

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

FELIPE RUGGERI PEDRO

O CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO ENTRE AS POLÍCIAS CIVIL E
MILITAR PARA APURAR O INQUÉRITO DOS CRIMES
DOLOSOS CONTRA A VIDA DE CIVIL PRATICADOS POR
MILITAR ESTADUAL DE SERVIÇO

Sarandi
2013

Felipe Ruggeri Pedro

O CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO ENTRE AS POLÍCIAS CIVIL E
MILITAR PARA APURAR O INQUÉRITO DOS CRIMES
DOLOSOS CONTRA A VIDA DE CIVIL PRATICADOS POR
MILITAR ESTADUAL DE SERVIÇO

Monografia apresentada ao curso de Direito, da
Faculdade de Direito da Universidade de Passo
Fundo, campus Sarandi, como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais, sob orientação da Professora
Geni Fátima Pithan da Silveira.

Sarandi
2013

AGRADECIMENTOS

Este trabalho, com toda certeza, não se realizaria, se eu não pudesse contar com pessoas que estiveram sempre apoiando meus projetos, motivo pelo qual, aqui lhes agradeço.

Ao Pai Celestial, Deus, no qual creio e a quem tenho como companheiro, e acredito ser a força de todos os seres.

A meus pais, Neri, que apesar de não estar mais entre nós, será sempre uma ótima lembrança e exemplo de homem, o qual me ensinou e mostrou o caminho para que eu me tornasse assim como ele, um homem honrado, honesto e batalhador; e Sueli, minha mãe querida, exemplo de coragem, perseverança, humildade, sempre irradiando amor e carinho.

Ao meu irmão Ronaldo Augusto, o Guto, que, apesar de nossas brigas, sempre esteve ao meu lado, incentivando minhas buscas e torcendo por minhas conquistas.

À minha namorada Saiani, que me apoiou durante parte do caminho e em todo este trabalho, que soube entender os momentos em que estive distante, devido aos meus afazeres, ou quando deixamos de realizar algo importante, porque eu tinha que continuar algum trabalho ou estava de serviço.

À minha Professora Orientadora, Me. Geni Fátima Pithan da Silveira, a qual dispensou várias horas do seu valoroso tempo, embora tão atarefada com seus muitos Orientandos, para corrigir as páginas que eu escrevia e dar-me orientações por telefone ou nos “encontros no corredor”, para que pudéssemos chegar ao fim desta caminhada e alcançarmos o objetivo de eu vir a ser aprovado na temida monografia.

Aos meus “colegas de farda”, policiais militares, especialmente os do 4º Pelotão Constantina, onde todos, sem exceção, foram muito importantes nessa caminhada, seja pelas trocas de plantão, para que eu pudesse ir à aula, seja pelas risadas ou até pelas ocorrências que juntos atendemos, mas, principalmente, pela amizade. Vocês são parte deste trabalho, e, por que não dizer, inspiração para ele.

RESUMO

Atualmente, ocorre um conflito de atribuição entre as Polícias Civil e Militar, quando da ocorrência de crimes dolosos contra a vida praticados por militar estadual em serviço, onde, em tese, ambas seriam competentes para apurar as investigações ou inquérito, sendo esta divergência o ponto chave da pesquisa que aqui se demonstrará, já que a lei não é taxativa e deixa brechas para interpretações contrárias, no caso, por parte da Polícia que efetuará o inquérito. A pesquisa revela o entendimento de vários autores quanto a princípios do direito, à análise do que seja a justiça militar, o que são crimes dolosos contra a vida e como pode se resolver o problema proposto - o conflito de atribuição das Polícias em apurar o inquérito dos crimes dolosos contra a vida de civil, praticado por militar estadual em serviço, através da análise da Constituição Federal, de Emendas Constitucionais, leis e trabalhos doutrinários. No trabalho, foi utilizada a metodologia procedimental bibliográfica, que consiste em consultas que contêm material jurídico relativo ao tema, material já publicado, constituído principalmente de livros, jurisprudências, artigos publicados, periódicos e consultas, via meio eletrônico, de modo a demonstrar que para o conflito exposto se demonstra competente a Polícia Militar.

Palavras-chaves: Conflito de atribuição. Crimes dolosos. Inquérito policial. Inquérito policial militar. Militar estadual.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 UM APARATO GERAL AOS DIREITOS HUMANOS, A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM, ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E A PREVISÃO DA POLÍCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.	7
1.1 Dos Direitos Humanos	7
1.2 Da Declaração Universal dos Direitos Humanos	10
1.3 Dos Direitos e Garantias Constitucionais	12
1.4 Princípios Constitucionais Penais	17
1.5 Princípio da Legalidade	17
1.5.1. <i>Da Reserva Legal</i>	18
1.5.2 <i>Da Determinação Taxativa</i>	19
1.5.3 <i>Da Irretroatividade</i>	19
1.6 Princípio da Culpabilidade	19
1.7 Princípio da Intervenção Mínima	20
1.8 Princípio da Humanidade	21
1.9 Princípio da Pessoalidade da Pena	23
1.10 Princípio da Individualização da Pena	23
1.11 Princípio da Dignidade Humana	25
1.12 Da Previsão das Polícias na Constituição Federal de 1988	25
2 ANÁLISE DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL, DISTINÇÃO DESTA COM A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E ENTRE CRIMES MILITARES PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS.	29
2.1 A Justiça Militar	29
2.2 Distinção de competência da Justiça Militar Estadual para com a Federal	33
2.3 Do Crime	36
2.4 Do Crime Militar	38
2.5 Crime propriamente militar e impropriamente militar	40
3 ANÁLISE DO CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO ENTRE AS POLÍCIAS CIVIL E MILITAR, E AS ALTERAÇÕES DADAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004 E PELA LEI 9.299/96.	47
3.1 O Conflito de atribuição entre as polícias Civil e Militar para apurar o inquérito policial nos crimes dolosos contra a vida de civil, praticado por militar estadual em serviço.	47
3.2 Crime Doloso	47
3.3 Inquérito Policial	49
3.4 O inquérito policial militar e o conflito de atribuição entre as polícias civil e militar na investigação dos crimes dolosos contra a vida, praticados por militar estadual em serviço.	53
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar e esclarecer um assunto que tem se revelado polêmico na esfera policial. Trata-se da competência para proceder com o inquérito policial dos crimes dolosos contra a vida de civil, praticados por militar estadual em serviço: É competência da polícia civil ou militar?

O tema, atualmente, gera alguns conflitos entre Oficiais Militares e Delegados de Polícia, pois algumas mudanças legais tornaram indefinido, ou obscuro, esse período do processo penal, que é o Inquérito Policial. Por vezes, tanto os Oficiais da Polícia Militar quanto os Delegados de Polícia Civil, se dizem competentes para proceder com o inquérito policial, quando da ocorrência de crimes dolosos contra a vida de civil praticados por militar estadual em serviço.

Ocorre que foram promulgadas duas leis que afetaram gravemente o procedimento de definição para instauração do inquérito, quando da ocorrência do crime já citado. Foram elas: a Lei 9.299, de 07 de agosto de 1996, e a Emenda Constitucional 45 de 30 de dezembro de 2004. Essas normas alteraram dispositivos da Constituição Federal, do Código Penal Militar e do Código de Processo Penal Militar, de forma que houve migração de competência da Justiça Militar para a Justiça Comum, quando se tratar de processo e julgamento dos crimes em foco. Melhor explicando, quando ocorre um crime militar, é competente para processá-lo e julgá-lo, a Justiça Militar, e, quando for o caso de crime comum, a Justiça Comum.

Porém, a Emenda Constitucional 45 e a Lei 9.299 alteraram a competência para processo e julgamento do crime militar em discussão, da Justiça Castrense para a Comum, o que gerou debates jurídicos, doutrinários e policiais, que serão aprofundados durante este trabalho de conclusão de curso.

O estudo apresentado busca analisar essa questão, através da consulta a material jurídico relativo ao tema, sendo material já publicado, constituído principalmente de livros, jurisprudências, artigos publicados, periódicos e consultas via meio eletrônico (internet). Com a justificativa de encontrar os melhores argumentos doutrinários que esclareça qual deve ser o órgão policial que deverá proceder com as investigações desses crimes dolosos, e, ao final, filiar-se a alguma corrente doutrinária.

Para alcançar esses objetivos, o trabalho é apresentado aos leitores em três capítulos. No primeiro, é feita uma abordagem aos Direitos Humanos e às Garantias Constitucionais, para que, ao final, se possa discutir ou demonstrar se os direitos de um acusado são ou não atingidos ao proceder ao inquérito policial. Ainda, é apresentada a previsão que a Constituição Federal de 1988 faz ao instituir seus órgãos policiais e de segurança pública, isto, porque é necessário colocar a Carta Magna como ponto de partida para qualquer discussão de Direito.

No segundo capítulo, faz-se a distinção entre as esferas Federal e Estadual da Justiça Militar, considerando principalmente o foco do trabalho, afinal para que fosse detalhadamente demonstrada e explicada essa Jurisdição, seria necessário um trabalho discursivo somente sobre ela.

Ainda no segundo capítulo, analisa-se o crime militar, buscando examinar quais são os crimes militares próprios e impróprios, com base legal e análise doutrinária, inclusive com apresentação de exemplos trazidos das obras estudadas.

O terceiro capítulo trata especificamente do tema e debate propostos, aborda a atribuição dada pela Constituição Federal à Polícia Civil, e à Militar, para apurarem crimes, através de seus instrumentos de inquérito. Também faz referência e explica o que são crimes dolosos, e Inquérito Policial, seja Comum ou Militar.

Pode-se dizer que este trabalho aponta questões relevantes, como por exemplo, se traz prejuízos à investigação o fato de haver, paralelamente, dois inquéritos em andamento, sobre um mesmo fato crime, e se pode ocorrer confusão ao definir quando se trata de investigar um crime doloso ou um crime culposos, já que em algumas situações ambas as formas podem se aproximar.

Salienta-se que não se tem a pretensão de esgotar o assunto com este trabalho, nem tampouco tirar todas as dúvidas que rodeiam o tema, ainda mais no que se refere especificamente ao Direito Penal Militar. No entanto, as informações aqui apresentadas, vindas de autores especializados nessa área, dá credibilidade a este trabalho, que pode tornar-se uma boa fonte de pesquisa.

1 UM APARATO GERAL AOS DIREITOS HUMANOS, A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM, ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E A PREVISÃO DA POLÍCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

1.1 Dos Direitos Humanos

O interesse pela proteção de direitos individuais do homem tem origem antiga, e pode ser balizada no antigo Egito e Mesopotâmia, terceiro milênio a.C., onde já havia previsões de proteção individual em relação ao Estado, sendo que o próprio Código de Hammurabi previa alguns direitos comuns a todos, como a vida, a honra, a dignidade, a família, a igualdade. Posteriormente, surgem na Grécia vários estudos sobre a necessidade de igualdade e liberdade entre os homens, ainda distante do que é hoje¹, como descreve o doutrinador Alexandre de Moraes, quanto aos primeiros legados de direitos humanos.

Posteriormente, através do cristianismo, houve a consagração de que os direitos fundamentais eram necessários para alcançar a dignidade da pessoa. Ainda com a premissa de controle do poder do Estado, surgiram, durante a Idade Média, vários documentos jurídicos que visavam às garantias objetivadas aos homens².

Nesse período histórico, muito importante foi a declaração da Magna Carta de Liberdade, outorgada por João Sem-Terra, na Inglaterra, em junho de 1215. Esta já previa questões tributárias, a proporcionalidade entre delito e sanção, previa o devido processo legal, o acesso à justiça e a liberdade de locomoção³.

Importante citar, também, outros documentos jurídicos e Cartas que muito contribuíram para a evolução dos Direitos Humanos e Garantias Fundamentais, como, a *Petition of Right*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, a *Bill of Rights*, de 1689, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, produzido por Thomas Jefferson, entre outros. Coube porém à França a consagração de Direitos Humanos Fundamentais, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 25 de setembro de 1789, com 17 artigos, que previam dentre outros direitos, o princípio da igualdade,

¹ MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, doutrina e jurisprudência. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 06.

² Idem, p. 07.

³ Idem, p.07.

liberdade, propriedade, segurança, resistência a opressão, associação política, princípio da reserva legal, da presunção de inocência⁴.

Na obra de Alexandre de Moraes destaca-se o texto do Preâmbulo da Constituição Francesa, de 24 de junho de 1793, que diz:

O povo francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as causas das desgraças do mundo, resolveu expor, numa declaração solene, esses direitos sagrados e inalienáveis, a fim de que todos os cidadãos, podendo comparar sem cessar os atos do governo com a finalidade de toda a instituição social, nunca se deixem oprimir ou aviltar pela tirania; a fim de que o povo tenha sempre perante os olhos as bases da sua liberdade e da sua felicidade, o magistrado a regra dos seus deveres, o legislador o objeto da sua missão. Por consequência, proclama, na presença do Ser Supremo, a seguinte declaração dos direitos do homem e do cidadão⁵.

Da citação acima, extrai-se que continuaram evoluindo ordenamentos que previam os direitos do homem. Porém, toda ascensão de garantias esbarrou, em determinado momento, no que parecia o fim dos direitos do homem: duas guerras mundiais, especialmente a segunda, da qual se faz agora um breve relato.

A história aponta a Segunda Guerra Mundial como um conflito militar global que durou cerca de seis anos, de 1939 a 1945, envolvendo a maioria das nações do mundo, incluindo todas as grandes potências, organizadas em duas alianças militares opostas, os Aliados e o Eixo. Foi, portanto, a guerra mais abrangente da história, com mais de 100 milhões de militares mobilizados. Em estado de guerra total, os principais envolvidos dedicaram toda sua capacidade econômica, industrial e científica a serviço dos esforços do conflito, deixando de lado a distinção entre recursos civis e militares. Assim, marcada por um número significativo de ataques contra civis, ela resultou em mais de 50 milhões de mortes e mais de 20 milhões de mutilados⁶.

Nesse período, atacar cidades, indústrias, homens, mulheres e crianças, se tornou objetivo pelos dois polos em guerra, resultando na catástrofe que “espalhou sangue pelo mundo”, e fez com que a humanidade retrocedesse e mudasse muitos conceitos.

⁴ MORAES, Humanos Fundamentais: teoria geral, doutrina e jurisprudência, p. 09.

⁵ Idem, p. 10.

⁶ II Guerra Mundial. Disponível em: www.educaterterra.com.br/voltaire/mundo/segunda-guerra.htm. Acesso em: 25 abr. 2013.

Mas, vencido o período da segunda guerra mundial, um novo tempo passa a se concretizar: tempo em que as constituições, primeiramente europeias, sofrem profundas modificações dogmáticas e aplicativas, principalmente no que tange à proteção da pessoa humana⁷, como demonstra Flávia Piovesan, em sua doutrina, quando descreve a evolução desses direitos e a influência que aquelas constituições exerceram sobre a brasileira.

Inicia-se, no pós-guerra, a reconstrução dos Direitos Humanos, e, após tantas atrocidades, destruição, repressão e tamanhas barbáries, começam a ter forma Constituições realmente preocupadas com os valores humanos, com especial atenção à dignidade da pessoa humana.

Sobre isso, assim se manifesta o brilhante doutrinador José Joaquim Gomes Canotilho: “dignidade humana acolhe o princípio da *dignitas-hominis*, ou seja, o individuo é conformador de si próprio e da sua vida, segundo o seu próprio projeto espiritual”⁸.

Fica visível a reconstrução de direitos fundamentais, principalmente pelas Cartas Europeias, como por exemplo, a alemã de 1949, a portuguesa de 1976 e a espanhola de 1978, que fortemente influenciaram a brasileira. Todas buscando limitar o poder do Estado e preservar direitos. Essa influência ocorreu em todo o ocidente, com elaboração de Cartas abertas a princípios dotados de forte carga axiológica, resultando no Brasil a previsão dos princípios fundamentais, na Constituição de 1988. Tão densas foram as transformações que ensejaram profunda reformulação na base e nos fundamentos do Direito Constitucional⁹.

Os Direitos Humanos Fundamentais, em sua concepção atual, surgiram com a fusão de várias fontes, onde todas encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação ao poder do Estado e a consagração de princípios básicos da igualdade e da legalidade, onde o governo é pelo povo, e o povo exerce a liberdade de escolher seus representantes, o governo¹⁰.

A doutrinadora Flávia Piovesan, em referência aos princípios incorporados na ordem constitucional, observa que “enquanto a convivência de regras é antinômica, a de princípios é necessariamente conflitual, estes auto existem, enquanto regras se autoexcluem”¹¹. Serve essa análise para demonstrar o quanto importante são os princípios na limitação do poder estatal e, para interpretação do que a norma expressa, de forma a evitar conflitos, ou melhor, solucioná-

⁷ PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 356.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 225.

⁹ PIOVESAN, Op. cit., p. 359.

¹⁰ CANOTILHO, Op. cit., p. 225.

¹¹ PIOVESAN, Op. cit., p. 383.

los. Vale frisar essa exposição, devido à referência que faz aos princípios constitucionais do art. 5º da Carta Magna brasileira, onde servem aquelas garantias de norte a interpretações de casos concretos.

José Joaquim Gomes Canotilho, por sua vez, ensina que “há a necessária vinculação pelos direitos, liberdades e garantias de todas as entidades públicas e privadas, dos órgãos, vinculação dos processos e procedimentos públicos pelos direitos fundamentais, dever de proteção destes direitos ante terceiros por parte dos poderes públicos”¹², todos visando o bem-estar coletivo.

1.2 Da Declaração Universal dos Direitos Humanos

Um grande marco da evolução normatizadora e principiológica em prol da busca pela cidadania, marcada pelos direitos fundamentais, ocorreu em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, e delinea os direitos humanos básicos. As nações que emergiram como potências no período pós-guerra estabeleceram as bases de uma futura “paz”, definindo áreas de influência dos líderes ou potências e acertado a criação de uma organização multilateral que promovera negociações sobre conflitos internacionais, objetivando evitar conflitos e enrijecer a paz e a democracia e fortalecer dos direitos humanos. Embora não representar obrigatoriedade legal, serviu como base para alcançarmos o que se tem hoje como garantias e direitos a todos no âmbito internacional¹³.

A referida Declaração é tida como ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada sociedade se esforcem, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu

¹² CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 249.

¹³ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: www.universitario.com.br/noticias/n.php?i=9203. Acesso em: 11 abr. 2013.

reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os de todos os territórios¹⁴.

O doutrinador Marco Mondaini traz, em um de seus ensinamentos:

Ainda sob o impacto das atrocidades cometidas, entre 1939 e 1945, durante a Segunda Guerra Mundial [...] a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, em 10 de dezembro de 1948, aquele que viria a ser o ápice de um longo processo de lutas iniciado no decorrer das revoluções liberais-burguesas dos séculos XVII e XVIII- a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Elaborada por uma comissão específica da recém-criada, em 1945, Organização das Nações Unidas (ONU), A Declaração foi redigida com o intuito de proclamar definitivamente os direitos fundamentais da humanidade, o respeito inviolável à dignidade da pessoa humana. Com ela, passa a ter reconhecimento internacional a definição de direitos humanos, como o acúmulo de três níveis diferenciados de direito, a saber, os direitos civis, os direitos políticos e os direitos sociais, além de ter sido dado um decisivo passo na decisão da afirmação dos direitos dos povos. Uma conquista que pode muito bem ser compreendida como a universalização do projeto histórico da Revolução Francesa pela tríade liberdade, igualdade e fraternidade, acrescido da vontade de construir um mundo em que a paz vencesse a guerra¹⁵.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem se baseia no reconhecimento da dignidade da pessoa humana e de seus direitos inalienáveis, como fundamentos da liberdade, igualdade, justiça e da paz no mundo¹⁶.

A Declaração possui em seus trinta artigos, matéria dispositiva e também doutrinária, referenciando seus princípios e garantias a todas as pessoas. Os direitos desta declaração são amplamente conhecidos, embora por várias vezes restarem violados.

O reconhecimento oficial dos direitos humanos dá maior segurança às relações sociais, exercendo também a prevalência de valores éticos. Porém, ocorre que alguns direitos privilegiam a maioria dominante, conduzindo-nos a uma busca por direitos, que não se fixe somente no reconhecimento estatal destas garantias¹⁷.

Porém, cabe ressaltar, quanto a essa última análise, o que diz José Joaquim Gomes Canotilho, referente ao privilégio à determinada classe:

¹⁴Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: www.universitario.com.br/noticias/n.php?i=9203. Acesso em: 11 abr. 2013.

¹⁵MONDAINI, Marco. Direitos Humanos. São Paulo: Contexto, 2006. p. 148.

¹⁶BRASIL, Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: www.portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 25 abr 2013.

¹⁷A proteção dos direitos humanos. Disponível em: www.jus.com.br/revista/texto/4607/a-protecao-dos-direitos-humanos. Acesso em: 25 abr 2013.

No actual contexto constitucional, este esquema deixou de ser uma construção aceitável. Em primeiro lugar, a reserva de lei no âmbito dos direitos fundamentais (máxime no âmbito dos direitos, liberdades e garantias) dirige-se contra o próprio legislador: só a lei pode restringir direitos, liberdades e garantias, mas a lei só pode estabelecer restrições se observar os requisitos constitucionalmente estabelecidos (cfr. supra). Daí a relevância dos direitos fundamentais como elemento determinante do âmbito da reserva de lei¹⁸.

Nota-se, então, que pior seria a falta dessa previsão, que, embora às vezes falha, ainda é muito válida, pois serve como controle do livre arbítrio dos que detêm o poder de determinar regras, e que poderiam por essa supremacia beneficiar única e exclusivamente a quem lhes fosse conveniente. Ressalta-se, portanto, e novamente, a grandiosidade de cada uma das conquistas relacionadas às garantias.

Porém, os Direitos Humanos são uma conquista, alcançados através da luta. Luta que se estendeu durante centenas de anos, e apesar de algumas vezes falharem, são uma forma legal de controle do poder estatal e de exigir que sejam cumpridos seus legados expressos em inúmeras legislações, normas e decretos.

1.3 Dos Direitos e Garantias Constitucionais

Os direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas físicas ou jurídicas, contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, apresentam carácter normativo supremo no ordenamento jurídico estatal. Sua finalidade é limitar o exercício do poder do Estado em face da liberdade de seus titulares¹⁹.

Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são direitos de defesa, destinados a proteger posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo não

¹⁸ CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 729.

¹⁹ COMENTÁRIOS à Constituição Federal de 1988 / coordenadores científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra; coordenadores editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho, Otávio Luiz Rodrigues Júnior. – Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 69.

impedimento da prática de determinado ato, seja pela não intervenção em situações subjetivas, ou seja, pela não eliminação de posições jurídicas²⁰.

A Constituição Federal de 1988 demonstra, desde seu Preâmbulo, o propósito de assegurar a todos os cidadãos o exercício de seus direitos, sejam sociais ou individuais, sendo esses os valores supremos de um Estado Democrático de Direito. Quando criada, recebeu o nome de constituição cidadã, justamente por deixar de ser uma constituição individualista, passando a vislumbrar os direitos e garantias coletivas e, em segundo plano, os individuais.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL/1988- PREÂMBULO Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL²¹.

A Carta Magna traz, em seus dois primeiros títulos, os princípios, direitos e garantias fundamentais, apresentando como fundamento maior, a dignidade da pessoa humana, principal objetivo desta Carta. Dignidade que se refere à liberdade, valores, direitos sociais, políticos e econômicos de todos para que sejam de cada um. Dessa forma, Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de Moura Agra, descrevem a dignidade humana:

Podemos compreender a ideia de dignidade na Constituição, buscando a vinculação da ideia moral desenvolvida pelos filósofos citados, e muitos outros, com a existência de condições materiais que permitam florescer a cultura humana e nas quais o respeito encontrado pela vida de cada um permita o cultivo do respeito da vida do outro. É a existência efetiva do respeito aos direitos sociais, econômicos, individuais, políticos e culturais de cada pessoa, de cada grupo social, de cada comunidade, que permitiu que se construísse em cada um desses espaços uma cultura de respeito humano. Onde há exclusão, exploração e miséria não é possível respeito mútuo, pois não há dignidade que se manifeste na injustiça²².

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 301.

²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 25 abr 2013.

²² COMENTÁRIOS à Constituição Federal de 1988, p. 77.

Logo, se percebe que há uma busca pelo interesse coletivo para alcançar o próprio, sem exclusões, e de forma a evitar qualquer injustiça.

Os direitos e garantias fundamentais têm como foco assegurar a liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, qualquer que seja o âmbito, Executivo, Legislativo ou Judiciário²³.

Podem-se citar alguns exemplos de garantias, como o direito de proteção judiciária (art. 5º, XXXV), o direito de defesa (art. 5º, LV), o direito ao juiz natural (XXXVII), garantia de habeas corpus, do habeas data, o Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII). Mas essas garantias, enquanto direitos de defesa contra o Estado e contra medidas restritivas das liberdades, não se afigura suficiente para o pleno exercício da liberdade. Observe que a existência da lei, sua falta ou sua omissão pode revelar-se afrontosa aos direitos fundamentais²⁴. Momento em que a falta, a omissão ou até, pode-se dizer, o excesso de preceitos normativos ferirão algum direito, ou seja, devido a algum desses fatores não restará observado direito ou garantia fundamental.

Não raras vezes, para que se concretizem direitos e garantias às liberdades, o legislador edita atos legislativos, de modo que eventual inércia do legislador pode configurar afronta a um dever constitucional de legislar.

O Estado tem plena liberdade para interpretar, abster ou satisfazer direitos e garantias aos seus cidadãos, afinal é ele, através de seu poder e de seus órgãos, que está soberano em meio ao cotidiano da população, para decidir, mediar, apurar os atos. Assim sendo, não se limita o legislador a estabelecer restrições ou direitos, cabe-lhe determinar a amplitude e a conformação destes direitos e garantias fundamentais²⁵.

Canotilho, em sua obra, expressa o seguinte:

A defesa da constituição pressupõe a existência de garantias da constituição, isto é, meios e institutos destinados a assegurar a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental. Como se trata de *garantias da existência* da própria constituição, costuma se dizer que elas são a constituição da própria constituição. As garantias da constituição não devem confundir-se com as *garantias constitucionais*. Estas, como já assinalado, têm um alcance substancialmente subjetivo, pois se reconduzem ao direito de os cidadãos exigirem dos poderes públicos a proteção dos

²³ MENDES, Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional, p. 03.

²⁴ Idem, p. 04.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003. Pg. 887.

seus direitos e o reconhecimento e consagração dos meios processuais adequados a essa finalidade²⁶.

A garantia de proteção individual pressupõe a lesão de direitos subjetivos ou interesses legais, então, com base nas normas materiais há o escopo em legitimar a defesa dos interesses da sociedade contra a administração, demonstrada assim a pretensão do Estado em legislar de modo a proteger o indivíduo, mesmo que ocorra a afronta aos interesses da União²⁷.

Os regulamentos exprimem o exercício de uma competência normativa da administração, que não vinculam o povo, mas que em face dele são criados, para que então seja concretizado o Estado democrático de direito. Pode-se dizer que o Estado constitucional, determinado pelos direitos fundamentais, assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente²⁸.

Cabe frisar que também são fontes de direito constitucionalmente reconhecidas, as normas de direito internacional, sendo que, aquelas em que o Brasil fizer parte, aqui terão força de lei.

A Constituição Federal dispõe que compete à União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais. Cabe ao governo federal a competência em matéria de política externa, sendo o único sujeito de direito internacional competente para representar o Brasil, excluídos os estados federados desta imbução de celebrar tratados internacionais. Compete ao Poder Executivo manter as relações internacionais e celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo pelo Congresso Nacional, conforme dispõe a Constituição Federal. Aprovados e promulgados, terão eles força de lei²⁹.

A proteção da liberdade por meio dos direitos fundamentais é proteção de Direito, e, na medida em que pressupõe atuação programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, sendo que os direitos fundamentais assim serão em um autêntico Estado constitucional³⁰.

²⁶ CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 888.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª Ed. rev.atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 59.

²⁸ Idem, p. 59.

²⁹ Os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e sua Incorporação no Ordenamento Brasileiro. Disponível em: www.mt.trf1.gov.br/judice/jud13/tratados.htm. Acesso em: 25 abr. 2013.

³⁰ SARLET, Op. cit., p. 60.

Através desta exposição, quanto aos direitos e garantias constitucionais, torna-se possível indicar os fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a crença nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político. Devendo ser estes os valores primordiais, imediatos, e que em momento algum devem ser deixados de lado, pois são o embasamento do Estado³¹.

A soberania significa que o Estado é soberano, e não há força que não seja a dos seus próprios poderes, que possa intervir nos seus negócios. Porém, são admitidas as restrições que se fazem presentes pelo avanço do direito internacional, onde o Estado por ser componente de um tratado, permite que normas externas regulem interesses internos³².

A cidadania advém da democracia, que é a possibilidade, transformada em direito, de o cidadão participar das decisões políticas do Estado³³.

A dignidade coloca a pessoa humana como fim último da sociedade e não como simples meio para alcançar seus objetivos. Embora tenha conteúdo moral, o constituinte utiliza a dignidade como ordem material, ou seja, proporcionar às pessoas condições, no mínimo, dignas de vida, econômicas, livres de condições discriminatórias, dentre todos os outros fatores que influenciem na dignidade³⁴.

Valores sociais do trabalho e da livre iniciativa se referem ao trabalho com valor obrigatoriamente reconhecido, e condições para aquele que se lança no empreendedorismo não ser esmagado pelo próprio governo³⁵.

O pluralismo político que se manifesta pela oposição, ou seja, poder escolher o caminho que deseja seguir, não só pela sigla partidária, mas por todas as opções que sejam ofertadas, seja escolha religiosa, cultural, empregatícia, organizacional ou política. Enfim o pluralismo é a possibilidade de oposição e controle do Estado³⁶.

Com essas palavras do doutrinador Celso Ribeiro Bastos, é possível entender superficialmente os principais objetivos ou fundamentos da República brasileira, que se mostra defensora do bem-estar e da justiça social.

³¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 22ª Ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 226.

³² Idem, p. 226.

³³ Idem, p. 227.

³⁴ Idem, p. 227.

³⁵ Idem, p. 227.

³⁶ Idem, p. 227.

José Afonso da Silva, por sua vez, apresenta em uma de suas obras, ideias que demonstram que o poder não é do Estado e, sim, do povo, como vimos:

A expressão direitos fundamentais do homem [...] não significa esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação ao Estado ou autolimitação deste, mas limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem³⁷.

Palavras que, apesar de divergentes com as demais, têm mesma linha objetiva, traçando caminhos rumo aos direitos e garantias fundamentais do homem, demonstrado sempre o interesse do Estado no pleno exercício de Estado Democrático de Direito.

1.4 Princípios Constitucionais Penais

Como sabido, os Princípios são fontes do Direito, e, nesse contexto, a Constituição de 1988 traz em seu texto alguns princípios especificamente penais, sendo alguns explícitos e outros dedutivos no contexto das normas. Dentre estes princípios, serão abordados alguns ditos por principais, como o princípio da Legalidade, da Culpabilidade, da Intervenção Mínima, da Humanidade, da Pessoalidade da Pena, da Individualização da Pena, da Dignidade Humana³⁸.

1.5 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é base estrutural do próprio Estado de Direito, e fundamento de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo. Ele determina que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Estabelece a lei como fonte material única na incriminação de condutas e cominação de sanções. O princípio da

³⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34ª Ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 178.

³⁸ LUISI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais. 2ª Ed, Revista e Aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 17.

legalidade possui várias funções dentro de sua lógica de interpretação, como a de proibir a retroatividade da lei penal, proibir a criação de crimes e penas pelo costume, proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas, e proibir incriminações vagas e indeterminadas³⁹.

Já o doutrinador Luiz Luisi aponta que esse princípio se desdobra em três postulados: o primeiro, quanto às fontes das normas incriminadoras, é o postulado da reserva legal; o segundo, concerne à enunciação dessas normas - o da determinação taxativa; e o terceiro, relativo à validade das disposições penais no tempo, sendo este o postulado da irretroatividade⁴⁰.

1.5.1. Da Reserva Legal

O postulado da Reserva Legal está prescrito no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal, e o seu teor é o seguinte: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal⁴¹.

Este princípio garante que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Só por meio de normas devidamente elaboradas pode o Estado criar obrigações para o cidadão, pois são expressão da vontade geral, além de que este princípio visa combater o poder arbitrário do Estado⁴².

Ainda com referência à Reserva Legal, Luiz Luisi argumenta:

[...] o postulado da Reserva Legal, além de arginar o poder punitivo do Estado nos limites da lei, dá ao direito penal uma função de garantia, posto que tornando certos o delito e a pena, asseguraram ao cidadão que só por aqueles fatos previamente definidos como delituosos, e naquelas penas previamente fixadas pode ser processado e condenado. Daí porque é de indiscutível atualidade a lição de R. von Hippel quando sustenta que o princípio da Reserva Legal é um axioma destinado a

³⁹ RODRIGUES, Paulo Lima e Silva. Artigo: Os princípios constitucionais penais e os atos infracionais. Disponível em: www.ibccrim.org.br/novo/artigo/9512-Artigo:-Os-principios-constitucionais-penais-e-os-atos-infracionais. Acesso em: 14 mai. 2013.

⁴⁰ LUISI, Os Princípios Constitucionais Penais, p. 18.

⁴¹ Idem, p. 18.

⁴² MORAES, Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, doutrina e jurisprudência, p. 101.

assegurar “a liberdade do cidadão contra a onipotência e a arbitrariedade do Estado e do Juiz”⁴³.

1.5.2 Da Determinação Taxativa

Esse postulado expressa a exigência de que as normas penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e, o mais possível, certas e precisas, é dirigido ao legislador vetando a elaboração de tipos penais que se contradigam. Portanto, esse postulado tem força para exigir a qualificação e competência do legislador, e que este seja técnico e rigoroso nas atribuições legislativas⁴⁴.

A Determinação Taxativa é critério para a existência da Reserva Legal, pois do que adiantaria a anterioridade da lei, se não estiver dotada de forma que viabilize sua aplicação⁴⁵.

1.5.3 Da Irretroatividade

A irretroatividade da lei penal é um complemento da Reserva Legal, que expressa a exigência da atualidade da lei, impondo que esta alcance os fatos cometidos após sua vigência, e não os que anteriormente tenham ocorrido⁴⁶.

Tem-se que citar, porém, a ocorrência do oposto, que está previsto na Constituição Federal, no inciso XL, do art. 5º, onde expressa que a lei penal retroagira para beneficiar o réu, ou seja, se sobrevier lei penal que, por exemplo, transforme um ato típico penal em ato lícito, os condenados ou acusados daquele crime deixam de por ele responder.

1.6 Princípio da Culpabilidade

⁴³ LUISI, Os Princípios Constitucionais Penais, p. 23.

⁴⁴ Idem, p. 24.

⁴⁵ Idem, p. 24.

⁴⁶ Idem, p. 26.

Luiz Regis Prado explica esse princípio como sendo um postulado basilar de que não há pena sem culpabilidade, e de que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade, ou seja, deve ser proporcional. A culpabilidade deve ser considerada para fundamento e limite de toda pena, é uma delimitadora da responsabilidade penal. Além de estar restritamente ligado ao princípio da dignidade humana⁴⁷, que é o princípio da responsabilidade subjetiva, e indaga se o autor tem a vontade de praticar ou não o dano ao bem jurídico.

A Constituição Federal Brasileira aborda, em alguns pontos, a culpabilidade, como por exemplo, no Artigo 5º, inciso LVII, que diz, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, e no inciso XLVI, que consagra a individualização da pena, diz, “a lei regulará a individualização da pena[...]”⁴⁸.

1.7 Princípio da Intervenção Mínima

O princípio da intervenção mínima não encontra respaldo constitucional, nem no Código penal; impõe-se ele ao legislador e ao intérprete da lei, como um dos princípios imanentes por sua compatibilidade e conexão com outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do Estado, pois em um Estado Democrático de Direito que tem como alicerce a Dignidade Humana e como objetivo o bem de todos, não se pode permitir ao legislador ordinário que criminalize comportamentos arbitrariamente. Ele reafirma o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, pois lida com o bem mais importante da pessoa humana, a liberdade, e a possibilidade de cessá-la. O Estado só deve recorrer ao Direito Penal quando todos os demais ramos do Direito já tiverem falhado⁴⁹.

Na obra do professor Luiz Luisi, que trata dos princípios constitucionais penais aplicados, ele aborda a necessidade de o Estado impor seu poder perante a população para que se mantenha a ordem social:

⁴⁷ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 5º Ed, rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. Pg. 146.

⁴⁸ LUISI, Os Princípios Constitucionais Penais, p. 37.

⁴⁹ RODRIGUES, Os princípios constitucionais penais e os atos infracionais, s/p

Entendendo ser necessário enfrentar e dar solução ao problema em foco, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 8º determinou que “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”..., punha-se, assim, um princípio orientador e limitador do poder criativo do crime. Surgia o princípio da necessidade, ou da intervenção mínima, preconizando que só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima⁵⁰.

Veja que o doutrinador acima diz ser esse princípio um limitador das duas extremidades: de um lado, o Estado, que não será arbitrário, mas utilizará do seu poder para repressão de condutas ilícitas por meio de leis que tem, como fim, a pena; Do outro, limita o crime, pois esclarece que ao cometer o fato ilícito, será o agente punido.

Do princípio em análise decorre o caráter fragmentário e a natureza subsidiária do Direito Penal, que não encerra um rol exaustivo de proteção a bens jurídicos determinados, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los, por ser esta a maneira mais precisa de tutelar juridicamente os bens⁵¹.

Porém, cabe salientar a dificuldade evidente que é para o legislador elaborar as normas que serão impostas posteriormente aos cidadãos, de forma que fiquem exatamente proporcionais ao tamanho do crime. Luiz Luisi destaca:

Não se pode ignorar, evidentemente, as dificuldades práticas com que o legislador se defrontará para, em muitos casos, usar com correção o critério da proporcionalidade e o da necessidade. Todavia, a simples presença de tais axiomas orientadores na elaboração das normas penais, ainda que difícil, por vezes, sua prática aplicação, tem o mérito de fazer “prender conciencia”, quer dizer, tomar consciência por parte do legislador - e a expressão de Francesco Palazzo - da necessidade lógica e legal da proporção e de que, em se tratando de criação de tipos penais, é necessário ao legislador ter presente que ele tem o direito de intervenção mínima, ou seja, tem o direito de criar o tipo penal quando o caminho da tutela penal se apresenta como inarredável e inalteravelmente necessário⁵².

1.8 Princípio da Humanidade

⁵⁰ LUISI, Os Princípios Constitucionais Penais, p. 39.

⁵¹ Idem, p. 40.

⁵² Idem, p. 46.

Esse princípio está intimamente ligado ao poder de punir, e, nesse contexto, Cezar Roberto Bitencourt leciona:

“O princípio da humanidade do Direito Penal é o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua; ele sustenta que o poder de punir do Estado não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana”⁵³.

A humanização das penas tem sofrido transformações ao longo dos anos. Das penas de morte e corporais, evolui-se, gradativamente para as penas privativas de liberdade e destas para as penas alternativas, como ocorrem atualmente as duas últimas. Em um Estado Democrático de Direito vedam-se a aplicação de penas que atentem contra a dignidade humana⁵⁴.

O professor Luiz Regis Prado esclarece:

Apresenta-se como uma diretriz garantidora de ordem material e restritiva da lei penal, verdadeira salvaguarda da dignidade pessoal, relacionando-se de forma estreita com os princípios da culpabilidade e da igualdade. A Constituição estabelece como fundamento do Estado de Direito democrático a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), dispondo, ainda, expressamente, que: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI, CF); “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis” (art. 5º, XLVII, CF); “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5º, XLIX, CF). Também a Lei de Execução Penal dispõe que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa e política” (art. 3º e parágrafo único)⁵⁵.

Esses ensinamentos talvez deem ao leitor uma falsa ideia de impunidade, mas cabe ressaltar aqui as palavras do professor Luiz Luisi, que observa:

É preciso, no entanto, não esquecer que, através da pena, a sociedade responde às agressões que sofre com o cometimento de um delito. E, como decorrência, não se pode deixar de enfatizar que o indeclinável respeito ao princípio da humanidade não deve obscurecer a natureza aflagante da sanção penal. E, neste sentido, oportuna é a precisa lição de H. H. Jescheck: “O direito penal não pode se identificar com o direito relativo à assistência social. Serve em primeiro lugar a Justiça distributiva, e deve por em relevo a responsabilidade do delinquente por haver violentado o direito, fazendo com que receba a resposta merecida da Comunidade. E isto não pode ser

⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, vol. 1. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Pg. 15.

⁵⁴ PRADO, Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral., p. 153.

⁵⁵ Idem, p. 154.

atingido sem dano e sem dor, principalmente nas penas privativas da liberdade, a não ser que se pretenda subverter a hierarquia dos valores morais, e fazer do crime uma ocasião de prêmio, o que nos conduziria ao reino da utopia. Dentro destas fronteiras, impostas pela natureza de sua missão, todas as relações humanas disciplinadas pelo direito penal devem estar presididas pelo princípio da humanidade⁵⁶.

Portanto, percebemos que as penas servem, sim, como uma represália ao criminoso, e deve ser imposta de forma a garantir que a dor da sociedade seja amenizada da forma possível, ou seja, com a pena. Porém, não pode deixar esse sentimento de cobrança social tornar-se uma vingança cruel que transforme a condenação em uma maneira desumana de tortura física ou psíquica ao detento.

1.9 Princípio da Pessoalidade da Pena

O princípio da Pessoalidade da Pena serve para evitar que seja alguém condenado por fato alheio, ou seja, que outro cometeu, pois somente o autor poderá ser responsabilizado pelo seu crime. Esse princípio obriga o julgador a fixar a pena conforme a cominação legal e determinar a forma de execução. Porém, há a exceção ao princípio, quando a pena recair sobre patrimônio, onde os herdeiros serão responsabilizados até o limite disponível da herança, conforme prevê a Magna Carta⁵⁷.

Esse princípio é pacífico no ordenamento penal brasileiro, que a pena pode atingir apenas o sentenciado. A pena não pode se estender a pessoas estranhas ao delito, mesmo que tenham qualquer grau de parentesco, e é impensável que ocorra no direito penal o cumprimento da pena por representação ou substituição⁵⁸.

1.10 Princípio da Individualização da Pena

⁵⁶ LUISI, Princípios Constitucionais Penais, p. 51.

⁵⁷ PRADO, Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral, p. 149.

⁵⁸ LUISI, Op. cit., p. 50.

Esse princípio, nas palavras do professor Sidio Rosa de Mesquita Júnior, tem a seguinte função:

A individualização da pena é corolário lógico da isonomia. Os desiguais não podem ser tratados igualmente e, por via de consequência, os iguais não podem ser tratados desigualmente. A individualização permitirá o respeito às distinções verificadas entre os condenados. [...] Veremos que a promiscuidade entre os condenados sempre foi a grande preocupação. Busca-se evitar a reunião de presos de pequena com os de elevada periculosidade. É nesse sentido que a norma prevê a classificação⁵⁹.

A Constituição de 1988 prevê em seu art. 5, XLVI que a “lei regulará a individualização da pena”. Esta, que deve ser entendida como sendo a retribuição ao agente, por ter praticado o ilícito penal, sendo fixado para cada tipo penal a pena mais proporcional⁶⁰.

O doutrinador Luiz Luisi, ainda nos traz, com relação a esse princípio, o seguinte ensinamento:

No Código vigente as regras básicas que presidem a individualização judiciária se encontram no art. 59 da nova parte geral do Código Penal. Neste texto legal, como ocorria com a legislação revogada, e ocorre, em parte, no art. 133 do Código Rocco, está disposto que ao juiz cabe escolher a pena aplicável, sua quantidade, o regime de execução e a possível substituição da pena, “atendendo a culpabilidade, seus antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias e o comportamento da vítima” tendo presente “o necessário e o suficiente para a repressão e prevenção do crime”⁶¹.

Evidencia-se, pela citação, que o juiz pode ajustar a pena ao condenado, de forma a tornarem proporcionais as medidas e o crime cometido, preservando, assim, abusos quantitativos de pena à pessoa do réu, visto ser o princípio em tela uma ferramenta de individualizar cada caso e, de certa forma, exercer controle sobre o cumprimento das penas.

⁵⁹ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. Execução Criminal: teoria e prática: doutrina, jurisprudência, modelos. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. Pg. 17.

⁶⁰ LUISI, Os Princípios Constitucionais Penais, p. 52.

⁶¹ Idem, p. 53.

1.11 Princípio da Dignidade Humana

A partir deste princípio o homem deixa de ser uma “coisa” para se tornar um possuidor de direitos fundamentais e, portanto, de dignidade. Independentemente de qualquer ligação política ou jurídica, o homem deixou de ser apenas um cidadão, e isso implica no surgimento de prerrogativas que o Estado não pode, simplesmente, não reconhecer, delimitando assim o poder estatal, buscando o equilíbrio entre liberdade e autoridade⁶².

A Constituição Federal de 1988 adotou esse princípio como base forte dos direitos fundamentais, e como Estado Democrático de Direito deve consagrar e garantir o primado dos direitos fundamentais, abstendo-se de práticas a eles lesivas, além de remover eventuais obstáculos à sua total realização⁶³.

O doutrinador Luiz Regis Prado assim explana a força do princípio da dignidade humana:

Nesse sentido, é possível asseverar que a dignidade da pessoa humana assume contornos de verdadeira categoria lógico-objetiva ou lógico-concreta, inerente ao homem enquanto pessoa. É, pois, um atrito ontológico do homem como ser integrante da espécie humana - vale em si e por si mesmo. [...] Observe-se, ainda, que a força normativa desse princípio supremo se esparge por toda a ordem jurídica e serve de alicerce aos demais princípios penais fundamentais. Desse modo, por exemplo, uma transgressão aos princípios da legalidade ou da culpabilidade implicara também, em última instância, uma lesão ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana⁶⁴.

Com isso, ficam demonstrados os principais princípios constitucionais penais e suas respectivas importâncias para que sejam os direitos do homem respeitados, sem que o Estado perca seu controle sob as relações sociais, para que se necessário, utilize seu poder punitivo ou repressivo de forma a prevalecer o equilíbrio entre liberdade e autoridade.

1.12 Da Previsão das Polícias na Constituição Federal de 1988

⁶² PRADO, Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral, , p. 143.

⁶³ Idem, p. 144.

⁶⁴ Idem, p. 145

A Constituição Federal de 1988 é o ponto de partida de qualquer pesquisa que queira esclarecer ou aprofundar matéria referente ao Direito. Portanto, ela será utilizada como a ferramenta inicial ao estudo que objetiva delimitar qual órgão da segurança pública é responsável para dirigir os trabalhos inquisitoriais do inquérito policial, nos crimes dolosos contra a vida praticados por policial militar, em serviço, contra civil, esclarecendo primeiramente questões constitucionais, ou seja, a previsão e as atribuições que a Constituição Federal estabeleça a seus órgãos de Segurança Pública. Posteriormente, no decorrer do trabalho serão aprofundadas as questões relativas às polícias e ao tema principal que se objetiva esclarecer no trabalho.

Utilizando-se de parâmetros legais expressos na Carta Magna da nossa Federação, é possível perceber que em artigo bem específico ela reza que cada órgão policial tem sua competência esclarecida constitucionalmente, no artigo 144, diz:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

[...] § 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º - às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil⁶⁵. [...]

Nesse contexto, o autor José Afonso da Silva assim conceitua segurança pública:

[...] A segurança pública consiste numa situação da preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação dos seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses. Na sua dinâmica, é uma atividade de vigilância, preservação e repressão de condutas delituosas⁶⁶.

E é o mesmo autor que define polícia:

⁶⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 mai. 2013.

⁶⁶ SILVA, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 779.

A palavra polícia correlaciona-se com a segurança. Vem do grego *polis* que significava o ordenamento político do Estado. “Aos poucos [lembra Hélio Tornaghi] *polícia* passa a significar a atividade administrativa tendente a assegurar a ordem, a paz interna, a harmonia e, mais tarde, o órgão do Estado que zela pela segurança dos cidadãos”. Acrescenta que *Polícia* sem qualificação, “designa hoje em dia o Órgão a que se atribui, exclusivamente, a função negativa, a função de evitar a alteração da ordem jurídica”⁶⁷.

A polícia é dividida em dois ramos, polícia administrativa e polícia judiciária, classificada assim pela Constituição Federal ao prever em seu artigo 144 a já referida ordem, que teve essa multiplicidade de órgãos de segurança pública para atender reclames sociais e, principalmente, para reduzir a intervenção das Forças Armadas na segurança interna⁶⁸.

A atividade de polícia se realiza de diversas formas, sendo que a polícia ostensiva, ou administrativa, tem função de preservar a ordem pública, é preventiva, e tenta evitar o dano contra o bem jurídico. Porém, mesmo com esse trabalho preventivo, não é possível combater integralmente a criminalidade. Daí, surge a polícia judiciária, que tem como objetivo a investigação dessas infrações, buscando elementos necessários para indicar autores, e fornecer dados ao Ministério Público, para que esse, através de ações penais, desempenhe sua função repressiva aos criminosos⁶⁹.

Ainda, quanto ao artigo 144 da Constituição, este reza que as polícias e bombeiros militares são forças auxiliares e reserva do Exército, subordinando-os aos governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, aos quais compete a direção administrativa, funcional e financeira, por meio de leis, assim como as polícias civis⁷⁰.

No mesmo sentido, ensina o professor José Afonso da Silva:

Quando a Constituição atribui às *polícias federais* competência na matéria, logo se vê que são atribuições em campo e questões delimitadas e devida e estritamente enumeradas, de maneira que, afastadas essas áreas especificadas, a segurança pública é de competência da organização dos Estados, na forma mesma prevista no artigo 144, §§ 4º, 5º e 6º. Cabe, pois, aos Estados organizar a segurança pública. Tanto é de sua responsabilidade primária o exercício dessa atividade que, se não a cumprirem devidamente, poderá haver ocasião de intervenção federal, nos termos do artigo 34, III, que dá, como um dos objetivos da intervenção federal, “pôr termo a

⁶⁷ SILVA, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 779

⁶⁸ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pg. 835.

⁶⁹ SILVA, Op. cit., p. 780.

⁷⁰ MORAES, Op. cit., p. 835.

grave comprometimento da ordem pública”. Então, quando a Constituição determina que a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades, isso significa basicamente a *lei estadual*⁷¹ [...].

Veja que a Constituição Federal é clara ao estabelecer seus órgãos da segurança pública, em todos os níveis, federal, estadual e municipal, também expressando que caberão às leis específicas esmiuçar as demais competências, seus regimes, ordenamentos e funcionamento.

⁷¹ SILVA, Curso de Direito Constitucional Positivo, p.781.

2 ANÁLISE DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL, DISTINÇÃO DESTA COM A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E ENTRE CRIMES MILITARES PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS.

2.1 A Justiça Militar

A Justiça Militar é uma Justiça especial, prevista nos artigos 124 e 125, parágrafos 4º e 5º, da Magna Carta. Há um Código Penal e Processual Penal Militar, que é aplicável nas lides da natureza penal militar. Não se trata de foro excepcional, mas especial, exigida e adequadamente justificada pela necessidade da hierarquia e da disciplina militar, razão de estarem sujeitos às leis penais militares⁷².

Alexandre de Moraes sustenta: “a Constituição Federal determina que a Justiça Militar se compõe do Superior Tribunal Militar; dos Tribunais e dos Juízes Militares instituídos por lei, que o organizará, competindo-lhe processar e julgar os crimes militares definidos em lei”⁷³.

Segundo José Afonso da Silva, a Constituição determina que a Justiça Militar, compreendida pelo Superior Tribunal Militar e pelos Tribunais e Juízes Militares, é competente para processar e julgar os crimes militares⁷⁴.

Nessa seara, o professor Jorge Cesar de Assis disciplina que:

Muitos entendem, erroneamente, ser a Justiça Militar Estadual privilegio para os policiais e bombeiros militares. Não é Justiça privilegiada, pois como ensina CÍCERO *odiosa sunt restringenda*, mas sim ESPECIALIZADA, constitucionalmente instituída, muitas vezes mais severa que a justiça comum. Exemplos: a ação penal militar é sempre pública (art. 29 do Código de Processo Penal Militar) ao contrário da ação penal que admite ação privada e depende de queixa ou representação; [...]⁷⁵.

Aqui se abrem parênteses para chamar a atenção dos leitores quanto a disposição do artigo 29 do Código de Processo Penal Militar, que expressa que todos os crimes militares

⁷² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 8ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. Pg. 46.

⁷³ MORAES, Direito Constitucional, p. 593.

⁷⁴ SILVA, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 583.

⁷⁵ ASSIS, Jorge Cesar de. Lições de direito para a atividade policial militar, 4ª Ed. Curitiba: Juruá, 1999. Pg. 118.

serão de ação pública, incondicionadas à representação, ou seja, não necessita da vontade da vítima para que seja processado e julgado o acusado. Ocorrendo a denúncia, a ação será sempre pública.

A partir dessas ilustrações, será possível analisar mais concentradamente as atribuições da Justiça Militar, principalmente em se tratando de competência estadual, já que o foco principal do trabalho é decidir qual a polícia competente para apurar o inquérito policial nos crimes dolosos contra a vida, praticados por militar em serviço, contra civil.

Ainda quanto a Justiça Militar, Ricardo Henrique Alves Giulian assim se expressa:

A regulamentação em matéria penal e processual penal militar, por ser um ramo específico, com legislação própria, que serve para resguardar os dois maiores princípios das organizações militares, que são a disciplina e a hierarquia, tem algumas características distintas da legislação penal e processual comum. [...] A doutrina é unânime em afirmar que se trata de um ramo de direito Penal e Processual especial, no entanto diverge quanto aos fundamentos. [...] chega-se à mesma conclusão de que o Direito Penal Militar e Processual Penal Militar são um ramo do Direito Especial, logo a Justiça Militar é uma Justiça Especial, só que dotada de características e regramentos próprios que muitas vezes são tratados de forma igual ou semelhante aos do Direito Penal e Processual Penal Comum e, em outras situações, tratados especificamente com disciplina própria⁷⁶.

A Constituição Federal, em seu artigo 122, dispõe sobre os órgãos da justiça militar, “Art. 122. São órgãos da Justiça Militar: I - o Superior Tribunal Militar; II - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.”⁷⁷

O artigo 124 da Constituição traz o texto seguinte: “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.”⁷⁸

Cabe, ainda, salientar o disposto no artigo 125 da Magna Carta, quanto a organização dos Tribunais e Juízes de Direito:

⁷⁶ GIULIAN, Ricardo Henrique Alves. Direito Penal Militar, 3ª Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. Pg. 13.

⁷⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf. Acesso em: 10 jul. 2013.

⁷⁸ Idem, s/p.

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

§ 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

§ 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

§ 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 integrantes. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 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 das praças. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)⁷⁹.

A partir dessa análise, é importante destacar o ensinamento do doutrinador de Direito Penal Militar, Rodrigo Foureaux, que diz:

Como visto, a Justiça Militar não julga civis, pois a esta compete processar e julgar militares quando cometem crimes militares, ou seja, aqueles definidos no Código Penal Militar ou em legislação penal militar. O Conselho de Justiça, também conhecido como escabinato ou escabinado, pode ser Permanente ou Especial, sendo que a este compete processar e julgar os oficiais; e àquele, as praças. Ambos os conselhos são compostos sob a presidência do juiz togado (juiz concursado para o cargo de Juiz de Direito) e por quatro juízes militares, que são sorteados e temporários na função⁸⁰.

Em conformidade com o artigo 125, § 3 da Constituição:

O § 3º do art. 125 da Constituição Federal estabelece que a lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, conforme Pedro Lenza (2010, p. 612): “A Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau pelos Conselhos de Justiça e,

⁷⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2013.

⁸⁰ FOUREAUX, Rodrigo. Justiça Militar: aspectos gerais e controversos. 1ª Edição- 2ª Tiragem revisto. São Paulo: Editora Fiuza, 2012. Pg. 76.

em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar (polícia militar mais bombeiros militar) seja superior a vinte mil integrantes”⁸¹.

Conforme o ensinamento citado, fica claro que, para que ocorra a possibilidade de criação da Justiça Militar Estadual, faz-se requisito que o ente federativo tenha um efetivo mínimo de vinte mil militares estaduais. Atualmente, apenas três Estados brasileiros contam com essa justiça especializada.

São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais possuem Tribunais de Justiça Militar. Cabe frisar, porém, que todos os Estados brasileiros possuem Justiça Militar, sendo que onde não há Tribunal de Justiça Militar, a função é exercida por Juiz de Direito designado para atuar na auditoria militar pelo Tribunal de Justiça⁸².

Importante, também, expor que, com a Emenda Constitucional 45/2004, a Justiça Militar passou a ter competência para atuar em matéria cível, o que até então (2004) era matéria para as Varas da Fazenda Pública Estadual. “Com o § 5º, a Justiça Militar Estadual passou a ser competente para julgar as ações judiciais contra atos disciplinares militares, possuindo, assim, competência em matéria cível”⁸³.

A Justiça Militar Estadual passou a ter competência para atuar na esfera cível, com o advento da Emenda Constitucional 45/2004. Porém, essa competência é unicamente das Justiças Militares Estaduais, o que não ocorre na União. Há, no entanto, o Projeto de Emenda Constitucional número 358/2005, o qual, se aprovado, insere essa competência na esfera Federal desta Justiça Especializada⁸⁴.

Porém, essa competência é restrita, pois compete ao Tribunal de Justiça Militar declarar a perda do posto e da patente do oficial militar, seja condenado pela justiça militar ou comum. Vale salientar que das decisões do segundo grau da Justiça Militar Estadual cabem recursos ao Superior Tribunal de Justiça, não ao Superior Tribunal Militar, que se restringe à Justiça Militar da União⁸⁵.

⁸¹ FOUREAUX, Justiça Militar: aspectos gerais e controversos, p. 77.

⁸² Idem, p. 77.

⁸³ Idem, p. 77.

⁸⁴ SPANIOL, Marlene Inês. Questões Legais. Mudanças Implementadas na JME com a EC Nº 45/2004: Semelhanças e diferenças com as reformas propostas para a Justiça Militar da União (PEC 358/2005). Correio Brigadiano, abc da Segurança Pública; 216- Junho de 2013. APESP. Pg. 2.

⁸⁵ FOUREAUX, Op. cit., p. 78.

Ainda em referência a essa especialidade da Justiça Militar Estadual, os doutrinadores Cícero Neves e Marcelo Streifinger, registram em sua obra que a especialidade do Direito Penal Castrense, tradicionalmente, evidencia-se pelo órgão especial que o aplica: as Justiças Militares, e afirma ainda que o Direito Penal Militar é especial em razão do objeto de sua tutela jurídica, sempre a regularidade das instituições militares, seja de forma direta ou indireta, mediata ou imediata⁸⁶.

2.2 Distinção de competência da Justiça Militar Estadual para com a Federal

Inicialmente, a competência de ambas, seja Justiça Estadual ou Federal, é para processar e julgar crimes militares, porém, os jurisdicionados da Justiça Militar Federal são os integrantes das Forças Armadas, ou seja, Exército, Marinha e Aeronáutica, bem como os civis que cometam crime militar; já na Estadual são somente os militares estaduais, ou seja, policiais e bombeiros militares, conforme interpretação dos artigos 124 e 125, § 4º da Constituição Federal⁸⁷.

Observa-se que a Justiça Militar Federal julga, além dos militares federais, também civis que venham a cometer crimes militares, enquanto que a Estadual julga exclusivamente os militares estaduais.

Conforme o entendimento mencionado anteriormente, Rodrigo Foureaux analisa o seguinte caso:

Assim, por exemplo, caso um policial militar, juntamente com um civil, adentrem em um quartel da Polícia Militar e subtraíam armas da intendência, o militar responderá, a princípio, por furto qualificado do CPM (art. 240, § 6º, IV) na Justiça Militar; e o civil, por furto qualificado do CP (art. 155, § 4º, IV) na Justiça Comum, mesmo havendo conexão entre o crime comum e militar. Nesse sentido, é o teor da Súmula nº 53 do STJ (Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais), da mesma forma dispõe a Súmula nº 30 do Tribunal Federal de Recursos (Conexos os crimes praticados por policial militar e por civil, ou acusados estes como coautores pela mesma infração, compete à Justiça Militar Estadual processar e julgar o policial

⁸⁶ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Manual de direito penal militar/ Cícero Robson Coimbra Neves, Marcello Streifinger. 2. Ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. Pg. 61.

⁸⁷ FOUREAUX, Justiça Militar: aspectos gerais e controversos, p. 78.

militar pelo crime militar (CPM, art. 9) e a Justiça Comum, o civil). Logo, o crime cometido pelo civil é comum, ao revés do cometido pelo policial militar que é militar, ainda que praticado o crime em coautoria. Observa-se que caso o civil pratique fato que, se fosse militar seria crime militar, sem correspondente no Código Penal ou na legislação penal (crimes propriamente militares), o fato é chamado pela doutrina de atípico⁸⁸.

Na Justiça Militar Estadual, o civil que tiver praticado crime, juntamente com um policial militar, dentro de uma instituição militar, como por exemplo, a Brigada Militar, não responderá na justiça especializada, e sim, na comum. Rodrigo Foureaux nos mostra a diferença, ao mencionar o seguinte caso:

Em se tratando do mesmo fato (subtração das armas da intendência) de um quartel das Forças Armadas, tanto o militar quanto o civil responderão na Justiça Militar da União pela prática de crime de furto duplamente qualificado (art. 240, §§ 5º e 6, IV, CPM). Assim, o civil responderá por crime na Justiça Militar Federal, observando-se que se trata de crime impropriamente militar, pois o civil não responde por crime propriamente militar⁸⁹.

Portanto, na Justiça Militar Federal a competência é em razão da matéria, e, independente do acusado ser civil ou militar, a competência é *ratione materiae*, pois o que é avaliado é se o crime é militar ou não. Na Estadual observa-se a matéria, mas também a condição pessoal do sujeito ativo do crime, se for civil não haverá cometimento de crime militar, sendo a competência da Justiça Militar Estadual *ratione materiae e ratione personae*⁹⁰. Ou seja, na primeira depende unicamente da matéria, já na segunda depende da matéria e da pessoa.

Ainda em relação a essa competência, é importante frisar outro trecho da obra de Rodrigo Foureaux, que ensina:

Os militares federais (Forças Armadas) somente poderão ser acusados por crime militar na Justiça Militar da União, já os militares estaduais (policiais militares e

⁸⁸ FOUREAUX, Justiça Militar: aspectos gerais e controversos, p. 79.

⁸⁹ Idem, p. 79.

⁹⁰ Idem, p. 79.

bombeiros militares) são agentes de crimes militares de competência da Justiça Militar Estadual, mas podem cometer crimes militares de competência da Justiça Militar da União se ofender as Instituições das Forças Armadas. Logo, caso um policial militar ingresse juntamente com um militar do Exército, dentro de um quartel da Marinha (Instituição Militar) e subtraíam, em coautoria, armas na intendência, ambos responderão pela prática e crime militar de furto duplamente qualificado (art. 240, § 5º e 6º, IV, CPM), todavia, para a corrente majoritária o militar estadual responderá como civil (art. 9º, inc. III, a', CPM), pois nos delitos militares de competência da Justiça Militar da União os militares estaduais equiparam-se a civis. Todavia, há entendimentos que os militares estaduais não perdem sua condição de militar no processo perante a Justiça Militar da União, haja vista que a competência desta é ampla. A Justiça Militar Estadual não tem competência para processar e julgar militares das Forças Armadas, pois a Justiça Militar Estadual julga exclusivamente militares estaduais, não julgando militares Federais, nem civis⁹¹.

Portanto, resta demonstrada a competência de cada uma das esferas Estadual e Federal, da Justiça Militar, conforme o entendimento dos autores ora citados, considerando, ainda, que estes citam em suas obras estudos de outros autores.

Ainda sobre essas diferenças, no âmbito Federal e Estadual da Justiça Castrense, explica Marlene Inês Spaniol:

Quanto ao julgamento de civis, a PEC também mantém a atual competência da justiça Militar da União para o julgamento de crimes militares definidos em lei, independentemente de quem seja o autor, permitindo, assim, o julgamento de civis, quando sujeitos ativos, co-autores ou partícipes de crimes militares previstos em lei. A Justiça Militar da União não sofre a mesma limitação imposta pela Constituição às Justiças Militares Estaduais, que somente podem julgar “os militares dos Estados”, nos crimes militares previstos em lei. [...]

No que se refere ao julgamento monocrático pelo Juiz togado, pode-se dizer que é outra alteração implantada pela EC 45/2004 que não tem previsão de ser incluída na Justiça Militar da União na PEC 358/2005. Trata-se do julgamento singular, pelo Juiz togado do Juízo Militar, dos crimes militares praticados por militar da ativa contra vítimas civis. Na Justiça Militar Estadual, o constituinte derivado atribuiu essa competência, exclusivamente, ao Juiz de Direito, o que significa dizer que os militares integrantes dos Conselhos não poderão participar do processo e julgamento desses crimes, ao passo que, no âmbito da Justiça Militar da União, as militares das Forças Armadas que praticarem crimes contra civis continuarão a ser julgados por seus pares, nos Conselhos de Justiça, Especial (para Oficiais) ou Permanente (para Praças), conforme o caso⁹².

⁹¹ FOUREAUX, Justiça Militar: aspectos gerais e controversos, 80.

⁹² SPANIOL, Questões Legais. Mudanças Implementadas na JME com a EC Nº 45/2004: Semelhanças e diferenças com as reformas propostas para a Justiça Militar da União (PEC 358/2005). , p. 2.

Para facilitar a compreensão, trata-se do seguinte, com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, os crimes praticados por militar contra civil, passaram a ser processados e julgados somente pelo Juiz togado, ou seja, Juiz de Direito, não mais sendo pelo Conselho de Justiça, no qual, além do Juiz, havia os Juízes-Militares, que eram maioria votante, isso na Justiça Militar Estadual. Com isso, passaram a ser processados e julgados pelo Conselho apenas os crimes propriamente militares. Essa alteração é tida como um ganho em prol da sociedade, devido ao, em tese, corporativismo que maculava as decisões, pois militares eram julgados por seus pares (por militares).

Porém, no âmbito Federal essa alteração não ocorre, pois os julgamentos são feitos sempre pelo Conselho de Justiça. E, mesmo no Projeto de Emenda Constitucional 358/2005, não está prevista essa alteração, ou seja, os julgamentos continuarão sendo realizados pelo Conselho de Justiça, composto por Coronéis das Forças Armadas da ativa e por um Juiz togado (Juiz de Direito).

2.3 Do Crime

Para melhor compreensão do tema proposto faz-se necessário analisar o que é um crime militar, ou, no que se distingue de um crime comum. Por isso, será abordado neste momento alguns conceitos e ensinamentos doutrinários que expõem um e outro.

Então, primeiramente aborda-se o disposto no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, que reza:

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente⁹³.

Ou seja, este artigo considera crime toda a ação que a lei prever pena, seja ela de qualquer espécie, reclusão, detenção, multa e/ou cumuladas, além das mais recentes, penas

⁹³ VADE MECUM/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 12ª Ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.

alternativas. Porém, conceito de crime é algo muito mais amplo e que gera dúvida e discussão entre doutrinadores. Por isso, apresenta-se a seguir o resumo de alguns estudos, trazido na obra de Flávio Augusto Monteiro de Barros.

Para esse doutrinador, são três os conceitos que definem crime: o conceito formal, o material e o analítico, sendo que o conceito formal observa a lei, é mutante, o que a lei considera crime, é quando praticado tido por crime, não considerando a exigência jurista de busca de aspectos ontológicos e analíticos do fenômeno⁹⁴. Já o conceito material, nas próprias palavras do doutrinador, é:

Sob o aspecto material ou substancial, crime é o fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos penalmente protegidos. Essa noção material não é falsa, porém nela sobreleva-se apenas a ontologia do crime. Apresenta-se como uma fórmula vazia sob a ótica da dogmática penal, porquanto não identifica os elementos estruturais do conceito de crime. A lesão ou perigo de lesão de um interesse penalmente protegido constitui, na verdade, o resultado jurídico, essencial à caracterização de todo crime. O direito penal necessita, no entanto, de uma visão mais analítica, que coloque em destaque os elementos estruturais do crime⁹⁵.

E o conceito analítico que é, de certa forma, o conceito completo de crime, põe em relevo os valores essenciais de crime e divide a doutrina. Alguns doutrinadores elencam como fatores do crime o fato típico, ilícito, culpável e punível; outros, destacam o fato típico, ilícito e culpável; e, para outros, há apenas o fato típico e ilícito⁹⁶.

O professor Flávio Augusto Monteiro de Barros ainda destaca o seguinte:

Salienta-se, porém, que, conquanto decomposto em elementos conceituais autônomos, na construção do conceito de crime opera-se a justaposição de todos esses elementos, que se fundem no comportamento humano, do qual não passam de simples ordens de valorações. Em razão disso, alguns autores acham inadequada a expressão “elementos”, preferindo a terminologia “características” ou “requisitos”⁹⁷.

⁹⁴ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Direito penal: v. 1 parte geral. – 9ª. Ed.- São Paulo: Saraiva, 2011. Pg. 149.

⁹⁵ Idem, p. 150.

⁹⁶ Idem, p. 150.

⁹⁷ Idem, p. 151.

Através dessa citação, é importante frisar que é imprescindível o agrupamento ou o estudo de todos aqueles elementos ou requisitos, para que se obtenha de forma clara o que é crime. Todos se complementam, pois isoladamente nenhum deles é suficientemente forte para impor o que é crime.

O referido autor explica cada elemento, característica ou requisito:

Tipicidade é a adequação de uma conduta a um tipo legal de crime.

Ilicitude ou antijuridicidade é a contrariedade existente entre a conduta típica e o ordenamento jurídico, em virtude de lesar ou expor a perigo de lesão bens jurídicos penalmente protegidos.

[...] Culpabilidade é o juízo de reprovação que recai sobre a conduta típica e ilícita realizada por agente imputável, que tenha possibilidade de conhecer a ilicitude do fato e de evitar a prática do fato criminoso. É, pois, o juízo de censura decisivo à fixação da pena, que recai predominantemente sobre o agente, e não sobre o fato criminoso. É o elo entre o crime (conduta típica e ilícita) e a aplicação da pena.

[...] Punibilidade é a possibilidade jurídica de ser imposta pena ao criminoso. Não é requisito do crime, mas sim consequência jurídica⁹⁸.

Resta, dessa maneira, demonstradas, de forma sucinta, cada uma das características, que juntas compõem o que é crime, independentemente de filiação doutrinária, sendo este o aspecto geral que explica os requisitos.

2.4 Do Crime Militar

Os crimes militares são todos aqueles que a lei assim os reconheça, ou seja, o ato delituoso somente pode ser considerado crime militar se estiver tipificado no Código Penal Militar, não havendo leis penais militares extravagantes no ordenamento jurídico penal. O conceito analítico do crime militar é o mesmo difundido para o crime comum, por ser ele uma ação ou omissão típica e antijurídica; na falta de qualquer destes, não há que se falar em crime⁹⁹.

⁹⁸ BARROS, Direito penal: v. 1 parte geral, p149.

⁹⁹ SANTANA, Luiz Augusto de. Algumas Considerações Sobre o Que Seja Crime Militar. Disponível em: www.bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19980/Algumas%20considera%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20crime%20militar.pdf?sequence=1. Acesso em: 17 jul. 2013.

Da mesma maneira posicionam-se outros autores, como os citados por Isabele Moritz Evers, em seu trabalho monográfico, onde diz, “o crime militar é todo aquele tipificado no Decreto-Lei 1.001/69, em seu artigo 9º (Código Penal Militar)”. Esses crimes podem ou não estar previstos no ordenamento penal comum¹⁰⁰. E ainda cita o entendimento de Célio Lobão:

[...] para Lobão (2004, p. 50), o crime militar é infração penal prevista na lei penal militar que “lesiona” bens ou interesses ligados à destinação constitucional das instituições militares, às suas atribuições legais, ao seu funcionamento, à sua própria existência, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, da proteção à autoridade militar e ao serviço militar. E complementa: “pelo critério objetivo, crime militar é todo aquele tipificado em lei, ou seja, no Código Penal Militar, compreendendo os crimes propriamente militares e os impropriamente militares”. Os crimes impropriamente militares estão tipificados igualmente no Código Penal Comum e no Código Penal Militar como, por exemplo, o homicídio. Esse tipo de crime militar sofre severa crítica do doutrinador Lobão (2004, p. 112), pois consoante seus exímios ensinamentos, os crimes impropriamente militares foram ampliados demais na Lei Penal Militar, gerando a militarização de crimes que não possuem características da vida de caserna e da instituição militar como um todo. Já os crimes propriamente militares são os que estão tão-somente elencados na Lei Penal Militar, onde podemos citar o crime de deserção¹⁰¹.

Ainda tratando do que é um crime militar, o autor Rodrigo Foureaux explica que não há Lei de Introdução ao Código Penal Militar, e, em vista disso, a teoria utilizada para definir crime militar é a teoria monista. Sendo crime militar todo aquele que a lei assim o identifique, ressaltando que não há, atualmente, legislação extravagante em Penal Militar¹⁰².

Como o Código Penal Militar não define o que seja crime militar incumbe à doutrina fazê-lo. Então, Rodrigo Foureaux explica os aspectos de crime militar:

No aspecto formal, crime militar é todo aquele fato que se adéqua perfeitamente ao tipo penal previsto no Código Penal Militar. Há mera subsunção da conduta a um dos artigos previsto no Estatuto Repressor Militar.
No aspecto material busca-se aferir a lesividade da conduta, em observância ao princípio da intervenção mínima, considerando-se os bens jurídicos tidos como essenciais para uma convivência harmônica da sociedade.
[...] No aspecto analítico, verifica-se a estrutura do crime, os elementos que compõe a infração penal militar, sendo crime o fato típico, ilícito e culpável, além de ter que

¹⁰⁰ EVERS. Isabele Moritz. Conflito de Atribuição Entre a Polícia Militar e a Polícia Civil na Investigação. Curso Superior de Polícia Militar. Porto Alegre, 2009. Pg. 11.

¹⁰¹ Idem, p. 12.

¹⁰² FOUREAUX, Justiça Militar: aspectos gerais e controversos, p. 89.

se amoldar ao art. 9º do Código Penal Militar e o sujeito ativo pode ser processado e julgado pela Justiça Militar¹⁰³.

E, para finalizar a definição do que é um crime militar, aponta-se aqui a obra de Ricardo Henrique Alves Giulian, que apresenta o entendimento de vários doutrinadores do Direito Penal Militar e simplifica dizendo que o crime militar é toda infração ou violação cometida em conformidade com o tipo penal expresso na lei, ou seja, no Código Penal Militar¹⁰⁴.

2.5 Crime propriamente militar e impropriamente militar

Neste contexto de distinguir crimes comuns e militares, surge outra discussão, qual seja diferenciar o que é crime propriamente militar e impropriamente militar. Porém, cabe colocar que se trata de um debate árduo, onde, em meio a críticas e elogios, não é possível promover conceitos pontuais, mas é possível perceber a posição majoritária da doutrina, como se demonstrará a partir de agora.

O doutrinador Jorge César de Assis, em artigo publicado em várias fontes de pesquisa, diz ser tarefa difícil distinguir crimes militares e comuns, e ainda quais seriam crimes própria ou impropriamente militares. Ele assim expõe: “O conceito de crime militar ainda é o da doutrina, sendo certo que tal definição é difícil e, não raras vezes, a jurisprudência aponta para decisões conflitantes sobre quando e como ocorre esta figura delitiva”¹⁰⁵.

E, a partir daí, faz a seguinte definição, que qualifica como a mais simples:

Em uma definição bem simples poderíamos dizer que crime propriamente militar é aquele que só está previsto no Código Penal Militar, e que só poderá ser cometido por militar, como aqueles contra a autoridade ou disciplina militar ou contra o serviço militar e o dever militar. Já o crime impropriamente militar está previsto ao mesmo tempo, tanto no Código Penal Militar como na legislação penal comum,

¹⁰³ FOUREAUX, Justiça Militar: aspectos gerais e controversos, p. 90.

¹⁰⁴ GIULIAN, Direito Penal Militar, p. 35.

¹⁰⁵ ASSIS, Jorge César de. Crime Militar e Crime Comum. Conceitos e Diferenças. Disponível em: www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/crimemilitarecomum.pdf. Acesso em: 18 jul. 2013.

ainda que de forma um pouco diversa (roubo, homicídio, estelionato, estupro, etc.) e, via de regra, poderá ser cometido por civil¹⁰⁶.

Também neste sentido se posiciona Fabiano Samartin Fernandes:

O crime militar divide-se em próprio e impróprio. Diz-se crime militar próprio aquele que é previsto no Código Penal Militar, tão-somente, e só pode ser praticado por militar, a exemplo dos crimes de motim e de deserção. Por outro lado, o crime militar impróprio é aquele definido tanto no Código Penal Militar quanto no Código Penal Comum e que pode ser cometido por militar ou por civil.

O sujeito ativo será o militar da ativa quando o crime cometido for contra também militar da ativa, em qualquer circunstância, e contra militar da reserva ou contra civil em lugar sujeito à administração militar, ou quando o delito for praticado contra o patrimônio sob a administração militar.

O militar inativo ou o civil serão sujeitos ativos quando o crime for perpetrado contra militar da ativa, desde que em lugar sujeito à administração militar, ou que este desempenhe serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, e ainda quando o bem jurídico tutelado for o patrimônio sob a administração militar¹⁰⁷.

Há que se fazer a ressalva do crime cometido em âmbito estadual por civil, onde a competência para processar e julgar não será da Justiça Militar Estadual, como foi explicado anteriormente. Na citação acima, quando referente ao civil, é em âmbito federal que ocorrerá o processamento na Justiça Militar da União.

O doutrinador Ricardo Henrique Giulian, assim explica o crime própria e impropriamente militar:

Não há divergência quanto aos chamados crimes propriamente militares - aqueles cuja prática não seria possível senão por militar, porque essa qualidade do agente é essencial para que o fato delituoso se verifique. É aquele que só é previsto no Código Penal Militar e que só pode ser praticado por militar, violando a disciplina, hierarquia, o dever ou serviço militar. Pode-se citar, como exemplo, o delito de deserção, previsto no art. 187 do CPM.

Os crimes impropriamente militares são aqueles que estão definidos tanto no Código Penal Castrense quanto no Código Penal Comum e que, por previsão legal, se tornaram militares por se enquadrarem em uma das várias hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM. Exemplo: furto- art. 240 do CPM e art. 155 do CP. São civis em

¹⁰⁶ ASSIS, Jorge César de. Crime Militar e Crime Comum. Conceitos e Diferenças. Disponível em: www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/crimemilitarecomum.pdf. Acesso em: 18 jul. 2013.

¹⁰⁷ FERNANDES, Fabiano Samartin. Competência para apurar, processar e julgar crime militar doloso contra a vida de civil. Disponível em: www.cenajur.com.br/cenajurdigital/arquivo/crime_militar.pdf. Acesso em: 18 jul. 2013.

essência, pois não atingem diretamente o dever ou serviço militar, mas assumem conotação militar por serem cometidos por militar em sua função.
 [...] Para facilitar a compreensão, divide-se em crime propriamente militar aquele que só pode ser praticado por militar violando o dever ou serviço militar e, conseqüentemente, com previsão apenas no CPM; e crime impropriamente militar que pode ser praticado por militar e sempre por civil¹⁰⁸.

Para o doutrinador Cícero Coimbra Neves é necessário entender, primeiro, os critérios de configuração do crime militar, para depois definir se se trata de um crime próprio ou impróprio, e para isso há que se fazer uma análise de alguns critérios, sendo o critério *ratione materiae*, o *ratione personae*, o *ratione temporis* e *ratione loci*¹⁰⁹.

O critério *ratione materiae* define como crime militar aquele que seja em razão da matéria próprio da caserna, ligado diretamente à vida militar. Para o critério *ratione personae*, em razão da pessoa, haverá crime militar quando figurar como agente, ativo ou passivo, o militar. O *ratione loci* é o critério que define o crime em razão de lugar, ou seja, o crime ter sido cometido em lugar determinado, no caso, local sob administração militar ou em área local militar. E o *ratione temporis* é definidor em razão de período, ou seja, ter sido o ato praticado em determinado período, exemplo, em guerra¹¹⁰.

Para o doutrinador em questão, essa multiplicidade de critérios definidores de crime militar faz com que não haja um critério de exata concepção, o que resulta no problema de, em determinados momentos um critério se sobrepor a outro. E por essa análise, ele elogia o fato de ter sido, então, definido como critério maior o *ratione legis*, em razão da lei, ou seja, crime militar é aquele delineado pela lei como tal¹¹¹.

Mas ainda explica que a lei se depara com os demais critérios em determinados momentos, e frisa o artigo 9º do Código Penal Militar, que se diga, é definidor de crime militar. Assim diz ele:

[...] A lei penal militar, todavia, vale-se de conceituações arrimadas nos critérios enumerados para eleger pontualmente os crimes militares. Dessarte, ao entender como crime militar o fato tipificado nas duas legislações penais (comum ou militar), simplesmente por ter sido praticado por militar em situação de atividade contra militar na mesma situação, conforme enumera a alínea a do inciso II do art. 9 do CPM, o legislador orientou-se por uma concepção *ratione personae* (ou *ratione*

¹⁰⁸ GIULIAN, Direito Penal Militar, p. 34.

¹⁰⁹ NEVES, Manual de direito penal militar, p. 89.

¹¹⁰ Idem, p. 89.

¹¹¹ Idem, p. 90.

materiae, na visão de Esmeraldino Bandeira), ao mesmo tempo em que na alínea *d* do mesmo inciso assumiu a postura do critério *ratione temporis*, já que tornou militar o crime praticado por militar da ativa contra civil, reformado ou militar da reserva, durante o período de manobra ou exercício¹¹².

Em contraponto a Cícero Neves, o professor, promotor e escritor Luiz Augusto de Santana faz uma crítica ao critério definidor, pois, sendo *ratione legis* o critério definidor, ocorre a generalização do delito militar e, conseqüentemente, há o amplo arbítrio ao legislador, que deveria, por essa visão, ter que proceder a uma análise maior, considerando mais critérios. Assim expõe o referido autor:

Para classificar o que seja crime militar, a doutrina estabeleceu critérios em razão da matéria, da pessoa, do lugar, do tempo e da norma. O critério *ratione materiae* exige que se verifique a dupla ocorrência da qualidade militar - no ato e no agente. Por esse critério, teríamos, portanto, os chamados delitos propriamente militares, porque exigem a qualidade de militar do agente e da própria essência do ato praticado; pelo critério *ratione loci*, o doutrinador leva em consideração para classificar como crime militar o ato, o lugar do crime, bastando, portanto, que o delito ocorra em lugar sob administração militar, para se ter um crime militar; o critério *ratione temporis* indica que os delitos praticados em determinada época, por exemplo, os ocorridos em período de guerra, independente de comprometer ou não a preparação, eficiência ou as operações militares, ou de qualquer outra forma, atentar contra a segurança externa do País ou expô-la a perigo, são crimes militares o *ratione personae*, por seu turno, leva em conta a qualidade do autor ou da vítima para transformar em militar um crime comum; por fim, pelo critério *ratione legis*, são militares aqueles delitos que o legislador ordinário assim conceitua, sendo este último, o sistema adotado pelo nosso direito no estágio atual para definir o que seja crime propriamente militar. Entre nós, a constituinte de 1988, copiando fixação da Constituição de 1946, generalizou na classificação dos delitos militares, evitada a adoção de qualquer outro critério exceto o *ratione legis*, atribuindo, assim, amplo arbítrio ao legislador ordinário, quando diz no Art. 124 que "à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei"¹¹³.

Para melhor compreensão das citações acima, é de muita utilidade, e se faz um facilitador, a exposição dos artigos 9 e 10 do Código Penal Militar, para que, com a leitura atenta desses dispositivos se percebam os critérios adotados para definição de crimes militares, conforme explicado anteriormente.

¹¹² NEVES, Manual de direito penal militar, p. 90.

¹¹³ SANTANA, Algumas Considerações Sobre o Que Seja Crime Militar, s/p.

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;

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

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

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;

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) revogada.

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

a) contra o patrimônio sob a 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.

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica. (Redação dada pela Lei nº 12.432, de 2011)

Crimes militares em tempo de guerra

Art. 10. Consideram-se crimes militares, em tempo de guerra:

I - os especialmente previstos neste Código para o tempo de guerra;

II - os crimes militares previstos para o tempo de paz;

III - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum ou especial, quando praticados, qualquer que seja o agente:

a) em território nacional, ou estrangeiro, militarmente ocupado;

b) em qualquer lugar, se comprometem ou podem comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares ou, de qualquer outra forma, atentam contra a segurança externa do País ou podem expô-la a perigo;

IV - os crimes definidos na lei penal comum ou especial, embora não previstos neste Código, quando praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado¹¹⁴.

Ainda, a obra de Rodrigo Foureaux refere o que segue:

¹¹⁴ BRASIL. Código Penal Militar. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto- lei/Del1001Compilado.htm. Acesso em: 19 jul. 2013.

O Superior Tribunal Militar entende que “é crime propriamente militar aquele previsto no Código Penal Militar e que só pode ser cometido por militar, na função de militar e enquanto estiver investido na condição de militar”.

Diante de vasta corrente doutrinária e entendimento jurisprudencial exposto, concluímos que, para ser crime propriamente militar, deve preencher dois requisitos, quais sejam: haver previsão exclusivamente no Código Penal Militar e ser o sujeito ativo militar, pois somente este pode ofender os princípios da hierarquia, disciplina, valores e princípios do serviço militar¹¹⁵.

Em relação aos crimes impropriamente militares, são aqueles que podem ser praticados por civis e por militares, tendo previsão no Código Penal Militar, apesar de serem previstos também no Código Penal Comum¹¹⁶.

Um clássico do Direito Penal Militar é Célio Lobão, que em uma de suas obras explica que crime propriamente militar é a infração, prevista no Código Penal Castrense, específica e funcional do ocupante do cargo militar, que lesiona bens ou interesses das instituições militares, e ressalta que em alguns tipos pode ser cometido mesmo fora do exercício da função, ou seja, estando de folga¹¹⁷.

E, finalizando essa distinção, Frederico Magno de Melo Veras aborda a origem de algumas definições, que expressam com exatidão essa diferença:

A melhor definição do que seja crime propriamente militar (ou crime próprio militar) adveio dos romanos, *proprium militare est delictum, quod quis uti miles admittit*. Este delito está diretamente relacionado à própria função do militar, ou seja, diz respeito ao serviço, à disciplina, à administração e a economia militar, sendo necessário para sua prática que o agente seja militar.

[...] também a noção de crime impropriamente militar (ou crime militar impróprio) adveio dos romanos, tratando-se de crime praticado por militar que “não afeta diretamente o dever, a disciplina ou a obediência militar”. Tal categoria de crimes era equivalente a outros, não puníveis pelo cônsul militar, praticáveis por qualquer cidadão¹¹⁸.

Perceba que quando trata do que seriam os crimes impropriamente militares, ele se refere à categoria de crimes equivalentes a outros, ou seja, dispostos em Código Penal Comum, que não seriam de competência Castrense e que poderiam ser praticados por civis,

¹¹⁵ FOUREAUX, Justiça Militar: aspectos gerais e controversos, p. 188.

¹¹⁶ Idem, p. 194.

¹¹⁷ LOBÃO, Célio. Direito Penal Militar. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 69.

¹¹⁸ VERAS, Frederico Magno de Melo. Culpabilidade nos crimes propriamente militares. São Paulo: Liv. e ED. Universitária de Direito, 2007. p. 43.

ou no caso, também por militares, quando dispostos de mesma forma em ambos os Códigos repressivos.

É possível citar alguns exemplos de crimes própria e impropriamente militares. São propriamente militares: Motim e Revolta, Violência contra superior, Desrespeito a superior, Despojamento de uniforme, Insubordinação, Assunção ilegal de comando, Requisição militar abusiva, Descumprimento de missão, Ineficiência de força e Ultraje a símbolo nacional, todos do Código Penal Militar; e impropriamente militares: Substituição de convocado, Incitamento, Violência contra militar de serviço, Uso ilícito de uniforme, Resistência, Homicídio, Genocídio, Lesão corporal, Difamação e Constrangimento ilegal¹¹⁹.

¹¹⁹ FOUREAUX, Justiça Militar: aspectos gerais e controversos, p. 195.

3 ANÁLISE DO CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO ENTRE AS POLÍCIAS CIVIL E MILITAR, E AS ALTERAÇÕES DADAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004 E PELA LEI 9.299/96.

3.1 O Conflito de atribuição entre as polícias Civil e Militar para apurar o inquérito policial nos crimes dolosos contra a vida de civil, praticado por militar estadual em serviço.

Antes de tratar do assunto específico, faz-se útil apresentar aos leitores o que é crime doloso e o que é inquérito policial, demonstrando, através da legislação, entendimentos e conceitos dessas figuras.

3.2 Crime Doloso

Na definição de Cezar Roberto Bitencourt, “diz-se crime doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”¹²⁰. Essa definição consta também no artigo 18 do Código Penal Brasileiro, mas é bastante restrita, sendo desdobrada pelos doutrinadores de forma a facilitar sua identificação, como se demonstra no decorrer do trabalho.

Desse modo, o dolo é a consciência e a vontade de praticar o ilícito penal, é saber e querer praticar o crime, independentemente de ocorrer à consumação ou apenas a tentativa do fato. O dolo abrange o fim visado pelo agente, as consequências e os meios empregados para alcançá-lo, e deve ser simultâneo à realização da ação¹²¹.

Para Luiz Flávio Gomes é a vontade e consciência de realizar os requisitos objetivos do tipo que conduzem à produção de um resultado jurídico relevante, desejado, ou pelo menos esperado, como possível; é saber e querer; é a finalidade do agente tipificada na lei¹²².

O dolo conta com dois requisitos: um intelectual ou cognitivo, e outro, volitivo. O intelectual compreende a consciência dos requisitos objetivos do tipo, ou seja, consciência do

¹²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, 1. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 254.

¹²¹ PRADO, Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral, p. 374.

¹²² GOMES, Luiz Flávio Gomes. Direito Penal: parte geral, volume 2. Luiz Flávio Gomes, Antonio García- Pablos de Molina. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007. p. 376.

que está fazendo, do risco e do eventual resultado. O volitivo consiste na vontade de realizar esses requisitos que conduzem à produção do resultado jurídico, ou seja, é o querer¹²³.

O dolo, ainda, é classificado como direto e indireto, sendo o segundo dividido em eventual ou alternativo. É dolo direto quando o agente quis determinado resultado, teve a intenção de provocá-lo, é, pois, a realização, a prática proposital de um delito¹²⁴. E dolo indireto, quando a vontade do agente não visa um resultado preciso, porém, sabe o agente que a conduta pode causar resultados. Havendo, neste caso, duas formas: dolo eventual, quando o agente admite e aceita o risco de produzir o resultado, conscientemente; e dolo alternativo, quando a vontade do agente visa um ou outro resultado, como, por exemplo, ferir ou matar¹²⁵.

É importante não confundir o dolo eventual com a culpa consciente, pois, no dolo eventual, além de o agente ter se conduzido de maneira a assumir o risco de produzir o resultado, ele tem ainda que consentir com o resultado¹²⁶.

Para tornar mais fácil a compreensão do que é crime doloso, apresentamos aqui a explanação de Isabele Moritz Evers, que, em seu trabalho monográfico, diz:

O crime doloso, também chamado de crime comissivo ou intencional, é aquele em que o agente prevê o resultado lesivo de sua conduta e, mesmo assim, leva-a adiante, produzindo o resultado. Classifica-se em direto, quando há a previsão do resultado lesivo mais a vontade livre e consciente de produzi-lo, e indireto, quando há a previsão do resultado lesivo, mais a aceitação de sua ocorrência.

[...] Dolo significa a vontade livre e consciente de praticar uma conduta, e essa classificação tem a ver com a natureza do elemento que diz respeito à sua vontade em caracterizar a infração penal.

Há uma diferença fundamental entre querer o resultado e assumir o risco de produzi-lo, embora esse fato não “desconfigure” a classificação do delito.

[...] São elementos, portanto, do crime doloso: a consciência, o conhecimento do fato, que constitui a ação típica; a vontade, elemento volitivo em realizar esse fato¹²⁷.

E ainda diz mais, como se transcreve a seguir:

¹²³ GOMES, Direito Penal: parte geral, volume 2, p. 376.

¹²⁴ QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito Penal: parte geral. 7ª Ed., completamente revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 202.

¹²⁵ DELMANTO, Celso... (et al). Código Penal Comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8ª Ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2010. p. 152.

¹²⁶ Idem, p. 152

¹²⁷ EVERS, Conflito de Atribuição Entre a Polícia Militar e a Polícia Civil na Investigação, p. 10.

Há duas fases na conduta: uma interna e outra externa. A interna opera-se no pensamento do autor (penalmente indiferente), e consiste em: propor-se a um fim (matar um inimigo, por exemplo); selecionar os meios para realizar essa finalidade (escolher um explosivo, por exemplo); considerar os efeitos concomitantes que se unam ao fim pretendido.

A segunda fase é a exteriorização da conduta, numa atividade em que se utilizam os meios selecionados conforme a usual capacidade humana de previsão. Caso o agente pratique a conduta nessas circunstâncias, age com dolo e a ele se podem atribuir o fato e as consequências.

[...] Resumindo, o dolo é conhecer e querer os elementos do tipo penal, sendo que a ocasião intelectual do dolo é o conhecer, devendo prever o resultado e o seu processo causal. A vontade faz a diferença no dolo, devendo acontecer no momento da ação¹²⁸.

Importante ressaltar que na citação anterior o autor fez referência a uma fase interna do crime doloso, e essa fase opera-se, necessariamente. Porém, ela não tem importância penal, ou seja, se o agente apenas elaborar em seu pensamento o roteiro e os passos do crime, mas não exteriorizar essa conduta, não cometer o crime, não há possibilidade de denunciá-lo ou processá-lo apenas por seus pensamentos.

3.3 Inquérito Policial

O “inquérito policial é um conjunto de diligências realizadas pela Polícia Civil ou Judiciária (como denomina o CPP), visando a elucidar as infrações penais e sua autoria”¹²⁹. O inquérito policial tem índole eminentemente administrativa, de investigar o fato e apurar a autoria, isso se demonstra no Código de Processo Penal e na Constituição Federal¹³⁰.

Quando um ato ilícito for praticado e este chegar ao conhecimento da autoridade policial, essa autoridade tem o poder e a possibilidade de buscar ou desenvolver intensa atividade, visando à elucidação do fato, ou seja, ela colhe dados a respeito da infração, sobre quem possa ser o autor do ato, e assim forma, através de investigações, os autos do inquérito policial, que, concluído, será remetido à autoridade judiciária que, por sua vez, os encaminhará ao Ministério Público¹³¹. O inquérito é a peça que demonstra como toda a ação ocorreu e aponta os possíveis autores, além dos demais fatores elucidativos.

¹²⁸ EVERS, Conflito de Atribuição Entre a Polícia Militar e a Polícia Civil na Investigação, p. 10

¹²⁹ TOURINHO FILHO, Manual de Processo Penal, p. 64.

¹³⁰ Idem, p. 64.

¹³¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Prática de Processo Penal. 29ª Ed. rev. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2008. p. 3.

Guilherme de Souza Nucci, em uma de suas obras, assim conceitua inquérito policial:

Trata-se de um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Seu objetivo precípua é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheita de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime, bem como a composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima, em determinados casos, para a propositura da ação privada¹³².

O inquérito policial é o instrumento de que se vale o Estado, através da polícia, para iniciar a persecução penal, como ensina Paulo Rangel, que diz, ainda:

Inquérito policial, assim, é um conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado com o escopo de apurar a autoria e materialidade (nos crimes que deixam vestígios- [...]) de uma infração penal, dando ao Ministério Público elementos necessários que viabilizem o exercício da ação penal. Nosso código não define de forma clara o que vem a ser inquérito policial nem o seu objeto, que é a investigação criminal, porém, valemo-nos aqui do conceito dado no Código de Processo Penal português, que é bem claro nesse sentido e perfeitamente aplicável ao direito brasileiro:

O inquérito policial compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar seus agentes e responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação (CPP português- art. 262, item 1).

A exposição de motivos do Código de Processo Penal deixa claro que o inquérito policial foi mantido como processo preliminar ou preparatório da ação penal. Assim, este conjunto de atos administrativos, visando à elucidação de um fato considerado, em tese, infração penal, precede a instrução da competente ação penal¹³³.

Paulo Rangel diz, ainda, que o inquérito tem função garantidora penal, pois “a investigação tem o nítido caráter de evitar a instauração de uma persecução penal infundada por parte do Ministério Público diante do fundamento do processo penal, que é a instrumentalidade e o garantismo penal”. Garantismo penal que visa evitar a exposição do sujeito passivo, em um processo penal desnecessário¹³⁴.

¹³² NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 10ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 74.

¹³³ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 11ª Ed. Revisada, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 67.

¹³⁴ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal, p. 67.

O artigo 4º do Código de Processo Penal refere que o inquérito é o procedimento policial destinado a reunir elementos necessários à apuração de uma infração penal e de sua autoria¹³⁵.

Segundo Geraldo Prado, objetiva-se, na etapa preliminar, a averiguação da notícia crime e a aquisição e conservação de elementos que, posteriormente, serão introduzidos em juízo para demonstração de alegações pelas partes, mas há que se observar a idoneidade da notícia crime, seja em sua apuração ou conclusão¹³⁶.

O inquérito policial, como já demonstrado, serve de base para que o Ministério Público ofereça ou não a denúncia, a partir da qual se inicia a relação processual.

Nesse sentido, ensina Paulo Rangel que o órgão ministerial tem o dever de exigir que seja a investigação feita em conformidade com os direitos e garantias individuais, colhendo as informações verdadeiras e necessárias, sejam a favor ou não do indiciado. “O inquérito não é para apurar culpa, mas sim a verdade de um fato da vida que tem aparente tipificação penal”¹³⁷.

Interessante se faz citar as palavras do professor Fernando da Costa Tourinho Filho, que de certa maneira, resumem a função do inquérito policial:

Pela leitura de vários dispositivos do CPP, notadamente o 4º e o 12, há de se concluir que inquérito visa à apuração da existência de infração penal e à respectiva autoria, a fim de que o titular da ação penal disponha de elementos que o autorizem a promovê-la. Apurar a infração penal é colher informações a respeito do fato criminoso. Para tanto, a Polícia Civil desenvolve laboriosa atividade, ouvindo testemunhas, tomando declarações da vítima, procedendo a exames periciais, nomeadamente os de corpo de delito, exames de instrumento do crime, determinando buscas e apreensões, acareações, reconhecimentos, ouvindo o indiciado, colhendo informações sobre todas as circunstâncias que circunvolveram o fato tido como delituoso, buscando tudo, enfim, que possa influir no esclarecimento do fato¹³⁸.

E, neste paradigma, observa-se, com clareza, as explicações dadas por Isabele Moritz Evers em seu trabalho:

¹³⁵ EVERS, Conflito de Atribuição Entre a Polícia Militar e a Polícia Civil na Investigação, p. 16.

¹³⁶ PRADO, Geraldo. A investigação criminal e a PEC 37. Revista Boletim IBCCRIM, Ano 21- Nº 248- Julho/2013. 2013. p. 07.

¹³⁷ RANGEL, Op. cit., p. 67.

¹³⁸ TOURINHO FILHO, Manual de Processo Penal, p. 65.

O Inquérito Policial é um procedimento informativo destinado a subsidiar a propositura da ação penal, constituindo-se em um dos poderes de autodefesa do Estado na repressão ao crime, com caráter inquisitorial, onde o indiciado é mero objeto de um procedimento investigatório (artigos 20 e 21 do Código de Processo Penal) [...]¹³⁹.

Explicando, ainda, sobre o destino do Inquérito:

O destinatário imediato do Inquérito Policial é o Ministério Público ou o ofendido, nos casos de ação penal privada, onde formam o *opinio delicti* para a propositura da denúncia ou da queixa, respectivamente. O destinatário mediato é o juiz, que nele pode encontrar elementos para julgar [...]¹⁴⁰.

O inquérito policial possui algumas características marcantes, que o distingue de outros institutos, sendo ele inquisitorial, formal, sistemático, unidirecional e sigiloso-características que serão explicadas a seguir, segundo entendimentos do professor Paulo Rangel¹⁴¹.

Um inquérito é inquisitorial, pois a autoridade possui em mãos toda a discricionariedade que necessita para inquirir, indagar, investigar o acusado e testemunhas, sem, contudo, ter que obedecer a regras específicas para proceder às investigações; o investigado não tem direito a defesa, afinal, não está sendo acusado de nada, ainda. O inquérito é iniciado de forma livre ou da forma que melhor aprouver à autoridade¹⁴².

Ele é formal, pois todas as suas peças são reduzidas a escrito ou datilografadas, e assinadas pela autoridade, evitando, assim, que ocorram providências ilegais¹⁴³.

Também é sistemático, uma vez que as investigações são documentadas nos autos do inquérito, a fim de que seja possível visualizar a reconstrução do crime. Todas as peças anexadas nos autos devem seguir uma sequência lógica, para que se entenda a ordem em que

¹³⁹ EVERS, Conflito de Atribuição Entre a Polícia Militar e a Polícia Civil na Investigação, p. 16.

¹⁴⁰ Idem, p.16.

¹⁴¹ RANGEL, Direito Processual Penal, p. 84.

¹⁴² Idem, p. 84.

¹⁴³ Idem, p. 84.

os fatos ocorreram “pois o inquérito é um livro que conta uma história, história esta que deve ter início, meio e fim”¹⁴⁴.

O inquérito é unidirecional e, portanto, tem o único escopo de apurar os fatos, não cabendo à autoridade fazer juízo de valores, nem adentrar nas funções do Ministério Público, muito menos do julgador. A autoridade tem função meramente investigatória. Ocorre, por vezes, de o relatório do inquérito ser uma verdadeira denúncia ou até uma sentença, o que não deveria ocorrer, pois o policial deve apenas apurar a infração, sem manifestar-se contrário ou a favor de alguma das partes¹⁴⁵.

Outra característica do inquérito é o caráter sigiloso, pois nele objetiva-se a elucidação do fato, em prol do interesse da sociedade, de modo que a divulgação de ações investigatórias poderia comprometer o sucesso da investigação, frustrando seu objetivo, que é a descoberta da autoria e materialidade. Esse sigilo alcança, inclusive, o advogado, não sendo permitida sua intromissão durante a fase investigatória, que esteja sendo desenvolvida sob sigilo, caso contrário, restaria prejudicada a inquisitorialidade do inquérito. O advogado tem previsto o direito de acessar os autos quando estes não estão sendo conduzidos sob o aludido sigilo¹⁴⁶.

3.4 O inquérito policial militar e o conflito de atribuição entre as polícias civil e militar na investigação dos crimes dolosos contra a vida, praticados por militar estadual em serviço.

Como visto anteriormente, o inquérito policial tem como finalidade a busca pela autoria e materialidade, quando do cometimento de um crime. Porém, não são unicamente as polícias civil e federal que têm competência para proceder com a investigação, a legislação brasileira deixa espaço para várias exceções, inclusive a Constituição Federal possibilita essa interpretação.

Veja, por exemplo, o artigo 144, parágrafo 4º da Constituição Federal, que diz:

¹⁴⁴ RANGEL, Direito Processual Penal, p. 85.

¹⁴⁵ Idem, p. 85.

¹⁴⁶ Idem, p. 86.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares¹⁴⁷.

Veja que na Carta Magna, em seu artigo 144, §4º, há a previsão que a polícia civil é responsável para apurar as infrações penais, exceto as militares, ou seja, quem dirige o inquérito dos crimes militares é a Polícia Militar.

Nesse sentido, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci explica:

São autoridades capazes de produzir provas pré-constituídas para fundamentar a ação penal os oficiais militares (inquérito militar), os chefes de repartições públicas ou corregedores permanentes (sindicâncias e processos administrativos), os promotores de justiça (inquérito civil, voltado a apurar lesões a interesses difusos e coletivos), os funcionários de repartição florestal e de autarquias com funções correlatas, designadas para atividade de fiscalização (inquérito da polícia florestal), os parlamentares, durante os trabalhos das Comissões Parlamentares de Inquérito, entre outras possibilidades legais¹⁴⁸.

Assim, direcionando o trabalho para seu foco principal, demonstra-se a explicação dada por Márcio Henrique Dal Mina, em seu trabalho monográfico:

Quando ocorre algum crime propriamente militar é o encarregado do Inquérito Policial Militar que promove a investigação do delito em comento, conforme preceitua o art. 9º do Código de Processo Penal Militar:

Art. 9º O inquérito policial militar é a apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria; tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal¹⁴⁹.

Utilizando-se desse mesmo artigo legal, o 9º, Gabriel Costa Leiria diz, em seu trabalho monográfico, citando grandes pensadores do Direito Penal, que, debruçando-se sobre o

¹⁴⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 26 ago. 2013.

¹⁴⁸ NUCCI, Código de Processo Penal Comentado, p. 82.

¹⁴⁹ DAL MINA, Márcio Henrique. Poder Constitucional de Investigação da Polícia Militar de Crimes Comuns. Curso Superior de Polícia Militar. Porto Alegre, 2009. p. 36.

conceito de Inquérito Policial Militar, a doutrina observa que este é um instrumento de apuração sumária dos fatos, no intuito de levar ao Ministério Público os elementos para que possa, ou não, oferecer Denúncia¹⁵⁰.

E ainda afirma que “a identidade do Inquérito Policial Militar está assentada, entre outros aspectos, nas características comuns dos dois procedimentos. Nesse sentido, a doutrina afirma: O IPM possui as mesmas características do inquérito policial, ou seja, é escrito, sigiloso, inquisitivo”¹⁵¹.

No mesmo sentido, manifesta-se Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, que, em um de seus muitos artigos, busca estabelecer a similaridade dos inquéritos comum ou militar, quando diz:

O IPM por definição legal e doutrinária tem por objetivo apurar os indícios de autoria e materialidade de uma infração prevista no Código Penal Militar, ou nas Leis Especiais Militares, colhendo os subsídios necessários para que o Ministério Público possa oferecer a ação penal militar.

[...] O Ministério Público, titular da ação penal militar, não se encontra vinculado à abertura de um IPM para que possa oferecer a ação penal. Basta a existência de indícios de autoria e materialidade para que o promotor de Justiça ou Procurador da República possa oferecer a ação penal, com base inclusive em provas ou documentos oferecidos pela própria vítima¹⁵².

E, ainda, esclarece em outro artigo, em matéria Penal-Militar:

A ação penal militar, assim como ocorre com a ação no Direito Penal aplicado aos civis, tem como titular o Ministério Público Militar. No âmbito federal, o Ministério Público Militar é constituído por promotores e procuradores que ingressaram na carreira por meio de um concurso de provas e títulos. Esses profissionais exercem de forma exclusiva a função e a titularidade da ação penal, cabendo-lhes decidirem, ao final do inquérito policial militar (IPM), a decisão pelo arquivamento, realização de novas diligências ou o oferecimento da ação. Nos Estados-membros da Federação, o titular da ação penal militar também é o Ministério Público, em atendimento ao disposto na Constituição Federal.

[...] O inquérito policial na área militar é presidido não por Delegados de Polícia, como ocorre na Justiça Comum, mas por oficiais que seguem as mesmas regras na busca da autoria e materialidade que são essenciais para o oferecimento da ação penal. No IPM também não se aplica o princípio da ampla defesa e do contraditório,

¹⁵⁰ LEIRIA, Gabriel Costa. Fundamentos jurídicos para a atuação da Brigada Militar na elaboração do Inquérito Policial Militar, do Auto de Prisão em Flagrante e do Termo Circunstanciado, como procedimentos persecutórios próprios do processo penal atual. Curso Superior de Polícia Militar. Porto Alegre, 2009. p. 23.

¹⁵¹ Idem, p. 23.

¹⁵² ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. Aplicação do princípio do contraditório no Inquérito Policial Militar. Disponível em: www.ibccrim.org.br/artigo/7141-Artigo:Aplicacao-do-principio-do-contraditorio-no-Inquerito-Policial-Militar. Acesso em: 26 ago. 2013.

sendo o militar, em tese infrator, sujeito de investigação, o que não afasta em nenhum momento as garantias constitucionais¹⁵³.

Analisados ambos os inquéritos, civil e militar, e suas funções ou objetivos, é possível, a partir de agora, verificar o conflito de atribuição entre as referidas polícias para apurar os crimes dolosos contra a vida de civil, praticados por militar em serviço, quando e como ocorre. Para tanto, será utilizado material doutrinário, legislação, opiniões e jurisprudências.

Antes do advento da Lei 9.299/96, os crimes dolosos contra a vida de civil, praticados por militar em serviço eram julgados pela Justiça Militar. Após aplicação da Lei 9.299/96, foi acrescentado o parágrafo único ao artigo 9º do Código Penal Militar, que dispôs “os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum”, passando-se a processar e julgar esses crimes pelo Tribunal do Júri¹⁵⁴.

A Lei 9.299/96 ensejou diversos debates doutrinários e a manifestação dos Tribunais, por ser duvidosa sua constitucionalidade, visto que essa lei contrariou preceito constitucional, já que a Constituição Federal, em seu artigo 125, referia que a competência para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida praticados por militar em serviço era da Justiça Militar¹⁵⁵.

Sobre essas divergências, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça manifestaram-se a favor da aplicação da Lei, interpretando-a como constitucional, enquanto que o Superior Tribunal Militar era contrário a sua aplicação¹⁵⁶.

Durante um período de mais de oito anos essa lei permaneceu em vigor, gerando grandes debates, até que em 30 (trinta) de dezembro de 2004 (dois mil e quatro) entrou também em vigor a Emenda Constitucional 45, que alterou o parágrafo 4º do artigo 125 da Constituição, que ressalvou a competência do Tribunal do Júri para julgar os crimes desta natureza¹⁵⁷, passando, então, a dispor:

¹⁵³ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. Processo-crime militar e princípios constitucionais. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 26 ago. 2013.

¹⁵⁴ FOUREAUX, Justiça Militar: aspectos gerais e controversos, p. 413.

¹⁵⁵ Idem, p. 414.

¹⁵⁶ Idem, p. 418.

¹⁵⁷ JESUS, Damásio de. Competência nos Crimes Militares Dolosos contra a Vida. Anais do VII Seminário de Direito Militar. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2009. p. 241.

Art. 125 (...)

§ 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 das praças. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)¹⁵⁸ (grifo nosso).

Ultrapassado o problema quanto à constitucionalidade, que, após a Emenda 45, deixou de assombrar as discussões doutrinárias, surge novo debate entre os doutrinadores do Direito Penal Militar: teria o homicídio doloso praticado por militar estadual em serviço, contra vítima civil, deixado de ser crime militar?¹⁵⁹

Essa discussão ainda não é pacífica, como será demonstrado a seguir. E, para este trabalho, muito importa tal diferenciação, já que se busca resolver qual Polícia é competente para apurar o inquérito policial, quando da ocorrência do crime doloso já discriminado. No entanto, se a Constituição Federal, quando reformada, esclarecesse este problema e, expressamente transformasse esse delito em crime comum, seria outra a interpretação dada aos dispositivos que fazem crer que é competente a Polícia Judiciária Militar para proceder com o inquérito, como ainda será discorrido neste capítulo.

O doutrinador Rodrigo Foureaux destaca esta questão em sua obra “Justiça Militar”, colocando o posicionamento dos mais diversos doutrinadores, ensinamentos dos quais nos utilizamos aqui. Expõe ele: “devemos analisar se os crimes dolosos cometidos por militares em serviço ou em razão da função que são de competência do Tribunal do Júri possuem natureza militar ou comum”¹⁶⁰.

Rodrigo Foureaux destaca ensinamentos de grandes nomes do Direito Penal Militar que são favoráveis à natureza militar do crime em questão, que tais: Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, Cícero Robson Coimbra Neves, Ronaldo João Roth e Jorge César de Assis. E demonstra:

Jorge César de Assis ensina que “E, da mesma forma, a Emenda constitucionalizou o deslocamento do julgamento dos crimes dolosos contra a vida, porém em nenhum momento retiro-lhes a **natureza de crime militar, sendo possível afirmar que esta**

¹⁵⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 02 set. 2013.

¹⁵⁹ FOUREAUX, Justiça Militar: aspectos gerais e controversos, p. 419.

¹⁶⁰ Idem, p. 422.

é uma hipótese em que a Justiça Comum processa e julga crime militar, contrariando o princípio da especialidade”¹⁶¹.

Por outro lado, apresenta os que defendem ser o crime comum, devido a ser competente para processar e julgar o militar, a Justiça Comum. Destacam-se os doutrinadores Renato Brasileiro, Célio Lobão, Juiz Vicente Cernicchiaro, além de posições não firmadas de Tribunais. E anota:

Renato Brasileiro, ao expor as considerações de Ada Pellegrini Grinover, asseverou que “(...) No momento em que o crime foi praticado tinha o agente a garantia constitucional de ser julgado pela Justiça Militar, pois **o crime era militar**, não pode, agora, ser submetido a julgamento por órgão de Justiça diversa porque a lei **alterou a natureza do crime, passando a considerá-lo comum e transferindo assim a competência para o Júri**”¹⁶².

Nesse sentido, já ensinava, também, o Juiz da Justiça Militar Estadual de São Paulo, Luiz Gonzaga Chaves, que cita em um artigo: “ao estatuir que, sendo as vítimas civis, são da competência da Justiça Comum os crimes dolosos contra a vida, o novo diploma legal privou-os, implicitamente, de natureza militar, tornando-os delitos comuns”¹⁶³.

E Rodrigo Foureaux ainda ensina, conforme julgados por Tribunais, que, quando o crime doloso for cometido fora do exercício da função, sem farda ou com outra motivação que não remeta ao serviço policial, ocorre crime comum e não militar. Desta forma sendo remetidos os autos ao Tribunal do Júri¹⁶⁴.

Diante destas interpretações constitucionais, penais e processuais, é possível perceber que ainda não há consenso doutrinário ou jurisprudencial sobre a natureza do crime doloso em foco. E, novamente, cita-se entendimento de Rodrigo Foureaux, ao qual o autor deste trabalho se filiará, como demonstrará a seguir.

O doutrinador Rodrigo Foureaux, entende que:

¹⁶¹ FOUREAUX, Justiça Militar: aspectos gerais e controversos, p. 422.

¹⁶² Idem, p. 423.

¹⁶³ CHAVES, Luiz Gonzaga. A competência sobre a apuração do crime de homicídio doloso e culposos praticados por policiais militares contra civis. Direito Militar- Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais- AMAJME. Nº 23, Maio/Junho, 2000. p. 30.

¹⁶⁴ FOUREAUX, Op. cit., p. 424.

Diante da interpretação constitucional e processual penal, entendemos serem os crimes dolosos contra a vida, praticados por militar, com competência do Tribunal do Júri para processar e julgar, de natureza híbrida, ou seja, apresentam em sua estrutura uma natureza militar e comum.

Melhor explicando, o crime nasce militar, mas por um artifício constitucional e legal transmuda-se em comum a partir do recebimento da denúncia, para ser processado e julgado perante o Tribunal do Júri, eis que constitui um direito fundamental para o réu ser processado e julgado neste tribunal (art. 5º, inc. XXXVIII, d’).

[...] Logo, o militar estadual que venha a cometer crimes dolosos contra a vida passará por um procedimento trifásico. Sendo o primeiro pertencente à Justiça Militar (fase pré-processual) e outros dois à Justiça Comum (fase processual), haja vista as duas fases do Tribunal do Júri (1ª fase- *iudicium accusationis* e 2ª fase- *iudicium causae*)¹⁶⁵.

Ultrapassada mais essa discussão, será possível analisar agora o conflito entre as Polícias Civil e Militar para apurar o inquérito dos crimes dolosos contra a vida de civil praticados por policial militar em serviço.

Para que seja feita essa análise, antes de tudo, é importante fazer a leitura atenta de alguns dispositivos legais, que se expõe agora. Inicialmente, do artigo 144 *caput*, parágrafos 4 e 5, da Constituição Federal:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, **exceto as militares**. (grifo nosso)

§ 5º - às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil¹⁶⁶.

Observa-se que o texto constitucional expressamente refere que a Polícia Civil apurará as infrações, exceto as militares, ou seja, que serão apuradas pela Polícia Militar, como reza o artigo 82 *caput* e parágrafo 2º, do Código de Processo Penal Militar, alterados pela Lei número 9.299, de 07 de agosto de 1996:

¹⁶⁵FOUREAUX, Justiça Militar: aspectos gerais e controversos, p. 425.

¹⁶⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 04 set. 2013.

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: (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 7.8.1996)

§ 2º Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, **a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum.** (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.299, de 7.8.1996)¹⁶⁷. (grifo nosso)

Baseados, principalmente, nesses artigos, inicia-se aqui a interpretação sobre a competência em discurso.

Quando da ocorrência do crime doloso contra a vida de civil praticado por militar estadual em serviço, dois são os órgãos integrantes da Segurança Pública capazes de investigar o fato, com um mesmo objetivo: apurar autoria e materialidade do crime para, após, o indiciado ser processado e julgado no Tribunal do Júri¹⁶⁸.

Cabe ressaltar que o inquérito inicia-se através de portaria, portanto, é um ato administrativo, devendo preencher requisitos, que são: competência, finalidade, forma, motivo e objeto, consoante às lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que são apresentadas por Isabele Moritz Evers¹⁶⁹.

E, explica ainda que, para o Direito Administrativo, nem todo agente capaz é competente, porque a competência decorre de lei, citando:

Meirelles leciona que a competência administrativa é o poder fornecido ao agente da administração para o desempenho específico de suas funções e resulta de lei e por ela é delimitada. Todo poder exercido além do limite dado em lei é inválido, por lhe faltar o poder jurídico para manifestar a vontade da administração¹⁷⁰.

Isabele Moritz Evers cita, ainda, outro ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que diz: “Segundo o principio da legalidade, a Administração Pública **só pode fazer o que a lei permite**. No âmbito das relações entre particulares, o principio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe.”¹⁷¹

¹⁶⁷ BRASIL. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 04 de set. 2013.

¹⁶⁸ EVERS, Conflito de Atribuição Entre a Polícia Militar e a Polícia Civil na Investigação, p. 19.

¹⁶⁹ Idem, p. 19

¹⁷⁰ Idem, p. 19.

¹⁷¹ Idem, p. 20.

Assim, Isabele Moritz Evers conclui que o limite de agir do agente público é a lei, só podendo fazer o que ela permitir. Não há autonomia da vontade para o agente, e dentro deste contexto o artigo 82 do Código de Processo Penal Militar é claro ao dispor à Polícia Judiciária Militar a competência para investigar os crimes dolosos contra a vida de civil praticados por militar estadual em serviço¹⁷².

De encontro ao exposto no parágrafo anterior, tem-se a posição de diversos escritores e doutrinadores, dos quais trazemos as palavras do Juiz Luiz Gonzaga Chaves:

Tratando-se de crime militar a apuração deve ser feita pela Polícia Militar, conclusão a que se chega, pela análise às avessas, como diria meu festejado mestre Fernando da Costa Tourinho Filho, do parágrafo 4º do artigo 144, da Constituição Federal, que dispõe: “às polícias civis, dirigidas por delegado de polícia de carreira, **incumbem**, ressalvada a competência da União, **as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares**”¹⁷³.

E o autor conclui, argumentando que, analisando os dispositivos legais, nota-se que a Polícia Civil não detém incumbência para apurar as infrações penais militares, sendo esta da Polícia Militar¹⁷⁴.

Rodrigo Foureaux descreve que “a questão ora debatida é polêmica e não pacificada”, mas entende que a competência para investigar o crime doloso em foco, é da autoridade policial judiciária militar, que encaminhará os autos do inquérito militar à Justiça Militar, a qual, se entender que realmente é caso de crime doloso contra a vida, remeterá os autos à Justiça Comum¹⁷⁵.

Em razão dessa acalorada discussão, os Delegados de Polícia, através de sua associação, adentraram com pedido de ADI (Ação Direta de (In) Constitucionalidade), perante o Supremo Tribunal Federal, pedindo que fosse declarada a competência da Polícia Civil em apurar o inquérito dos crimes dolosos contra a vida de civil praticados por policial militar estadual em serviço¹⁷⁶, onde obtiveram o seguinte resultado:

¹⁷² EVERS, Conflito de Atribuição Entre a Polícia Militar e a Polícia Civil na Investigação, p. 20.

¹⁷³ CHAVES, A competência sobre a apuração do crime de homicídio doloso e culposo praticados por policiais militares contra civis. , p. 29.

¹⁷⁴ Idem, p. 29.

¹⁷⁵ FOUREAUX, Justiça Militar: aspectos gerais e controversos, p. 432.

¹⁷⁶ Idem, p. 432.

**ADI 1494 MC / DF - DISTRITO FEDERAL
MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 09/04/1997 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJ 18-06-2001 PP-00002 EMENT VOL-02035-01 PP-00101

Parte(s)

REQTE. : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLICIA DO BRASIL – ADEPOL BRASIL

REQDO. : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQDO. : CONGRESSO NACIONAL

Ementa

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE-CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA, PRATICADOS CONTRA CIVIL, POR MILITARES E POLICIAIS MILITARES - CPPM, ART. 82, § 2º, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9299/96 - INVESTIGAÇÃO PENAL EM SEDE DE I.P.M.- APARENTE VALIDADE CONSTITUCIONAL DA NORMA LEGAL - VOTOS VENCIDOS - MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA. O Pleno do Supremo Tribunal Federal - vencidos os Ministros CELSODE MELLO (Relator), MAURÍCIO CORRÊA, ILMAR GALVÃO e SEPÚLVEDA PERTENCE - entendeu que a norma inscrita no art. 82, § 2º, do CPPM, na redação dada pela Lei nº 9299/96, reveste-se de aparente validade constitucional¹⁷⁷.

Nota-se que a decisão não impôs competência de uma para outra Polícia, apenas se manifestou que o Inquérito Policial Militar é válido e legal, de forma que continua sendo uma questão polêmica, e que gera alguns atritos entre Oficiais Militares e Delegados de Polícia.

Porém, as obras utilizadas para desenvolver este trabalho, quase que em sua totalidade, remetem ao entendimento de que a investigação, nestes casos, deve ocorrer através de Inquérito Policial Militar.

Dessa forma, registramos aqui outro ensinamento trazido por Luiz Gonzaga Chaves:

A providência de elaborar o inquérito policial militar sobre crimes dolosos contra a vida, praticados por policiais militares contra civis, é onerosa e de pouca valia, porque a polícia civil, comungando a opinião contrária, que o delito deixou de ser militar, em razão da Lei nº 9.299/96, também apura os fatos e os promotores normalmente se baseiam no IP para fundamentar a *opinio delicti*, apensando o volumoso IPM aos autos principais, pouco se servindo dele.

¹⁷⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28associa%E7%E3o+dos+delegados+de+policia+do+brasil%29%28%40JULG+%3E%3D+19970101%29%28%40JULG+%3C%3D+19970601%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nwoc2de. Acesso em: 11 set. 2013.

Todavia, indiscutivelmente, por expressa disposição legal, a Polícia Militar dispõe de competência legal para apurar o crime de homicídio doloso praticado por policial militar contra civil, embora cumulativamente, também a polícia civil o apure¹⁷⁸.

Luiz Gonzaga Chaves também entende que é competência da Polícia Militar proceder com o inquérito, e ainda faz uma crítica, pois o Inquérito Policial Militar é oneroso e pouco utilizado quando há, também, um Inquérito Policial Comum referente ao mesmo fato.

Seguindo esse raciocínio, Isabele Moritz Evers afirma que, mesmo havendo inúmeras construções doutrinárias no mesmo sentido, os Delegados insistem em apurar os crimes militares dolosos contra a vida, causando transtornos à Polícia Militar, “prejudicando a colheita de provas e provocando constrangimentos ilegais no indiciado e nas testemunhas, além de haver a possibilidade de gerar inquéritos conclusos contraditórios”¹⁷⁹.

E, ainda, Rodrigo Foureaux, entendendo ser competente a Polícia Militar para apurar o inquérito, e havendo em paralelo outro feito pela Polícia Civil, pede atenção para a ocorrência de eventual pedido de arquivamento do Inquérito Policial Militar, feito na Justiça Militar, e Denúncia pelo exposto no Inquérito Comum, no Tribunal do Júri, por Promotor Estadual¹⁸⁰. Desse modo, ensina:

Nesse caso, a defesa do militar estadual deverá ingressar com recurso em sentido estrito para o Tribunal de Justiça, e não sendo provido, com recurso especial para o STJ.

A defesa do militar terá que convencer, em sede recursal, que a decisão de arquivamento do Inquérito Policial Militar fez coisa julgada material, não sendo possível a abertura de um novo processo na Justiça Comum¹⁸¹.

O autor posiciona-se desta maneira demonstrando seu entendimento com Jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça, ainda explicando que, na coisa julgada material, a decisão se torna imutável, não podendo ser reacendido o debate em outro processo. Ao revés da coisa julgada formal¹⁸².

¹⁷⁸ CHAVES, A competência sobre a apuração do crime de homicídio doloso e culposo praticados por policiais militares contra civis. , p. 30.

¹⁷⁹ EVERS, Conflito de Atribuição Entre a Policia Militar e a Policia Civil na Investigaçao, p. 21.

¹⁸⁰ FOUREAUX, Justiça Militar: aspectos gerais e controversos, p. 431.

¹⁸¹ Idem, p. 431.

¹⁸² Idem, p. 432

É oportuno mencionar que a coisa julgada material ocorre quando houver alguma das seguintes decisões de mérito: atipicidade da conduta criminosa, existência cristalina de excludentes de ilicitude, e quando pronunciada a extinção da punibilidade¹⁸³.

E mais, pode ocorrer situação similar se houver desclassificação do fato para outro tipo penal, caso em que cometerá à Justiça Militar processar e julgar o feito, de modo que é mais interessante que tenha sido decidido através da análise do Inquérito Policial Militar, e não de Inquérito Comum, que pode, por algum motivo, não ser aceito pelo Promotor do Ministério Público Militar Estadual¹⁸⁴.

Além do mais, aceita a possibilidade de ser responsável para efetuar o Inquérito deste crime, a Polícia Civil estará, de certa forma, (pré) processando ou mais, (pré) condenando alguém, por crime doloso, porém, não se pode esquecer que estreitas são as fronteiras entre a culpa consciente e o dolo eventual, como ensina Luiz Gonzaga Chaves:

Difícil é saber-se, com certeza, se o delito é culposo ou doloso, pois esfumaçadas são, por exemplo, as fronteiras entre a culpa consciente e o dolo eventual. Em ambas as hipóteses há a previsão do resultado, embora, na culpa consciente, não querido, nem mesmo como risco da ação ou omissão, enquanto, no dolo eventual, é admitido como uma das possíveis alternativas realizáveis e não evitáveis. Na dúvida, recomenda Jorge Alberto Romeiro, deve o julgador optar pela culpa consciente, o mesmo se recomenda para o encarregado do IPM, pois o promotor ainda vai dar sua *opinio delicti* e o Juiz Auditor vai decidir se ficou ou não configurado o crime culposo¹⁸⁵.

Esse é, entre outras razões, um dos motivos pelos quais o Juiz Luiz Gonzaga Chaves defende ser competente para proceder ao inquérito dos crimes dolosos contra a vida de civil, praticado por militar estadual de serviço, a Polícia Militar¹⁸⁶.

¹⁸³ FOUREAUX, Justiça Militar: aspectos gerais e controversos, p. 432

¹⁸⁴ EVERS, Conflito de Atribuição Entre a Polícia Militar e a Polícia Civil na Investigação, p. 22.

¹⁸⁵ CHAVES, A competência sobre a apuração do crime de homicídio doloso e culposo praticados por policiais militares contra civis, p. 32.

¹⁸⁶ Idem, p. 32.

CONCLUSÃO

A realização da presente pesquisa bibliográfica, centrada na área do Direito Penal e Penal Militar, contribuiu para o aprimoramento do conhecimento, à medida que se esclareceram dúvidas e modificaram-se pré-conceitos que haviam sido formados antes dessa investigação acerca do assunto. Afinal, havia muitas dúvidas em relação à qual seria a Polícia competente para apurar o inquérito quando da ocorrência de crime doloso contra a vida de civil, praticado por militar estadual em serviço.

Frente a isso, verificou-se, de acordo com as doutrinas e ensinamentos utilizados, que não há embasamento legal para Delegados de Polícia instaurar Inquéritos Policiais para apurar crimes dolosos contra a vida de civil praticados por militar estadual em serviço, haja vista que a própria Constituição Federal prevê que a Polícia Judiciária apurará as infrações, exceto as militares. Além do mais, leis que tratam da matéria destacam a competência da Polícia Judiciária Militar para proceder com o Inquérito Policial, quando da ocorrência de um crime militar, como foi demonstrado no desenvolvimento desta pesquisa, citem-se, principalmente, os artigos 144, §4º da Constituição Federal e o 82, §2º do Código de Processo Penal Militar.

Não obstante, essa pesquisa trouxe o posicionamento de doutrinadores que levantam algumas hipóteses que seriam prejudiciais ao futuro processo, se ocorresse a investigação pela Polícia Civil, ou ocorressem investigações paralelas, presididas por órgãos distintos, no caso, Polícia Civil e Militar, como se aponta a seguir.

Uma dessas hipóteses é a possibilidade de, procedendo a Polícia Civil com o inquérito, haver, ao final, a desclassificação do crime - de doloso para culposo - ou até mesmo de outro tipo penal que atente apenas contra a integridade física e não contra a vida, devendo ser os autos, então, enviados à Justiça Militar, e esta, por sua vez, não aceitá-los, pois deveriam chegar até ela através de uma Denúncia fundada em Inquérito Policial Militar, como preveem os Códigos Penal e Processual Penal Militar, como bem demonstrado aqui.

A questão referida no parágrafo anterior, ao lado de outras, como a instauração de inquérito paralelo ao militar, pelo Delegado, constituem flagrante ilegalidade, constrangimento e desrespeito aos direitos constitucionais do policial militar investigado. Isso porque ele, assim como todo cidadão, tem direito a todas as garantias constitucionais e de direitos humanos, principalmente o direito à dignidade, que se resta ferido com a dupla

investigação, pois é notável a consequência negativa, legal e psicológica, que pesa sobre o investigado.

Há que se destacar a importância do respeito ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que, por sua envergadura, tratada em todas as obras consultadas, afirma-se, no entendimento mais engajado com a ordem constitucional implantada, que princípio constitucional que é, obriga irrestrita e incontornavelmente o Estado, seus dirigentes e todos os atores da cena política governamental, a respeitá-lo. Além do que, serve como alicerce aos demais princípios penais fundamentais. Desse modo, por exemplo, uma transgressão aos princípios da legalidade ou da culpabilidade implicará também, em última instância, em uma lesão ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como já referido.

Então, não é aceitável que se deixe de respeitar tal garantia para satisfazer duplo procedimento que tem o mesmo objetivo, ou seja, reunir elementos necessários à apuração de uma infração penal e de sua autoria. O que é satisfatória e legalmente alcançado através do Inquérito Policial Militar.

Observa-se que quaisquer dos inquéritos, Comum ou Militar, com mesma finalidade, se confundem até mesmo no conceito: O inquérito policial é um conjunto de diligências realizadas pela Polícia Civil ou Judiciária (como denomina o CPP), visando elucidar as infrações penais e sua autoria. O inquérito policial tem índole administrativa, de investigar o fato e apurar a autoria, como reza o Código de Processo Penal e a Constituição Federal; ou, artigo 9º do Código de Processo Penal Militar, “O inquérito policial militar é a apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria. Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal”.

Há, também, a possibilidade de ocorrerem relatórios diversos, diferentes, se adotada a ideia de proceder com a dupla investigação, resultando em desprestígio a ambas as Instituições, Polícia Civil e Militar, além de enfraquecer a ação penal que deverá ocorrer posterior à fase investigatória, pois vexatória é a situação, hipotética, de durante uma ação penal ter aos autos juntados dois inquéritos, sendo que em um deles o encarregado chegou à determinada conclusão, como, por exemplo, a ocorrência do crime doloso, enquanto que no outro a conclusão é completamente diversa.

Por conseguinte, o autor se posiciona de maneira a afirmar que é atribuição apenas e tão-somente da Polícia Militar investigar os crimes dolosos contra a vida de civil quando praticado por militar estadual em serviço.

Os militares estaduais não devem ser submetidos a duplo procedimento investigativo, tendo em vista que têm seus direitos e garantias fundamentais violados, cabendo nestes casos a impetração de Habeas Corpus para trancamento da referida investigação.

Além do mais, se retoma aqui o pedido de atenção para o fato de, sendo o inquérito presidido pela Polícia Civil, estarão as autoridades, de certa forma, afirmando que o então investigado praticou crime doloso contra a vida, antes mesmo de elaborar os autos e de obter indícios probatórios, ou pode-se dizer que estão julgando-o como homicida. Enquanto que, se o inquérito ocorrer pelas vias corretas, ou seja, for presidido pela Polícia Judiciária Militar, estará sendo apurado um crime militar, que ao final pode ser tipificado como doloso, culposo ou até como lesões corporais, sem que esteja sendo pré-julgado o indiciado, de forma a serem respeitados direitos e garantias do militar sob investigação. Pois, sendo o fato investigado pela Polícia Civil, subentende-se que se trata de crime doloso, ou seja, houve a vontade de o agente cometer a ação, matar, quando, na verdade, pode ser outra situação.

Então, cumpre afirmar a necessidade de que os operadores do Direito e os Magistrados observem essas garantias, e, mais do que isso, respeitem-nas e lutem por elas, pois nenhuma pessoa pode, em um Estado Democrático de Direito, ser privado de garantias mínimas à sua dignidade. Dessa forma, estar-se-á aumentando a sensação de justiça, e, diga-se neste caso, a realização da justiça, que tanto se busca.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César de. *Crime Militar e Crime Comum. Conceitos e Diferenças*. Disponível em: <www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/crimemilitarecomum.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2013.

ASSIS, Jorge Cesar de. *Lições de direito para a atividade policial militar*. 4ª Ed. Curitiba: Juruá, 1999.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal: v. 1 parte geral*. – 9ª. Ed.- São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª Ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. vol. 1. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral, 1*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Disponível em: <www.portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 25 abr. 2013.

BRASIL. *Código de Processo Penal Militar*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm>. Acesso em: 04 de set. 2013.

BRASIL. *Código Penal Militar*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm>. Acesso em: 19 jul. 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 jul. 2013

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 mai. 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf>. Acesso em 10 jul. 2013

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28associa%E7%E3o+dos+delegados+de+policia+do+brasil%29%28%40JULG+%3E%3D+19970101%29%28%40JULG+%3C%3D+19970601%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nwoc2de>. Acesso em: 11 set. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHAVES, Luiz Gonzaga. *A competência sobre a apuração do crime de homicídio doloso e culposo praticados por policiais militares contra civis*. Direito Militar- Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais- AMAJME. Nº 23, Maio/Junho, 2000.

COMENTÁRIOS à Constituição Federal de 1988 / coordenadores científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra; coordenadores editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho, Otávio Luiz Rodrigues Júnior. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DAL MINA, Márcio Henrique. *Poder Constitucional de Investigação da Polícia Militar de Crimes Comuns*. Curso Superior de Polícia Militar. Porto Alegre, 2009.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <www.universitario.com.br/noticias/n.php?i=9203>. Acesso em: 11 abr. 2013.

DELMANTO, Celso... (et al). *Código Penal Comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*. 8ª Ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2010.

EVERS. Isabele Moritz. *Conflito de Atribuição Entre a Polícia Militar e a Polícia Civil na Investigação*. Curso Superior de Polícia Militar. Porto Alegre, 2009.

FERNANDES, Fabiano Samartin. *Competência para apurar, processar e julgar crime militar doloso contra a vida de civil*. Disponível em: <www.cenajur.com.br/cenajurdigital/arquivo/crime_militar.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2013.

FOUREAUX, Rodrigo. *Justiça Militar: aspectos gerais e controversos*. 1ª Edição- 2ª Tiragem revisto. São Paulo: Editora Fiuza, 2012.

GIULIAN, Ricardo Henrique Alves. *Direito Penal Militar*. 3ª Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

GOMES, Luiz Flávio Gomes. *Direito Penal: parte geral*. V. 2. Luiz Flávio Gomes, Antonio García- Pablos de Molina. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007.

II Guerra Mundial. Disponível em: <www.educaterra.terra.com.br/voltaire/mundo/segunda-guerra.htm>. Acesso em: 25 abr. 2013.

JESUS, Damásio de. *Competência nos Crimes Militares Dolosos contra a Vida*. Anais do VII Seminário de Direito Militar. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2009.

LEIRIA, Gabriel Costa. *Fundamentos jurídicos para a atuação da Brigada Militar na elaboração do Inquérito Policial Militar, do Auto de Prisão em Flagrante e do Termo Circunstanciado, como procedimentos persecutórios próprios do processo penal atual*. Curso Superior de Polícia Militar. Porto Alegre, 2009.

LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª Ed, Revista e Aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Execução Criminal: teoria e prática: doutrina, jurisprudência, modelos*. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MONDAINI, Marco. *Direitos Humanos*. São Paulo: Contexto, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, doutrina e jurisprudência*. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Cristiane Mabel. *A proteção dos direitos humanos*. Disponível em: <www.jus.com.br/revista/texto/4607/a-protecao-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 10 jul. 2013

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito penal militar/ Cícero Robson Coimbra Neves, Marcello Streifinger*. 2. Ed.- São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 10ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e sua Incorporação no Ordenamento Brasileiro. Disponível em: <www.mt.trf1.gov.br/judice/jud13/tratados.htm>. Acesso em: 25 abr. 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PRADO, Geraldo. *A investigação criminal e a PEC 37*. Revista Boletim IBCCRIM, Ano 21- Nº 248- Julho/2013. 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral*. Arts. 1º a 120. 5º Ed, rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: parte geral*. 7ª Ed., completamente revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 11ª Ed. Revisada, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

RODRIGUES, Paulo Lima e Silva. *Os princípios constitucionais penais e os atos infracionais*. Disponível em: <www.ibccrim.org.br/novo/artigo/9512-Artigo:-Os-principios-constitucionais-penais-e-os-atos-infracionais>. Acesso em: 14 mai. 2013.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Aplicação do princípio do contraditório no Inquérito Policial Militar*. Disponível em: <www.ibccrim.org.br/artigo/7141-Artigo:Aplicacao-do-principio-do-contraditorio-no-InqueritoPolicialMilitar>. Acesso em 26 ago. 2013.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Processo-crime militar e princípios constitucionais*. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em 26 ago. 2013.

SANTANA, Luiz Augusto de. *Algumas Considerações Sobre o Que Seja Crime Militar*. Disponível em:

<www.bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19980/Algumas%20considera%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20crime%20militar.pdf?sequence=1>. Acesso em 17 jul. 2013

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª Ed. rev.atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª Ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2011.

SPANIOL, Marlene Inês. *Questões Legais. Mudanças Implementadas na JME com a EC N° 45/2004: Semelhanças e diferenças com as reformas propostas para a Justiça Militar da União (PEC 358/2005)*. Correio Brigadiano, abc da Segurança Pública; 216- Junho de 2013. APESP.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 8ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de Processo Penal*. 29ª Ed. rev. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2008.

VADE MECUM/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 12ª Ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.

VERAS, Frederico Magno de Melo. *Culpabilidade nos crimes propriamente militares*. São Paulo: Liv. e ED. Universitária de Direito, 2007.