucionais ora vigentes na condução de um IPM e destacar a importância do tema para as FFAA, elevando o nível de conhecimento acerca da sua condução.

1.6 REFERENCIAL TEÓRICO

Farta é a literatura que demonstra a necessidade da observância do conteúdo normativo e impositivo dos Princípios Constitucionais. Da lição do emérito Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, extrai-se, com bastante pertinência acerca da força impositiva dos princípios, o seguinte:

“..violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais...”.

Não menos importante é a necessária observação que daí demanda, no que se refere à observação dos princípios que estão mais afetos à condução dos IPM. No que tange à atividade de polícia judiciária, intrinsecamente relacionada ao objeto desta monografia é a passagem extraída do ilustre Professor Antônio Scarance Fernandes:

“... a Constituição atribuiu à polícia a função de investigar as infrações penais, mas, seguindo tendência universal, previu o seu controle pelo Ministério Público e, por outro lado, restringiu, em parte, seus poderes de polícia em prol de maior garantia às pessoas presas ou submetidas a inquérito...”

pode-se fazer interpretação extensiva aos IPM.

1.7 OBJETIVOS

Pretende-se atingir, fase a fase, os seguintes objetivos:

- a) Ratificar a importância dos Princípios Constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro;
- b) Demonstrar a existência de um procedimento jurídico especial para o trato de questões que envolvam mácula, ou tentativa dela, aos Princípios Constitucionais que regem as FFAA e
- c) Constatar a imperiosa necessidade de se observar os Princípios Constitucionais quando da elaboração do IPM, sob pena de ilegalidade e abuso de autoridade.

1.8. HIPÓTESES

Vislumbra-se comprovar as seguintes hipóteses nesta monografia:

- a) Os princípios constitucionais têm força normativa no que tange à condução de atividade de investigação por meio de IPM;
- b) Os militares das FFAA devem, obrigatoriamente, observar os Princípios Constitucionais, quando na condução de IPM, sob pena de prejuízos próprios e para a investigação.

1.9 METODOLOGIA

Esta monografia foi fundamentada em pesquisa documental, por intermédio de consulta de literatura pertinente, coletada em bibliotecas públicas e militares; de arquivos de jornais e revistas, civis e militares, previamente reunidos; publicações, artigos, teses, dissertações publicados em bases indexadas; da legislação federal vigente; de projetos de lei; e da legislação interna das FFAA.

A problemática do tema exigiu que fossem colocados e definidos, como pressupostos prévios, certos conceitos fundamentais da ciência do direito, como o de princípios, mostrado no Capítulo 2.

No Capítulo 3, apresenta-se o conceito e as características da Justiça Militar e o Capítulo 4 traz as especificidades do crime militar.

No Capítulo 5, trata-se do IPM, instrumento eficaz e legal para a apuração do crime militar. Finalizando-se, a Conclusão, no Capítulo 6, e a referência utilizada para a produção científica ora apresentada.

2. DOS PRINCÍPIOS

2.1. NOÇÃO DE PRINCÍPIOS

Toda conhecimento filosófico ou científico baseia-se na existência de *princípios*. Princípios são enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções ao campo do saber. Para o Professor Miguel Reale os princípios são as “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, ostentando a qualidade de enunciações normativas de cunho genérico, condicionando e orientando a compreensão do ordenamento jurídico, tanto para sua aplicação como para a elaboração de novas normas.¹

Para De Plácido e Silva, o vocábulo princípio, derivado do latim *principium*, exprime o começo de vida ou o primeiro instante em que algo ou alguém começa a existir. Princípios, na forma plural, significam normas elementares ou requisitos primordiais tomados como base ou alicerce de alguma coisa.² Desta forma pode-se definir princípios como base, fundamento, origem ou razão fundamental sobre matéria.

Todo grupo social é regido por princípios que podem variar no espaço e no tempo, mas que devem ser observados pela coletividade, estabelecendo uma convivência harmoniosa entre seus membros. Para existir uma sociedade, é essencial que tais valores sejam reconhecidos por seus membros, de forma que as diretrizes provenientes desses valores sejam capazes de conduzi-los ao objetivo comum de seus pares. Esses princípios são baseados em crenças, convicções da comunidade e dizem respeito aos fundamentos de sua organização.

2.2 PRINCÍPIOS JURÍDICOS

O ordenamento jurídico é um conjunto de normas que expressam os valores de uma sociedade, cabendo ao Direito realizar a justiça, operacionalizando os valores consagrados nessa sociedade. Assim sendo, os princípios são expressamente mais relevantes que a própria

¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, 1993, p. 299.

² SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**, 1998, p. 639.

norma ou regra jurídica, mostrando a razão fundamental das coisas jurídicas, capazes de transformá-los em perfeitos axiomas.³

Princípios jurídicos, na opinião de Plácido e Silva, significam:

“Sem dúvida, significam os *pontos básicos*, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o *alicerce* do Direito. E nesta acepção, não se compreendem somente os *fundamentos jurídicos*, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico, derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da *Ciência Jurídica*, onde se firmaram as *normas originárias* ou as *leis científicas do Direito*, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito. Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos”.⁴

Os princípios deixaram de ser apenas supletivos para adquirir a função de fonte de Direito. Se apenas as regras fossem fonte de Direito, seria necessária a criação de uma disciplina legislativa completa, impossível de ser alcançada no mundo atual em constante transformação com a evolução da tecnologia, dos usos, costumes, e demais valores.

O sistema das leis não abrange todo o campo da experiência humana, havendo situações imprevisíveis, as quais não puderam ser previstas quando da idéia do legislador em criar a norma. Em decorrência dessa imprevisibilidade, houve de ser introduzido no Direito pátrio, o artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil, a fim de mitigar esse efeito negativo, *in verbis*: “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Celso Antônio Bandeira de Mello, consagrado jurista brasileiro, ensina:

“Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”.⁵

2.3 REGRAS E PRINCÍPIOS

O Direito se expressa por meio de normas e estas por sua vez, por meio de regras ou princípios.

³ _____ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**, 1998, p. 639.

⁴ _____ Ibid, p. 639.

⁵ _____ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 1995, p. 408.

Princípios e regras são partes integrantes do ordenamento jurídico, desempenhando dentro do sistema normativo papéis distintos. As regras descrevem fatos hipotéticos e têm a função de regular, direta ou indiretamente, as relações jurídicas que se enquadrem na tipicidade por elas descritas; estabelecem o dever-ser, isto é, regulam o comportamento e a conduta social, determinando como se deve agir nas situações por elas previstas. Já os princípios, não contêm mandados definitivos, pois um determinado princípio pode valer para certo caso concreto, porém em virtude de determinadas circunstâncias não vale para outro.

Quando da interpretação de uma regra deve-se levar em conta o que dizem os princípios jurídicos, pois estes são normas de hierarquia superior à das regras, pois determinam o sentido e o alcance destas. Em suma, a regra cuida de casos concretos e os princípios norteiam uma multiplicidade de situações.

Os princípios não nos fornecem respostas prontas para a sua aplicação, tornando-se necessário ponderar os interesses que se apresentam em um caso concreto. Cada princípio representa as condicionantes do fato e a busca da solução ocorre pela via interpretativa do leitor, garantindo que a decisão não está em desacordo com o espírito do ordenamento jurídico vigente.

Servem como limite para a atuação do jurista, porque ao mesmo tempo em que atua como instrumento de interpretação, tem a função de limitar a vontade subjetiva do aplicador do direito.⁶

Os princípios gerais do direito “são enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática”.⁷

As características dos princípios gerais do direito são:

- a) Idéias primordiais que constituem a origem ou o fundamento do Direito;
- b) Alto grau de generalidade;
- c) Desfrutam de grande compreensão no mundo jurídico;
- d) Estão incluídas nas mais amplas formulações do Direito e
- e) Se estiverem formuladas constituem as proposições normativas mais abstratas do ordenamento jurídico.⁸

Constituem os princípios as idéias fundamentais e informadoras da organização

⁶ _____ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**, 1999, p. 55.

⁷ _____ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, 1993, p. 300.

⁸ _____ BECHARA, Fábio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de. **Princípios constitucionais do processo penal: questões polêmicas**, 2005, p. 28.

jurídica, atuando muito além da função de mero critério diretivo ou de juízos de valor, para atuar como verdadeira norma jurídica em sentido substancial, estabelecendo modelos de conduta.

2.4 FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS

Ao lado das regras, os princípios são normas jurídicas, exercendo dentro do sistema normativo, múltiplas funções.

Luiz Flávio Gomes abrilhanta as funções dos princípios com as seguintes considerações:

*“Fundamentadora, interpretativa e supletiva ou integradora: por força da função fundamentadora dos princípios, é certo que outras normas jurídicas neles encontram o seu fundamento de validade. O artigo 261 do CPP (que assegura a necessidade de ampla defesa, do contraditório, da igualdade etc. Os princípios, ademais, não só orientam a interpretação de todo o ordenamento jurídico, senão também cumprem o papel de suprir eventual lacuna do sistema (função supletiva ou integradora). No momento da decisão o juiz pode valer-se da interpretação extensiva, da aplicação analógica bem como do suplemento dos princípios gerais do direito. Considerando-se que a lei processual penal admite “interpretação extensiva, aplicação analógica bem como o suplemento dos princípios gerais de direito, não havendo regra específica regente do caso torna-se possível solucioná-lo só com a invocação de um princípio”.*⁹

Entre os princípios constitucionais, infraconstitucionais e internacionais que configuram as diretrizes gerais do ordenamento jurídico, são dominantes os princípios constitucionais, haja vista gozarem de supremacia incontestável, sendo vinculantes para o intérprete, para o juiz e para o legislador.¹⁰

2.5 A CONSTITUIÇÃO E O SEU SIGNIFICADO PARA O ESTADO E PARA OS CIDADÃOS

⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Normas, regras e princípios: conceitos e distinções**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, Nº 851, 1 nov. 2005.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7527>> Acesso em 20.04.2008

¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Normas, regras e princípios: conceitos e distinções**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, Nº 851, 1 nov. 2005.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7527>> Acessado em 20.04.2008.

O pensamento político europeu ocidental, a partir do século XVIII, identificava a Constituição como um diploma jurídico que congregava de um lado as normas fundamentais de organização do poder estatal e, de outro, um estatuto que delineava direitos e garantias fundamentais ao cidadão.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, editada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de 1948, é o grande marco da construção dos direitos humanos. Expõe a concepção moderna de direitos humanos, a qual é caracterizada pela universalidade e indivisibilidade. A primeira característica advém da condição de que pessoa é a única titular desses direitos; a segunda, da garantia de que os direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Modernamente, em Estados desenvolvidos, as Constituições estão projetadas em documentos escritos, soberanos e dos quais derivam duas vertentes principais, ambas direcionadas à limitação do exercício do poder. Uma trata da forma e do sistema de governo, atribuição das competências executivas, legislativas e judiciárias e dos requisitos e mecanismos para o acesso ao poder e ao seu exercício. A outra estabelece os direitos e garantias fundamentais aos cidadãos na sua dimensão individual e social. O regramento orgânico do poder estatal decorre da necessidade de balizar o seu exercício, a fim de que o crescimento do Estado não sufoque a própria comunidade que objetiva servir e proteger.¹¹

Conforme a lição da Professora Flávia Piovesan, cidadania e Constituição são:

“Ao relacionar a concepção contemporânea de cidadania com a Constituição brasileira de 1988, constata-se que a Carta constitucional está em absoluta consonância do ideário da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos. Na qualidade de marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país, a Carta de 1988 empresta aos direitos e garantias ênfase extraordinária, situando-se como documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria na história constitucional do país. O valor da dignidade humana impõe-se como princípio fundamental da Carta de 1988, fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro. Consolida-se, assim, a universalidade dos direitos humanos, na medida em que a dignidade é inerente a toda e qualquer pessoa, proibida qualquer discriminação. Quanto à indivisibilidade dos direitos humanos, a Carta de 1988 é a primeira Constituição que integra, ao elenco dos direitos fundamentais, os direitos sociais, que nas Cartas anteriores restavam pulverizados no capítulo pertinente à ordem econômica e social. Observe-se que, no direito brasileiro, desde 1934, as Constituições passaram a incorporar os direitos econômicos, sociais e culturais. Contudo a Constituição de 1988 é a primeira a consagrar que os direitos sociais são direitos fundamentais, sendo, pois inconcebível separar os valores liberdade (direitos civis e políticos) e igualdade (direitos sociais,

¹¹ _____ Amaral, Antonio Carlos Rodrigues do. **A reforma da Constituição e as cláusulas pétreas**, 2003, p. 29.

econômicos e culturais)”.¹²

A Constituição como estatuto supremo de uma nação, estabelece a forma e os limites no exercício do poder, garantindo os direitos fundamentais aos cidadãos.

Isto se torna bem patente ao se observar o bojo do artigo 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988: os direitos e garantias fundamentais do cidadão não podem ser objeto de Emenda Constitucional, a menos que haja outra Assembléia Nacional Constituinte, alterando esta cláusula pétrea.

2.6 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O absolutismo caracteriza-se pela centralização do poder em torno de um soberano, onde há a sujeição de todos à mesma ordem jurídica sem limitação interna ou externa e nem reconhecimento de ordens alheias à vontade autoritária, dentro daquele território.

O Estado Constitucional surgiu paralelamente ao Estado Democrático e sob a influência dos mesmos princípios, o jusnaturalismo, amplamente difundido pelos contratualistas, afirmando a superioridade da vontade do indivíduo,¹³ dotado de direitos naturais inalienáveis e sob a proteção do Estado. Concomitantemente travou-se uma luta contra o absolutismo, avolumando-se o movimento que pregou a limitação dos poderes dos governantes e, por último, influenciado pelo Iluminismo, levou-se ao extremo a crença na razão, ecoando nas relações políticas através de uma racionalização do poder.¹⁴

O iluminismo deflagrou o processo da noção do bem jurídico-penal, impondo limites formais e materiais ao *ius puniendi*, trazendo à luz o clássico princípio da legalidade e seus corolários decorrentes tais quais o da lesão a um direito subjetivo e ao dano social.

Nesse período da história da humanidade os sujeitos incumbidos de exercerem o poder político deixaram de impor normas, passando a obedecer normas jurídicas limitadoras do poder.

A partir de então, tem-se o conceito de Estado de Direito: “de um Estado que realiza suas atividades debaixo da ordem jurídica, contrapondo-se ao superado Estado-Polícia, onde o valor político era exercido sem limitações jurídicas, apenas se valendo das normas jurídicas

¹² _____ PIOVESAN, Flávia. **Cidadania no Brasil: o que diz a lei**, 2003, p. 12.

¹³ _____ PELARIN, Evandro. **Bem jurídico-penal**, 2002, p. 38

¹⁴ _____ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**, 1989, p. 169.

para se impor aos cidadãos”.¹⁵

O Estado de Direito é aquele que assegura garantias e age por meio da legalidade como maneira de preservar a segurança nas relações jurídicas e não-jurídicas. Ao final do século XVIII e no início do século XIX, o Estado de Direito surgiu como um movimento que tinha por objetivo submeter os governantes à vontade legal.

Assim, vê-se o aparecimento do Estado Moderno, oriundo da transformação do poder político e da derrocada do sistema medieval e absolutista, culminando com as Revoluções Americana e Francesa no século XVIII, quando surgem os documentos legislativos denominados de *Constituição*. A primeira Constituição escrita foi a do Estado da Virgínia, em 1776, mais precisamente na cidade de Williamsburg, e a primeira posta em prática foi a dos Estados Unidos da América do Norte, em 1787. Entretanto, foi a Constituição francesa de 1789 que ressoou pelo resto do mundo.¹⁶

Norberto Bobbio, magnânimo jurista italiano, define o Estado de Direito como:

“Por Estado de direito entende-se geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que o regulam, salvo o direito do cidadão recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso e o excesso de poder. Assim entendido, o Estado de direito reflete a velha doutrina – associada aos clássicos e transmitida através das doutrinas políticas medievais – da superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens, segundo a fórmula *lex facit regem*, doutrina essa sobrevivente inclusive da idade do absolutismo, quando a máxima *princeps legibus solutus* é entendida no sentido de que o soberano não estava sujeito às leis positivas que ele próprio emanava, mas estava sujeito à leis divinas ou naturais e às leis fundamentais do reino. Por outro lado, quando se fala de Estado de direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos. Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau à leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio “invioláveis”.¹⁷

Da lição de Paulo Bonavides: “O Estado de Direito não se define apenas pela legalidade, mas pelos *princípios* constitucionais, por considerações superiores de mérito, que o governam e fundamentam”.¹⁸

Já, Celso Ribeiro Bastos indica o caminho percorrido na transformação do Estado de

¹⁵ _____ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**, 1999, p. 36.

¹⁶ _____ SUNDFELD, Carlos Ari, **Elementos de teoria geral do estado**, 1993, p. 169.

¹⁷ _____ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**, 1988, p. 19.

¹⁸ _____ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 210, *apud* ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **A Constituição como garantia da democracia: o papel dos princípios constitucionais**, p. 76.

Direito para Estado Democrático de Direito:

“Os movimentos políticos do final do século XIX, início do século XX, transformam o velho e formal Estado de Direito num Estado Democrático, onde além da mera submissão à lei deveria haver a submissão à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos. Assim, o conceito de Estado Democrático não é um conceito formal, técnico, onde se dispõe um conjunto de regras relativas à escolha dos dirigentes políticos. A democracia, pelo contrário, é algo dinâmico, em constante aperfeiçoamento, sendo válido dizer que nunca foi plenamente alcançada. Diferentemente do Estado de Direito – que, no dizer de Otto Mayer, é o direito administrativo bem ordenado – no Estado Democrático importa saber a que normas o Estado e o próprio cidadão estão submetidos. Portanto, no entendimento de Estado Democrático devem ser levados em conta o perseguir certos fins, guiando-se por certos valores, o que não ocorre de forma tão explícita no Estado de Direito, que se resume em submeter-se às leis, sejam elas quais forem”.¹⁹

O Estado Democrático de Direito perquire os fins preconizados em todo o ordenamento jurídico, sendo balizado pela Constituição Federal e é direcionado a todos os cidadãos. A base da democracia é o governo eleito pelo povo, para o povo e pelo povo. Baseando-se na democracia, três princípios guiam os Estados:

- a) A supremacia da vontade popular;
- b) A preservação da liberdade e
- c) A igualdade de direitos.²⁰

Entretanto, a democracia não se sustenta apenas com a regra da maioria e com regras procedimentais; é preciso a ação de valores e princípios finalísticos a serem perseguidos pelos agentes da democracia, quais sejam: Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Legislativo. Faz-se necessário que esses valores tenham eficácia imperativa, efetividade vinculante e possam ser reclamados frente a órgãos garantidores de sua aplicabilidade e respeitabilidade e ser defendidos contra atos que contradigam os seus comandos. Os caminhos da democracia devem ser iluminados pelos princípios constitucionais, diretivas normativas e hermenêuticas, que dão autoridade valores éticos, políticos e jurídicos da democracia contemporânea, da democracia brasileira planejada em termos jurídicos pela Constituição vigente.²¹

2.7 A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A teoria da separação dos poderes surgiu com o objetivo de assegurar a liberdade dos

¹⁹ _____ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, 1997, p. 157.

²⁰ _____ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**, 1989, p. 128.

²¹ _____ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **A constituição como garantia da democracia: o papel dos princípios constitucionais**, 1989, p. 83.

indivíduos. Teoria esta criada por Montesquieu, muito embora seja sabido que Aristóteles, Macchiavel e John Locke, já discutiam acerca da injustiça de se atribuir as três esferas de poder a uma só pessoa.

Montesquieu, autor da obra “Do Espírito das Leis” (1748), tem suas palavras analisadas por Dalmo de Abreu Dallari que afirma:

“a existência de funções intrinsecamente diversas e inconfundíveis, mesmo quando confiadas a um só órgão. Em sua opinião, o normal seria existência de um órgão próprio para cada função, considerando que o Estado se organizasse com três poderes, pois “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes”.²²

A teoria de Montesquieu sobre a separação de poderes concebe um sistema em que se conjugam um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si, assumindo a configuração que apareceria na maioria das Constituições. Advertia, no entanto, o risco de uma mesma pessoa concentrar todo poder estatal:

“Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executa-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”.²³

Desta teoria, idealizou-se uma forma de distribuição das funções do Estado, colocando-se em mãos diferentes as tarefas de: elaborar a lei; executar atos de acordo com a lei e decidir litígios, o que vem sendo observado desde a Revolução Francesa, pela maioria dos Estados, em atendimento às exigências do princípio consagrado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que em seu artigo 16 estabelece: “Toda sociedade na qual não se assegura a garantia dos direitos, nem se determina a separação dos poderes, considera-se desprovida de Constituição”.²⁴

Montesquieu pretendeu criar um equilíbrio entre os poderes do Estado, estabelecendo os chamados “freios e contrapesos”, segundo os quais o poder limita o poder.²⁵

A separação de poderes sufragada pela Constituição Federal de 1988, como princípio fundamental, adquiriu característica imutável e insuprimível, haja vista ter sido classificada como cláusula pétreia, cujas propostas de emenda não podem ser objeto de deliberação pelo

²² _____ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Teoria geral do estado**, 1989, p. 183.

²³ _____ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**, 2000, p. 166.

²⁴ _____ FACHIN, Zulmar. **Responsabilidade patrimonial do estado por ato jurisdicional**, 2001, p. 45

²⁵ _____ Ibid, p. 55

Congresso Nacional nem por ninguém, conforme o artigo 60, § 4º, II.

2.8 O PESO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

De acordo com Celso Ribeiro Bastos a Constituição apresenta dois elementos principais: o caráter estrutural das normas constitucionais fulcrados em todas as verdades fundamentais da organização do Estado e da sociedade e, o elemento formal constituído pela posição privilegiada e suprema de que desfrutam as normas constitucionais, subordinando a si todas as demais leis e negócios jurídicos.²⁶

Os valores de organização da vida em sociedade, o exercício do poder e fornece os meios de defesa dos direitos e interesses tuteláveis dos cidadãos são estabelecidos pela Constituição. Assim, a Magna Carta estatui no Título I, os Princípios Fundamentais, em seu artigo 1º:

“Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Desta forma, o Estado brasileiro tem como fundamentos básicos a soberania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, consubstanciando-se em um Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito deve ter fundamento os princípios emanados da Constituição, porque ela forma um conjunto de regras fundamentais na ordem jurídica, conferindo a coerência e a unidade de um sistema jurídico, traçando seus fundamentos e irradiando seus efeitos no âmbito legal, mas perante a sociedade, e garantindo os direitos fundamentais do ser humano.

Segundo José Afonso da Silva, “as constituições têm por objeto estabelecer a estrutura

²⁶ _____ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 1997, p. 80.

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 sócio-econômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais”.²⁷

Em outro trecho de suas lições o mesmo autor destaca os princípios jurídico-constitucionais:

“São *princípios constitucionais gerais* informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais, como princípio da supremacia da constituição e o conseqüente princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, o princípio da autonomia individual, decorrente da declaração dos direitos, o da proteção social dos trabalhadores, fluente de declaração dos direitos sociais, o da proteção da família, do ensino, da cultura, o da independência da magistratura, o da autonomia municipal, os da organização e representação partidária, e os chamados princípios-garantias (o do *nullum crimen sine lege* e da *nulla poena sine lege*, o do devido processo legal, o do juiz natural, o do contraditório entre outros, que figuram nos incs. XXXVIII a LX do art. 5º).²⁸

Conforme o doutrinador luso, Dr. Gomes Canotilho²⁹, os valores éticos, políticos e jurídicos estabelecidos na Constituição possuem três níveis de racionalidade, a saber: o nível da racionalidade ética, o da racionalidade política, e o da racionalidade jurídica.

O primeiro nível consagra os principais valores éticos da convivência humana, a vida, a dignidade da pessoa humana. O segundo, da racionalidade política, como exercer o poder, conquistá-lo, exercê-lo e que fins usar instrumentos e formas. Finalmente, o terceiro é o da racionalidade jurídica, estabelecendo os instrumentos de proteção dos direitos e interesses das pessoas humanas, assegurando o acesso à jurisdição por intermédio do processo judicial, o acesso a outros direitos via processo administrativo, ou realização de atos negociais pela preservação da autonomia negocial dos indivíduos. Estatui, ainda, limites de produção, interpretação e aplicação do Direito Positivo.

No direito penal, a submissão do Estado à ordem jurídica se expressa através do princípio da legalidade, dispondo a Constituição: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal).

Helena Fragoso explica a incidência do princípio da legalidade no direito penal:

“Não se apresenta mais em nosso dias o direito de punir como poder absoluto do

²⁷ _____ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 1996, p. 42.

²⁸ _____ Ibid, p. 95.

²⁹ _____ CANOTILHO, Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Almedina, 1982, *apud* ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **A Constituição como garantia da democracia: o papel dos princípios constitucionais**, 1999, p. 81.

Estado sobre a pessoa do cidadão. O direito de punir constitui limitação jurídica ao poder punitivo do Estado, pois no Estado moderno o exercício da soberania está subordinado ao direito. Assim, o poder político penal, originalmente absoluto e ilimitado, sendo juridicamente disciplinado e limitado, converte-se em *poder jurídico*, ou seja, uma faculdade ou possibilidade jurídica de punir conforme ao direito. Não se admite, em consequência, num sistema de direito, que o Estado imponha pena a ação que não tenha sido previamente incriminada”.³⁰

2.9 PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DISCIPLINA

Em se tratando de tema ligado à área militar, é mister abordar os princípios da hierarquia e disciplina.

“DISCIPLINA. Derivado do latim *disciplina* (ciência, ordem, regulamento) em sentido amplo designa a *regra* ou o *conjunto de regras*, impostas nas diversas instituições ou corporações, como *norma de conduta* das pessoas a elas pertencentes. São *deveres morais* ou de *bons costumes*, entrelaçados com preceitos que se impõem *regras* à maneira de agir dentro e fora da instituição ou corporação, cuja transgressão pode motivar *sanções disciplinares*. As *regras de disciplina* fazem parte dos *regulamentos, estatutos ou compromissos*, adotados como reguladores das mesmas instituições e corporações. E por elas as pessoas obrigadas a seu compromisso assumem o dever de submissão às regras que se estatuem.

DISCIPLINA MILITAR. É, de igual maneira, a soma de preceitos que devem ser obedecidos por todos os componentes de uma corporação militar, em virtude dos quais todos devem respeito aos modos de conduta que deles decorrem. As transgressões às regras disciplinares dizem-se crimes ou delitos disciplinares.³¹

HIERARQUIA. Derivado do grego *ierarkhia* de *ieros* (sagrado) e *arkhia* (governo), designava entre os gregos a suprema autoridade do *grande sacerdote* ou designava a autoridade do *chefe supremo* dos sacerdotes.

Abstração feita do sentido religioso, *hierarquia* quer exprimir o *poder maior ou a autoridade preeminente*. Mas, no conceito em que é tido no Direito Público, notadamente do Administrativo, não se reduz a esse significado restrito. Hierarquia, *demonstrando* a existência de uma organização, exprime a *união de poderes disciplinares*, de cuja disciplina nasce um *sistema de subordinação* (evidência objetiva ou concreta da hierarquia), em virtude da qual cada elemento representativo de cada poder, de ordem inferior, deve obediência e respeito ao representante do que está colocado acima. A ordem de graduação, desse poder ou dessa autoridade, formando um *todo disciplinado*, com as suas classes ou categorias sucessivas, de menor a maior poder, de menor a maior força, é que constitui a *hierarquia*, dita particularmente de *administrativa*”.³²

José Afonso da Silva conceitua hierarquia como: “vínculo de subordinação escalonada e graduada de inferior a superior” e disciplina como: “o poder que têm os superiores hierárquicos de impor condutas e dar ordens aos inferiores. Correlativamente, significa o

³⁰ _____ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral**, 1997, p. 94.

³¹ _____ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**, 1998, p. 279.

³² _____ Ibid, p. 396.

dever de obediência dos inferiores em relação aos superiores”.³³

Desde a antiguidade, as religiosas e as militares subsistem com base nos princípios da disciplina e da hierarquia. No entanto, hierarquia e disciplina não se confundem, constituindo bens jurídicos distintos:

“Não se confundem, como se vê, hierarquia e disciplina, mas são termos correlatos, no sentido de que a disciplina pressupõe relação hierárquica. Somente se é obrigado a obedecer, juridicamente falando, a quem tem poder hierárquico. “Onde há hierarquia, com superposição de vontades, há, correlativamente, uma relação de sujeição objetiva, que se traduz na disciplina, isto é, no rigoroso acatamento pelos elementos dos graus inferiores da pirâmide hierárquica, às ordens, normativas ou individuais, emanadas dos órgãos superiores. A disciplina é, assim, um corolário de toda organização hierárquica”.³⁴

A Constituição Federal de 1988 preceitua que as Forças Armadas estão organizadas com base na hierarquia e na disciplina, conforme o seu artigo 142. O Estatuto dos Militares, em seu artigo 14, diz:

“A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico”.
 §1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade.
 § 2º disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do deve por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo”.

2.10 TUTELA PENAL DA HIERARQUIA E DA DISCIPLINA MILITAR

As Forças Armadas, corpo especial da Administração, estão estruturadas na hierarquia e na disciplina militar, princípios constitucionalmente consagrados, fazendo jus à efetiva tutela dos Direitos: Constitucional; Administrativo; Penal e Processual Penal.

Desta forma, a Administração Militar participa da tutela penal da hierarquia e da

³³ _____ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 1996, p. 705.

³⁴ _____ FAGUNDES, Miguel Seabra. **As forças armadas na Constituição**. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1955, *apud* SILVA, José Afonso da, 1996, op cit, p. 705.

disciplina, exercendo a atividade policial judiciária militar, conforme estabelece o artigo 7º do Código de Processo Penal Militar, onde esta atividade é exercida pelos comandantes de forças, navios ou unidades, estando as respectivas atribuições previstas no artigo 8º do CPPM.

2.11 TUTELA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

O relacionamento entre os indivíduos e o Estado evidenciou a necessidade de normas garantidoras dos direitos fundamentais contra o poder estatal intervencionista, sendo, portanto, inseridas regras de cunho garantista nas Constituições, impondo ao Estado o respeito aos direitos individuais.

Todo direito processual é delineado direito constitucional e, especificamente, no direito processual penal, o problema das relações entre o Estado e a pessoa individual assume notória relevância.

As Constituições brasileiras, desde o Império, possuem normas de garantia individual. Atualmente o artigo 5º da CFRB/88 apresenta regras destinadas a assegurar os direitos individuais e coletivos.³⁵

Ada Pellegrini et al. definem Direito Processual Constitucional como sendo a “condensação metodológica dos princípios constitucionais do processo” abrangendo “de um lado, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; de outro lado, a jurisdição constitucional”. A “tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária corresponde às normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias. A tutela constitucional do processo engloba o direito de ação e de defesa e outros postulados que desses decorrem”.³⁶

Prosseguindo, lecionam que “a jurisdição constitucional compreende, por sua vez, o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração; bem como a denominada jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais-processuais: o *habeas corpus*, o *mandado de segurança*, e a *ação popular*”.³⁷

José Frederico Marques ressalta que o processo criminal encontra na Constituição os fundamentos e alicerces, princípios e normas básicas das regras com que disciplina a

³⁵ _____ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**, 2003, p. 14

³⁶ _____ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**, 1995, p. 47.

³⁷ _____ Ibid, p. 47.

atividade jurisdicional em face da *norma agendi* do direito punitivo:

“ O direito ao juízo é, antes de tudo, direito de defesa porquanto é direito constitucional de exigir a apreciação *a priori*, pelos órgãos judiciários, da pretensão punitiva do Estado, e de afirmar contra este, no processo criminal, o direito de liberdade. A Constituição, quando se trata da limitação do *status libertatis* pela sanção penal, não garante tão-só um pronunciamento jurisdicional sobre o direito individual de liberdade, como o faz com outros direitos subjetivos no artigo 5º, XXXV: ela exige que este pronunciamento preceda à própria imposição da pena. Da combinação do que vem estatuído nos incisos LIII, LIV, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV e LXVI do artigo 5º, decorre essa garantia basilar, que, ao demais, está também contida implicitamente no § 2º, artigo 5º da Constituição. Ninguém pode ser privado de seu direito de liberdade a não ser *by the law of the land*, isto é, mediante previsão legal anterior ao fato, e também a não ser através do *due process of law*, - mormente se o *jus libertatis* deve ser atingido pela imposição de pena criminal. E esse devido processo legal é na justiça penal aquele que se desenvolve mediante contraditório pleno (art. 5º, LV), com todos os recursos essenciais à defesa plena (art. 5º, LV), sem abuso de poder (art. 5º, LXVIII) e perante autoridade competente para processar e julgar (art. 5º, LIII).”³⁸

As Justiça Penal e Civil são orientadas por vários princípios, entre os quais se destacam o direito à tutela jurisdicional e o devido processo legal, geradores de postulados como o do juiz natural, da instrução contraditória, do direito de defesa e outros. Além dos princípios inscritos na Constituição, surgem outros no artigo 5º, inciso LXXVII, § 2º: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

2.12 A PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL (COMUM E MILITAR)

A finalidade do Direito Processual Penal é reconhecer e estabelecer uma verdade jurídica que dê a justa solução do litígio, com fundamento na busca da verdade real, e valorização das provas.

É indispensável o amplo conhecimento do fato pelo juiz e posterior julgamento com aplicação da norma jurídica correspondente.

A prova é o instrumento que fornece ao juiz conhecimento de determinado fato, e sua

³⁸ _____ MARQUES, José Frederico. **Da competência em matéria penal**, 2000, pp. 64-65.

função essencial é a efetiva demonstração da existência desse fato, para a aplicação do direito, podendo conduzir tanto à certeza como a suspeita da ocorrência ou da autoria de um fato.

No processo penal, é necessária a apuração do fato criminoso mesmo antes do ingresso com a ação penal por seu titular, pois para o exercício do direito de ação, devem estar presentes os indícios de autoria e materialidade, comprovadas por exames periciais para instruírem a inicial acusatória.

Para a obtenção dos requisitos essenciais ao exercício do direito de ação se faz necessário, a instauração do inquérito policial por intermédio da Polícia Judiciária Militar que investiga o fato considerado delituoso, trazendo aos autos os elementos probatórios para a formação da *opinio delicti* do Representante do Ministério Público, o qual oferece a denúncia e instaura a competente ação penal, desde que presentes os requisitos.

Deste modo, a prova figura como elemento instrumental da qual disporão as partes para convencer o juiz dos fatos alegados e, assim, influir na sua convicção acerca do ocorrido. Entretanto, as provas têm de ser lícitas, já que são o núcleo central do processo e é através delas que as partes poderão demonstrar os fatos ao magistrado, formando sua convicção e visando à aplicação do direito correspondente.

O artigo 332 do Código de Processo Civil define prova como: “Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa”.

De acordo com Moacyr Amaral Santos:

“ Quem se propor a provar terá que se valer de meios adequados, que variam conforme o objeto da prova. Outrossim, deverá utilizar-se dos meios apropriados segundo determinados métodos, que variam conforme o objeto e, até mesmo, conforme o destinatário da prova. Diversos são os meios de prova da eficácia de um produto farmacêutico e o das conseqüências de um fato histórico; e diversos serão os métodos a adotar-se conforme o destinatário da prova seja o próprio agente, terceiro ou terceiros”.³⁹

Segundo a Professora Ada Pellegrini Grinover, “a prova será ilegal toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material”.⁴⁰ No Processo Penal vigora o princípio da busca da verdade real, diferentemente do que ocorre no Processo Civil, onde vigora o princípio da verdade formal.

Conforme Nicola Framarino, “em matéria penal, as provas devem ser de forma que

³⁹ _____ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, vol. II, 1995, p. 327

⁴⁰ _____ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**, 1999, p. 98

revelam a verdade substancial, não bastando a verdade formal, como no cível”.⁴¹

Se por um lado qualquer prova lícita e legítima deverá ser apreciada pelo Juízo na produção da prova. No âmbito do Processo Penal, a Constituição Federal considera inadmissível no processo as provas obtidas por meios ilícitos (artigo 5º, inciso LVI). Assim sendo, a produção probatória deve coadunar-se com o ordenamento jurídico para ser acolhida pelo Juízo como válida a provar algo de interesse das partes, cabendo ao Judiciário protestar pela sua validade.

2.13 A PRODUÇÃO PROBATÓRIA E SEUS LIMITES

O direito à prova, assegurado pela Magna Carta não é absoluto, embora a busca da verdade real seja o objetivo principal do processo penal. Existem limites quando da produção probatória, a exemplo: limites a proibição de depor a determinadas pessoas que em razão de função, ministério, ofício ou profissão devam guardar sigilo (artigo 207, Código de Processo Penal); ou a proibição de exibição ou leitura de documentos no plenário do Júri, se não foi dada ciência da existência deles à parte contrária no prazo de três dias antecedentes ao julgamento (artigo 475, Código de Processo Penal).

Sobre a questão, Julio Fabbrini Mirabete diz: “pode-se afirmar assim que são totalmente inadmissíveis no processo civil e penal tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual penal, quanto as ilícitas, obtidas com violação das normas de direito material”.⁴²

Assim sendo, a interceptação telefônica é prova processualmente legítima. Entretanto, se obtida em desacordo com a Lei Nº 9.296/96, não poderá ser utilizada, como regra, em um processo penal por ser obtida através de meio ilícito. (Os frutos proibidos da árvore envenenada).

Segundo Ada Pellegrini Grinover, prova ilícita é:

“Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para a proteção de liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade. Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (artigo 5º, XI, CF) ou das

⁴¹ _____ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**, 1996, p. 115

⁴² _____ MIRABETE, Julio Fabbrini, **Código de processo penal interpretado**, 1999, p. 218

comunicações (art. 5º, XII, CF); as conseguidas mediante infringência à intimidade (art. 5º, X, CF) etc”.⁴³

A violação de qualquer norma constitucional leva à nulidade absoluta do ato, daí a necessidade da perfeição do ato judicial para que ele possa produzir seus efeitos. Sendo a prova nula, não poderá produzir nenhum efeito, portanto, o uso no processo de uma prova obtida através de meio ilícito levaria à nulidade desse ato.

A prova inadmissível não pode fazer parte do processo, caso tenha sido juntada aos autos e, posteriormente, constatada que foi obtida por meio ilícito, será desentranhada dada a sua inexistência processual e, os atos dela decorrentes também serão inexistentes, devendo ser anulados.

O resultado subjetivo da prova é o convencimento de quem sentenciará, concluindo o Juiz se há ou não prova de determinado fato. Conclui-se que tanto para o autor como para o réu provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou inexistência de fatos relevantes no processo.

A prova penal é uma reconstituição histórica. Miguel Fenech comenta que no processo civil a admissão expressa de um fato, isenta-o de prova, mas “no processo penal, ao contrário, em virtude da vigência dos princípios de investigação oficial e da verdade material, o julgador deve chegar à verdade dos fatos tal como ocorreram historicamente e não tal como querem as partes que apareçam realizados”.⁴⁴

Hélio Tornaghi expressa que “não importa que o réu confesse ou que o Ministério Público aceite a alegação de uma causa de exclusão de crime ou que haja sido argüido um fato extintivo da punibilidade. O juiz procura colher a prova de tudo quanto possa levar a conhecer os fatos reais, verdadeiros”.⁴⁵

A prova encontra-se em toda parte: no Código Civil, artigos 129 e seguintes; no Código de Processo Civil, artigos 332 a 442; no Código Comercial, especialmente artigos 122 e 123. Constitui crime, previsto no Código Penal, a sonegação de papel ou objeto de valor probatório (artigo 356). No Código de Processo Penal, um título inteiro, extenso e de variado conteúdo (artigos 155 a 250), trata da prova.

⁴³ _____ GRINOVER, Ada Pellegrini, 1999, op. cit, p. 109

⁴⁴ _____ FENECH, Miguel. **El proceso penal**, p.93, *apud* NORONHA, E. Magalhães, **Curso de direito processual penal**, 2000, p.88

⁴⁵ _____ TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**, 1995, p. 269

3 O PODER JUDICIÁRIO

3.1 A FUNÇÃO JURISDICIONAL

Por ser um Estado Democrático de Direito a República Federativa do Brasil zela por todos os seus postulados, especialmente aos que dizem respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, principalmente a prestação jurisdicional, importância fundamental do Poder Judiciário na realização da justiça.

A função jurisdicional é desenvolvida com exclusividade pelo Poder Judiciário, como prevê a Constituição no artigo 5º, inciso XXXV, visando resguardar a inafastabilidade do controle jurisdicional como direito e garantia fundamental, tendo como corolário imediato dessa garantia o princípio do juiz natural, onde: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. (Art. 5º, LIII, CFRB/88)

José Afonso da Silva defende:

“incumbe a solução dos conflitos de interesses, aplicando a lei aos casos concretos, inclusive contra o governo e a administração. Essa elevada missão, que interfere com a liberdade humana e se destina a tutelar os direitos subjetivos, só poderia ser confiada a um poder do Estado, distinto do Legislativo e do Executivo, que fosse cercado de garantias constitucionais de independência. Essas garantias assim se discriminam: 1) *garantias institucionais*, as que protegem o Poder Judiciário como um todo, e que se desdobram em *garantias de autonomia orgânico-administrativa e financeira*; 2) *garantias funcionais* ou de *órgãos*, que asseguram a independência e a imparcialidade dos membros do Poder Judiciário, previstas, aliás, tanto em razão do próprio titular mas em favor ainda da própria instituição.⁴⁶

Os órgãos do Poder Judiciário, segundo a Constituição Federal em seu artigo 92, são:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:
 I – o Supremo Tribunal Federal;
 II – o Superior Tribunal de Justiça;
 III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
 IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho;
 V – os Tribunais e Juízes Eleitorais;
 VI – os Tribunais e Juízes Militares;
 VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

3.2 A JUSTIÇA COMUM

⁴⁶ _____ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 1996, p. 496.

A autoridade competente, juiz natural, são os magistrados e tribunais a quem a Constituição Federal, implícita ou explicitamente, atribui a função jurisdicional, referida no artigo 5º, LIII, da Constituição: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

As atribuições da justiça comum vão até o limite da jurisdição das justiças especiais, ou seja, não estando o caso previsto constitucionalmente como da atribuição de uma das justiças especiais, a autoridade competente será um dos órgãos da justiça ordinária ou comum.

3.3 JUSTIÇAS ESPECIAIS

Os juízes e tribunais especiais, quando previstos pela Constituição, são órgãos competentes para o processo e julgamento das causas penais.

A Constituição Federal inclui os juízes e Tribunais Militares como órgãos do Poder Judiciário; e nos artigos 122 a 124 estão as garantias e competências dessa jurisdição especial.

No parecer de José Frederico Marques, a justiça militar “é uma das poucas jurisdições especiais cuja existência se justifica”.

Não se trata de privilégio de pessoas, mas de organização decorrente, como lembra Astolpho Rezende⁴⁷ “das condições especiais que ligam pessoas e atos de índole particular atinentes ao organismo militar, como também pela natureza das infrações disciplinares, aptas a comprometer a ordem jurídica e a coesão dos corpos militares”.⁴⁸

A organização das Forças Armadas atende ao disposto na Lei Complementar Nº 97, de 09 de junho de 1999, alterada pela Lei Complementar Nº 117, de 02.09.2004, cuja destinação e atribuições estão definidas no artigo 1º:

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

Parágrafo único. Sem comprometimento de sua destinação constitucional, cabe também às Forças Armadas o cumprimento das atribuições subsidiárias explicitadas nesta Lei Complementar”.

⁴⁷ REZENDE, Astolpho. *Nos domínios da criminologia*, vol. II, 1997, p. 525.

⁴⁸ MARQUES, José Frederico. **Da competência em matéria penal**, 2000, p. 165.

As Forças Armadas são erigidas com base na hierarquia disciplina, pois sem estas as instituições armadas não se mantêm. Qualquer lesão institucional praticada por integrante dessa forças não pode desaguar na vala dos julgamentos comuns, que podem consumir anos até a conclusão de um processo criminal.

Ademais as condições e peculiaridades da vida militar exigem a formação de um corpo específico de normas e também um órgão julgador especializado, capaz de ponderar a influência de determinados ilícitos no moral na hierarquia e disciplina dessas instituições.

3.4 A JUSTIÇA MILITAR BRASILEIRA

A Justiça Militar encontra-se prevista e disciplinada na Constituição Federal (artigo 92, VI), sendo os juízes militares e os Tribunais Militares órgãos do Poder Judiciário, portanto, uma corte com previsão constitucional.

Remarque-se que o artigo 5º. XXXVII, da Constituição Federal, veda expressamente o julgamento do cidadão por Tribunal de Exceção, garantindo assim o princípio do juiz natural.

A Justiça Militar da União possui previsão constitucional desde a Constituição Federal de 1934, e a Justiça Militar Estadual desde a Constituição Federal de 1946. Os Juízes-Auditores integram o poder Judiciário, Federal ou Estadual, com todas as garantias asseguradas aos magistrados, vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos. A Constituição Federal de 1988 seguindo a tradição constitucionalista fez previsão expressa tanto no aspecto federal como estadual da Justiça Militar.

O artigo 108 da Constituição Federal declara competir à Justiça Militar o processo e julgamento de crimes militares definidos em lei.

A Justiça Militar divide-se em Justiça Militar Federal e Justiça Militar Estadual que julgam, respectivamente, os militares integrantes das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), quando estes violarem os dispositivos do Código Pena Militar; e os integrantes das denominadas Forças Auxiliares (Policiais Militares e Corpos de Bombeiros Militares).

A Justiça Militar brasileira, portanto, está integrada ao Poder Judiciário Nacional e sua fonte é a própria Constituição Federal, sendo a Justiça Militar da União prevista em nível constitucional desde 1934 e a Justiça Militar Estadual desde 1946.

3.5 DA JURISDIÇÃO MILITAR

A competência da Justiça Militar tem sido um tema muito controvertido nos domínios da doutrina. Na verdade, a matéria tem sido disciplinada pela legislação desde os tempos do Império.

Segundo a Constituição Federal de 1988:

Art. 122 – São órgãos da Justiça Militar:

I – O Superior Tribunal Militar;

II – os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

[...]

Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

[...]

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

[...]

§ 3º. A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos Conselhos de Justiça e, em segundo, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo da polícia militar seja superior a vinte mil integrantes.

§ 4º. Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (redação anterior à Emenda Constitucional Nº 45 de 2004).

Em suas lições José Frederico Marques afirma que “atualmente a Justiça Militar se estende a casos de infrações penais militares definidas em lei. Não mais se cuida da distinção entre delitos própria ou impropriamente militares: desde que o critério *ratione legis* é o imperante, também o crime impropriamente militar é delito castrense, se assim o entender o legislador ordinário”.⁴⁹

A vigente Constituição Federal utiliza a expressão “crime propriamente militar”, dispondo no inciso LXI do seu artigo 5º 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”.

3.6 JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E JUSTIÇA MILITAR DOS ESTADOS

⁴⁹ _____ MARQUES, José Frederico. **Da competência em matéria penal**, 2002, p. 178.

A Justiça Militar subdivide-se em Justiça Militar Federal e em Justiça Militar Estadual. A primeira tem competência para julgar os militares integrantes das Forças Armadas singulares e os civis que praticam crimes militares definidos em lei (artigo 124 da Constituição Federal); a segunda, os policiais militares e bombeiros militares.

A organização judiciária da Justiça Militar da União é regulamentada pela Lei nº 8.547/92, sendo composta pelas Auditorias, onde funcionam os Conselhos de Justiça Especial ou Permanente. A Justiça Militar é dividida em 12 Circunscrições Judiciárias Militares. Além destes, possui, como órgão de instância superior, abaixo do STF, o Superior Tribunal Militar com sede em Brasília e jurisdição em todo território nacional.

A primeira instância da Justiça Militar é colegiada e formada, em cada Auditoria, pelos Conselhos de Justiça, compostos na forma de escabinato, por um Juiz-Auditor e juízes sorteados entre militares da ativa. O Juiz-Auditor tem a presidência do Conselho e também vota junto com os demais juízes acerca da decisão do crime e aplicação da pena.

Há duas espécies de Conselhos:

1) Conselho Permanente de Justiça que funciona por três meses e julga praças e civis. Expirando o trimestre do Conselho, sem a conclusão do processo, o novo Conselho dará prosseguimento aos atos processuais e

2) Conselho Especial de Justiça que julga casos envolvendo Oficiais e funciona até sua conclusão, sendo o colegiado composto por oficiais mais antigos que o réu.

O Superior Tribunal Militar é composto por 15 Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, sendo: três Oficiais-Generais da Marinha; quatro Oficiais-Generais do Exército e três Oficiais-Generais da Força Aérea, todos da ativa e cinco Ministros civis.

Os Ministros civis, também nomeados pelo Presidente da República são três advogados com mais de 10 anos de atividade profissional, e dois por escolha do Ministério Público Militar.

Os crimes impropriamente militares, ou seja, aqueles cujos agentes não são militares e praticam crimes de natureza militar, somente ficarão sujeitos à jurisdição militar se ofenderem bem jurídico vinculado às Forças Armadas. Lesão a bem jurídico das Polícias Militares ou Corpos de Bombeiros Militares será julgado pela justiça comum, por carecerem os órgãos das Justiças Militares estaduais de competência para julgar civis, consoante a Súmula 53 do Superior Tribunal de Justiça.

3.7 LEI Nº 9.299/1996 E EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45: NOVAS REGRAS DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR

Os crimes militares são definidos como *ratione legis* na Lei nº 9.299/1996:

Lei Nº 9.299, de 7 de agosto de 1996. Altera dispositivos dos Decretos-Leis Nº 1.001 e 1.002, de 21 de outubro de 1969, Códigos Penal Militar e de Processo Penal Militar, respectivamente.

Art. 1º. O art. 9º do Decreto-lei Nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 9º [...]

II – [...]

c) por militar em serviço ou *atuando em razão da função*, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado ou civil;

[...]

f) revogada.

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando *dolosos contra a vida e cometidos contra civil*, serão da competência da justiça comum.

Art. 2º. O caput do art. 82 do Decreto-lei 1.002, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescido, ainda, o seguinte § 2º, passando o atual parágrafo único a § 1º:

Art. 82. O foro militar é especial, e, *exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, a ele estão sujeitos*, em tempo de paz:

[...]

§ 2º. Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum.

Mesmo nos crimes dolosos contra a vida, praticados por militar contra civil, em local não sujeito à administração militar e por militar em serviço ou atuando em razão da função, não se retirou da polícia judiciária militar a atribuição da condução do Inquérito Policial Militar, mas determinou-se que, remetido à Justiça Militar, cabe à Corte a remessa à justiça comum.

A discussão acerca da constitucionalidade desta norma foi pacificada com o entendimento do STF ao decidir que cabe ao Pleno do Supremo Tribunal Federal o julgamento dos crimes militares:

EMENTA: Recurso extraordinário. Alegação de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 9º. do Código Penal Militar introduzido pela Lei 9.299, de 7 de agosto de 1996. Improcedência – No artigo 9º. do Código Penal Militar que define quais são os crimes que, em tempo de paz, se consideram como militares, foi inserido pela Lei 9.299, de 7 de agosto de 1996, um parágrafo único que determina que “os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum”. Ora, tendo sido inserido esse parágrafo único em artigo do Código Penal Militar que define os crimes militares em tempo de paz, e sendo preceito de exegese (assim, CARLOS MAXIMILIANO,

“Hermenêutica e Aplicação do Direito”, 9ª ed., Nº 367, os. 308/309, Forense, Rio de Janeiro, 1979, invocando o apoio de WILLOUGHBY) o de que “sempre que for possível sem fazer demasiada violência à palavras, interprete-se a linguagem da lei com reservas tais que se torne constitucional a medida que ela institui, ou disciplina”, não há demasia alguma em se interpretar, não obstante sua forma imperfeita, que ele, ao declarar, em caráter de exceção, que todos os crimes de que trata o artigo 9º do Código Penal Militar, quando dolosos contra a vida praticados contra civil, são da competência da justiça comum, os teve, implicitamente, como excluídos do rol dos crimes considerados como militares por esse dispositivo penal, compatibilizando-se assim com o disposto no “caput” do artigo 124 da Constituição Federal. Corrobora essa interpretação a circunstância de que, nessa mesma Lei 9.299/96, em seu artigo 2º, se modifica o “caput” do artigo 82 do Código de Processo Penal Militar e se acrescenta a ele um § 2º, excetuando-se do foro militar, que é especial, as pessoas a ele sujeitas quando se tratar de crime doloso contra a vida em que a vítima seja civil, e estabelecendo-se que nesses crimes “a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum”. Não é admissível que se tenha pretendido, na mesma lei, estabelecer a mesma competência em dispositivo de um Código – o Penal Militar – que não é o próprio para isso e noutro de outro Código – o de Processo Penal Militar – que para isso é o adequado. Recurso extraordinário não conhecido. (STF. RE 260404/MG – Minas Gerais. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: Min Moreira Alves. Julgamento: 22/03/2001. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 21.11.2003 PP-00009 EMENT VOL – 02133-04 PP – 00750).⁵⁰

A EC Nº 45/2004, responsável pela “reforma do judiciário”, trouxe alterações para a jurisdição militar estadual, que teve a sua competência ampliada, passando a ter dois órgãos judicantes, o Juiz de Direito e os Conselhos de Justiça Militar, o que resultou em uma nova classificação dos crimes militares, a saber:

- a) os praticados contra civis;
- b) praticados contra militares ou contra a administração militar.

Segue abaixo a nova redação ao artigo 125 da Constituição Federal:

Art. 125 [...]

§3º. A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil homens.

§ 4º. Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação dos praças.

§ 5º. Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

§ 6º. O Tribunal de Justiça poderá funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em

⁵⁰ _____ *Apud* SILVA JÚNIOR, Azor Lopes da. **Crimes militares: conceito e jurisdição**. Jus Navegandi, Teresina, ano 9, Nº 785, 27 de agosto, 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7195> Acessado em 23.05.2008.

todas as fases do processo.

§ 7º. O Tribunal de Justiça instalará a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

Na alteração nas atribuições da Justiça Militar, incluiu-se a competência para processar e julgar ações de natureza civil, até então litigados pela via do mandado de segurança e esfera cível. A Justiça Militar passou a processar e julgar os crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares. Toda a discussão a respeito da prática de qualquer ato administrativo de natureza disciplinar passou a ser da competência da Justiça Militar.⁵¹

A Justiça Militar funcionava em primeiro grau por meio de um Conselho de Justiça composto por um Juiz-Auditor e quatro Oficiais. Com a nova redação do artigo 125, §3º, o juiz singular pode atuar em determinadas circunstâncias, independentemente do Conselho de Justiça, reduzindo a tradição do escabinato.

Do novo texto extrai-se que a terminologia juiz auditor não foi mantida e fala-se agora em juiz de direito da Justiça Militar, que preside os Conselhos de Justiça e é o mesmo juiz auditor ou auditor militar ao qual se refere a legislação infraconstitucional.⁵²

Segundo o artigo 125, § 5º será de competência dos juízes de direito do Juízo Militar o processamento e o julgamento de:

- 1) Crimes militares cometidos contra civis e
- 2) Ações judiciais contra atos disciplinares militares.

Os demais crimes militares, próprios ou impróprios, competem ao Conselho de Justiça, que continua sendo presidido por um juiz civil.⁵³

O § 4º mantém a competência do Tribunal do Júri para julgar o militar nos casos em que a vítima for civil, apesar da grande discussão sobre o tema.

Zélio Maia da Rocha sintetiza as alterações da EC 45/2004:

Crimes militares: serão todos julgados pela Justiça Militar, inclusive quando tratar de perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. A definição da competência geral da Justiça Militar se dá em razão da matéria, com as exceções que serão abaixo apresentadas.

Crimes contra a vida: crimes contra a vida, quando cometidos por militares são, em geral, da competência da Justiça Militar, salvo se praticados por militar contra civil, o que passa a ser da competência do Tribunal do Júri.

Juiz de direito militar e Conselho de Justiça: pautado no detalhamento

⁵¹ _____ ROCHA, Zélio Maia da. **Reforma do Judiciário: uma avaliação jurídica e política**, 2005, p. 108.

⁵² _____ VELOSO, Zeno; SALGADO, Gustavo Vaz. **Reforma do judiciário comentada**, 1999, p. 270.

⁵³ _____ Ibid, p. 270.

constitucional, o reformador distinguiu quais condutas da competência do juízo militar seriam julgadas pelo juiz singular militar e quais pelo juízo coletivo.

Ao juiz singular militar compete o julgamento de todos os crimes militares praticados contra civis – ressalvados aqueles que são da competência do Tribunal do Júri -, assim como as ações judiciais contra atos disciplinares militares.

Todos os demais crimes militares cabem ao Conselho de Justiça, sob a presidência do juiz de direito. Como dito linhas atrás, a competência do Conselho de Justiça foi esvaziada.

Os §§ 6º e 7º trilharam o mesmo caminho dos demais tribunais de segundo grau no que concerne à questão da descentralização da Justiça de primeira e segunda instâncias, prevendo a Justiça Militar itinerante e as câmaras regionais.⁵⁴

3.8 OS CONSELHOS DE JUSTIÇA

Os Conselhos de Justiça constituem o 1º grau da Justiça Militar, tanto da União quanto dos Estados e do Distrito Federal. Caracteriza-se por ser um órgão jurisdicional colegiado *sui generis*, formado por um juiz togado, o auditor, e quatro juízes militares da Força a que pertencer o acusado, cuja previsão constitucional está nos artigos 122, II e, 125, § 3º.

A condição *sui generis* do Conselho de Justiça se dá em razão de sua divisão aplicável à Justiça Militar Estadual, artigo 16 da Lei nº 8.457/92 (Lei de Organização da Justiça Militar da União – LJOMU).

O Conselho Permanente de Justiça processa e julga crimes militares cometidos por praças ou civis e tem seus juízes renovados a cada trimestre, sem, entretanto, vinculá-los aos processos em que atuaram naquele período. Por outro lado, o Conselho Especial de Justiça processa e julga Oficiais até o posto de Coronel e correspondentes, e seus juízes militares são escolhidos para cada processo, extinguindo-se quando da decisão final.⁵⁵

O Juiz auditor e os demais magistrados que atuam no foro penal não ficam vinculados a nenhum processo.

O Conselho de Justiça é ainda *sui generis* em relação à forma de investidura, garantias e prerrogativas de seus membros. Os juízes militares investem-se na função, e não no cargo, após terem sido sorteados dentre a lista de oficiais apresentados, nos termos dos artigos 19 e 23 da Lei nº 8.457/92. São juízes de fato, não gozam das prerrogativas dos magistrados de carreira.

⁵⁴ _____ ROCHA, Zélio Maia da. **Reforma do judiciário: uma avaliação jurídica e política**, 1999, p. 109.

⁵⁵ _____ ASSIS, Jorge Cesar. **Jus militar**. Jus Navegandi. Teresina, ano 10, Nº 997, 5 mar. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8063> Acessado em: 15.04.2008.

3.9 A TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR

Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas aplicam-se apenas aos militares da ativa, reserva e reformados. Os civis empregados na Administração Militar não estão sujeitos ao princípio da hierarquia e disciplina militar, mas ao princípio da hierarquia e disciplina da Administração Pública.

Dispõe o Estatuto dos Militares, nos artigos 42 e 47, que cada Força singular deverá elaborar regulamento disciplinar próprio:

Art. 42. A violação das obrigações ou dos deveres militares constituirá crime, contravenção ou transgressão disciplinar, conforme dispuser a legislação ou regulamentação específicas.

[...]

Art. 47. Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as norma relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares.

Transgressão disciplinar militar é “qualquer violação dos preceitos da ética, dos deveres e das obrigações militares, na sua manifestação elementar e simples”.⁵⁶

Os regulamentos disciplinares também trazem expresse que:

“São também consideradas transgressões todas as omissões do dever militar não especificadas no regulamento disciplinar e não classificadas como crimes nas leis penais militares, contra os símbolos nacionais, contra a honra e o pundonor individual, contra o decoro de classe, contra os preceitos sociais e as normas da moral contra os princípios de subordinação, regras e ordens de serviço, estabelecidos nas leis ou regulamentos, ou prescritos por autoridade competente”.⁵⁷

O procedimento para a apuração das transgressões disciplinares são a audiência (procedimento sumário) e a sindicância (processo administrativo).

Audiência é a apuração dos fatos, pelo oficial responsável, ouvindo o subordinado e se necessário realizando diligências simples e aplicando a punição cabível, publicando-a em Boletim Interno da Organização Militar, caso seja comprovada a inescusabilidade do autor. Este procedimento é sumário porque a sua solução deve ser apresentada em três dias úteis⁵⁸ ou 48 horas⁵⁹ contados a parti da ciência dos fatos pelo Oficial a que está o subordinado

⁵⁶ Parágrafo único do artigo 10 do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica.

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 2002, p.116.

⁵⁸ § 1º do artigo 26 do Regulamento Disciplinar da Marinha.

⁵⁹ Inciso III, do artigo 34 do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica.

transgressor, regendo-se pelo princípio da oralidade.

Na sindicância, será designado um oficial de hierarquicamente superior ao sindicado, acompanhado de um escrivão, para realizar as diligências necessárias e apresentar relatório, e conclusão do apurado ao Comandante da Organização Militar que decidirá o teor da Solução e as medidas cabíveis, inclusive aplicação de punição, se assim julgar necessária.

Em ambos os procedimentos, são observados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como o cabimento de pedido de reconsideração e recurso hierárquico.⁶⁰ Entretanto, quando da presença de advogado em Sindicância, este deverá permanecer silente quando das perguntas elaboradas pelo Encarregado da Sindicância, valendo o mesmo para as audiências perante os titulares das Organizações Militares.

3.10 CONTROLE JURISDICIONAL SOBRE PUNIÇÕES DISCIPLINARES

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, princípio fundamental da inafastabilidade da jurisdição, expresso no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, cujo objetivo é garantir ao cidadão civil ou militar a apreciação, pelo órgão competente do Poder Judiciário, de ato ou fato que tenha causado lesão ou violação a seu direito.

A Constituição Federal estabelecendo que não caberá *Habeas Corpus* para punições disciplinares militares, porém o Supremo Tribunal Federal, no HC 70648-7/RJ, DJ de 04/03/94, decidiu que esse princípio não impede o exame dos quatro pressupostos de legalidade dessa transgressões: a hierarquia; o poder disciplinar; o ato ligado à função e a pena a ser aplicada disciplinarmente.

Decide ainda, o STJ, em decisão proferida no RHC 2047-0/RJ, DJ de 12.04.93, que “a condição constitucional não alcança o exame formal do ato administrativo disciplinar”, tornando perfeitamente admissível a utilização do *writ* para a verificação da ocorrência dos requisitos essenciais do ato.⁶¹

O Estatuto dos Militares, na primeira parte do § 3º do artigo 51, da Lei nº 6.880/80,

⁶⁰ _____ CARVALHO, Alexandre Reis. **A tutela jurídica da hierarquia e da disciplina militar: aspectos relevantes**. Disponível na Internet: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7301> . Acessado em : 25.05.2008

⁶¹ _____ KUBOTA, Flavio Hiroshi. **Controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos membros das forças armadas**. Disponível na Internet: <<https://redeagu.agu.gov.br>> Acessado em: 24.04.2008.

dispunha que “o militar só poderá recorrer ao judiciário após esgotados todos os recursos administrativos”, pois este texto legal foi derogado pela Constituição Federal de 1998, de acordo com a decisão do próprio Superior Tribunal Militar no HC 2001.01.033671-0/RJ, Rel. Min. Sergio Xavier Ferolla, j. em 06/12/2001:

“1. O artigo 51, § 3º, primeira parte, da Lei Nº6.880/80 (Estatuto dos Militares), foi derogado pela Carta Magna de 1988, ante o princípio da inarredabilidade ou inafastabilidade do controle judicial ou jurisdicional do ato ilegal ou eivado de abuso de poder. ‘A possibilidade de exigir exaustão dos recursos administrativos para o ingresso em juízo contra a Administração foi abolida na atual Constituição, salvo a hipótese prevista no seu art. 217, § 1º, relativa à justiça desportiva’.(Hely Lopes Meirelles).⁶²

O órgão jurisdicional competente para processar e julgar o *Habeas Corpus* em caso de prisão disciplinar de militar, emanadas dos Comandantes das Forças singulares é o Superior Tribunal de Justiça, por força do artigo 105, inciso I, alínea “c”, da Constituição Federal.

Os demais, inclusive os perpetrados por Oficial-General, devem ser submetidos à primeira instância da Justiça Federal, pois o STJ não tem competência para tratar matéria administrativa competente ao juízo ordinário federal.

⁶² _____ Ibid.

4 CRIME MILITAR

4.1 CRIMES MILITARES PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS

Para haver crime é necessária uma conduta humana positiva ou negativa, porém nem todo comportamento do homem constitui delito, somente os descritos pela lei penal podem ser considerados como tal, haja vista o princípio de reserva legal.

Um fato para ser considerado delituoso, deve ser típico, antijurídico e culpável.⁶³ Em crimes militares os fatos delituosos têm de estar enquadrados no Código Penal Militar, cabendo ao legislador ordinário defini-lo.

O artigo 9º do Código Penal Militar traz a definição de crime militar em tempo de paz, mas é omissa na sua diferenciação no que pertence a crimes militares próprios e impróprios, visto serem expressões, que não figuram na legislação penal militar brasileira, como adverte Jorge Alberto Romeiro.⁶⁴

Crime militar próprio é aquele cujo autor caracteriza-se pela qualidade de militar. É o crime funcional do militar, consistindo na infração dos deveres que lhe são próprios, a exemplo: deserção (artigo 187), covardia (artigo 363), dormir em serviço (artigo 203) etc, os quais estão elencados no Código Penal Militar (CPM).

Contraopondo-se aos crimes militares próprios, existem os crimes acidentais ou militares impróprios, caracterizados pela possibilidade de prática por qualquer um do povo, mas que quando praticados por militares, em condições específicas de tempo, de lugar e de pessoas, a lei considera-os como crimes militares.

Exemplos:

- a) Homicídio de um militar em atividade por outro militar na mesma situação (art. 9º, II, a) c/c art. 205, ambos do CPM) e
- b) Crime de violência contra sentinela (art. 9º, III, c) c/c art. 158, ambos do CPM).⁶⁵

4.2 O ARTIGO 9º DO CPM

⁶³ _____ JESUS, Damásio E. de Jesus. **Direito penal – parte geral**, v. 1, 2000, p. 151.

⁶⁴ _____ ROMEIRO, Jorge Alberto. **Crime propriamente militar**, 1999, p. 185.

⁶⁵ _____ ROMEIRO, Jorge Alberto. **Crime propriamente militar**, 1999, pp. 184-185.

O sujeito ativo do crime militar pode ser militar ou civil, conforme previsto pelo artigo 9º do Código Penal Militar:

Art. 9º. Consideram-se crimes militares em tempo de paz:

I – os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, *qualquer que seja o agente*, salvo disposição especial; (grifei)

II – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

[...]

III- os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, *ou por civil*, contra instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos: (grifei)

a) Contra o patrimônio sob administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) Em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério Militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) Contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) Ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

4.3 PODER DE POLÍCIA

O poder de polícia visa o interesse social, fundamentado na supremacia geral estatal sobre todas as pessoas, objetivando prevenir e impedir atividades nocivas aos interesses sociais.⁶⁶

José Cretella Júnior, em suas lições, ensina:

“ ao passo que a *polícia* é algo em concreto, é um conjunto de atividades coercitivas exercidas na prática dentro de um grupo social, o *poder de polícia* é uma *facultas*, uma faculdade, uma possibilidade, um direito que o Estado tem, através da *polícia*, que é uma força organizada, de limitar as atividades nefastas dos cidadãos [...] O *poder de polícia* legitima a ação da polícia e a sua própria existência”.⁶⁷

⁶⁶ LAZZARINI, Álvaro. **Abuso de poder x poder de polícia**, 2001, p. 15.

⁶⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. **Lições de direito administrativo**, 2ª ed., São Paulo: Busahtsky, p.229, *apud* LAZZARINI, Álvaro. **Abuso de poder x poder de polícia**, 1996, p. 18.

Hely Lopes Meirelles sustenta que poder de polícia é “a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.⁶⁸

No conceito de poder de polícia estão incluídas todas as restrições impostas pelo poder público aos indivíduos, em benefício do interesse da coletividade, saúde, ordem pública, segurança e interesses sociais e econômicos.

Entre os princípios da liberdade e da autoridade, o poder de polícia é uma das faculdades discricionárias do poder público. Atua com certa dose de liberdade para decidir, desenvolvendo uma atividade preventiva, impondo, coercitivamente, uma conduta que esteja de acordo com o interesse social.

Segundo Diógenes Gasparini a discricionariedade mostra que o administrado não está no mesmo plano de igualdade da Administração Pública. Dessa desigualdade da Administração Pública, decorrendo dessa desigualdade privilégios a serem considerados quando se observar a existência de conflito entre interesses públicos e particulares. A vontade do Estado prevalece sobre o interesse particular, respeitados os direitos que o ordenamento jurídico lhe assegura, como: a liberdade de locomoção; a inviolabilidade do domicílio; à incolumidade física, dentre outros.⁶⁹

O poder de polícia evidenciou a necessidade de aperfeiçoamento do controle de legalidade, limitando os excessos e abusos da Administração Pública; cabendo ao Poder Judiciário, guardião da legalidade, garantir os direitos e liberdades frente ao poder estatal, limitando a ação do poder legislativo na política de intervenção na ordem econômica social e controlando a legalidade dos atos administrativos, mediante a adoção da teoria do desvio de poder, a qual impede que a autoridade estatal seja posta a serviço de interesses alheios à Administração Pública.⁷⁰

Com o apoio da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷¹, destacam-se dentre os atributos do poder de polícia: a discricionariedade; a auto-executoriedade e a coercibilidade.

Entretanto, a discricionariedade nem sempre ocorre, pois a lei permite ao Administrador Público, certa margem de liberdade de apreciação no que tange a: motivo ou o objeto; até porque o legislador e ninguém são capazes de prever todas as situações nas quais se exige a atuação do poder de polícia.

A auto-executoriedade é a possibilidade que a Administração possui de, por meios

⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de direito administrativo**, 1995, p. 355.

⁶⁹ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**, 1995, p. 15.

⁷⁰ TÁCITO, Caio. **Princípio de legalidade e poder de polícia**, 2002, p. 42.

⁷¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**, 1997, p. 97-98.

próprios, executar suas decisões, sem precisar recorrer previamente ao Judiciário, compelindo o administrado, por intermédio do direito de coação.

A coercibilidade é indissociável da auto-executoriedade, pois o ato resultante do poder de polícia só é auto-executório porque é dotado de força coercitiva.

4.4 POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR

A polícia judiciária militar está disciplinada no Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei 1.002/1969), aplicando-se as suas disposições, às Polícias Militares, aos Corpos de Bombeiros Militares, a saber:

Exercício da polícia judiciária militar

Art. 7º. A polícia judiciária militar é exercida nos termos do art. 8º, pelas seguintes autoridades, conforme suas respectivas jurisdições:

- a) Pelos Ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, em todo território nacional e fora dele, em relação às forças e órgãos que constituem seus Ministérios, bem como a militares que, neste caráter, desempenham missão oficial, permanente ou transitória em país estrangeiro;
- b) Pelo chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, em relação a entidades que, por disposição legal, estejam sob sua jurisdição;
- c) Pelos chefes de Estado-Maior e pelo secretário-geral da Marinha, nos órgãos, forças e unidades que lhes são subordinados;
- d) Pelos comandantes de Exército e pelo comandante-chefe da Esquadra, nos órgãos, forças e unidades compreendidos no âmbito da respectiva ação de comando;
- e) Pelos comandantes de Região Militar, Distrito Naval ou Zona Aérea, nos órgãos e serviços que lhes são subordinados;
- f) Pelo secretário do Ministério do Exército e pelo chefe de Gabinete do Ministério da Aeronáutica, nos órgãos e serviços que lhes são subordinados;
- g) Pelos diretores e chefes de órgãos, repartições, estabelecimentos ou serviços previstos nas leis de organização básica da Marinha, do Exército e da Aeronáutica;
- h) Pelos comandantes de forças, unidades ou navios.

Delegação do exercício

§ 1º. Obedecidas as normas regulamentares de jurisdição, hierarquia e comando, as atribuições enumeradas neste artigo poderão ser delegadas a oficiais da ativa, para fins especificados e por tempo limitado.

§ 2º. Em se tratando de delegação para instauração de inquérito policial militar, deverá aquela recair em oficial de posto superior ao do indiciado, seja este oficial da ativa, da reserva, remunerada ou não, ou reformado.

§ 3º. Não sendo possível a designação de oficial de posto superior ao do indiciado, poderá ser feita a de oficial do mesmo posto, desde que mais antigo.

§ 4º. Se o indiciado é oficial da reserva ou reformado, não prevalece, para a delegação, a Antigüidade de posto.

§ 5º. Se o posto e a Antigüidade de oficial da ativa excluïrem, de modo absoluto, a existência de outro oficial da ativa nas condições do § 3º, caberá ao ministro competente a designação de oficial da reserva de posto mais elevado para a instauração do inquérito policial militar, e, se este estiver iniciado, avoca-lo, para tomar essa providência.

Competência da polícia judiciária militar

Art. 8º. Compete à Polícia Judiciária Militar:

- a) Apurar os crimes militares, bem como os que, por lei especial, estão sujeitos à jurisdição militar, e sua autoria;
- b) Prestar aos órgãos e juizes da Justiça Militar e aos membros do Ministério Público as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos, bem como realizar as diligências que por eles lhe forem requisitadas;
- c) Cumprir os mandados de prisão expedidos pela Justiça Militar;
- d) Representar as autoridades judiciárias militares acerca da prisão preventiva e da insanidade mental do indiciado,
- e) Cumprir as determinações da Justiça Militar relativas aos presos sob sua guarda e responsabilidade, bem como as demais prescrições deste Código, nesse sentido;
- f) Solicitar das autoridades civis as informações e medidas que julgar úteis à elucidação das infrações penais, que esteja a seu cargo;
- g) Requisitar da polícia civil e das repartições técnicas civis as pesquisas e exames necessários ao complemento e subsídio de inquérito policial militar;
- h) Atender, com observância dos regulamentos militares, a pedido de apresentação de militar ou funcionário de repartição militar à autoridade civil competente, desde que legal e fundamentado o pedido.

Ao tomar conhecimento de um ilícito, o Comandante da Unidade a qual pertence o militar determina a abertura do Inquérito Policial Militar (IPM) por meio de portaria, nomeando um Oficial para apurar a autoria e a materialidade do fato.

O IPM é sigiloso, sujeitando-se aos preceitos militares, sob pena de prática do crime de abuso de autoridade pela autoridade militar. Segundo o artigo 133 da Constituição Federal, “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Vale dizer, que o advogado é indispensável à administração da Justiça Militar Federal ou Estadual.

4.5 MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR (MPM)

O Ministério Público é “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, conforme o artigo 127, da Constituição Federal de 1988.

O Ministério Público Militar (MPM) foi criado em 1920 e em 1951 foi contemplado com Estatuto próprio, formando o Ministério Público da União (MPU), ao lado dos demais ramos federais e atualmente é regido pela LC nº 75/1993.

Os seguintes órgãos constituem o MPM:

- a) Procurador-Geral da Justiça Militar;
- b) Colégio de Procuradores da Justiça Militar;
- c) Conselho Superior do Ministério Público Militar;

- d) Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar;
- e) Corregedoria do Ministério Público Militar;
- f) Subprocuradores-Gerais do Ministério Público Militar;
- g) Procuradores da Justiça Militar e
- h) Promotores da Justiça Militar.

Suas atribuições de acordo com o artigo 116 do mesmo diploma legal são:

Art. 116. Compete ao Ministério Público Militar o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça Militar

I – Promover, privativamente, a ação penal pública;

II – Promover a declaração de indignidade ou de incompatibilidade para o oficialato;

III – Manifestar-se em qualquer fase do processo, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender inexistente interesse público que justifique a intervenção.

Incumbe-lhe, ainda:

I – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial-militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas;

II – exercer o controle externo da atividade da polícia judiciária militar.

4.6 A JUSTIÇA MILITAR E O ADVOGADO

Todos os advogados que atuam na Justiça Militar são civis e sua presença no processo judicial militar garante o cumprimento do artigo 133 da Constituição Federal, isto é, a essencialidade à Administração da Justiça.

A presença do defensor é obrigatória para o processo ou julgamento, e mesmo na fase do IPM é mantida sua comunicação pessoal com o indiciado.

Na Justiça Militar a constituição de defensor independe de mandado, e o acusado pode indicá-lo por ocasião do interrogatório ou em qualquer outra fase do processo. Na falta de defensor constituído, será nomeado um dativo pelo presidente do Conselho de Justiça (artigo 29, III, LOJMU).

5 O INQUÉRITO POLICIAL (IP)

5.1 CONCEITO

O Estado é o titular do *ius puniendi*, entretanto esse não é ilimitado, pois no Estado de Direito, vigora o princípio da reserva legal, que no ordenamento jurídico pátrio, encontra respaldo no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, e no artigo 1º do Código Penal brasileiro: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Dispõe o Estado de outro direito que é o *jus persecutionis* que realiza o *jus puniendi*. *Jus puniendi* é “um direito subjetivo, que confere ao Estado o poder de perquirir o autor do delito, exteriorizado na *persecutio criminis*, na qual o Estado-administração pede ao Estado-Juiz a realização do direito penal objetivo no caso concreto”.⁷²

A persecução penal nasce com a prática do delito e é feita pelo inquérito policial que apura a materialidade e a autoria do delito e pela ação penal que aplica a lei ao caso concreto.

Para que se proponha a ação penal, é necessário que o Estado possua elementos probatórios indicadores da ocorrência da ação delituosa e da respectiva autoria.

O artigo 4º do CPP determina: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais nos territórios de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”.

Os elementos da persecução penal são:

- a) *Notitia criminis*: é o conhecimento, espontâneo ou provocado, pela autoridade policial de um fato criminoso, mesmo que aparente.
- b) *Informatio Delicti*: a *notitia criminis* dá início à investigação (*informatio delicti*)
- c) *Opinio Delicti*: a *informatio delicti*, tem a finalidade de formar a suspeita do crime (*opinio delicti*), no momento a denúncia ou da queixa

O inquérito policial rege-se pelos seguintes princípios:

- a) Princípio da Obrigatoriedade: os órgãos encarregados da persecução penal não dispõem de poderes discricionários para apreciar a conveniência e oportunidade de apresentar a pretensão punitiva ao Estado-Juiz. A autoridade policial é obrigada a instaurar o IP e o MP a promover a ação penal, em se tratando de ação pública incondicionada (artigo 5º, 6º e 24 do CPP) ou ação pública condicionada a representação ou requisição do Ministro da Justiça, quando presentes, respectivamente, a representação e requisição.
- b) Princípio da Oficialidade: o Estado institui órgãos para que não se instaure a

⁷² _____ NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**, 2002, p. 3.

impunidade, sendo estes encarregados de deduzir as punições e investir a Polícia de autoridade para apurar as infrações penais e sua autoria.

c) Princípio da Indisponibilidade: uma vez instaurado, o IP, não pode ser paralisado ou arquivado.

Modalidades de IP:

a) Inquérito Policial – artigo 4º do Código de Processo Penal.

b) Inquérito Policial Militar – artigo 9º e seguintes do Código de Processo Penal Militar e artigo 7º da Lei Nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965 (Abuso de Autoridade).

5.2 INQUÉRITO POLICIAL MILITAR (IPM)

Dentre as Leis especiais do sistema processual e penal brasileiro, destacam-se:

a) Decreto 1001, Código Penal Militar (CPM) e

b) Decreto 1002, Código de Processo Penal Militar (CPPM).

O conceito legal do IPM está disposto na primeira parte do artigo 9º do CPPM: “Art 9º. O inquérito policial militar é a apuração sumária de fato, que nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria”.

O IPM é confeccionado quando o fato delituoso for subsumido e praticado por civil ou militar, tornando-se peça fundamental para a propositura da ação penal competente.

Caracteriza-se por ser instrumento de apuração sumária dos fatos, com a finalidade de trazer ao órgão oficial de acusação os elementos necessários ao oferecimento da denúncia ou a sua rejeição.

Possui natureza jurídica administrativa, não sendo contemplado com poder jurisdicional.

5.3 FINALIDADE DO IPM

A segunda parte do artigo 9º do CPPM diz: “O IPM tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da

ação penal”.

O inquérito, tanto para apuração de delito comum ou militar, é peça meramente informativa “preliminar ou preparatório da ação penal” conforme o item IV da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, fornecendo “ao órgão da acusação a base ou o supedâneo necessário à propositura da ação penal. Dele se encarrega a Polícia judiciária (...)”⁷³.

No crime comum o representante do MP analisa a conduta típica e, preenchidos os requisitos legais, oferece a denúncia. Para a análise do crime militar, faz-se necessário analisar outros requisitos além dos elencados para o crime comum, quais sejam: a vivência da caserna e a rotina militar.

O IPM constitui instrução provisória eivada de discricão e é presidido por Oficiais da respectiva Força, com ascendência hierárquica sobre o indiciado.

A delegação de competência para a elaboração do IPM não obsta que sejam tomadas de imediato as providências contidas no artigo 12 do CPPM, pelo Oficial responsável por Comando, Chefia ou Direção (artigo 2º, do CPPM). Dentre as providências preliminares estão: a manutenção do local de ocorrência do fato delituoso e da situação das coisas; a apreensão de instrumentos e objetos que tenham relação com o fato; a colheita de provas etc.

As “medidas preliminares ao inquérito” constam do artigo 12 do CPPM, a saber:

Art. 12. Logo que tiver conhecimento da prática de infração penal militar, verificável na ocasião, a autoridade a que se refere o § 2º do art. 10 deverá, se possível:

- a) Dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e a situação das coisas, enquanto necessário;
- b) Apreender os instrumentos e todos os objetos que tenham relação com o fato;
- c) Efetuar a prisão do infrator, observado o disposto no artigo 244;
- d) Colher todas as provas que sirvam para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.

5.4 O ENCARREGADO DO IPM

O IPM é iniciado mediante portaria, nos casos enunciados no artigo 10 do CPPM, a saber:

⁷³ _____ NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**, 2000, p. 18.

Art. 10. O inquérito é iniciado mediante portaria:

- a) De ofício, pela autoridade militar em cujo âmbito de jurisdição ou comando haja ocorrido a infração penal, atendida a hierarquia do infrator;
- b) Por determinação ou delegação da autoridade militar superior, que, em caso de urgência, poderá ser feita por via telegráfica ou radiotelefônica e confirmada, posteriormente, por ofício;
- c) Em virtude de requisição do Ministério Público;
- d) Por decisão do Superior Tribunal Militar, nos termos do artigo 25;
- e) A requerimento da parte ofendida ou de quem legalmente a represente, ou em virtude de representação devidamente autorizada de quem tenha conhecimento de infração penal, cuja repressão caiba à Justiça Militar;
- f) Quando, de sindicância feita em âmbito de jurisdição militar, resulte indício da existência de infração penal militar.

O Encarregado do IPM deve ater-se à apuração dos fatos definidos na portaria que o designou para tal. O escrivão do inquérito será designado pela autoridade delegante na própria portaria que determina a sua instauração, ou pelo encarregado do inquérito na ausência de indicação feita pela autoridade, nos termos do artigo 11 do CPPM: “A designação do escrivão para o inquérito caberá ao respectivo encarregado, se não tiver sido feita pela autoridade que lhe deu delegação para aquele fim, recaindo em segundo ou primeiro tenente, se o indiciado for oficial, em sargento, subtenente ou suboficial, nos demais casos”.

5.5 O CARÁTER INQUISITORIAL DO IPM

O IPM constitui procedimento administrativo discricionário e o exercício do poder de polícia é submetido ao princípio da legalidade e ao controle jurisdicional.

Segundo Cretella Júnior, “partindo-se da premissa de que toda decisão administrativa, em matéria de polícia, como em qualquer outro setor, é informada pelo princípio da legalidade, é bem de ver-se que a Administração tem a faculdade de intervir apenas no âmbito demarcado pela norma jurídica. Qualquer medida administrativa tem de estar de acordo com a lei, *secundum legem*”.⁷⁴

As atribuições do IPM são discricionárias e não arbitrárias, cabendo ao Oficial encarregado: manter o sigilo do inquérito (artigo 16); manter incomunicável o indiciado (artigo 17, revogado pela Constituição Federal); proceder à reprodução simulada dos fatos (artigo 13, parágrafo único).

As atribuições do oficial encarregado da formação do inquérito obedecem ao disposto no artigo 13 do CPPM:

⁷⁴ _____ CRETELLA JUNIOR, J. **Conceituação do poder de polícia**, 2004, p. 57.

Art. 13. O encarregado do inquérito deverá, para a formação deste:

- a) Tomar as medidas previstas no artigo 12, se ainda não o tiverem sido;
- b) Ouvir o ofendido;
- c) Ouvir o indiciado;
- d) Ouvir testemunhas;
- e) Proceder a reconhecimento de pessoas e coisas, e acareações;
- f) Determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outros exames e perícias;
- g) Determinar a avaliação e identidade da coisa subtraída, desviada, destruída ou danificada, ou da qual houve indébita apropriação;
- h) Proceder a buscas e apreensões, nos termos dos arts. 172 a 184 e 185 a 189;
- i) Tomar as medidas necessárias destinadas à proteção de testemunhas, peritos ou do ofendido, quando contactos ou ameaçados de coação que lhes tolha a liberdade de depor, ou a independência para a realização de perícias ou exames.

Parágrafo único – Para verificar a possibilidade de haver sido a infração praticada de determinado modo, o encarregado do inquérito poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública, nem atente contra a hierarquia ou a disciplina militar.

Indiciado o suspeito, o Oficial deve interrogá-lo, porém esse não está obrigado a responder às perguntas formuladas pelo oficial encarregado do inquérito, pois a Constituição Federal em seu artigo 5º, LXIII, assegura-lhe esse direito: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Caso o indiciado seja menor de 21 anos e maior de 18 anos, deverá ser nomeado curador para assisti-lo durante o interrogatório e atos subsequentes.

5.6 VALOR E ATOS PROBATÓRIOS DO IPM

O artigo 297 do CPPM aduz: “o juiz formará a convicção pela livre apreciação do conjunto das provas colhidas em juízo. Na consideração de cada prova, o juiz deverá confrontá-la com as demais, verificando se entre elas há compatibilidade e concordância”.

A prova colhida no IPM, apesar de elevado valor probatório, como os exames de corpo de delito, é insuficiente para a busca da verdade real, como elemento idôneo de convicção.

Nesse sentido pondera José da Silva Loureiro Neto:

“Somente a confissão extrajudicial, desde que em harmonia com outros elementos probatórios colhidos em juízo, pode servir de alicerce à convicção do julgador quanto à responsabilidade criminal do confidente. Assim, se o indiciado confessar a

prática do delito na fase do inquérito e depois negá-la em juízo, pouco lhe aproveitará se a confissão estiver em harmonia com as provas colhidas em juízo”.⁷⁵

Quanto aos atos probatórios é importante que o encarregado do inquérito verifique o atendimento dos requisitos previsto nos artigos 12 e 13 do CPPM, recomendando-se os seguintes cuidados⁷⁶:

- 1) Conteúdo: verificar se o inquérito responde as seguintes indagações: o que, quem, contra quem, quando, onde, como, por qual razão, com auxílio de quem, não esquecendo a norma complementar violada nos tipos penais em branco;
- 2) Perícia: sempre dois peritos, dentre oficiais com especialidade, compromissados, quando não realizada por órgão técnico oficial – art. 318 do CPPM e Súmula 361/STF;
- 3) Apreensão: verificar, sempre, a apreensão dos instrumentos do crime e dos elementos de prova (arts. 12, “b” e 170 e seguintes do CPPM);
- 4) Armas e munições: submeter a exame, inclusive de eficiência, armas e munições (art. 345 CPPM);
- entrar em contato com a Polícia civil da cidade onde se situa a Organização Militar. Provavelmente ela deverá possuir peritos qualificados para a realização desse tipo de exame.
- 5) Corpo de delito: cumprir o art. 318 do CPPM quanto à indispensabilidade do exame de corpo de delito;
- 6) Requerer: I) Exame de sanidade física (desertor/insubmisso) ou mental (art.156 CPPM); II) Exame toxicológico: este exame poderá ser feito na Delegacia de Polícia local ou na Polícia Federal. Lembrete: a droga apreendida faz parte do processo e deverá ser remetida à Auditoria juntamente com o IPM. Portanto, solicite que o órgão que realizar o exame devolva a droga juntamente com o laudo pericial; III) Exame de lesões corporais: Encaminhar a vítima ao Hospital Militar mais próximo, para que, no mínimo, dois médicos (compromissados) façam o exame (anexar todos os laudos, raios X, exames etc.); IV) Exame cadavérico: Feito no Posto Médico Legal (PML) que funciona no local; V) Certidão de óbito (art. 81, parágrafo único, do CPPM); VI) Exame de identidade de pessoa (art. 337 CPPM); VII) Exames de laboratório (art. 340 CPPM); VIII) Exame do local do crime (art. 341 CPPM), Exame dos instrumentos do crime (art. 345 CPPM), Avaliação: coisa furtada, bem destruído, danificado ou deteriorado, produto do crime, Reconhecimento de escrita/letra – exame *grafotécnico* ou *mecanográfico*, Reconstituição dos fatos (art. 13 § único do CPPM), Reconhecimento de pessoas/coisa/escrito (art. 368 CPPM), Juntada individual datiloscópica (se disponível na OM) ou cópia da Carteira de Identidade (pode ser a identidade civil) e folha de alterações dos militares (art.391 CPPM) e folha de antecedentes criminais, quando civil.
- 7) Documentos: verificar meios de obtenção (art. 375 CPPM) e audiência das partes (art. 379 CPPM);
- 8) Prescrição: verificar a ocorrência da prescrição, tendo atenção ao disposto no art. 129 do CPPM, quanto à menoridade.

5.7 REQUISIÇÃO DE ASSISTÊNCIA DE PROCURADOR DA JUSTIÇA MILITAR

Nos termos do artigo 14 do CPPM a requisição de assistência de Procurador da Justiça

⁷⁵ _____ LOUREIRO NETO, José da Silva. **Processo penal militar**, 2002, p. 14.

⁷⁶ _____ FRONZA, Douglas. **Inquérito policial militar – comentários**. Disponível em: DireitoNet-Artigos- Inquérito Policial Militar – Comentários.htm . Acessado em 29.03.2008.

Militar é uma opção do Encarregado do IPM, quando se trata “de fato delituoso de excepcional importância ou de difícil elucidação”. Tal solicitação far-se-á diretamente ao Procurador Geral da Justiça Militar.

5.8 SIGILO DO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR

O artigo 16 do CPPM determina: “O inquérito é sigiloso, mas seu encarregado pode permitir que dele tome conhecimento o advogado do indiciado”, não vigorando o princípio da publicidade, comum ao processo.

Entretanto, ao advogado do indiciado é permitido mesmo sem procuração nos autos de flagrante e de inquérito, examiná-los, copiar peças e tomar apontamentos, ressaltando-se que sigilo é diferente de “segredo”.

5.9 INCOMUNICABILIDADE DO INDICIADO

O artigo 17 do CPPM dispõe: “O encarregado do inquérito poderá manter incomunicável o indiciado que estiver legalmente preso, por três dias no máximo”.

Dois são os requisitos a serem observados:

- 1) Que o preso seja indiciado no IPM;
- 2) Que a prisão seja legal, isto é, decorrente de prisão em flagrante, de prisão cautelar nos termos do artigo 18 do CPPM, ou por ordem do magistrado (prisão preventiva).

Essa incomunicabilidade não impede que o indiciado se comunique com seu advogado (artigo 89, III, Estatuto da OAB, Lei Nº 4.215/1963).

Além disso, com o advento da Constituição Federal de 1988, esse artigo 17 do CPPM foi revogado, por força do artigo 136, § 3º, IV, que dispõe: “É vedada a incomunicabilidade do preso”.

5.10 RELATÓRIO E SOLUÇÃO

Dispõe ao artigo 22 do CPPM:

O inquérito será encerrado com minucioso relatório, em que o seu encarregado mencionará as diligências feitas, as pessoas ouvidas e os resultados obtidos, com indicação do dia, hora e lugar onde ocorreu o fato delituoso. Em conclusão, dirá se há infração disciplinar a punir ou indício de crime, pronunciando-se, neste último caso, justificadamente, sobre a conveniência da prisão preventiva do indiciado nos termos legais.

O Relatório deve ser uma peça neutra capaz de expor, em seu teor, uma síntese do que foi apurado pelo Encarregado do IPM, sem emitir opinião a respeito do mérito.⁷⁷

A Solução é o relatório elaborado pelo Comandante do Encarregado do IPM, onde sucintamente relata o fato apurado pelo seu subordinado, homologando ou não sua conclusão e, caso julgue pertinente, determina novas diligências para elucidar o que não lhe foi suficientemente informado, podendo ainda aplicar penalidade disciplinar aos envolvidos no inquérito e também no Encarregado, se assim entender.⁷⁸

Discordando da solução apresentada, a autoridade delegante poderá avocar o IPM e proferir solução diferente (artigo 22, parágrafo 2º).

5.11 ARQUIVAMENTO

O IPM não pode ser arquivado pela autoridade da Polícia Judiciária Militar em hipótese nenhuma, mesmo quando este conclui pela inexistência de crime militar haja vista que a prerrogativa da emissão de juízo de valor acerca do que foi apurado, decidindo pelo prosseguimento ou encerramento do IPM, compete ao MPM.

O arquivamento do inquérito a requerimento do órgão do Ministério Público Militar pode ocorrer nas seguintes situações:

- a) O fato relatado não constitui crime militar e
- b) Faltam elementos constitutivos do lastro probatório mínimo.

⁷⁷ _____ LOUREIRO NETO, José da Silva. **Processo penal militar**, 1998, p. 17.

⁷⁸ _____ Ibid, p. 17.

O artigo 77 do CPPM estabelece como requisitos da denúncia:

Art. 77. A denúncia conterá:

- a) A designação do juiz a que se dirigir;
- b) O nome, idade, profissão e residência do acusado, ou esclarecimentos pelos quais possa ser qualificado;
- c) O tempo e o lugar do crime;
- d) A qualificação do ofendido e a designação da pessoa jurídica ou instituição prejudicada ou atingida, sempre que possível;
- e) A exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias;
- f) As razões de convicção ou presunção da delinquência;
- g) A classificação do crime;
- h) O rol de testemunhas, em número não superior a seis, com a indicação da sua profissão e residência, e o das informantes com a mesma indicação.

Parágrafo único. O rol de testemunhas poderá ser dispensado, se o Ministério Público dispuser de prova documental suficiente para oferecer a denúncia.

5.12 INSTAURAÇÃO DE NOVO IPM

Para que novo IPM acerca do mesmo fato seja instaurado, é necessário a existência dos requisitos constantes do artigo 25 do CPPM, a saber:

O arquivamento do inquérito não obsta a instauração de outro, se novas provas aparecerem em relação ao fato, ao indiciado ou à terceira pessoa, ressalvados o caso julgado e os casos de extinção de punibilidade.

§ 1º. Verificando a hipótese contida neste artigo, o juiz remeterá os autos ao Ministério Público, para os fins do disposto no art. 10, letra *c*.

§ 2º. O Ministério Público poderá requerer o arquivamento dos autos, se entender inadequada a instauração do inquérito.

Enquanto não prescrever a ação penal, a autoridade militar poderá proceder à nova investigação quando do surgimento de novas provas ou evidências. Por isso mesmo o arquivamento por falta de base para denúncia não impede que, a qualquer momento, a denúncia seja oferecida se amparada por novas provas, depoimentos testemunhais ainda não ouvidos, ou nova versão de oitiva de testemunhas a respeito do mesmo fato.

A parte final do artigo 25 veda a instauração de novo inquérito no caso julgado e nas hipóteses de extinção da punibilidade. A coisa julgada impede a reabertura do caso, ainda que novas surjam provas, visto ser impossível nova decisão sobre o mérito da causa dentro do processo. Artigo 153 do CPPM: “Se o juiz reconhecer que o feito sob seu julgamento já foi, quanto ao fato principal, definitivamente julgado por sentença irrecorrível, mandará arquivar a nova denúncia, declarando a razão porque o faz”.

A extinção da punibilidade ocorre nos casos de morte do agente, da prescrição da punibilidade, dentre outros.

5.13 DEVOLUÇÃO DOS AUTOS DO IPM

O CPPM determina:

Art.26. Os autos do inquérito não poderão ser devolvidos a autoridade policial militar, a não ser:

I – mediante requisição do Ministério Público, para diligências por ele consideradas imprescindíveis ao oferecimento da denúncia;

II – por determinação do juiz, antes da denúncia, para o preenchimento de formalidades previstas neste Código, ou para complemento de prova que julgue necessária.

Parágrafo único – Em qualquer dos casos, o juiz marcará prazo, não excedente de vinte dias, para a restituição dos autos.

Além disso, o CPPM, no seu artigo 78, veda ao juiz receber a denúncia se esta não contiver os requisitos expressos no artigo 26, CPPM.

Não existindo um rito determinado pela lei processual para a elaboração do inquérito, pode o Juiz auditor, ao receber o inquérito, verificando a ausência da Solução do comandante, determinar a devolução àquela autoridade militar para o preenchimento desta formalidade.

Pode ainda, o Juiz auditor devolver o inquérito ao Encarregado para, por exemplo, oitiva de testemunha arrolada nos autos, da qual não foi tomada o depoimento.

5.14 SUFICIÊNCIA DO AUTO DE FLAGRANTE DELITO

Conforme o artigo 27, CPPM, flagrante de delito é:

Art. 27. Se por si só, for suficiente para elucidação do fato e sua autoria, o auto de flagrante delito constituirá o inquérito, dispensando outras diligências, salvo o exame do corpo de delito no crime que deixe vestígios, a identificação da coisa e a sua avaliação, quando seu valor influir na aplicação da pena. A remessa dos autos, com breve relatório da autoridade policial militar, far-se-á sem demora ao juiz competente nos termos do art. 20.

Este dispositivo revela uma das hipóteses de dispensa do inquérito, porque, se o

inquérito é a apuração sumária de um fato que constitui crime militar e o auto de prisão flagrante já disponibiliza todos os elementos de convicção que autorizam a denúncia por parte do MPM, nada impede que o titular da ação penal o faça.

Entretanto, há posicionamentos divergentes, pois o auto de prisão em flagrante pode não ser suficiente para fundamentar a denúncia, acarretando em devolução dos autos para a autoridade militar competente. Em ocorrendo esta hipótese, será requerida a instauração do IPM e a liberdade do indiciado, para que não se consume o constrangimento ilegal, mas nada impede a custódia do indiciado, requerendo-se sua prisão preventiva.⁷⁹

Prosseguindo na análise do dispositivo, não se pode desconsiderar a imperativa necessidade de exame de corpo de delito nos crimes que deixem vestígios, como determina, expressamente, o artigo 328 do CPPM:

Art. 328. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.
Parágrafo único. Não sendo possível o exame de corpo de delito direto, por haverem desaparecido os vestígios da infração, supri-lo-á a prova testemunhal.

O CPM dispõe no artigo 240, § 1º, primeira parte, que “se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz poderá substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar”.

5.15 DISPENSA DE IPM

São três hipóteses previstas no artigo 28 do CPPM, aptas a dispensar o inquérito:

Art. 28. O inquérito poderá ser dispensado, sem prejuízo da diligência requisitada pelo Ministério Público:
a) Quando o fato e sua autoria já estiverem esclarecidos por documentos ou outras provas materiais;
b) Nos crimes contra a honra, quando decorrerem de escrito ou publicação, cujo autor esteja identificado;
c) Nos crimes previstos nos arts. 341 e 349 do Código Penal Militar.

O MPM dispondo de prova documental suficiente para oferecer a denúncia, pode

⁷⁹ _____ LOUREIRO NETO, José da Silva. **Processo penal militar**, 2002, p. 20.

dispensar o IPM (artigo 77, parágrafo único, do CPPM).

Outra hipótese é encontrada nos termos do artigo 480 do CPPM:

Art. 480. O detentor do preso ou responsável pela sua detenção ou quem quer que, sem justa causa, embarace ou procrastine a expedição de ordem de *habeas corpus*, as informações sobre a causa da prisão, a condução e apresentação do paciente, ou desrespeite salvo-conduto expedido de acordo com o artigo anterior, ficará sujeito a processo pelo crime de desobediência a decisão judicial.

Parágrafo único. Para esse fim, o presidente do Tribunal oficiará ao procurador-geral para que este promova ou determine a ação penal, nos termos do art. 28, letra c.

5.16 PRAZOS DO IPM

O inquérito deve encerrar-se em vinte dias, estando o indiciado preso, contagem iniciada a partir do dia em que se executar a ordem de prisão (artigo 20 do CPPM).

O Superior Tribunal de Justiça decidiu que sofre constrangimento ilegal e tem direito a *Habeas Corpus*, sem prejuízo do processo, o acusado preso, quando excedido sem justificativa o prazo para o oferecimento da denúncia, ulatimação do processo, ou julgamento do recurso do Ministério Público: RTJ, 43:659; 473:261; 47:544; 49:174.⁸⁰

Com o indiciado estiver solto, o inquérito deverá estar concluído em 40 dias, contados a partir da data em que se instaurar o inquérito (artigo 20 do CPPM).

A prorrogação de prazo é regida pelo parágrafo único do artigo 20, na hipótese de indiciado solto: “Este último prazo poderá ser prorrogado por mais de vinte dias pela autoridade militar superior, desde que não estejam concluídos exames ou perícias já iniciados, ou haja necessidade de diligência, indispensáveis à elucidação do fato. O pedido de prorrogação deve ser feito em tempo oportuno, de modo a ser atendido antes de terminado o prazo”.

⁸⁰ _____ LOUREIRO NETO, José da Silva. **Processo penal militar**, 2002, p. 21.

6. CONCLUSÃO

Sendo o IPM a investigação preliminar e sumária dos fatos, que evidencia os elementos de autoria e materialidade do crime, objeto da investigação, interfere diretamente nas liberdades fundamentais do investigado.

Mesmo inquisitivo, as garantias fundamentais do investigado exige da autoridade responsável pelo inquérito a sua preservação com o menor gravame possível, exigindo uma investigação sob absoluto controle do Estado, fiscalizada pelas partes e com regras de procedimento bem definidas, deixando para o processo penal a oportunidade da plena produção de provas, do contraditório e da ampla defesa.

Quanto mais garantidora dos direitos fundamentais do investigado for a investigação preliminar, mais perto estará do modelo garantista; quanto mais arbitrária e abusiva mais perto estará da ilegalidade.

No sentido garantista, a autoridade que preside o IPM não pode cercear o direito do advogado de ter acesso aos autos, tirar cópias das peças que considerar importantes para a defesa do seu cliente, porque mesmo sigiloso, o IPM não é secreto e ao advogado não pode ser vedado o acompanhamento.

O indiciado não está obrigado a responder as perguntas na fase do IPM e a sua recusa não poderá ser entendida como violação ao preceito de falar à verdade.

Segundo Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, “a hierarquia e a disciplina continuam sendo os preceitos basilares das Forças Armadas e das Forças Auxiliares, mas quando se trata de processo administrativo ou penal, deve-se observar os preceitos constitucionais que são direitos e garantias fundamentais do cidadão”.⁸¹

Considerando-se a especificidade e a peculiaridade da vida militar, o suspeito, o indiciado ou o réu usufrui dos princípios, garantias e direitos instituídos pela Constituição, ainda que alguns dispositivos do CPPM conflitem com as garantias constitucionais.

A Constituição Federal determina que ao preso seja assegurada a assistência da família e do advogado, sendo-lhe permitido o direito ao silêncio, e a identificação do responsável pela sua prisão, devendo a autoridade policial remeter cópia do auto de prisão em flagrante à autoridade judiciária, para que esta analise a legalidade da prisão, e o juiz poderá conceder o relaxamento da medida se ausente estes requisitos.

⁸¹ _____ ROSA, Paulo Tadeu. **Princípios constitucionais e inquérito policial militar**. Disponível na Internet: <<http://jus2.uol.com.br/texto.asp?id=1584>>. Acessado em: 02.07.2008.

O artigo 17 do CPPM que autorizava ao encarregado do inquérito policial militar a manter a incomunicabilidade do indiciado, legalmente preso, por três dias, foi derogado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, LXIII, permitindo ao preso a assistência de advogado, seja na prisão preventiva ou na prisão provisória. Não sendo mais aceito o instituto da incomunicabilidade.

A Constituição Federal consagra a inviolabilidade dos direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, estabelece como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana.

As Forças Armadas como guardiãs da soberania do País, têm a obrigação e o dever de manter estrita observância dos citados princípios constitucionais para que sigam constituindo a reserva moral e ética da Nação brasileira.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. **A reforma da Constituição e as cláusulas pétreas**. Revista do Advogado, São Paulo, Nº 73, novembro 2003.

AMARAL, Luiz Otavio O. **Poder de polícia**. Revista Consulex, Nº 110, Brasília, agosto, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BECHARA, Fábio Ramazzini; Campos, Pedro Franco de. **Princípios constitucionais do processo penal: questões polêmicas**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre, Nº 03. dez./janº 2005.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 2ª ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CRETELLA JUNIOR, José. **Conceituação do poder de polícia**. Revista do Advogado, Nº 17, São Paulo, abril, 1985.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

DELGADO, José Augusto. **Princípios processuais constitucionais**. Ajuris. Porto Alegre, v. 14, Nº39, março 1987.

DEMO, Roberto Luis Luchi. **Competência penal originária: uma perspectiva jurisprudencial crítica**. São Paulo: Malheiros, 2005.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **A constituição como garantia da democracia: o papel dos princípios constitucionais.** Revista de Direito Constitucional e Internacional, v.11, Nº44. São Paulo, jul./set. 2003.

FACHIN, Zulmar. **Responsabilidade patrimonial do estado por ato jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **História do povo brasileiro.** 2ª.ed. São Paulo: J. Quadros Editores Culturais, 1968.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal.** Revista Forense. Nº 347. Rio de Janeiro, jul./set.1999

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal – parte geral.** v.1. 1. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

LAZZARINI, Álvaro. **Abuso de poder x poder de polícia.** Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 92, Nº 333, jaNº/mar., 1996.

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Processo penal militar.** São Paulo: Atlas, 1996.

MACHADO FILHO, Lino. **Justiça militar.** Revista do Superior Tribunal Militar. Brasília, v. 4, Nº 5, jul./dez. 1978.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal.** vol. I, Campinas-SP: Bookseller, 1996.

MARQUES, José Frederico. **Da competência em matéria penal.** Campinas-SP: Millenium, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Polícia de manutenção da ordem pública**, in Direito Administrativo da Ordem Pública, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução Cristiana Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

PELARIN, Evandro. **Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização**. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.

PIOVESAN, Flávia. **Cidadania no Brasil: o que diz a lei**. In: Guia da Cidadania. São Paulo: Editora Abril, 2001.

_____. **Direitos sociais, econômicos, culturais e direitos civis e políticos**. Revista do Advogado, São Paulo, Nº 73, novembro 2003.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

ROCHA, Zélio Maia da. **A reforma do judiciário: uma avaliação jurídica e política**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Crime propriamente militar**. Ajuris. Porto Alegre, v. 21, Nº 61, julho 1994.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Aplicação da Lei 9.099/95 na justiça militar estadual**. Revista Jurídica, Porto Alegre, Nº 287, setembro 2001.

_____. **Aplicação da lei federal dos juizados especiais criminais na justiça Militar estadual e federal.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 42, Nº 168, out./dez. 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** 1º volume. São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico.** 15ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TORNAGHI, Helio. **Curso de processo penal.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.