

**ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DE ESTADO DA SEGURANÇA PÚBLICA E DA DEFESA SOCIAL
POLÍCIA MILITAR
DIRETORIA DE ENSINO
ACADEMIA DE POLÍCIA MILITAR CEL MILTON FREIRE DE ANDRADE
CURSO DE APERFEIÇOAMENTO DE OFICIAIS - CAO**

**FRANKLIN CIRILO RAMALHO
JUANY ALESSANDRO DA SILVA LOPES**

**FORÇA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA: ESTUDO SOBRE A PRÁTICA
DE CRIME MILITAR POR AGENTE MOBILIZADO**

**NATAL/RN
2011**

**FRANKLIN CIRILO RAMALHO
JUANY ALESSANDRO DA SILVA LOPES**

**FORÇA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA: ESTUDO SOBRE A PRÁTICA
DE CRIME MILITAR POR AGENTE MOBILIZADO**

Monografia apresentada à Academia de Polícia Militar Cel. Milton Freire de Andrade – APMRN, como critério parcial para obtenção do título de Especialista em Segurança Pública.

Orientador: prof^o MS. Eduardo Franco Correia Cruz.

NATAL/RN
2011

**FRANKLIN CIRILO RAMALHO
JUANY ALESSANDRO DA SILVA LOPES**

**FORÇA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA: ESTUDO SOBRE A PRÁTICA
DE CRIME MILITAR POR AGENTE MOBILIZADO**

Monografia apresentada à Academia de Polícia Militar Cel. Milton Freire de Andrade – APMRN, como critério parcial para obtenção do título de Especialista em Segurança Pública.

Aprovado em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Profº MS. Eduardo Franco Correia Cruz
Academia de Policia militar Cel. Milton Freire de Andrade

Nome do Professor
(Instituição)

Nome do Professor
(Instituição)

Dedicamos este trabalho:

Aos nossos pais, que nos proporcionaram educação para chegarmos até aqui. Às nossas esposas, pela dedicação, carinho e amor. Aos nossos filhos, que são bênçãos em nossas vidas. Ao Senhor Deus, por ser infinita fonte inspiradora.

Ao Major Franco, nossos agradecimentos, não só pela orientação, mas também pelo desprendimento e apoio prestado nessa árdua caminhada.

“a falta de clareza com que os cidadãos percebem o que podem esperar da polícia e a incerteza com que a polícia responde a tais expectativas criaram uma situação em que mesmo os esforços mais bem organizados de cooperação se desintegram depois de terminada a emergência que levou à sua formação”.

(BITNER)

RESUMO

O texto constitucional, no seu art. 144, elenca as instituições policiais que fazem parte da malha da Segurança Pública no país. Ocorre que, com a crescente onda de violência na sociedade, o Governo Federal criou a Força Nacional de Segurança Pública, onde seus integrantes, em maioria, são de milicianos estaduais. O decreto de criação desta força a conceitua como um programa de cooperação entre União e Estados-membros, porém, na prática, realiza atividades que são atribuídas constitucionalmente às milícias estaduais. Por conta disso, estes agentes mobilizados, quando da realização de suas atividades, poderão praticar crimes, inclusive delitos de natureza militar, o que ensejará a apuração destes. Porém, como há indícios de inconstitucionalidade em sua criação, surgiram outros óbices, inclusive de natureza processual, pois as autoridades militares que a comanda não poderão exercer as atribuições de Polícia Judiciária Militar, já que não revestidas legalmente destas atribuições. Dessa forma, verificando-se o tema proposto, necessário se faz verificar qual a natureza jurídica dos delitos castrenses praticados por estes agentes mobilizados, inclusive quando praticados contra os demais militares estaduais.

Palavras-chave: Força Nacional de Segurança Pública. Direito Penal Militar. Crime Militar.

ABSTRACT

The Constitution text in its article 144, lists the police institutions that are part of a network of Public Security in the country. It happens because of the increase of violence in the society, the Federal Government created the National Public Security Force, where its members, most of them, are from the state militia. The decree on the creation of this forces conceptualizes it as a state program of cooperation between the Union and Member States, however, in practice, it performs activities that are constitutionally assigned to the state militias. As a result, these deployed agents when conducting their activities, could commit crimes, including crimes of military nature, which can cause its investigation. However, there is evidence of unconstitutionality in its creation, some other obstacles appeared, including procedural, because the military authorities that commands it can not perform the duties of the Military Judicial Police, as it is not legally protected by these assignments. Thus, verifying the theme proposed, it is necessary to check what is the legal nature of these celtic offenses performed by these deployed agents, even when committed against the military state.

Keywords: National Public Security Force. Military Criminal Law. Military Crimes.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AMDF	Auditoria Militar do Distrito Federal
AMRN	Auditoria Militar do Rio Grande do Norte
Art	Artigo
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
COM	Código Penal Militar
CPB	Código Penal Brasileiro
CPP	Código de Processo Penal
CPPM	Código de Processo Penal Militar
DF	Distrito Federal
DPM	Direito Penal Militar
EC	Emenda Constitucional
EUA	Estados Unidos da América
HC	Habeas Corpus
IPM	Inquérito Policial Militar
Min	Ministro
MP	Ministério Público
PMDF	Polícia Militar do Distrito Federal
PMERJ	Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro
PMRN	Polícia Militar do Rio Grande do Norte
Rel	Relator
RHC	Recurso em Habeas Corpus
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STM	Superior Tribunal Militar
UPM	Unidade Policial Militar

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	FORÇA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA – ORIGEM	16
2.1	ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA BRASILEIRA E A ADOÇÃO DO FEDERALISMO	16
2.2	AS BASES DO FEDERALISMO NO BRASIL.....	17
2.3	PROCESSO LEGISLATIVO E HIERARQUIA DAS LEIS.....	19
2.4	A CRIAÇÃO DA FORÇA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA E OS INDÍCIOS DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE.....	22
3	CRIMES MILITARES E SUA APLICAÇÃO À FORÇA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA	28
3.1	O DIREITO PENAL E O CONCEITO DE CRIME.....	28
3.2	O DIREITO PENAL MILITAR.....	30
3.3	O CONCEITO DE CRIME MILITAR	31
3.4	O INCISO I DO ART. 9º DO CPM	33
3.5	O INCISO II DO ART. 9º DO CPM.....	34
3.6	O INCISO III DO ART. 9º DO CPM.....	38
3.7	CRIMES PROPRIAMENTE MILITAR E IMPROPRIAMENTE MILITAR	41
3.8	APLICAÇÕES DA LEGISLAÇÃO CASTRENSE ÀS POLÍCIAS MILITARES E CORPO DE BOMBEIROS MILITAR.....	42
3.9	A FORÇA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA E A LEGISLAÇÃO MILITAR	44
4	APLICAÇÕES DA LEGISLAÇÃO CASTRENSE ADJETIVA À FORÇA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA	46
4.1	POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR	46
4.2	O INQUÉRITO POLICIAL MILITAR – IPM	47
4.3	MODOS DE COMO PODE SER INICIADO O IPM	50

4.4 EXERCÍCIO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR	53
4.5 DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO PELA PRÁTICA DE CRIME MILITAR	56
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, esta sintetizou a segurança pública como dever do estado, direito e responsabilidade de todos, tendo como objetivos, a preservação da ordem pública, a incolumidade das pessoas e do patrimônio. Previu no seu art. 144 uma polícia de segurança que se subdivide em polícia administrativa (preventiva ou ostensiva) e polícia judiciária (investigação). O papel da polícia administrativa ostensiva é desempenhado pelas Polícias Militares, que atuam na prevenção da ordem pública, evitando assim, que os mais diversos ilícitos penais ocorram. A polícia judiciária é desempenhada pelas polícias civis e pela Polícia Federal cabendo-lhe agir de maneira repressiva. Logo, após a prática de infrações penais (exceto as militares) é por dever investigar o fato, reunir provas e indicar a autoria do delito para o destinatário final da investigação, o Ministério Público.

Ocorre que, mesmo com este aparato de segurança estatal, os índices de criminalidade são crescentes em todas as regiões do país, aliados a falta de uma estrutura social consolidada onde ainda prevalecem as desigualdades sociais. Entretanto, o Estado preocupado com a escalada da violência no país resolve criar um programa denominado Força Nacional de Segurança Pública (FNSP), como força policial ou força militar de intervenção. Para tanto emitiu o Dec. Federal nº 5289/2004, regulamentando a organização, o funcionamento do programa, e indicando ainda que seus integrantes seriam componentes das polícias dos estados e da Polícia Federal. Assim dispõe o §4º do art. 2º, do referido decreto:

O contingente mobilizável da Força Nacional de Segurança Pública será composto por servidores que tenham recebido, do Ministério da Justiça, treinamento especial para atuação conjunta, integrantes das polícias federais e dos órgãos de segurança pública dos Estados que tenham aderido ao programa de cooperação federativa (Brasil, 2004, p. 1).

Para esta criação o Governo Federal analisou o art. 84, incisos IV e VI, alínea “a”, que regula competência privativa do Presidente da República na expedição de decretos que cria órgãos para organização e funcionamento da administração federal e o art. 241 que disciplina o conceito de Solidariedade Federativa. Dessa análise é que veio a base para se formar o programa de cooperação, aplicando-se assim o que doutrinariamente é conhecido como federalismo cooperativo. Conforme Paulo e Alexandrino (2009) a característica do federalismo cooperativo está no fato de que entre a união e os estados federados não há uma rigidez na distribuição das competências.

A Solidariedade Federativa prevê que a união firmará com os estados federados e o DF convênios que compreenderão a execução de atividades e serviços imprescindíveis à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Conforme Lenza (2010) a cooperação federativa abrange ações conjuntas, o repasse de recursos e a capacitação de profissionais da área de segurança pública no âmbito da Força Nacional de Segurança Pública, sob a coordenação da União e do ente federado que firmou o convênio. É na verdade uma especialização dos componentes das forças estaduais que se qualificam na utilização de novos equipamentos e estratégias policiais, para aplicá-los em estados onde há deficiência de seu corpo policial.

Há, no entanto óbices, trazidos por doutrinadores, citando, por exemplo, Jorge César de Assis, segundo os quais não haveria previsão constitucional que sustentasse a criação da FNSP. Não adentrando neste momento ao mérito se de fato a FNSP é ou não inconstitucional, não houve por parte dos tribunais superiores pronunciamento acerca desta suposta inconstitucionalidade. O certo é que a FNSP é composta em sua grande maioria por policiais militares que são mobilizados para compor seu contingente e que atuam exclusivamente no patrulhamento ostensivo, visando coibir a prática dos mais diversos crimes. É de se notar que suas atribuições se confundem com as das polícias militares dos estados, as quais têm sua missão constitucional disposta no § 5º, do art. 144 da CF: “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 civil” (Brasil, 1988, p. 32).

De outra monta, os milicianos mobilizados também podem ser autores de crimes, sejam eles de natureza comum, sejam eles de natureza militar. Quanto aos crimes de natureza comum, estão estes disciplinados no Código Penal Brasileiro (CPB) e nas mais diversas leis penais extravagantes, competindo à justiça comum processar e julgar os delitos dessa natureza, conforme dispõe as regras de competência trazidas pelo Código de Processo Penal (CPP).

Ainda neste contexto vale citar a mudança trazida pela lei 9299/96, e em nível constitucional pela EC 45/06, em que o legislador, modificando a competência de julgamento referente aos crimes dolosos contra a vida praticados por militar de serviço contra civis, a repassou para os tribunais do júri, retirando assim das auditorias militares. Ressalte-se que apenas modificou-se a competência e não a natureza do crime, que ainda é considerado delito militar e sua apuração cabe as instituições militares, conforme prevê o art. 82, §2º, do Código de Processo Penal Militar (CPPM), que diz: “Nos crimes dolosos contra a vida,

praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum” (Brasil, 1969, p. 7). Relativo a crimes de natureza militar estão estes previstos no Código Penal Militar (CPM), que tipificam essas espécies de delitos especiais praticados em tempo de paz e em tempo de guerra. Porém, para se configurar um delito como militar não basta apenas estar previsto no CPM. A conduta deve também se amoldar às hipóteses trazidas no art. 9º do referido código. Nesse sentido, para Neves e Streifinger (2008, p. 108):

Justamente nesse ponto identificamos uma singularidade dos tipos penais militares, porquanto pode-se afirmar que todos os crimes militares que possuam idêntica tipificação na legislação penal comum (art. 9º, II, do CPM) se caracterizam por uma tipicidade indireta. É dizer que tais crimes previstos na Parte Especial do Código Penal Militar carecem, para sua perfeita tipificação, de complementação da Parte Geral do mesmo *Códex*.

Ao se tratar de competência para julgamento desses crimes estes devem ser realizados pelas Auditorias Militares, pois, por mandamento constitucional, são as que detêm competência legal para tal mister, conforme dispõe o art. 125, §4º e §5º, da CF:

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. 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 (Brasil, 1988, p.29).

Por outro lado existe também a ótica de quem poderá ser vítima de tais delitos. Poderá então haver vítimas civis e militares. Quanto aos milicianos vitimados poderão ser outros agentes mobilizados ou ainda policiais militares dos estados onde se encontra a tropa mobilizada da FNMP.

Diante disso surge a necessidade da apuração dos crimes militares, já que os agentes mobilizados, em especial os policiais militares, são milicianos estaduais. Logo, as regras de Polícia Judiciária Militar devem ser aplicadas. Tais regras serão aplicadas pela Autoridade de Polícia Judiciária Militar, inclusive regras de procedimentos cautelares que de plano alteram a liberdade do miliciano que venha a praticar delitos dessa natureza. Porém, com a criação da FNMP, o legislador não observou que nasceram juntamente vários problemas que vão desde o início da persecução criminal, no sentido de qual autoridade militar detém a

atribuição de aplicação das regras de Polícia Judiciária Militar, até as regras de competência, de qual juízo deve aplicar reprimendas penais.

Neste sentido, explanamos a problematização que direciona toda a presente pesquisa: Qual a natureza jurídica do crime militar praticado pelo agente mobilizado da Força Nacional de Segurança Pública e quem exerce a Autoridade de Polícia Judiciária Militar para apuração de tais delitos? Inicialmente, a hipótese que apontamos como resolução desta indagação, se assenta no fato de que os militares mobilizados continuam sendo militares estaduais.

A justificativa está calcada no fato de se tratar do cotidiano da instrução de procedimentos apuratórios e assessoramento sobre o controle das ações dos integrantes da FNSP, ainda que de forma isolada, quando estes se envolvem em delitos que afrontam a disciplina, a ética e o pundonor militar, inerente a todo miliciano estadual. Além disso, contribuirá para que os operadores do direito e estudiosos possam se nortear quanto à aplicação das regras e das atividades de Polícia Judiciária Militar, bem como, para que as autoridades militares possam normatizar ações de aplicação da lei penal militar quando da ocorrência de eventos envolvendo policiais militares mobilizados na FNSP.

Inicialmente o trabalho científico se baseará na busca exploratória de arcabouço bibliográfico e conceitos, apontando os entendimentos doutrinários concernentes ao tema proposto. Segundo Gil (1996, p. 51): “enquanto a pesquisa bibliográfica se utiliza fundamentalmente das contribuições dos diversos autores [...], a pesquisa documental vale-se de materiais que não receberam ainda um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados [...]. Haverá fundamentação também com base no método dedutivo, onde se resolverá o problema justificando todo o contexto por meio da razão e também no método qualitativo, por meio de informações trazidas ao presente trabalho.

Para que este trabalho fosse levado a efeito, buscando deixar clara a natureza jurídica do crime militar praticado por agente mobilizado da Força Nacional de Segurança Pública, a competência da Força Nacional de Segurança Pública para instauração de IPM e a possibilidade de prisão em flagrante do agente mobilizado pela Autoridade de Polícia Judiciária Militar do local do fato, a pesquisa foi dividida em cinco capítulos.

O capítulo introdutório faz uma análise superficial das principais peculiaridades analisadas nesta monografia, assim como ressalta a importância do tema para as milícias estaduais.

O Segundo capítulo aborda os aspectos constitucionais acerca do tema, tais como Federalismo, Controle de Constitucionalidade, Processo Legislativo, hierarquia das leis,

constitucionalidade da Força Nacional de Segurança Pública, além de outros que trazem sustentabilidade para compreensão dos capítulos seguintes.

O terceiro capítulo analisa os crimes de natureza militar, explanando as nuances do art. 9º do Código Penal Militar, o entendimento doutrinário e jurisprudencial e as nuances dos crimes militares praticados pelos milicianos estaduais mobilizados junto a Força Nacional de Segurança Pública.

O quarto capítulo detalha o Inquérito Policial Militar, a delegação de competência, as hipóteses da prisão em flagrante, além de uma análise sobre a FNSP e a Autoridade de Polícia Judiciária Militar.

O quinto capítulo trata das considerações finais e o desfecho da pesquisa.

2 FORÇA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA – ORIGEM

2.1 ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA BRASILEIRA E A ADOÇÃO DO FEDERALISMO

Um dos prismas da organização político-administrativa do estado brasileiro é o federalismo, que se traduz, classicamente, como a repartição geográfica do poder político, sob o ponto de vista territorial. Em outras palavras, é a distribuição do poder político dentro de um estado nacional. O conceito de federação surgiu nos Estados Unidos da América (EUA), em meados do Sec. XVIII, quando criada sua constituição. Ali, após as treze colônias saírem vitoriosas do domínio inglês, criaram uma confederação, por meio de tratado. Porém, percebeu-se quão frágil era esta forma de estado, pois sequer a confederação poderia impor tributos aos estados federados, já que estes detinham soberania própria e também direito de secessão. Segundo Bastos (2002) a confederação nem sequer poderia adentrar nas questões internas de cada ente, pois não possuía mecanismos que lhe concedesse este poder, além do que, qualquer decisão por si tomada, dependeria da legislação interna de cada estado confederado. Logo, trataram de solidificar sua união criando o federalismo, agora por meio de uma constituição, onde dotaram um ente de soberania e cada Estado-membro apenas de autonomia. Nesse sentido, Moraes (2008, p. 268):

O mínimo necessário para a caracterização da organização constitucional federalista exige, inicialmente, a decisão do legislador constituinte, por meio da edição de uma constituição, em criar o Estado Federal e suas partes indissociáveis, a Federação ou União, e os Estados-membros, pois a criação de um governo geral supõe a renúncia e o abandono de certas porções de competências administrativas, legislativas e tributárias por parte dos governos locais.

O Brasil se caracteriza por ser um estado federado de origem centrífuga, ou seja, uma origem de distribuição de poder, do centro para as extremidades. Esta forma de estado concretizou-se quando da ruptura do estado brasileiro com o modelo de poder unitário, cuja força política estava apenas nas mãos de um poder central. Com a criação do estado federal este poder foi distribuído para as extremidades alcançando todo o território nacional. Conforme Dallari (1985) o estado federado se diferencia do estado unitário, pois este é

centralizador identificando um mesmo poder, que é aplicado a um mesmo povo e território. Esta é uma das maiores diferenças do federalismo clássico americano, pois naquele país também houve uma ruptura na divisão do poder, porém, se realizou de forma centrípeta, ou seja, das extremidades para o centro. Seu modelo se idealizou, pois os americanos sedimentaram, inicialmente, seu poder político na forma confederada, onde cada ente tentava impor suas idéias políticas. Com a ordenação do federalismo clássico, os entes repassaram sua soberania a um poder político central soberano, porém, detiveram algumas competências desvinculadas desse poder, perdurando até os dias atuais. Um exemplo disso é o fato de que cada estado americano pode ter legislação penal própria, com tipos penais que se diferenciam de estado para estado, o que não ocorre no Brasil.

2.2 AS BASES DO FEDERALISMO NO BRASIL

O federalismo brasileiro consolidou-se a partir da Constituição de 1891, que conforme explanado, deixou para trás um modelo político unitário, dando lugar à descentralização regional política, no sentido centro-extremidades. Este movimento permitiu deixar uma maior gama de poderes com o ente central, porém, causou uma deficiência autonômica aos demais entes. Nesse contexto, é forçoso deduzir que temos na origem histórica um federalismo centrífugo, mas, na prática, um federalismo centrípeta, ou seja, com inúmeros poderes e competências para o pólo central.

A nossa atual constituição não deixou de lado este modelo, sendo perfeitamente possível vislumbrar suas bases ideológicas logo no caput de seu primeiro artigo: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito [...]” (Brasil, 1988, p. 5). Nota-se, então, o estabelecimento da República Federativa do Brasil como ente soberano, ou seja, juridicamente não deve obediência a nenhum outro Estado, sendo, portanto o poder máximo interno e o poder igualitário com os demais Estados, em nível externo. A sua indissolubilidade tem por base a carência do poder de secessão dos seus entes, ou seja, não há possibilidade de ruptura do ente federativo. Nesse sentido, Paulo e Alexandrino (2009, p. 264): “A Constituição Federal não admite nenhuma pretensão de separação [...] da federação, ou seja, inexistente entre nós, o denominado direito de secessão”. Este ente soberano também formula a legislação, por meio dos representantes do povo, impondo-a a seus governados e ao

mesmo tempo se submete às leis, sendo reconhecido, portanto, como um Estado Democrático de Direito. A Complementação ideológica do conceito federativo brasileiro foi disposta no art. 18 da CF/88, ao qual elencou as entidades jurídicas autônomas que fazem parte da organização político-administrativa da federação: a União e os Estados-membros (entes federados típicos), o Distrito Federal e os Municípios (entes federados atípicos ou anômalos).

Com esta divisão política os entes foram dotados de autonomia, porém, dentro de parâmetros estabelecidos pela federação, que limitam as atividades a serem desenvolvidas. Mesmo com estas limitações é possível enxergar as capacidades adquiridas na constituição, dos entes federados. Na prática, existe uma tríplice capacidade dos entes federados que se traduz em uma auto-organização, autogoverno e auto-administração. Nesse sentido, Carvalho Filho (2006, p. 5): “Autonomia, no seu sentido técnico-político, significa ter a entidade integrante da federação capacidade de auto-organização, autogoverno e autoadministração”.

Do ponto de vista da auto-organização todos os entes federados têm a capacidade de editar normas próprias, de criar diplomas constitutivos, seja a União editando leis federais e se apoiando na Constituição Federal, sejam os estados editando leis estaduais e suas próprias constituições, sejam os municípios editando leis orgânicas e municipais. Além destes, o DF também edita leis de caráter estadual e municipal, devido a sua formação híbrida. Todas as normas infraconstitucionais deverão observar os princípios constitucionais sensíveis elencados no art. 34, VII, da CF, os princípios constitucionais extensíveis (normas comuns aos entes) e os princípios constitucionais estabelecidos (normas de organização da federação e de observação obrigatória pelos Estados-membros). Já na visão de autogoverno entende-se que cada ente poderá organizar e estruturar seus Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, elegendo dirigentes e representantes. O Poder Judiciário tanto poderá ser organizado pelo Estado-membro, quanto pela União, havendo apenas a exceção do município, que é desprovido de judiciário. Quanto à autoadministração, esta se fundamenta como a terceira capacidade dos entes federados e na noção do que hoje conhecemos como Administração Pública.

Nesse contexto de divisão do poder entre entes federativos, há necessidade de dirimir a responsabilidade de cada um, indicando quais são suas atribuições, abrangência de seu poder político e de seus serviços. Para tanto, se repartiram competências, onde são tomadas decisões de cunho administrativo, legislativo e tributário, por todos os entes federados. Nesse diapasão, segundo Afonso da Silva (1999, p. 419): “Competências são as diversas modalidades de poder de que servem os órgãos ou entidades estatais para realizar

suas funções”. É interessante observar que no Brasil, no que tange as competências legislativas e administrativas, se utilizou de técnicas de repartição, onde distribuíram competências específicas, ou seja, de forma individualizada entre os entes e competências concorrentes, onde todos irão atuar conjuntamente em uma mesma matéria, sem subordinação de um para com os demais. Nesse sentido, Moraes (2008, p. 293): “A própria Constituição Federal estabelecerá as matérias próprias de cada um dos entes federativos, [...], e a partir disso poderá acentuar a centralização do poder, ora na própria Federação, ora nos Estados-membros”. Nesse mesmo contexto, Paulo e Alexandrino (2009, p. 263): “Todos os entes federados retiram sua autonomia do texto da Constituição, [...]. Não há precedência de um ente federado sobre o outro, mas sim distribuição de competências, em caráter privativo ou concorrente”. Para esvaziar dúvidas quanto a qual ente prevalecerá à atuação, aplicar-se-á o Princípio da Predominância dos Interesses, onde se verificará se há interesse geral por parte da União, regional por parte do Estado-membro, local por parte do município e o DF tanto com o interesse regional, quanto com o local, devido a sua estrutura *sui generis*.

2.3 PROCESSO LEGISLATIVO E HIERARQUIA DAS LEIS

Quando o estado federado repartiu competências legislativas aos entes, deu-lhes o poder de formular suas próprias legislações, porém, observando limites, inclusive aqueles ligados à forma com que são formulados. A esta se denominou processo legislativo, que se caracteriza por ser um conjunto de preceitos antecipadamente ordenados no texto constitucional, ao qual indica o proceder obrigatório que deverá ser adotado, àqueles que formulam a legislação. Nesse sentido, assim define Afonso da Silva (1992, p.458): “Um conjunto de atos preordenados visando à criação de normas de direito”. Nesse mesmo diapasão, Moraes (2008, p. 640): “Juridicamente, consiste no conjunto coordenado de disposições que disciplinam o procedimento a ser obedecido pelos órgãos competentes na produção de leis e atos normativos que derivam diretamente da própria constituição [...]”. É de se observar que por ser esta regra constitucional, advém de algum princípio e, neste caso, exprime o Princípio da Legalidade, pois não se pode, neste país, fazer ou deixar de fazer algo se a lei não mandar. Ocorre que esta lei não poderá ser editada de maneira que fuja às balizas da legalidade, sendo necessário observar, portanto, um rito, um trâmite, cuja elaboração se

realiza por meio de autoridades devidamente revestidas e autorizadas pelo povo, que é o detentor do poder originário.

Nesse contexto, a constituição reservou ao Poder Legislativo a incumbência de criação das normas, sendo fonte legislativa primária, já que este poder, conforme esclarecimento anterior, é composto por representantes do povo, eleitos democraticamente, que debaterão entre si a fim de que seja expressa a vontade desse mesmo povo. Embora o Poder Legislativo detenha, em regra, o monopólio da atividade legislativa, os outros poderes também poderão editar normas, com a mesma natureza jurídica de fonte normativa primária, sendo, portanto, o Executivo, quando edita medidas provisórias e decretos autônomos e o Judiciário, quando edita seus regimentos internos, por meio dos tribunais ou do Conselho Nacional de Justiça. Há de se observar ainda que estas regras constitucionais também se aplicam ao legislativo estadual, estando por obrigatório sua inserção nas constituições estaduais.

Se porventura ficar evidente o desrespeito às regras de elaboração das leis, ensejará sua inconstitucionalidade, seja esta de caráter formal, quando não observância do rito de elaboração ou quando elaborada por autoridade incompetente, seja de caráter material, quando não observada a matéria na elaboração da lei ou ato normativo. Nesse entendimento, Lenza (2010, p. 441):

[...] quando estudamos as regras sobre controle de constitucionalidade, apontamos que uma espécie normativa poderia apresentar um vício formal (subjetivo ou objetivo) ou um vício material; vícios esses caracterizadores da inconstitucionalidade. O vício formal, como já apontamos, diz respeito ao processo de formação da lei (processo legislativo), cuja mácula pode estar tanto na fase de iniciativa (vício formal subjetivo) como nas demais fases do processo de formação da lei (vício formal objetivo, por exemplo, desrespeito ao *quorum* de votação). Já o vício material refere-se ao conteúdo da espécie normativa, à matéria por ela tratada.

Dessa forma, as casas legiferantes federais na atuação de suas comissões de constituição e justiça, bem como qualquer parlamentar por meio de mandado de segurança ao Judiciário, ainda durante o processo legislativo, fazem o controle prévio de constitucionalidade. Entretanto, este, não é exclusividade do Poder Legislativo. O Executivo, quando do veto aos atos normativos e o Judiciário, quando do controle repressivo de constitucionalidade, difuso ou concentrado, também verificam se há inconstitucionalidade em leis ou atos normativos.

É importante trazer à tona que dentro desse processo de criação das leis, há entre elas uma hierarquia que inclusive faz divergir o rito pelo qual elas são propostas. Desse

modo, a Constituição Federal é o ápice do ordenamento jurídico, pois foi elaborada por uma Assembléia Nacional Constituinte, autônoma, também chamada de Poder Constituinte Originário, que de posse de um ilimitado e incondicionado poder jurídico, instalou uma nova ordem jurídica e política no país, criando um novo Estado. A partir desse ponto, todas as demais normas legais criadas ou já existentes por qualquer dos poderes, devem estar em consonância com o ordenamento jurídico constitucional. Do contrário, ou não serão recepcionadas (normas anteriores à constituição), ou serão extirpadas do ordenamento por inconstitucionalidade (normas posteriores à constituição). Nesse sentido, Paulo e Alexandrino (2009, p. 690): “[...] para uma norma ter validade dentro desses sistemas há que ser produzida em concordância com os ditames da constituição, [...] de modo que as normas de grau inferior somente valerão se forem com ela compatíveis.” O art. 59 da CF de 88, elenca quais são as espécies normativas que farão parte do processo legislativo sendo elas: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

É fundamental destacar que as normas constitucionais apresentam eficácia, ou seja, apresentam efeitos, que foram firmados de acordo com o entendimento do poder constituinte originário. Nesse sentido, Paulo e Alexandrino (2009, p. 57):

O Constitucionalismo moderno refuta a idéia da existência de normas constitucionais desprovidas de eficácia jurídica. Reconhece-se que todas as normas constitucionais possuem eficácia, mas se admite que elas se diferenciam quanto ao grau dessa eficácia e quanto a sua aplicabilidade

Assim, é possível diferenciar doutrinariamente os efeitos destas normas constitucionais, de acordo com a sua abrangência. Nesse sentido, os efeitos podem ser plenos, pois, quando entram em vigor não necessitam de norma infraconstitucional para complementá-la, podem ser contidos, pois ao entrarem em vigor também produzem efeitos, porém, a norma infraconstitucional integrativa limita o seu campo de abrangência, ou ainda podem ter efeitos limitados, pois, quando não conseguindo exprimir todos os seus efeitos, necessitam de uma norma infraconstitucional integrativa para que sejam plenamente efetivas.

Portanto, extrai-se que os demais atos normativos também têm sua aplicabilidade específica, devendo ser elaboradas e aplicadas de acordo com a sua competência constitucional. Logo, se, por exemplo, a lei maior determinar que uma de suas normas seja infraconstitucionalmente integrada por lei ordinária, não pode o legislador integrá-la por meio de decreto ou por uma resolução. Neste caso específico, quando a norma

constitucional reclamou uma lei para integrá-la, o legislador constitucional reservou uma espécie normativa que seria debatida em nível de legislativo, com debates nas casas, com discussões que levaria o legislador ordinário a editar normas que abrangesse em sua totalidade, a necessidade social. Assim, a norma jurídica editada de maneira contrária à magna carta, deverá ser imediatamente retirada do ordenamento jurídico, pois eivada de vício de inconstitucionalidade, pois sua iniciativa partiu do Executivo, poder este que, nesse caso específico, não detinha de competência para regulamentar o que fora proposto pela constituição. Segundo Vicente e Alexandrino (2009), haverá inconstitucionalidade se por ventura a constituição determinar que lei complementar a integre, porém, foi editada lei ordinária regulamentando o tema, ou ainda, haverá inconstitucionalidade se o Presidente da República editar medida provisória sem o caráter de urgência e relevância.

2.4 A CRIAÇÃO DA FORÇA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA E OS INDÍCIOS DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE

A FNSP foi criada pelo governo federal, por meio do Dec. nº 5.289/2004, ao qual se baseou nas orientações do arts. 144 e 241 da CF/88, que tratam acerca da segurança pública e da possibilidade dos entes firmarem convênios de cooperação entre si, respectivamente, e ainda, no Princípio da Solidariedade Federativa. Segundo Lenza (2010) um dos principais motivos para criação do programa foram as “greves” praticadas por policiais militares, embora sejam inadmitidas legalmente. Os artigos 1º, 2º e 4º, do decreto disciplinam as suas orientações gerais e determinam sua abrangência:

Art. 1º Este Decreto disciplina as regras gerais de organização e funcionamento da administração pública federal, para desenvolvimento do programa de cooperação federativa denominado Força Nacional de Segurança Pública, ao qual poderão voluntariamente aderir os Estados interessados, por meio de atos formais específicos. Art. 2º A Força Nacional de Segurança Pública atuará em atividades destinadas à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, nas hipóteses previstas neste Decreto e no ato formal de adesão dos Estados e do Distrito Federal. [...] Art. 4º A Força Nacional de Segurança Pública poderá ser empregada em qualquer parte do território nacional, mediante solicitação expressa do respectivo Governador de Estado ou do Distrito Federal (Brasil, 2004, p. 1).

Nota-se que este programa prevê uma cooperação conjunta entre os entes envolvidos, a fim de que possa haver treinamento de pessoal e repasse de recursos, até então

escassos ou mal geridos pelos governos estaduais. A base para esta visão está inserida no contexto da Solidariedade Federativa, em que a união firmará com os estados federados e o DF convênios que compreenderão a execução de atividades e serviços imprescindíveis à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Para tanto, há expressa voluntariedade de adesão por parte dos Estados-membros, mediante solicitação dos governadores, onde seu contingente atuará nas ações de Segurança Pública, embora os Estados-membros tenham suas forças policiais. Conforme Lenza (2010) a cooperação federativa abrange ações conjuntas, o repasse de recursos e a capacitação de profissionais da área de Segurança Pública no âmbito da Força Nacional de Segurança Pública, sob a coordenação da União e do ente federado que firmou o convênio. É na verdade uma especialização dos componentes das forças estaduais que se qualificam na utilização de novos equipamentos e estratégias policiais, para aplicá-los em estados onde há deficiência de seu corpo policial.

Em uma análise mais detida acerca do decreto, verificam-se traços de inconstitucionalidade na criação da FNSP, embora seja elogiável a preocupação do governo federal com a escalada da violência no país. Porém, mesmo com um motivo tão relevante e que remonta a atualidade da vida urbana e porque não dizer da vida rural, pois nestas regiões houve crescentes índices de violência, não pode o poder público criar soluções ao arrepio das leis e principalmente sem observância das peculiaridades emanadas da Constituição Federal. Dentro dessa ótica, é possível verificar diversos pontos divergentes na criação da FNSP, quando comparados com a doutrina jurídica pátria, o que também acaba por refletir na legislação penal e processual militar, ao qual serão detidamente tratadas ao transcorrer dessa pesquisa.

Referida inconstitucionalidade se verifica primeiramente, no fato de que não há possibilidade de interferência de uma força militar em um ente, sem ficar evidente que se está ferindo o princípio da autonomia e do pacto federativo. A autonomia pressupõe atuar em determinados campos, porém sempre em observância aos ditames constitucionais, já que incluída no pacto federativo. Logo, um ente não age de forma ilimitada dentro de suas atribuições, pois se algo de sua atribuição não estiver sendo desempenhado de forma satisfatória, causando grave incômodo à população, o ente soberano poderá intervir, de forma a restabelecer a ordem. Neste diapasão, se há comprometimento na ordem pública, ao qual está inserida a segurança pública, haveria a necessidade de haver uma intervenção federal, que nada mais é do que a exigência de que um Estado-membro se comporte de forma a cumprir suas obrigações constitucionais, de acordo com o disposto no art. 34, III, da CF/88: “A União

não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública” (Brasil, 1998, p. 12).

O segundo traço de inconstitucionalidade está inserido na distorção de interpretação constitucional utilizado pelo governo federal, a fim de lhe conceder base legal. Esta indagação se alicerça no fato de que a FNSP não está inserida no rol taxativo dos órgãos de segurança pública constantes do art. 144 da CF. A doutrina mais moderna, quando conceitua poder de polícia, divide esta atividade estatal em polícia administrativa *lato sensu* (que se resume em qualquer restrição emanada pelo ente estatal em relação aos direitos individuais) e polícia de segurança (que se relaciona com as atividades de restrição da liberdade e restrição material), ao qual se subdivide em polícia administrativa (ostensiva e preventiva) e a polícia judiciária (polícia de investigação). A tais órgãos deveu-se a incumbência de cuidar da sociedade, no tocante à malha policial e defesa social. Nesse sentido, Moraes (2008, p. 793):

Esta classificação foi adotada pela Constituição Federal de 1988, ao prever taxativamente no art. 144, que a segurança pública, dever do estado, é exercida para a preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio da polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, policiais civis e polícias militares e corpos de bombeiros. A multiplicidade dos órgãos de defesa da segurança pública, pela nova Constituição, teve dupla finalidade: o atendimento aos reclamos sociais e a redução da possibilidade de intervenção das Forças Armadas na segurança interna.

Logo, não se tem notícia, na constituição, da existência da FNSP como órgão participante das atividades de segurança pública, até porque são *numerus clausus*. Logo, na ótica de Lenza (2010), incumbem as policiais estaduais a atribuição de cuidado com a segurança pública, onde a polícia judiciária investiga crimes comuns, as policiais militares preservam a ordem pública de maneira ostensiva e os bombeiros militares cuidam da defesa civil.

É interessante ainda observar a ressalva do § 7º, do mesmo artigo 144 da CF: “a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública de maneira a garantir a eficiência de suas atividades” (Brasil, 1988, p. 32). Nesta ressalva trazida pelo legislador constituinte originário, repousa a terceira grande inconstitucionalidade do decreto de criação da FNSP. É notório que embora o legislador tenha ficado silente, adormecido e não cumprido o seu papel disciplinador em editar lei integrativa, não pode o Executivo, por meio de decreto, usurpar função que não é sua, pois eivado de inconstitucionalidade por vício de iniciativa. Ou seja, a carta magna determina que lei em

sentido formal, deverá disciplinar as nuances referente à segurança pública. A solução legal e constitucional estaria na figura do legislador constituinte derivado que, por meio de emenda constitucional acrescentaria a FNSP como participante da segurança pública ou ainda criasse lei disciplinando a questão aqui discutida. E não há outra solução, pois, do contrário, estar-se-ia novamente eivando qualquer outra espécie legislativa de flagrante inconstitucionalidade.

O quarto indício de inconstitucionalidade repousa no fato de que quando se trata de federação cooperativa, embora inicialmente os entes federados passem a agir de modo comum ou concorrentemente, mormente a União se sobrepõe aos demais entes, impondo condições, tornando-os subordinados, levando à quebra de suas autonomias. Nesse sentido, Lenza (2010, p. 344): “A doutrina adverte o risco de, a pretexto do modelo cooperativo, instituir-se um federalismo de ‘fachada’, com fortalecimento do órgão central em detrimento dos demais entes federativos e, assim, [...], a caracterização de um federalismo de subordinação”. Logo, para que não haja este fortalecimento ilegal da União, criando inconstitucionalmente soluções para a Segurança Pública, como é o caso da FNSP, é necessário interpretar de forma correta a Constituição Federal, fortalecendo os Estados-membros, repassando verbas para serem empregadas na Segurança Pública e promovendo atividades que tragam um desenvolvimento capaz de cessar as desigualdades sociais no país.

A quinta ponta de inconstitucionalidade se refere à interpretação do art. 241 da CF, e que assim dispõe:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos (Brasil, 1988, p. 47).

É de se reparar que novamente a constituição determina que lei, em sentido formal, discipline a criação de convênios de cooperação entre os entes federados. Para tanto, foi editada a lei nº 10.277/01, que em sua primazia, firmava convênio entre União e os Estados-membros para a execução de atividades e serviços voltados à área de segurança pública. Esta lei deixava claro, no art. 1º, que seriam utilizados servidores públicos federais:

A União poderá firmar convênio com os Estados-membros para que estes, em caráter emergencial e provisório, utilizem servidores públicos federais, ocupantes de cargos congêneres e de formação técnica compatível, para execução de atividades e serviços imprescindíveis à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (Brasil, 2001, p. 1).

Posteriormente foi editada a Lei nº 11.473/07, ao qual revogou a Lei nº 10.277/01, porém, novamente ratificando a possibilidade de se firmar convênio com os Estados-membros, mas agora, com a possibilidade do emprego da Força Nacional de Segurança Pública. Assim, dispõe o art. 2º:

A cooperação federativa de que trata o art. 1º desta Lei, para fins desta Lei, compreende operações conjuntas, transferências de recursos e desenvolvimento de atividades de capacitação e qualificação de profissionais, no âmbito da Força Nacional de Segurança Pública (Brasil, 2007, p. 1).

E aqui repousa a sexta grande ponta de inconstitucionalidade da FNSP, pois, embora o legislador tenha criado lei possibilitando a criação de convênios, não poderia esta determinar que a cooperação fosse desempenhada pela FNSP, já que, conforme dito anteriormente, não é este órgão de segurança pública, além do que esta lei também não regulou o que havia sido determinado pelo § 7º do art. 144 da CF. Nessa monta, é interessante ressaltar que ainda não foi editada lei regulando a organização e o funcionamento da segurança pública no país. Mas o governo federal, de forma inconstitucional, editou um decreto para tratar dos pormenores de um convênio, que ao pé da letra regula as atividades de segurança pública, já que prevê o emprego de efetivo policial em todo o território nacional, em conjunto com a malha policial já empregada pelos Estados-membros. Não obstante, tenha ficado o legislador silente, adormecido e não cumprido o seu papel disciplinador em editar lei integrativa, não pode o Executivo, por meio de decreto, usurpar função que não é sua, pois evitado de inconstitucionalidade por vício de iniciativa.

Ao se analisar a exposição de motivos acerca dessa lei, observa-se que a síntese do problema que a justifica, seria a inadequada condição dos meios institucionais da área de segurança pública, que não conseguem atender as necessidades da sociedade. Alguns estados federados careceriam de uma força policial mais equipada e mais treinada, o que fomentava o surgimento de grupos criminosos que viam nessa deficiência oportunidades para a prática de diversos delitos, refletindo na paz social, algo tão buscado pelo Estado, de acordo com conceito de pacto social. Ressalte-se que embora o governo federal entenda que os órgãos de segurança pública dos Estados-membros estejam em total falência para que justifique a utilização do programa cooperativo, este é composto pelos membros das forças de segurança pública destes mesmos estados, que são treinados e capacitados, com materiais e armamentos de ponta. Isto leva a reflexão de que seria possível o governo federal, agora sim, em uma cooperação, treinar todas as corporações policiais do país, inclusive ao mesmo

tempo, utilizando-se recursos federais, sem a necessidade de se evitar de vícios legais e constitucionais, pois seria realizado no âmbito de cada estado. Do contrário, novamente verifica-se flagrante inconstitucionalidade na lei, pois fere a autonomia, pois ainda que autorizado pelo governo estadual, os municípios, com sua autonomia, não foram consultados.

3 CRIMES MILITARES E SUA APLICAÇÃO À FORÇA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA

3.1 O DIREITO PENAL E O CONCEITO DE CRIME

O Direito surge para proteção e garantia de que os indivíduos que vivem em sociedade possam usufruir de seus direitos, numa coexistência harmoniosa. Nasce então vários ramos de proteção, que abrigam as mais diversas áreas sociais, sendo o Estado eleito como gestor e guardião das normas de Direito. Ocorre que na vida em sociedade surgem ocorrências de fatos que contrariam essas normas, acarretando lesões ou ameaça de lesões aos bens, transcendendo o indivíduo e atingindo o próprio seio social. É gerado então o ilícito jurídico. O ilícito traz consequências de ordem civil e penal, porém não há diferenças ontológicas entre um e outro, pois ambos ferem o Direito. A diferença entre as duas é de ordem formal, ou seja, algumas atitudes humanas ferem bens jurídicos de forma tão relevante que mereça a proteção da lei penal e outras não. No ilícito civil surge o que chamamos de reparação civil, ao qual obriga àquele que o causou, por dolo ou culpa, a restauração do dano. Para Diniz (2002, p. 19): “[...] por ser repercussão do dano privado, tem por causa geradora o interesse em restabelecer o equilíbrio jurídico alterado ou desfeito pela lesão, de modo que a vítima poderá pedir reparação do prejuízo causado [...]”. No ilícito penal, aplicam-se penas quando forem atingidos bens jurídicos fundamentais e relevantes à vida em sociedade, devendo o que lesou suportar a reprimenda. Conforme Diniz (2002, p. 19): “[...] a responsabilidade penal pressupõe uma turbacão social, [...] acarretando a submissão pessoal do agente à pena que lhe for imposta pelo órgão judicante, [...], isto é, ao cumprimento da pena estabelecida na lei penal”.

O Estado então é chamado para arbitrar sanções, tendo por base normas jurídicas que limitam as ações dos chamados infratores. Estas normas são chamadas de Direito Penal e serão aplicadas quando não for possível aplicar nenhum outro ramo de proteção social. Segundo Noronha (1978) este ramo protetivo da sociedade se traduz em um ajuntamento coordenado de normas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista a ocorrência de situações de natureza criminal, seguido das sanções devidas a quem as venha praticar. Este é o nascedouro daquilo que chamamos de crime. Logo, há necessidade de se conceituar o que venha a ser crime. Porém observa-se que a construção do conceito é

eminentemente jurídica, artificial, pois se encontra no mundo do dever ser e não do ser, estando amparado por idéias filosóficas. Diante disso coube a sociedade, por meio de seus representantes (legislativo), definir quais são os bens jurídicos penalmente tutelados, a inauguração do que vem a ser crime e toda a sua estrutura. Para Foucault (2002, p. 87): “É verdade que é a sociedade que define, em função de seus interesses próprios, o que deve ser considerado como crime: este, portanto, não é natural”. Nota-se que a legislação penal não trouxe uma definição específica do que vem a ser crime. Portanto para explicá-lo, necessitava-se de um conceito mais técnico e minucioso, já que apresentava questões complexas. A doutrina então se encarregou de defini-lo sob três prismas: material ou substancial, formal ou legal e analítico.

Como conceito material ou substancial, crime é toda ação ou omissão do homem que lesa ou expõe a perigo de lesão, bens jurídicos penalmente tutelados, ou seja, leva-se em conta o bem protegido pela norma penal. Para Masson (2010, p. 158): “[...] somente se legitima o crime quando a conduta proibida apresentar relevância jurídico-penal, mediante a provocação de dano ou ao menos exposição à situação de perigo em relação a bens jurídicos penalmente relevantes”.

Na definição formal crime é aquilo que a lei diz que é crime. É na verdade a conduta proibida por lei formulada após discussão dos representantes do povo, ou seja, segundo Nucci (2007, p. 160): “Cuida-se na realidade, de fruto do conceito material, devidamente formalizado”. No mesmo sentido define Fragoso (1980, p. 148): “Crime é toda ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça de pena”.

O último conceito de definição de crime é o analítico que tem como base os elementos que compõe a sua estrutura. É na verdade o conceito formal de crime, sendo este fragmentado em partes para que se melhor o entenda. Nele há divergências na doutrina acerca da sua composição, pois alguns entendem que o crime possui apenas dois elementos (teoria bipartite: fato típico mais a antijuridicidade), outros três elementos (teoria tripartite: fato típico, antijurídico mais a antijuridicidade) e outros entendem que possui quatro elementos (teoria quadripartite: fato típico, antijurídico, culpável e punível). A corrente mais aceita no Brasil, segundo a doutrina, é a tripartite, sendo crime em sua concepção analítica, fato típico, antijurídico e culpável. Esta corrente é seguida tanto por autores da Teoria Causalista, quanto da Teoria Finalista, porém, diferenciando-se no significado de culpabilidade (para os causalistas culpabilidade é um vínculo subjetivo que liga a ação ao resultado e para os finalistas é apenas a reprovabilidade da conduta). Nesse sentido, para Prado (2007, p. 72):

O delito é decomposto em partes estruturadas axiologicamente em uma relação lógico-abstrata: é a ação ou a omissão típica, ilícita ou antijurídica e culpável. A ação ou omissão é típica quando se ajusta ou subsume ao modelo abstrato descrito no tipo legal. A ação ou omissão típica é ilícita se não está amparada por uma causa de justificação. E a ação ou omissão típica e ilícita é culpável quando reprovável ao autor. De conformidade com o exposto, esses elementos estão em uma sequência lógica necessária, quer dizer, só uma ação ou omissão pode ser típica; só quando típica pode ser ilícita e apenas quando ilícita tem a possibilidade de ser culpável.

Logo, para que haja a existência de um crime deve haver um tipo que protege penalmente um objeto jurídico, que a sociedade tem como relevante para o convívio social. Além disso, deve existir uma ação ou omissão humana contrária à lei, desaguando então numa ação culpável, que na verdade é a reprovabilidade ao autor.

3.2 O DIREITO PENAL MILITAR

A legislação não traz distinção entre norma penal comum e especial. Genericamente especifica que legislação penal especial é aquela que não consta no Código Penal Brasileiro. Entretanto pode-se dizer que o Direito Penal é dividido em comum e especial. Para Mayrink da Costa (2005) a lei penal especial traz pelo menos três sentidos: I – ainda que não contida na legislação comum, ela traz a idéia de integração, de complementação; II – é especial, pois aplicada em uma condição jurídica especial a determinado grupo de pessoas; III – é especial, pois embora se encontre na legislação geral, tem elementos especializantes que obrigatoriamente determinam sua aplicação. Segundo a doutrina encabeçada por Frederico Marques, o que diferencia o especial do comum são os órgãos jurisdicionais que deverão aplicá-los. Nesse sentido, segundo Romeiro (1994) o Direito Penal Militar é especial por duas razões: suas normas se direcionam aos milicianos e a CF de 1988, em seus arts. 122, 124 e 125, §4º, preveem que o julgamento e processo dos delitos militares deverão ser realizados exclusivamente por órgãos da justiça castrense.

Mas não é apenas por essas duas razões que se evidencia a distinção. Na verdade estaria se confundindo Direito Penal especial com Direito Processual Penal especial. Isto porque na justiça comum constantemente são aplicadas normas processuais oriundas de leis extravagantes, ao qual regulamentam ritos especiais para certos crimes especiais. A principal diferenciação então seria o bem jurídico protegido pela lei ou, para alguns, aquilo que a lei visa proteger. Nesse sentido, esclarece Bandeira:

Crime comum ou de direito comum é o que consiste na violação dos deveres gerais impostos pela lei penal a todos os indivíduos indistintamente. Crime especial é o que resulta da infração de certos deveres impostos pela referida lei a determinadas pessoas em virtude de uma situação, de um cargo ou de uma profissão; deveres que assim existem para uns e não existem para outros.

Nesse raciocínio, deve-se entender que a missão das instituições militares se caracteriza por estar envolvida em uma robustez e disciplina que busca sempre, em regra, o acatamento e o cumprimento da ordem emanada pela autoridade que a determinou. Logo a fiel obediência dentro das balizas da hierarquia e disciplina é que são as molas propulsoras da atividade militar. Fica então evidente que, assim como no Direito Penal comum, somente os mais importantes bens jurídicos são tutelados pelo Direito Penal Militar. Os menos importantes são regidos por normas de Direito Administrativo Disciplinar Militar, que grosso modo determinam a maior parte do agir de cada miliciano no convívio da caserna. Mas, havendo uma turbação ou profunda afronta a ordem jurídica militar, necessário se faz a aplicação de sanções mais severas, que desencadeiam a persecução criminal por parte do Estado. Este agrupamento de normas especiais é o que se chama de Direito Penal Militar. Nesse sentido Neves e Streifinger (2008, p. 33):

[...] Direito Penal Militar consiste no conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a determinação de infrações penais, com suas conseqüências medidas coercitivas em face da violação, e ainda, pela garantia dos bens juridicamente tutelados, mormente a regularidade de ação das forças militares, proteger a ordem jurídica militar, fomentando o salutar desenvolver das missões precípua atribuídas às Forças Armadas e às Forças Auxiliares.

Com isto, é de ressaltar que o Direito Penal Militar tem por destino tutelar juridicamente os interesses estatais, as instituições militares, além da proteção constitucional que gozam estas instituições, já que, conforme explanado, baseadas dentro da hierarquia e disciplina, diferindo por completo da sociedade civil, ao qual tem por regra a liberdade.

3.3 O CONCEITO DE CRIME MILITAR

Na análise dos crimes militares, percebe-se que estes não se diferenciam muito dos crimes de natureza comum, principalmente quando comparados quanto à estrutura analítica. Há previsão nos crimes militares de um fato típico anterior, uma conduta humana

antijurídica e ainda culpável. A maior diferença existente entre eles são os bens ou interesses jurídicos tutelados, já que nestes a preocupação maior se atrela a conduta do soldado no contexto da caserna. Nesse sentido, Mayrink da Costa (2005, p. 6):

O Direito Penal Militar é, evidentemente, um direito tutelar, porque tutela os bens jurídicos, os interesses jurídico da ordem militar, de modo que o crime será evidentemente militar quando atentar contra os bens ou interesses jurídicos de ordem militar, sejam quais foram os seus agentes (militares ou civis).

Nota-se então que no Direito Penal Militar há crimes que na verdade são comuns, e algumas peculiaridades fazem com que sejam julgados por jurisdição especial. Nesse diapasão, ensina Lobão (2004, p. 43): “Nesses e em outros casos, a norma penal é comum, apenas a ocorrência de determinadas circunstâncias, [...], subtraem sua aplicação da justiça comum, inserindo-a na justiça especial, sem, contudo, transformá-la em norma especial”. Assim, o conceito de crime militar no ordenamento jurídico foi traçado pelo legislador, definindo que é a lei que sintetiza o que é delito militar – critério *ratione legis*, ou também conhecido como critério objetivo, corolário do princípio *nullum crimen sine lege*. Esta evidência está inscrita no mandamento constitucional do art. 124 da CF: “À justiça militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei” (Brasil, 1988, p. 29). No mesmo sentido, Mayrink da Costa (2005, p. 7): “O legislador, no Decreto-Lei nº 1001, adotou o critério *ratione legis*, isto é, crime militar é o que a lei obviamente considera como tal. Não define, enumera. Ainda nesse sentido, Cruz e Miguel (2005, p.17): “São diversas as definições sobre o crime militar, porém, segundo o critério estabelecido pela Lei Maior, podemos conceituá-lo, de forma simples e objetiva, como sendo todo aquele definido em lei”. Segundo César de Assis (2003, p. 38), crime militar:

É toda violação acentuada ao dever militar e aos valores das instituições militares. Distingue-se da transgressão disciplinar porque esta é a mesma violação, porém na sua manifestação elementar e simples. A relação entre crime militar e transgressão disciplinar é a mesma que existe entre crime e contravenção penal.

A lei de que trata a carta magna no art. 124 é o Código Penal Militar. Analisando-se o art. 9º do referido *Códex*, nota-se que o legislador não definiu exatamente o que vem a ser o delito castrense, mas enumerou as hipóteses em que o evidenciará: “Consideram-se crimes militares, em tempo de paz” (Brasil, 1969, p. 1). Estruturou tal dispositivo com outros critérios de classificação de crime militar, porém, de forma implícita. Coube então à doutrina complementar o conceito de crime militar, explicando os demais

critérios implícitos e conduzindo o operador do direito a um melhor entendimento do vem a ser o delito castrense. Elencou-se, pois os seguintes critérios: em razão da matéria, em razão da pessoa, em razão do tempo, em razão do local e em razão da lei.

Em razão da matéria é o critério em que se necessita verificar no delito a dupla qualidade militar no ato e no agente. Em outras palavras se exige que tanto o ato praticado como o agente tenham a qualidade de militar. Segundo Antunes (2010, p. 43): “*Ratione materiae* (em razão da matéria) [...], será crime militar todo crime que versa sobre a matéria militar”. Em razão da pessoa deve-se verificar que independentemente que haja qualquer outra condição, é suficiente que o autor do delito seja militar. Segundo César de Assis (2003) é aquele que tem como sujeito ativo o militar como qualidade específica do agente. Em razão do tempo são os praticados em determinados períodos, ou épocas, ou em situações anormais como, por exemplo, os delitos ocorridos em tempo de guerra, períodos de manobras ou exercícios, rebeliões e estado de sítio. O critério em razão do local é aquele em que se torna crime militar os ocorridos em local sujeito à administração militar. Na visão de Cruz e Miguel (2005, p. 43): “lugar sujeito a administração militar é aquele que integra o patrimônio das instituições militares ou, sob sua administração, é o local em que as instituições militares desenvolvem suas atividades [...]”. No mesmo sentido, César de Assis (2010, p. 43): “O critério *ratione loci* leva em conta o lugar do crime, bastando, portanto, que o delito ocorra em lugar sob administração militar.” Portanto basta que o delito tenha ocorrido em local sujeito à administração militar para caracterizá-lo como crime de natureza militar, com ressalva aos delitos militares praticados no interior de estabelecimentos militares estaduais, pois não abrangem os delitos praticados por civis.

3.4 O INCISO I DO ART. 9º DO CPM

O inciso I do art. 9º do CPM é assim disposto: “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” (Brasil, 1969, p. 1). A primeira parte desse inciso indica que existem delitos militares que possuem todas as elementares dos delitos comuns, sendo, portanto tipos penais semelhantes, porém com o acréscimo ou especificidade que definirá sua natureza militar. O exemplo mais usual está no art. 268 do CPM, que tipifica o delito de incêndio, ao qual tem semelhança com o mesmo tipo penal do art. 250 do CPB. A

diferença que o caracteriza como delito militar aparece na localidade onde é praticado, ou seja, em local sujeito a administração militar, homenageando o critério em razão do local.

Já a segunda parte do inciso trata dos crimes que somente existem no CPM, ou seja, são tipos penais que não aparecem na legislação comum. Logo crime militar é aquele que está tipificado somente no Código Penal Militar e não na legislação comum. Mas a autoria do crime pode ser atribuída a qualquer agente, seja este militar ou não, salvo se o próprio artigo definir de forma diversa. O exemplo mais nítido é o tipo penal do art. 187 do CPM, também conhecido como crime de Deserção.

3.5 O INCISO II DO ART. 9º DO CPM

O inciso II trata dos crimes que possuem exatamente a mesma definição legal no Código Penal Militar e no Código Penal Brasileiro. Como exemplo cita-se os crimes de Lesão Corporal (art. 209 CPM e 129 do CPB) e Homicídio (art. 205 CPM e 121 do CPB). Segundo Antunes e Silva (2010) para diferenciá-los faz-se necessário verificar qual é a natureza do delito. Para tanto basta analisar se a conduta do agente se enquadra perfeitamente nas hipóteses do inciso, ou seja, se há um perfeito encaixe entre a conduta do agente e as condições relacionadas ao inciso. Em caso positivo, é crime de natureza militar. Em caso negativo, é crime de natureza comum. Quanto ao sujeito ativo somente o militar da ativa figura neste pólo por expressa disposição legal, ou seja, não há pólo ativo para civis ou militares reformados ou da reserva remunerada. É interessante também ressaltar que com o advento da CF de 88 não mais existe a figura do assemelhado que é narrado na legislação castrense. Este servidor público era um funcionário público civil e que se sujeitava à disciplina militar, conforme o estatuído no art. 21 do CPM: “Considera-se assemelhado o servidor, efetivo ou não, dos Ministérios da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, submetido a preceito de disciplina militar, em virtude de lei ou regulamento” (Brasil, 1969, p. 2). O inciso ainda faz referência a expressões que são essenciais ao entendimento e desdobramento das hipóteses dos delitos castrenses. Uma dessas expressões é o “militar em atividade”. Esta expressão não está se referindo ao militar estar ou não de serviço, mas que o referido encontra-se no serviço ativo, incorporado às instituições militares e em pleno exercício efetivo, mesmo estando de férias ou gozando licenças. O art. 6º do Estatuto dos Militares, Lei nº 6880/80, bem define militar em atividade:

São equivalentes as expressões "na ativa", "da ativa", "em serviço ativo", "em serviço na ativa", "em serviço", "em atividade" ou "em atividade militar", conferidas aos militares no desempenho de cargo, comissão, encargo, incumbência ou missão, serviço ou atividade militar ou considerada de natureza militar nas organizações militares das Forças Armadas, bem como na Presidência da República, na Vice-Presidência da República, no Ministério da Defesa e nos demais órgãos quando previsto em lei, ou quando incorporados às Forças Armadas. (Brasil, 1980, p. 2)

Quanto ao militar que se encontra na inatividade, esta pode ser de duas espécies: reformado e reserva remunerada. O reformado é aquele que está incapaz definitivamente para o serviço ativo. Já o militar que se encontra na reserva remunerada é para aquele que, em regra, completou os trinta anos de serviços prestados à administração pública e poderá ser revertido ao serviço ativo, dentro das circunstâncias que a lei assim o prevê.

Em se analisando a alínea "a" do inciso, verifica-se a hipótese do militar em situação de atividade praticar delito contra outro militar em atividade. Nesse contexto, o legislador homenageou o critério *ratione personae*, bastando a condição de militar dos sujeitos envolvidos, não tendo o que cogitar quanto a motivação do agente ou o local onde o fato foi cometido, já que este fere em razão direta ou indireta a disciplina militar, que é um dos pilares da ordem militar. Logo, nas situações trazidas pelas demais alíneas, se ocorrer o crime de militar contra militar, sempre será enquadrado nas hipóteses da alínea "a", mesmo que em local não sujeito a administração militar. Ressalte-se que não está expresso na alínea se há necessidade de se conhecer a condição de miliciano do outro, a não ser nos tipos penais em que seus elementos constitutivos o exigem. Ficou a cargo da doutrina resolver esta questão, entendendo em sua corrente majoritária que não é o desconhecimento da condição de militar dos envolvidos que desqualificará o crime militar.

Ocorre que não tem entendido assim a primeira e a segunda turma do STF. Os ministros têm argumentado que para configurar um crime militar com base no inciso II, do art. 9º do CPM, não basta apenas fixá-lo sob o critério subjetivo. Há de se agregar outros elementos como, por exemplo, verificar se no caso concreto houve lesão ou ameaça de lesão ao bem ou serviço militar, que são os objetos jurídicos tutelados dos delitos castrenses. Aduzem também que é necessário o conhecimento dos agentes para que o delito seja considerado de natureza militar. E por derradeiro argumentam que quando um militar em atividade nitidamente civil pratica delito contra outro militar, afasta-se a competência da justiça militar, pois o crime na verdade é de natureza comum. A título de exemplo podemos citar julgado recente no HC nº 99.541:

[...] 1. A competência da Justiça Militar, posto excepcional, não pode ser fixada apenas com à luz do critério subjetivo, fazendo-se mister a reunião de outros elementos que justifiquem a submissão do caso concreto à jurisdição castrense, principalmente a análise envolvendo a lesão, ou não, do bem ou serviço militar juridicamente tutelado. 2. In casu, uma discussão de trânsito evoluiu para lesão corporal, sem que os envolvidos tivessem conhecimento da situação funcional de cada qual, além de não se encontrarem uniformizados e dirigirem seus carros descaracterizados. A Justiça Castrense não é competente a priori para julgar crimes de militares, mas crimes militares. Precedentes: RHC 88122/MG, Relator o Ministro Março Aurélio, Primeira Turma, DJe de 13/09/2007 e 83003/RS, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ e de 25/04/2008. 3. Ordem concedida para declarar a incompetência da Justiça Militar. (STF, HC n. 99541, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 10.05.2011)

Já a alínea “b” menciona os delitos que são considerados militares quando praticados por militares em local sujeito a administração militar. É o chamado critério *ratione loci*. Segundo Cruz e Miguel (2005) lugar sujeito a administração militar é aquele ao qual pertence às instituições castrenses ou é por si geridos, ou seja, é o local onde são praticadas suas atividades laborais. Verificam-se neste ponto várias controvérsias acerca desse critério, já que existem espaços físicos que em uma primeira análise integrariam a administração militar. Ao se analisar sua natureza jurídica, fica evidente que são espaços que não comportam a tutela militar, pois não se destinam especificamente a este fim. A título de exemplo podemos citar as casas que se localizam em vilas militares e servem de moradia aos milicianos. Por construção constitucional tais moradas estão amparadas pelo que dispõe o art. 5º, XI, da CF: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (Brasil, 1988, p. 5). Outro exemplo se verificou no roubo a uma agência bancária localizada no interior do Quartel General do Exército, situado em Brasília, sendo uma das vítimas um General, que fora rendido pelos assaltantes e que por fim, levaram vultosa quantia em dinheiro do estabelecimento. Este fato não é enquadrado como delito de natureza militar, pois o sujeito passivo é o banco que não é considerado local sujeito a administração militar.

Na análise da alínea “c” verifica-se que esta nos fornece as hipóteses em que o militar está em serviço de natureza militar ou agindo em razão dela e vem a cometer delito militar em local sujeito a administração militar ou fora dele. Aqui está presente o critério *ratione personae*, ou seja, leva-se em conta a qualidade de militar do autor do delito. Em serviço, segundo Neto (1995, p. 37): “[...] deve ser entendida como qualquer atividade de natureza militar ou policial militar praticada pelo militar em cumprimento a determinação superior”. Logo quando a alínea faz menção a militar em comissão de natureza militar ou em formatura, também é considerado em serviço. É de bom reparo citar que a expressão “em

razão da função”, foi introduzida no CPM pela Lei 9299/96 e retrata a possibilidade de um miliciano, mesmo na folga praticar crime militar, porém, atuando em razão do seu dever jurídico de agir como autoridade. Esta ação deve estar vinculada a atividade fim do miliciano, não valendo para casos em que aja, por exemplo, à defesa de patrimônio alheio quando estiver trabalhando no chamado “bico”. Para este caso e outros de semelhante teor, aplica-se a legislação comum, já que não comprovado o delito de natureza militar, pois não se enquadra nas hipóteses do art. 9º do CPM. Outra situação verificada constantemente é o caso de milicianos que abandonam o serviço ou são liberados por pequeno período de tempo para resolução de problemas ou outros afins, como por exemplo, o militar que é liberado para realizar suas refeições em local não sujeito a administração militar e venha a praticar algum delito. Entende a doutrina que essa conduta é considerada crime comum e não crime militar, sem prejuízo do miliciano responder pelo delito militar de Abandono de Posto ou Serviço, pois no momento da prática do crime não estava revestido de sua função estatal.

Quanto à alínea “d”, esta expressa os casos do militar da ativa que praticar delitos militares quando no período de manobras ou exercícios, contra militar da reserva reformado ou civil. Este inciso é na verdade um desdobramento da expressão “militar em serviço”, já que para que o miliciano esteja praticando manobras ou exercícios, deve estar em serviço, ou seja, escalado para tal fim, ou para alguns, desenvolvendo atividades concernentes à caserna. Vale ressaltar que manobra, segundo Cruz e Miguel (2005) significa qualquer tipo de movimentação de tropas, seja para exercícios, para que posições sejam ocupadas, dentre outros. Já para o conceito de exercícios deve-se entender como a preparação física do miliciano ou treinamento da tropa, dentre outros exemplos.

Por derradeiro a alínea “e”, abrange as hipóteses dos delitos praticados por militares da ativa contra o patrimônio sob a administração militar ou a ordem administrativa militar. Neste ponto devemos entender que patrimônio sob a administração militar tem um contexto muito amplo. Para Neves e Streifinger (2008) os bens da administração militar são aqueles que lhe pertencem e os que estão sob sua guarda ou responsabilidade. Estão fora desse conceito os bens de entes civis, ou seja, entidades sociais, porém, administrados por militares, como clubes, cooperativas, hotéis de trânsito, dentre outros. E é com razão que se verifica tal distinção, pois estes bens em nada se sujeitam a administração pública, salvo no tocante as obrigações fiscais e tributárias, pois, como qualquer outra entidade, terão que prestar contas das atividades que desenvolvidas. Ordem administrativa militar em uma análise direta podemos dizer que é a própria administração, ou seja, sua organização, finalidade, o decoro de seus integrantes, dentre outros.

3.6 O INCISO III DO ART. 9º DO CPM

Este é o último inciso trazido pelo citado artigo e que trata da prática de crimes militares por civis e militares na inatividade. Quanto a prática de crime militar por civis não há nenhuma dúvida, havendo inclusive consenso entre a doutrina e jurisprudência, ressalvado o que já dito anteriormente em relação à justiça militar estadual. Verifica-se ainda nesse inciso que para sua configuração é necessário que os autores demonstrem uma deliberada intenção em pelear contra as instituições militares. Nesse sentido, segundo Neves e Streifinger (2010, p. 142):

Como se denota da interpretação do inciso em estudo, os agentes dos crimes referidos devem com sua conduta afrontar a própria instituição militar a que pertencem. Não basta para a configuração do ilícito penal que o fato encontre tipificação legal (Parte Especial e Parte Geral, nas alíneas do inciso III) e o agente seja militar reformado, da reserva ou civil. Identificamos aqui um elemento subjetivo especial do tipo [...]. Sem esse elemento, não há crime militar”. As demais peculiaridades do inciso serão verificadas passo a passo após sua análise.

Para a alínea “a” do inciso verifica-se uma clara repetição da alínea “e” do inciso II, por tratar de crimes praticados contra o patrimônio das instituições militares ou contra a sua ordem administrativa. O diferencial aqui passa a ser o sujeito ativo do tipo que agora figura o militar na inatividade ou o civil.

Na alínea “b”, nota-se uma modificação apenas do sujeito ativo e passivo, já que a vítima se torna o militar na atividade e o autor do delito, poderá ser o militar inativo quanto o civil. No entanto acrescentou-se no inciso a figura do funcionário de ministério militar ou da justiça militar, no exercício de função inerente a seu cargo. Vale ressaltar que tais delitos militares devem ocorrer em local sujeito à administração militar, o que não é o caso das auditorias militares, novamente frisando, já que sua administração é da própria justiça.

Para a alínea “c”, esta dispõe acerca dos casos em que mesmo não estando em local sujeito à administração militar, o miliciano na atividade é vítima por estar em formatura, durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras. Também é uma repetição, pois se assemelha as alíneas “c” e “d”, do inciso II, modificando apenas o sujeito ativo e passivo.

Na alínea “d”, observa-se uma especificação de ações de preservação de segurança pública, seja administrativa ou judiciária, ou ainda no serviço de vigilância por

parte das forças armadas e as funções de natureza militar. Na verdade as forças armadas passam a exercer funções que são constitucionalmente desempenhadas pelas polícias militares, porém devem ser requisitadas para este fim ou em obediência à determinação legal superior. Um exemplo de fácil visão para esta hipótese foi a ocupação de militares das forças armadas em morros do Rio de Janeiro, ao qual desempenharam ações de segurança pública, principalmente no combate ao tráfico de drogas e também ao tráfico de armamentos, que são constantemente contrabandeados pelas fronteiras do país. Se porventura um civil ou militar reformado venha a cometer crime contra um militar desempenhando tais funções, considerar-se-á crime de natureza militar.

Mas deve-se verificar se o crime praticado visou agredir as instituições militares, ou seja, as atividades militares próprias. Do contrário o crime será de natureza comum, já que a aplicação da legislação militar é excepcional para civis. Esta construção jurídica tem sido defendida pelo STF, como se verifica no HC 100230:

[...] Ao contrário do entendimento do Superior Tribunal Militar, é excepcional a competência da Justiça castrense para o julgamento de civis, em tempo de paz. A tipificação da conduta de agente civil como crime militar está a depender do "intuito de atingir, de qualquer modo, a Força, no sentido de impedir, frustrar, fazer malograr, desmoralizar ou ofender o militar ou o evento ou situação em que este esteja empenhado" (CC 7.040, da relatoria do ministro Carlos Velloso). O cometimento do delito militar por agente civil em tempo de paz se dá em caráter excepcional. Tal cometimento se traduz em ofensa àqueles bens jurídicos tipicamente associados à função de natureza militar: defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem (art. 142 da Constituição Federal). [...]. (STF, HC n. 100230, 2ª Turma, Rel. Min., j. 26.04.2011)

A questão mais polêmica sobre este inciso é se o militar estadual na inatividade poderá figurar como sujeito ativo nesses crimes. A construção doutrinária e jurisprudencial dominante equipara a figura do militar estadual inativo à situação dos civis. A base para esta construção está disposta no art. 12 do CPM: “O militar da reserva ou reformado, empregado na administração militar, equipara-se ao militar em situação de atividade, para o efeito da aplicação da lei penal militar” (Brasil, 1969, p. 2). Esta corrente considera então que somente quando empregado nas atividades da administração militar é que o miliciano estadual comete delito militar. Em contrapartida por força do que dispõe o art. 125, §4º, da CF, não poderiam ser julgados pela justiça militar estadual, pois esta teria apenas competência para julgar crimes cometidos por milicianos estaduais na ativa, excluindo, por conseguinte, qualquer crime que venha a ser praticado por militares da reserva remunerada, militares reformados ou civis. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJDF tem empregado este entendimento, conforme o observado no CC nº 2005 00 2 008982-5:

[...] Trata-se de furto de armamento sob a administração militar, praticado por militar reformado. O crime seria, portanto, de natureza militar (art. 9º, item II, letra “a”, do CPM). Mas o reformado somente se equipara ao militar em atividade quando empregado na Administração militar (art. 12 do Código Penal Militar). Se o agente é civil e a vítima, instituição militar (Corpo de Bombeiros do Distrito Federal), o processo e julgamento do feito criminal devem ser da competência da Justiça Comum. A competência da Justiça castrense local se restringe ao integrante da ativa da Polícia Militar ou do Corpo de Bombeiros Militar que haja praticado crime de natureza militar. Inteligência do art. 125, § 4º, da CF. Precedentes do STF. [...]. (TJDFT, CC n. 2005 00 2 008982-5, Câmara Criminal, Rel. Des. Mário Machado, j. 14.12.2005)

Também podemos verificar precedentes no STF que estão no mesmo diapasão, como no caso do HC 81161:

Compete à Justiça Comum – e não à Militar – o processo e julgamento por crime de homicídio culposo, imputado a civil (militar da reserva), ainda que ocorrido em local sob a administração militar e com vítima militar na ativa. Interpretação do art. 9º, II e III, do Código Penal Militar. Precedentes do STF, Habeas Corpus deferido para anulação do processo – crime militar, desde a denúncia, inclusive, e remessa dos autos à Justiça Comum do Estado de Pernambuco. Decisão Unânime. (STF, HC n. 81161 , 1ª Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 30.10.2001)

No mesmo sentido o STJ se pronunciou no HC 125.582:

HABEAS CORPUS. CRIME PRATICADO POR POLICIAL MILITAR REFORMADO. INJÚRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. VÍTIMAS TAMBÉM POLICIAIS ESTADUAIS. FUNÇÃO POLICIAL DE NATUREZA CIVIL. ORDEM CONCEDIDA. 1. A competência, na espécie, delito de injúria, é da Justiça Comum, porquanto o delito foi imputado a policial militar reformado, sujeito ativo, tendo como sujeito passivo dois policiais militares. Como não se trata de crime militar propriamente dito, quer pela qualidade do sujeito ativo, policial militar reformado - quer pela qualidade do sujeito passivo - dois policiais militares estaduais - em policiamento de trânsito, função de natureza civil, não há razão para declarar competente a Justiça Castrense. 2. Ordem concedida. (STJ, HC n. 125.582, 6ª Turma, Rel. Min. Celso Limongi, Desembargador convocado do TJ/SP, j. 27.04.2010)

Na doutrina encontramos a lição de Lima (2010), que aduz que os militares inativos para aplicação da legislação penal castrense são tidos como civis, estando na qualidade de sujeito ativo ou passivo de delitos militares, salvo quando empregados na administração militar na condição de reconvocados.

Para a corrente minoritária, esta é favorável a prática de crimes por policiais militares inativos e definem esta possibilidade baseando-se no inciso III do art. 9º do CPM, que analisa a conduta do inativo em uma das condições dos incisos I e II. Após esta análise verifica-se na parte especial do CPM se o tipo penal aplicado faz restrição quanto ao sujeito ativo do tipo, ou seja, quando o tipo penal exija um militar da ativa como autor do delito. Se

não houver restrição seria perfeitamente possível a sujeição do militar inativo ao delito castrense. Esta corrente é defendida também no Tribunal de Justiça Militar de São Paulo (TJMSP), cujos precedentes se referem a um policial militar reformado que praticou crime de falso testemunho em procedimento a cargo do referido tribunal e a um Tenente reformado que lesionou, desacatou e ameaçou policiais militares em serviço. Nestes dois casos as decisões foram reformadas pelo STJ.

Na doutrina verificamos expoentes que defendem esta teoria. Nesse sentido, Neves e Streifinger (2008, p.143):

Ainda com relação aos elementos contidos no inciso III, deve-se frisar que a Justiça Militar Estadual, por força do §4º do art. 125 da CF, não tem competência para julgar civis, o que resulta em atipicidade, no Código Penal Militar, dos fatos praticados por civis. Em outras palavras, para as polícia Militares e Corpos de Bombeiros Militares, o inciso III somente pode ser aplicado à possibilidade de cometimento de crime militar por militar da reserva ou reformado.

Logo para esta corrente é possível a prática desses crimes por militar inativo, que na verdade seria uma exceção dentro da figura da autoria, pois mesmo o militar na inatividade teria, em tese, a obrigação legal de se sujeitar a um superior hierárquico. Lembrando que no militarismo existe a figura do superior hierárquico e também do superior funcional, que seria aquele ao qual o militar está diretamente subordinado, dentro de uma cadeia de comando. Já o superior hierárquico seria aquele que tem uma graduação ou patente superior a seu subordinado. Logo, há possibilidade, quando na ativa, de um militar ser superior hierárquico e também funcional em relação a outro militar.

3.7 CRIMES PROPRIAMENTE MILITAR E IMPROPRIAMENTE MILITAR

Como já fora dito para se caracterizar um crime como militar não basta apenas que o tipo penal conste na parte especial do CPM. É também necessário que se enquadre em uma das hipóteses elencadas no art. 9º, ou seja, haverá uma tipicidade indireta para se configurar o delito militar. Dentro dessa perspectiva e observando-se o que dispõe as hipóteses dos incisos do citado artigo, os crimes militares se dividem em propriamente militares, impropriamente militares e tipicamente militares.

Os crimes propriamente e tipicamente militares estão dispostos no inciso I do artigo. O crime impropriamente militar em que o sujeito ativo sempre será o militar da ativa é encontrado no inciso II. Por fim o crime impropriamente militar tendo como sujeito ativo sempre o militar da reserva, reformado ou civil, está elencado no inciso III. Propriamente Militar, para a doutrina majoritária, é o crime em que somente o militar figuraria como sujeito ativo do crime. Nesse sentido, Lima (2010, p. 131): “São infrações penais específicas e funcionais dos militares [...]”. Nesse mesmo sentido, na opinião de Assis (2010), este delito deve estar previsto no CPM e somente terá como autor do delito um militar. O autor traz uma exceção a esta regra que é o crime de Insubmissão, art. 183 do CPM, que embora esteja previsto somente na legislação castrense, seu autor somente será um civil.

Os Crimes Militares Impróprios são aqueles que estão dispostos tanto na legislação castrense quanto na legislação comum e se enquadram nas hipóteses trazidas pelo inciso II, do art. 9º do CPM. Para Lima (2010, p. 131): “São infrações previstas no CPM e que não sendo específicas e funcionais dos militares, lesionam bens ou interesses militares.” Nesse mesmo sentido, Assis (2010, p. 43): “São aqueles que estão definidos tanto no Código Penal Castrense quanto no Código Penal comum e, que, por um artifício legal tronam-se militares por se enquadrarem em uma das várias hipóteses do inc. II do art. 9º do diploma militar repressivo”.

Nesta monta, podemos citar o crime de Lesão Corporal, constante no art. 209 do CPM e também previsto no art. 129 do CPB, ao qual possuem a mesma definição. Da mesma forma, verifica-se o crime de Prevaricação, que tipificado no art. 319 do CPM e também no art. 319 do CPB, ou ainda o crime de Ameaça tipificado art. 147 do CPB e também tipificado no art. 223 do CPM.

3.8 APLICAÇÕES DA LEGISLAÇÃO CASTRENSE ÀS POLÍCIAS MILITARES E CORPO DE BOMBEIROS MILITAR

O art. 22 do CPM traduz o conceito de militar: “É considerado militar, para efeito da aplicação deste Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar” (Brasil, 1969, p. 2). Este artigo não havia sido inserido em nenhuma das legislações militares anteriores e, portanto inserida no contexto do CPM. Logo nota-se que, em tese, a menção a militar é somente para aqueles que fazem parte das forças armadas, onde a

legislação castrense deveria ser aplicada apenas aos militares federais. Ocorre que com o advento da CF de 88, esta trouxe nova disciplina ao tema, reclassificando a condição dos militares estaduais, conforme dispõe o seu art. 42: “Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios” (Brasil, 1988, p. 16). Corroborando esta máxima a carta magna ainda dispõe acerca da competência da justiça castrense, conforme orientação do art. 125: “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, [...]” (Brasil, 1998, p. 29).

Neste diapasão, chega-se a conclusão que foi mitigada a aplicação do art. 22 do CPM, pois não somente aos militares das forças armadas se aplicam as regras castrenses, mas também aos milicianos estaduais que contam inclusive com a organização judiciária estadual para julgamento dos delitos militares. Há de se observar, no entanto que a CF de 88 também mitigou a competência da justiça militar estadual, tornando-a apta a julgar somente policiais e bombeiros militares. Logo não se pode julgar na justiça estadual por crimes militares, milicianos federais e também civis, ficando a cargo da justiça comum a apreciação de quaisquer crimes que figurem tais pessoas no pólo passivo.

Com o advento da lei 9299/96, esta limitou mais ainda a esfera de competência da justiça castrense quando acrescentou o parágrafo único ao art. 9º do CPM, assim determinando: “Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum” (Brasil, 1969, p. 1). Ressalte-se que apenas mitigou a competência de julgamento, pois a apuração desta espécie de delito ainda é de atribuição das instituições militares. Isto é facilmente verificado, pois a referida lei também acrescentou o §2º ao art. 82 do CPPM, assim dispendo: “Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum” (Brasil, 1969, p. 5). O STF já teve a oportunidade de se pronunciar várias vezes sobre o tema, chamando a atenção quando da apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 1.494 - DF, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL). Buscava esta associação a declaração de inconstitucionalidade do § 2º do art. 82 do CPPM, sob o argumento de que este afrontava o dispositivo do art. 144, §1º, inciso IV e § 4º, da CF, ao qual indica que a atribuição para apuração dos delitos penais, exceto os militares, cabia às polícias civis estaduais e à Polícia Federal. O relator do processo, Min. Marco Aurélio, de antemão, afastou o pedido de liminar utilizando a seguinte argumentação:

Crimes dolosos contra a vida – Inquérito – Julgada medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL contra a Lei 9.299/96 que, ao dar nova redação ao art. 82 do Código de Processo Penal Militar determina que “nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial à Justiça Comum”. Afastando a tese da autora de que a apuração dos referidos crimes deveria ser feita em inquérito policial cível e não em inquérito policial militar, o Tribunal, por maioria, indeferiu a liminar por ausência de relevância na arguição de ofensa ao inciso IV, do §1º, e ao §4º, do art. 144, da CF, que atribuem às polícias Federal e Civil o exercício das funções de polícia judiciária e a apuração das infrações penais, exceto as militares. Considerou-se que o dispositivo impugnado não impede a instauração paralela de inquérito pela polícia civil, vencidos os ministros Celso de Mello, Relator, Maurício Correa, Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence – Relator para o acórdão o Min. Marco Aurélio. (STF, ADI nº 1494, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.04.1997)

Por maioria o STF entendeu que o parágrafo suscitado era constitucional e ainda declarou que a atribuição para se apurar os crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, tendo como autoria militares, seria da instituição castrense, ao qual o miliciano investigado faça parte. No entanto, ressaltou que nada impediria que o delegado de polícia instaurasse IP para também apurar o fato, entendimento este ao qual não concordamos.

3.9 A FORÇA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA E A LEGISLAÇÃO MILITAR

Formada em sua maioria por milicianos estaduais a FNSP tem suas atribuições calcadas na preservação da ordem pública. No entanto quando as ações de seus milicianos extrapolam a normalidade legal, estão estes sujeitos a aplicação da reprimenda estatal a fim de coibir desvios de condutas, quando estas vão além da simples transgressão disciplinar. Mas há controvérsias em qual legislação penal se aplicar, pois por ser um programa criado pelo governo federal, não tendo o caráter de instituição policial, já que não participante das instituições elencadas no art. 144 da CF, desempenham tais milicianos estaduais ações respaldadas a nível federal. Ora se são ações desempenhadas com essa natureza surgem os paradigmas de como se aplicar a reprimenda estatal. Enfrentando o tema é necessário delimitar qual a natureza jurídica das ações desempenhadas pela FNSP. Para tanto se analisará o Decreto nº 5289/2004, ao qual cria a FNSP e delimita as atribuições dos milicianos mobilizados. O art. 2º do decreto assim dispõe: “A Força Nacional de Segurança Pública atuará em atividades destinadas à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, nas hipóteses previstas neste Decreto [...]” (Brasil, 2004, p. 1).

Ora fica claro, como dito anteriormente, que as atribuições da FNSP são idênticas às das Polícias Militares, já que desempenham seu mister de forma ostensiva, sendo a linha de frente no combate a criminalidade. Em contrapartida não se verifica no decreto nenhuma vinculação especial dos milicianos mobilizados à União, estando, pois estes ainda vinculados às suas respectivas instituições policiais. Esta assertiva é extraída no que dispõe o art. 4º do decreto: “Os servidores de órgãos de segurança pública mobilizados para atuar de forma integrada, no programa de cooperação federativa, [...] não deixam de integrar o quadro funcional de seus respectivos órgãos” (Brasil, 2004, p. 1).

Não há também dispositivo no decreto que trate acerca dos crimes praticados pelos agentes mobilizados, a quem terá a atribuição para apuração de tais crimes, dentre outros, que tem gerado controvérsias. Ademais, se o decreto tratasse da questão, seria flagrantemente ilegal, pois não seria esta a espécie normativa correta, dentro do contexto do processo legislativo. Logo é perfeitamente possível extrair que os agentes militares mobilizados pela Força Nacional de Segurança Pública, por serem milicianos estaduais, embora atuando em missões federais, continuam a se submeter às regras insculpidas pelo Código Penal Militar. Daí se aplica todas as hipóteses verificadas anteriormente, relativas ao art. 9º do CPM, mais ainda por obediência do que dispõe a constituição cidadã quanto à competência da justiça militar estadual. Quanto aos crimes de natureza comum também não há mudanças de regras. Todos os delitos de natureza comum serão respondidos pelo agente mobilizado no local onde se deu o fato, não havendo necessidade do deslocamento do feito ao juízo do estado federado ao qual faça parte.

4 APLICAÇÕES DA LEGISLAÇÃO CASTRENSE ADJETIVA À FORÇA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA

4.1 POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR

Constitucionalmente, a polícia judiciária auxilia a justiça, já que regida por regras de direito público, tratam de apurar os crimes de natureza comum, trazendo, por conseguinte, os indícios necessários de preparação à lide penal. É flagrante que as instituições militares não tem estas mesmas atribuições como sua atividade fim, já que ou exercem atribuições federais, como é o caso das forças armadas ou estaduais, como é o caso das polícias militares e corpos de bombeiros militares. A apuração de crimes por estas instituições foi mitigada, já que só lhe resta apurar, em regra, crimes de natureza militar. Em contrapartida as instituições militares são possuidoras das atribuições do exercício de polícia judiciária militar em suas respectivas esferas, cabendo-lhes tal mister por mandamento constitucional, afastando assim as atribuições das polícias judiciárias na apuração desses delitos. É o que dispõe de forma implícita o art. 144, §4º, da CF: “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” (Brasil, 1988, p. 32).

Ainda nesse contexto e diante do mandamento constitucional é flagrantemente abusivo qualquer intento de delegados de polícia em instaurar inquéritos policiais para apurar crimes de natureza militar, sejam estes próprios ou impróprios, podendo ser responsabilizados inclusive criminalmente por usurparem função pública. Suas atribuições, assim como no impedimento constitucional referente aos militares de apurar crimes de natureza comum, foram tolhidas para que não investiguem delitos de natureza militar. Aliás, as polícias civis também carecem de legalidade quando atuam de forma ostensiva, já que lhe são atribuídas investigar delitos comuns. Quando estas se fardam, como se tem verificado país afora, a fim de tentar usurpar dever que não lhe foi atribuído, em nada acrescentam para a administração da segurança pública do país, pois deixam de apurar o que lhe compete, desaguando, por conseguinte em pilhas de inquéritos não solucionados e incontáveis boletins de ocorrências que sequer serão examinados e investigados. A atuação de polícia ostensiva fardada cabe às polícias militares que tem o condão constitucional de preservação da ordem pública.

É forçoso entender que as milícias estaduais quando apuram crimes de natureza militar deixam de lado a sua função ostensiva, e se revestem de autoridade investigativa, sendo supervisionadas pelo ministério público e pela autoridade judiciária. Logo, a Autoridade de Polícia Judiciária Militar ao receber a *notitia criminis*, verifica a existência de um fato bruto e ao investigá-lo dá a sua definição jurídica, classificando-o dentro da legislação penal militar. Em outra análise pode-se entender que a Autoridade de Polícia Judiciária Militar, quando apura delitos militares, tem as mesmas atribuições legais investigativas de que dispõe o delegado de polícia civil. Dentro desse contexto esta autoridade deve presidir sua apuração no interior das balizas da legalidade, ao qual tem limitadores na própria magna carta. Esta autoridade é na verdade um defensor da cidadania, dos direitos individuais e dos direitos humanos. Com isto poderá a Autoridade de Polícia Judiciária Militar representar ao judiciário, quando da investigação criminal de delitos castrenses, pela aplicação dos procedimentos de natureza cautelar, como por exemplo, interceptações telefônicas e prisões temporárias.

Diante desses argumentos, pode-se entender que a natureza jurídica do exercício da polícia judiciária militar se baseia em normas de Direito Processual Penal Militar, incidindo sobre pessoas (militares e/ou civis), e resultando no agir repressivo ou preventivo aos delitos militares, de acordo com o que o caso exigir. É, pois a Autoridade de Polícia Judiciária Militar responsável pela preparação da atuação jurisdicional castrense.

4.2 O INQUÉRITO POLICIAL MILITAR – IPM

O Inquérito Policial Militar é um instrumento administrativo, inquisitorial, escrito e sigiloso, que visa apurar os delitos praticados por militares, colacionando indícios de autoria e prova da materialidade, a fim de que o Ministério Público, dono da ação penal, possa oferecer denúncia junto à justiça militar, além da coleta de provas urgentes que poderão vir a desaparecer. Esse instrumento é levado a efeito por Oficiais que são delegados a tal fim pela Autoridade de Polícia Judiciária Militar, que é a responsável pela apuração dos fatos. Nesse sentido Estrela (2000, p. 6): “O IPM é o método administrativo processual penal através do qual o Estado, no exercício da atribuição das atividades de polícia judiciária militar carrega indícios e provas para promoção da ação penal militar”.

Diferente do CPP o próprio texto legal do CPPM conceitua o que venha a ser IPM, indicando, por conseguinte sua finalidade, conforme dispõe o art. 9º: “[...] é a apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria (Brasil, 1969, p. 2). Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal”. É plenamente visível a importância de tal instrumento preliminar, pois evita ilações que poderão comprometer as investigações. Nesse sentido, Nucci (2009, p.73): “O inquérito é um meio de extirpar, logo de início, dúvidas frágeis, mentiras arditamente construídas para prejudicar alguém, evitando-se julgamentos indevidos de publicidade danosa”. Esta visão garantista sobre o IPM é na verdade a sua função de auxílio à justiça, já que preservam militares e/ou civis de acusações injustas, até mesmo verificando se o fato sequer se amoldaria a um tipo penal. No mesmo sentido, Messias Barbosa (2009, p. 33):

O inquérito policial insurge-se como um instrumento procedimental a serviço do Estado, ente incumbido do jus puniendi. Ele permanece sendo baluarte da proteção das garantias e dos direitos fundamentais dos envolvidos em investigações criminais preliminares. Diferentemente de quaisquer outros procedimentos, produzidos sem fundamentação legal, é o inquérito policial que corporifica a própria investigação criminal pré-processual em nosso país.

Tem este instrumento características que lhe são próprias, quais sejam: procedimento escrito, discricionário, sigiloso, indisponível, inquisitorial e obrigatório. É escrito conforme o mandamento legal do art. 21 do CPPM ao qual determina a reunião e ordem das peças do IPM pelo seu respectivo encarregado. É discricionário, pois seu encarregado tem determinada liberdade em sua feitura, não prevalecendo assim de um rito específico como no processo. Entretanto, entende-se que essa liberdade é balizada por limites constitucionais de razoabilidade, bom senso, observando-se as garantias e direitos individuais do investigado. O IPM é sigiloso nos termos do que dispõe o art. 16 do CPPM: “O inquérito é sigiloso, mas seu encarregado pode permitir que dele tome conhecimento o advogado do indiciado” (Brasil, 1969, p. 2). É um direito do investigado ser acompanhado por um advogado quando preso e, em tese, facultado quando solto, conforme dispõe o inciso LXIII, do art. 5º da CF: “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (Brasil, 1988, p. 6).

No que diz respeito à característica da sigilosidade, esta mitiga a aplicação do Princípio da Publicidade dos Atos no transcorrer das apurações do IPM, valendo sua aplicação somente ao processo penal. É, no entanto, obrigatório por parte do encarregado,

desde que provocado, ofertar consulta aos autos do inquérito ao advogado do investigado, independentemente de haver ou não procuração. Tal consulta se prende às provas já documentadas, a autos de prisão em flagrante, ainda que estejam conclusos a autoridade, podendo inclusive copiar peças e fazer apontamentos. Este direito é garantido no art. 7º, XIV, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, Lei nº 8.906/94. O STF inclusive já se pronunciou sobre o tema emitindo a Súmula Vinculante nº 14: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Mas não há obrigatoriedade ao encarregado do IPM dar publicidade ao advogado de diligências em andamento, inclusive aquelas provas requeridas em juízo, como por exemplo, interceptações telefônicas e nem lhe informar que tais serão realizadas. Segundo Messias Barbosa (2009) essa característica faz parte do seu próprio significado e sua não observância diminuirá sensivelmente os resultados a que se pretende a apuração.

A característica da indisponibilidade refere-se à impossibilidade legal da Autoridade de Polícia Judiciária Militar arquivar o IPM. Nesse contexto fica evidente que a lei não lhe garantiu competência, lhe cabendo apenas atribuições investigativas. O Estado-Juiz somente revestiu de jurisdição a autoridade judiciária, que deverá dizer o direito caso a caso. O legislador no art. 24 do CPPM disciplinou esta regra: “A autoridade militar não poderá mandar arquivar autos de inquérito, embora conclusivo da inexistência de crime ou de inimizabilidade do indiciado”. (Brasil, 1969, p. 3)

O IPM também é inquisitorial, ou seja, na fase investigativa não se aplica ao investigado o direito à ampla defesa e ao contraditório. Logo não há necessidade do advogado opor diligências realizadas pelo encarregado do IPM, já que todas as provas produzidas somente terão eficácia para condenação se confirmadas em juízo. Ademais o inciso LV, do art. 5º da CF somente assegura a aplicação do Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório em processos judiciais e administrativos, afastando-o em relação a investigações policiais em andamento. Segundo Nucci (2007) o fato do inquérito ter a característica da inquisitorialidade facilita ao Estado apresentar mais rapidamente os resultados da investigação, apontando, por conseguinte, seus autores.

Por derradeiro o IPM também é obrigatório. Entende-se por obrigatoriedade o dever da autoridade de instaurar o IPM quando chegar ao seu conhecimento a *notitia criminis*. Esta característica ficou suavizada já que o IPM não é peça indispensável para que o

MP ofereça a denúncia. Pode o *dominus litis* se utilizar de outros meios de prova, conforme dispõe o art. 28 do CPPM:

O inquérito poderá ser dispensado, sem prejuízo de diligência requisitada pelo Ministério Público: a) quando o fato e sua autoria já estiverem esclarecidos por documentos ou outras provas materiais; b) nos crimes contra a honra, quando decorrerem de escrito ou publicação, cujo autor esteja identificado; c) nos crimes previstos nos arts. 341 e 349 do Código Penal Militar. (Brasil, 1969, p. 3)

Entretanto a autoridade deverá analisar de forma minudente caso a caso, pois ao chegar a seu conhecimento notícia de um subordinado que praticou ilícito penal e não tomando nenhuma providência, poderá ensejar apuração de responsabilidade penal ou administrativa: crime de Prevaricação, Condescendência Criminosa ou ato de Improbidade Administrativa.

4.3 MODOS DE COMO PODE SER INICIADO O IPM

Diferentemente do Inquérito Policial comum em que as várias formas de instauração estão disciplinadas no art. 5º do CPP, o Inquérito Policial Militar somente será iniciado mediante portaria, de acordo com o caput do art. 10 do CPPM: “O inquérito é iniciado mediante portaria” (Brasil, 1969, p. 1). A portaria é um ato administrativo inaugural da investigação, que indicará de forma expressa o que será investigado. É a formalização inaugural da persecução penal. As semelhanças observadas se referem às formas como a *notitia criminis* chega ao conhecimento da Autoridade de Polícia Judiciária Militar. São elas: *notitia criminis* espontânea ou de cognição imediata ou direta, *notitia criminis* provocada ou de cognição mediata ou indireta e a *notitia criminis* de cognição coercitiva.

Para a primeira forma, também chamada de *notitia criminis* espontânea ou de cognição imediata pode-se elencar o que dispõe a alínea “a” do art. 10 do CPPM: “de ofício, pela autoridade militar em cujo âmbito de jurisdição ou comando haja ocorrido à infração penal, atendida a hierarquia do infrator” (Brasil, 1969, p. 1). Este caso se configura quando a autoridade diretamente toma conhecimento do ocorrido, seja investigando ou ainda quando informalmente é cientificada por qualquer meio. A segunda forma, também conhecida como *notitia criminis* provocada ou de cognição mediata ou indireta é aquela em que a autoridade toma conhecimento dos fatos pela própria vítima ou ainda quando há requisição de

autoridades mediante formalização legal. Estão estas hipóteses elencadas nas alíneas “b”, “c”, “e” e “f” do art. 10 do CPPM, e poderá ser por determinação ou delegação da autoridade militar superior, a requerimento da parte ofendida ou de quem legalmente a represente e quando de sindicância feita em âmbito de jurisdição militar, resulte indício da existência de infração penal militar.

A *notitia criminis* de cognição coercitiva é aquela que advém da prisão em flagrante delito, onde o investigado é apresentado à autoridade preso. O art. 27 do CPPM dispõe acerca desta prisão: “Se, por si só, for suficiente para a elucidação do fato e sua autoria, o auto de flagrante delito constituirá o inquérito, dispensando outras diligências [...]” (Brasil, 1969, p. 3). A alínea “d” do art. 10 que dispõe sobre o início do IPM por decisão do Superior Tribunal Militar (STM), não foi recepcionada pela CF de 88, pois se o referido tribunal superior desarquivar um IPM, este deverá remetê-lo ao órgão do Ministério Público para apreciação e decisão final da necessidade ou não de se instaurar procedimento apuratório, já que este é o titular da ação penal. Embora a alínea “e”, que trata do requerimento ou representação da parte ofendida tenha sido citada como *notitia criminis* espontânea seria desnecessária sua aplicação, por ser em regra a ação penal na justiça militar incondicionada. Logo não teria necessidade a representação do ofendido, pois não existe Ação Penal Pública Condicionada a Representação nesta justiça especializada.

Um ponto de grande discussão na doutrina e na jurisprudência se refere à *notitia criminis* apócrifa, ou seja, onde não se conhece o autor da denúncia. Segundo Nucci (2009) não se pode aceitar essa espécie de *delatio criminis* como única causa para se instaurar o inquérito policial. Entretanto, se a autoridade passar a diligenciar preliminarmente e angariar elementos que a corroborem, produzindo assim novas provas que fortaleça o que fora tratado na denúncia apócrifa, poderá então instaurá-lo. Note-se que há outros elementos de provas carreados na investigação que levaram a autoridade a proceder na instauração do inquérito. Neste diapasão, não se baseou única e exclusivamente na denúncia anônima. O STF se pronunciou várias vezes sobre o tema. Nesse sentido, é de grande valia citar o HC nº 99490:

[...] Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada “denúncia anônima”, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados. [...]. No caso, tanto as interceptações telefônicas, quanto as ações penais que se pretende trancar decorreram não da alegada “notícia anônima”, mas de investigações levadas a efeito pela autoridade policial. [...]. (STF, HC n. 99.490, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 23.11.2010)

Firmou-se, pois o entendimento de que a autoridade ao receber uma delação anônima, deverá preliminarmente diligenciar a fim de atestar a veracidade dos fatos. Em se comprovando deverá esta instaurar o competente inquérito baseado nos novos indícios produzidos, ao qual estarão revestidos de legalidade. Este raciocínio jurídico é referenciado em homenagem aos ditames constitucionais do devido processo legal que desautoriza qualquer obtenção de provas por meios ilícitos, seja violando direito material ou processual. Se porventura alguma outra prova for carreada à investigação por meio da já obtida ilicitamente, a questão se enquadrará na Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, também chamada de Teoria da Ilicitude por Derivação, ao qual maculará originariamente todas as provas vinculadas. No entanto, se porventura, a autoridade reunir novas provas de caráter autônomo, ou seja, baseando-se em informações novas sem vinculação com a prova maculada, serão estas plenamente admissíveis. É a chamada Teoria da Desvinculação Causal da Prova Ilicitamente Obtida. Nesse sentido, esta é a visão do STF verificada no RHC nº 90.376:

[...] a doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito da repercussão causal. [...]
 – Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. – Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova [...], tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. (STF, RHC n. 90.376, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03.04.2001) (grifos nossos)

É cediço que por ser o IPM mero expediente administrativo, qualquer vício que nele esteja não acarretará nulidade ao processo penal, eis que este é possuidor de instrução própria. Porém, aquela prova viciada não será considerada para fins da prolação da sentença pelo juiz, devendo inclusive ser retirada dos autos. Nesse sentido, assim se pronunciou o STF no HC nº 73.271:

O inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é - enquanto *dominus litis* - o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária. A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as

garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações. **O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial.** (STF, HC n. 73.271, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19.03.1996) (grifos nossos)

Nesse entendimento, a autoridade de Polícia Judiciária Militar deverá estar atenta para que não se instaure qualquer procedimento administrativo, baseado em denúncia anônima que não foi preliminarmente verificada quanto a sua autenticidade, pois, do contrário, causará danos irreversíveis, maculando toda a investigação.

4.4 EXERCÍCIO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR

Diversas são as autoridades que exercem a polícia judiciária militar, principalmente quando se analisa a esfera federal. Entretanto, houve mudanças na estrutura orgânica das forças armadas, principalmente com a extinção de ministérios militares e do estado maior, o que ocasionou a desatualização da legislação, restando obsoletas algumas expressões do art. 7º do CPPM, não corrigidas pelo legislador. Não obstante, não houve mudança quanto aos militares estaduais que continuam a exercer sua autoridade, embora aplicando de forma genérica o disposto na alínea “h” do referido artigo, sendo qualificados como comandantes de forças. Ressalte-se que também carece de atualização esta alínea, pois não se especifica, dentro da estrutura das milícias estaduais, as autoridades que podem exercê-la. Mesmo nesse contexto de aplicação genérica a alínea abrange os comandos gerais, chefias do estado maior, comandos regionais, diretorias, chefias de departamentos e comandos de unidades.

Com o advento da criação da FNSP e havendo a possibilidade dos referidos praticarem delitos de natureza militar, surge a dúvida de quem poderia exercer as atividades de polícia judiciária militar. Conforme explanado anteriormente a FNSP é um programa do governo federal, ao qual visa atender demandas dos estados federados na área de segurança pública. O governo não criou uma nova instituição policial, mas, mobilizaram milicianos dos estados para utilizá-los como auxílio, às mais diversas missões determinadas pelo Ministério da Justiça. Por conseguinte, não havendo previsão constitucional da FNSP como órgão de segurança pública e também não havendo previsão legal acerca da autoridade que

desempenha o Diretor da FNSP, já que não inserido no rol daqueles que desempenham as atividades de polícia judiciária militar, não poderia investigar os delitos dessa natureza. Nesse sentido, César de Assis (2010) deixa bem claro que, embora haja uma subordinação operacional dos milicianos estaduais ao Ministro da Justiça e ao Diretor da FNSP, ambos não gozam de competência para exercer as atividades de polícia judiciária militar.

Na contramão desse entendimento a FNSP no ano de 2007, editou a Portaria nº 20, ao qual delineou as atribuições dos comandantes militares que foram empregados no Rio de Janeiro, quando da realização dos Jogos Pan-Americanos. Dentre estas estavam dispostas regras que determinavam a investigação de delitos militares por um Oficial, conforme se verifica no inciso VIII, do art. 1º, da referida legislação: “expedir portarias que estabelecem normas administrativas, [...] bem como delegam a um Oficial poderes para apurar fatos administrativos em geral, inclusive transgressões da disciplina, ou relacionados com infrações penais militares” (Brasil, 2007, p. 1). Para que esta regra pudesse ser levada a efeito, a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro (PMERJ) disponibilizou a estrutura de sua Corregedoria Geral a fim de que os procedimentos apuratórios fossem realizados, inclusive a lavratura de autos de prisão em flagrante, se fosse o caso, por Oficial da FNSP. Diga-se de passagem, esta portaria foi assinada por um Coronel Policial Militar, à época Diretor da FNSP, baseando-se no art. 16, incisos I, II e III, do Decreto nº 6061, de 15 de março de 2007, ao qual disciplina, dentro da estrutura regimental do Ministério da Justiça, as competências do Departamento da FNSP. Numa análise mais detida dessa legislação o que se mostra é que estas competências, na verdade são atribuições de caráter administrativo, visando o planejamento, estruturação, funcionamento e supervisionamento das atividades desse departamento.

Nesse contexto é visível que as autoridades da FNSP utilizam a delegação de competência, advindo do poder hierárquico para que os delitos militares sejam apurados. Aliás, esta transmissão de delegação teria, em tese, a mesma natureza jurídica dos parágrafos do art. 7º do CPPM. Ocorre que dentro da estrutura legislativa do Estado não é possível criar por decreto uma estrutura que, embora não seja vista como órgão policial, até por barreiras constitucionais, exerce as mesmas funções destas. Nessa ótica não seria possível legislar por espécie normativa inferior, atribuindo poderes que somente seriam possíveis delegar a autoridades que estivessem legalmente revestidas, o que não parece ocorrer nas atividades da FNSP, pois seus comandantes têm atribuições hierárquicas e funcionais sobre seus comandados, porém, não teriam atribuições penais e processuais penais militares, por nítida carência legislativa. Nesse sentido, César de Assis (2010, p. 38):

Portanto, apesar de a FNSP ser constituída basicamente de policiais e bombeiros militares dos Estados, sempre é bom lembrar que a Força Nacional não é um órgão policial militar específico (este deve ser criado por emenda constitucional ao art. 144), mas, sim um programa de cooperação. [...] Não é preciso muito esforço para verificar que o rol do art. 7º do CPPM é restrito, e não admite ampliações. Nem se queira dar ampliação interpretativa à letra h do citado artigo, nele incluindo o Diretor da FNSP, porque a FNSP é um programa, nem sequer é uma Força (Militar, Policial ou Policial Militar) daquelas que, no Brasil, estão constitucionalmente previstas. A Força Nacional de Segurança Pública não tem competência para exercer a polícia judiciária militar [...].

Quando se relaciona poder de delegação dentro do Direito Administrativo imagina-se que a autoridade delegante tem a sua competência decorrente de lei. E esta lei é analisada como lei em sentido estrito, não havendo definição de competência por decretos, portarias ou resoluções. Ressalte-se que ainda que a legislação seja silente, ou seja, omissa, há previsão de que a congregação de competências estaria com chefia superior, que agiria no caso concreto. O que dizer então de uma autoridade que incluída em um programa governamental na área de segurança pública, que visa auxiliar governos estaduais, mas que ilegalmente desempenha papel constitucional de órgãos legalmente constituídos, e criado por legislação flagrantemente inconstitucional? Poderia esta autoridade delegar poderes a subordinados, sendo que legalmente lhe falta esta competência? É fato que não, pois não se delega poderes que não se tem.

Aliás, é de se notar que apesar das forças armadas estarem sob a autoridade suprema do Presidente da República, e as milícias estaduais estarem subordinadas aos governadores, também não tem estas autoridades civis atribuições de polícia judiciária militar. Esta dedução lógica se faz presente no próprio texto do art. 7º do CPPM, pois elenca taxativamente as autoridades que detém esta autoridade, sendo estas somente militares de maior hierarquia dentro de uma estrutura militar ao qual estão inseridos. Neste mesmo raciocínio não tem autoridade para tal atribuição o Ministro da Justiça em se tratando de delitos castrenses praticados por agentes militares mobilizados junto a FNSP.

Qual seria, então, o papel da Autoridade de Polícia Judiciária Militar dos estados federados principalmente se um agente mobilizado venha a praticar delito militar? A resposta está no art. 85, I, letra “a” do CPPM, ao qual delimita que a competência do foro militar, de modo geral, será determinada pelo lugar da infração. Logo, para estes delitos, cabe o exercício da polícia judiciária militar pelo Comandante Geral da milícia estadual, seguindo até o comandante da Unidade Policial Militar (UPM), do local onde se deram os fatos, de acordo com a alínea “h” do art. 7º do CPPM. Aliás, não se poderia sequer suscitar ingerência

da milícia estadual em uma suposta “milícia federal”, já que como já retratado anteriormente, não passa esta de um programa do governo federal, em que seus integrantes são milicianos estaduais. Nesta monta se um militar do DF mobilizado junto a FNPF vier, por exemplo, a desacatar o Oficial de Dia ou um graduado do estado do Rio Grande do Norte, e não tiver sido preso em flagrante por motivos alheios à vontade da autoridade, deve o Comandante Geral desta polícia instaurar IPM para que o caso seja apurado. Posteriormente, os autos serão remetidos para a Auditoria Militar do RN (AMRN), para que esta remeta a Auditoria Militar do DF (AMDF), sendo esta competente para julgar o fato. Esta remessa para a AMDF será realizada em observância à Súmula nº 78 do STJ ao qual assim determina: “Compete a justiça militar processar e julgar policial de Corporação estadual, ainda que o delito tenha sido praticado em outra unidade federativa”. Outro exemplo seria do Oficial do DF que matriculado em curso de aperfeiçoamento na PMRN, venha a praticar o crime de Violência contra Superior, tipificado no art. 157 do CPM, contra um Oficial desta co-irmã, vindo posteriormente a fugir. Ou ainda, se por ventura um Soldado da PMDF, estando de férias no Estado do Rio de Janeiro, e em visita a uma Unidade Policial Militar, observa um armamento daquela corporação e o subtrai. Não sendo possível a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante, o Comandante Geral da PMRN ou da PMERJ deverá instaurar o competente IPM, a fim de apurar a conduta dos milicianos do DF. Este procedimento apuratório será posteriormente remetido pela AMRN e pela AMRJ à AMDF.

É interessante observar que na justiça militar a regra é que a ação seja pública, não havendo, pois Ação Penal Privada. Somente nos crimes do art. 136 a 141 do CPM (Crimes contra a Segurança Externa do País), está prevista a propositura da Ação Penal Condicionada a Requisição (pelos comandantes militares ou pelo Ministério da Justiça, conforme art. 31 do CPPM), sendo esta requisição condição de procedibilidade para a ação penal. Nos demais casos será a Ação Penal Pública Incondicionada. Entretanto, segundo a doutrina, poderá existir a Ação Penal Privada Subsidiária da Pública, nos casos em que o Ministério Público, no prazo legal, deixa de oferecer denúncia, ficando silente.

4.5 DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO PELA PRÁTICA DE CRIME MILITAR

A natureza jurídica da prisão em flagrante nos delitos militares é a mesma para os delitos de natureza comum. Ambas são espécies de prisão provisória, cabendo às

autoridades, obrigatoriamente, prender aqueles que se encontram na situação de flagrância. Os civis também podem realizá-la, porém, de forma facultativa. Nesse sentido, César de Assis (2010, p. 80): “A prisão em flagrante é igualmente uma espécie de prisão provisória, com a característica de que poderá ser realizada por qualquer pessoa (faculdade) e de que deverá ser realizada pelas autoridades policiais e militares (obrigação, dever).” É na verdade a possibilidade de se conhecer o autor da infração, segregando-o temporariamente, não se valorando aspectos de culpabilidade, mas, de tipicidade. Na sua essência, esta prisão realizada pela Autoridade de Polícia Judiciária Militar é administrativa com cunho cautelar, ao qual se objetiva a preservação da prova, sendo esta corroborada com a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante. Segundo Nucci (2009, p.602): “[...] prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal)”. A partir do instante em que, tomando conhecimento desta prisão a autoridade judiciária a ratifica, passa esta a ser considerada de natureza jurisdicional.

Embora nos crimes militares haja a mesma natureza jurídica da prisão em flagrante nos crimes comuns, na prisão do desertor e do insubmisso há diferenças quanto ao instrumento que deverá ser formalizado para o encarceramento, dispensando-se o auto de prisão em flagrante. Isto se deve, pois, para estes dois infratores, o prender nas hipóteses do art. 243 do CPPM, é considerado prisão sem ordem judicial, conforme previsto no art. 5º, LXI, da CF de 88. Logo, lavrar-se-á, respectivamente, o Termo de Deserção e o Termo de Insubmissão. Segundo Lobão (2010) o legislador optou por esta formalização da medida coercitiva, pois há necessidade imediata da instituição militar cumprir condições administrativas, como reintegrar ou excluir o desertor, ou incorporar ou dispensar o insubmisso, que terão consequências imediatas na prestação jurisdicional. Não há, por exemplo, como julgar o desertor sem que este esteja devidamente apto para o serviço ativo, ao qual é realizada por medida administrativa. É interessante notar que se porventura o desertor capturado ao ser submetido à inspeção de saúde não for considerado apto, o processo será arquivado, pois, somente militares incorporados poderão ser submetidos à justiça militar nesse delito. Logo, tanto o Termo de Deserção, como o Termo de Insubmissão são documentos hábeis para que se constate se os militares estão aptos para se verem julgados pela justiça castrense.

Outrossim, a hipótese de prisão em flagrante por crime militar praticado por miliciano estadual fora de seu estado de origem poderia causar grande celeuma, pois se argumentaria que este, somente estaria subordinado às medidas cautelares praticadas pela

Autoridade de Polícia Judiciária Militar de seu estado. O mesmo raciocínio seria quanto à compreensão de prisões em flagrante por crime de natureza militar, por integrantes da FNSP, já que este programa do governo federal é composto por militares estaduais. Se por ventura uma guarnição da FNSP, composta por um militar do DF, um do Rio Grande do Norte, um do Rio de Janeiro e outro do Tocantins, praticassem crime de natureza militar contra um de seus superiores ou contra um superior da polícia militar do estado onde foram mobilizados e fossem presos em flagrante delito, que autoridade estaria apta ao exercício da polícia judiciária militar? Estas hipóteses e todas as outras que envolvem militares estaduais da ativa já foram tratadas anteriormente, quando do esclarecimento sobre o exercício da polícia judiciária militar pelas autoridades militares estaduais.

Neste raciocínio, caberá ao Comandante Geral da corporação militar ou as autoridades militares abrangidas pela alínea “h”, do art. 7º do CPPM, lavrar o auto de prisão em flagrante ou ainda qualquer das autoridades elencadas no art. 245 do CPPM, sendo estes o Oficial de Dia, de serviço ou de quarto, ou autoridade correspondente. Na verdade trata-se de uma inserção feita pelo legislador das nuances do Inquérito Policial Militar no auto de prisão em flagrante. Nesse sentido, César de Assis (2009, p. 86):

Assim, defendendo que não há de se interpretar as normas do APFD, excepcionadas do IPM, pois foi o próprio legislador que encampou aquele instituto neste, e ambos sob o signo de normas do art. 7º do CPPM, que eloquentemente preconiza o princípio da delegação por parte da autoridade originária e não, a existência de delegação legislativa, acresce que o APFD pode constituir-se excepcionalmente no IPM, o que leva o intérprete necessariamente a não olvidar a delegação exigida pelo art. 7º do CPPM, para os atos de polícia judiciária militar, inclusive o APFD, sob pena de inquirar esta peça inquisitiva cautelar.

Assim, por exemplo, se um agente mobilizado da Força Nacional de Segurança Pública praticar um delito militar contra um militar do DF, aquele deverá receber voz de prisão e ser conduzido à Corregedoria da PMDF, apresentando-o à autoridade policial militar de plantão e ser autuado em flagrante delito, conforme prevê as normas do CPPM. Por conseguinte, após a garantia de seus direitos constitucionais e formalização do auto, deverá ser conduzido ao presídio militar. A comunicação do flagrante será realizada à autoridade judiciária da Auditoria Militar do Distrito Federal. Esta, por sua vez, se declarará incompetente para o julgamento do feito e, após manifestação do Ministério Público, remeterá os autos para o estado federado ao qual o policial militar faça parte, desde que considere o fato como crime de natureza militar. Do contrário, em se verificando não existir o crime

militar, arquivará o processo, ou ainda, não vislumbrando crime de natureza comum, remeterá os autos a uma das varas criminais do local do fato.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objeto da presente pesquisa teve como meta principal demonstrar a natureza jurídica e as nuances da prática de crimes militares por agentes mobilizados da FNSP (já que tais crimes constituem grave quebra da hierarquia, disciplina e da paz social, o que caracteriza óbice para atuação dessa força), bem como demonstrar a ótica das atribuições da Autoridade de Polícia Judiciária Militar na apuração destes delitos, além de demonstrar flagrante inconstitucionalidade na criação desse programa de cooperação. Com todo o arcabouço doutrinário trazido, foi possível responder a todos os problemas propostos, bem como a metodologia aplicada respondeu ao desenvolvimento da pesquisa.

De início, verificamos quais foram os aportes constitucionais que o Governo Federal se baseou para a criação da FNSP, sendo observadas questões sobre o Federalismo e os órgãos que compõe a segurança pública, além de análise sobre processo legislativo, já que a FNSP fora criada por decreto e não por lei. Nesse sentido, a carta maior que trata da segurança pública, embora não regulamentada pelo Legislativo, deixou regra específica para que determinada espécie legislativa fosse utilizada, eivando de inconstitucionalidade qualquer iniciativa que diversa da pretendida pelo legislador constituinte originário, burlando, por conseguinte as regras trazidas pelo art. 59 da Constituição Federal. Nesse contexto, um decreto não pode regulamentar matéria que não contempla esta espécie normativa, pois ferirá as regras de competência emanadas pela constituição.

Além disso, o texto constitucional não contemplou a FNSP como instituição policial, o que eiva de vício de ilegalidade suas ações. Nesta monta, conclui-se que o silêncio estatal na regulamentação da segurança pública foi um dos grandes motivos do aumento da criminalidade no país, aliado a falta de políticas públicas concretas que reduzam o desemprego e a miséria da população. Além disso, vale ressaltar que se porventura houver grave comprometimento à ordem pública, conforme exposto no art. 34 da carta magna, poderá ensejar a intervenção federal, sendo este o instrumento legal para dissipar qualquer tentativa nesse sentido. O próprio artigo faz menção aos tramites procedimentais para sua realização, sendo vedadas quaisquer espécies de medidas, mesmo que veladas, como é o caso das atividades da FNSP, que sobreponha o que determinado pela constituição.

Por outro lado, demonstrou-se em um primeiro momento um conflito de atribuições existentes entre as autoridades militares da FNSP e as autoridades militares das polícias estaduais. Ocorre que, afora os apontamentos sobre a inconstitucionalidade desse

programa, após uma análise detida das regras da legislação adjetiva castrense, ficou evidenciado que as autoridades militares do referido programa, não detém nenhum poder de polícia judiciária militar, pois não inseridas no rol de autoridades que as possui, já que estas estão previstas em uma lista fechada, ou seja, *numerus clausus*. Deixou-se muito bem exposto que a resolução deste óbice passaria pela reformulação da legislação constitucional e infraconstitucional, pois do contrário continuaria a FNSP a padecer de inconstitucionalidade e ilegalidade. Nesse contexto, não se pode analisar atribuições ou delegação de atribuições de caráter processual penal militar, se a autoridade não a possui.

Ficou também evidenciado que as condutas dos agentes mobilizados da FNSP, quando externarem indícios que poderão configurar delitos castrenses, serão analisadas à luz do art. 9º do CPM, pois embora façam parte deste programa cooperativo, continuam sendo militares estaduais. Ressalte-se que embora a apuração dos fatos caiba a Autoridade de Polícia Judiciária Militar da milícia estadual, o julgamento do feito será realizado pela Auditoria Militar do Estado-membro ao qual o agente mobilizado faça parte. Ademais, estes agentes também poderão praticar delitos de natureza comum, porém, serão julgados pela justiça comum, no local onde praticaram o delito.

Nesta esteira de entendimento, na ocasião em que ocorrer um delito castrense praticado por agente mobilizado da FNSP e havendo a necessidade de se tomar medidas cautelares que tragam de volta a disciplina militar anteriormente burlada, o órgão responsável para apurar e aplicar as regras de polícia judiciária militar advém do Comandante Geral da Polícia Militar do Estado-membro onde aconteceu o delito. Esta autoridade, inserida no rol do art. 7º do CPPM, instaurará IPM ou determinará a autuação em flagrante delito do militar que praticou o delito castrense. Note-se que em nenhuma ocasião a ciência ou apuração da ocorrência do delito deverá ficar a cargo do delegado de polícia civil, já que constitucionalmente, este carece de atribuições para realizar a referida investigação.

Toda a pesquisa gira em torno dos delitos de natureza militar e sua natureza jurídica, quando praticados pelos agentes mobilizados da FNSP, principalmente quando as vítimas são policiais militares dos Estados-membros ao qual a FNSP está mobilizada, muito embora a criação do programa tenha gerado conflitos processuais que culminaram em diversas celeumas na doutrina e jurisprudência, fato este não observado pelo legislador, quando da criação desse programa de cooperação.

Ademais, celeumas jurisprudenciais não foram até o momento resolvidas, já que de extrema complexidade, devendo ser analisadas caso a caso, pois a prática de crimes, sejam estes de natureza militar ou comum, tendo como autores militares de Estados-membros

diversos, trazem embaraço à aplicação da legislação castrense, o que até o presente momento não se conseguiu vislumbrar uma saída legal que não trague prejuízo ao andamento processual. Vale ressaltar que não temos, até o momento, julgados acerca do tema nos tribunais superiores, não tendo, portanto uma uniformização de procedimentos judiciais.

Aliás, a falta de tecnicidade do legislador foi o maior motivador para que surgissem todas as discussões, seja de cunho constitucional ou legal. A melhor técnica para resolução deste problema deve partir do Poder Legislativo Federal que deverá regulamentar a Constituição Federal, no tocante à segurança pública e garantir que os órgãos policiais existentes tenham suas competências constitucionais respeitadas.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar**. Curitiba: Juruá. 2003.

_____. **CONSIDERAÇÕES ACERCA DA FORÇA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA-FNSP**. Material da 4ª aula da disciplina Doutrina de Polícia e Segurança Pública, ministrada no Curso de Especialização Tevirtual em Direito Militar - Anhanguera-INIDERP/REDE LFG.

BANDEIRA, Francisco Alves Esmeraldino, **Direito, Justiça e Processo Militar**, Rio, 1919.

BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito Policial**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2009.

BITTNER, Egon. **Questões policiais emergentes (texto original “Local Government Police Management”)**, 2. ed. copyright 1982, by The International City Management Association). Aspectos do Trabalho Policial, série Polícia e Sociedade, Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP), 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:<<http://legislacao.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 de maio de 2011.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Aprova o Código Penal**. Brasília, DF: Senado Federal, 1940. Disponível em:<<http://legislacao.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 de maio de 2011.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Aprova o Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Senado Federal, 1941. Disponível em:<<http://legislacao.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 de maio de 2011.

_____. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. **Aprova o Código Penal Militar**. Brasília, DF: Senado Federal, 1969. Disponível em:<<http://legislacao.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 de maio de 2011.

_____. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. **Aprova o Código de Processo Penal Militar**. Brasília, DF: Senado Federal, 1969. Disponível em:<<http://legislacao.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 de maio de 2011.

_____. Presidência da República. Decreto nº 5.289, de 29 de novembro de 2004. **Disciplina a organização e o funcionamento da administração pública federal, para desenvolvimento do programa de cooperação federativa denominado Força Nacional de Segurança Pública, e dá outras providências.** Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em:<<http://legislacao.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 de maio de 2011.

_____. Presidência da República. Decreto nº 6.061, de 15 de março de 2007. **Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério da Justiça, e dá outras providências.** Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em:<<http://legislacao.planalto.gov.br>> Acesso em: 30 de maio de 2011.

_____. Presidência da República. Lei nº 6.880 de 9 de dezembro de 1980. **Dispõe sobre o Estatuto dos Militares.** Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em:<<http://legislacao.planalto.gov.br>> Acesso em: 21 de maio de 2011.

_____. Presidência da República. Lei nº 8.906 de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).** Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em:<<http://legislacao.planalto.gov.br>> Acesso em: 21 de maio de 2011.

_____. Presidência da República. Lei nº 9.299 de 10 de setembro de 2001. **Altera dispositivos dos Decretos-leis nºs 1.001 e 1.002, de 21 de outubro de 1969, Códigos Penal Militar e de Processo Penal Militar, respectivamente.** Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em:<<http://legislacao.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 de maio de 2011.

_____. Presidência da República. Lei nº 10.277 de 10 de setembro de 2001. **Institui medida para assegurar o funcionamento de serviços e atividades imprescindíveis à segurança pública.** Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em:<<http://legislacao.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 de maio de 2011.

_____. Presidência da República. Lei nº 11.473 de 10 de maio de 2007. **Dispõe sobre cooperação federativa no âmbito da segurança pública e revoga a Lei nº 10.277, de 10 de setembro de 2001.** Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em:<<http://legislacao.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 de maio de 2011.

_____. Departamento de da Força Nacional de Segurança Pública. **Portaria nº 2 de 20 de julho de 2007.** Brasília, DF: Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2007. Disponível em:<<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/662299/dou-secao-2-01-08-2007-pg-18>> Acesso em: 20 de agosto de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 73.271.** Brasília, DF em 19 de março de 1996. Disponível em <

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=HC+73271&s=jurisprudencia>>. Acesso em 30 de agosto de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso em **Habeas Corpus nº 90.376**. Brasília, DF em 3 de abril de 2001. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=90376&s=jurisprudencia>>. Acesso em 30 de agosto de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 81.161**. Brasília, DF em 30 de outubro de 2001. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=81161&s=jurisprudencia>>. Acesso em 30 de agosto de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 99.490**. Brasília, DF em 23 de novembro de 2010. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=99490&s=jurisprudencia>>. Acesso em 28 de agosto de 2011

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 99.541**. Brasília, DF em 10 de maio de 2011. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=99541&s=jurisprudencia>. Acesso em 30 de agosto de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 100.230**. Brasília, DF em 10 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=100230&s=jurisprudencia>> Acesso em 30 de agosto de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1.494**. Brasília, DF em 9 de abril de 1997. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=STF+ADI+1494&s=jurisprudencia>> Acesso em 30 de agosto de 2011

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 78**. Brasília, DF em 29 junho de 1993. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=400>. Acesso em 03 de setembro de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 125.582**. Brasília, DF em 27 de abril de 2010. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=125582&s=jurisprudencia>>. Acesso em 03 de setembro de 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **CC nº 2005 00 2 008982-5**. Brasília, DF em 29 junho de 1993. Disponível em <

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Crime Militar**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva: 1985.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 7: direito das coisas. – 16. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva 2002.

ESTRELA, Eládio Pacheco, **Direito Militar Aplicado**, v. 1. Salvador: Lucano, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. Trad. De Raquel Ramallete. 26 ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar um Projeto de Pesquisa**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - parte geral**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

LEHFELD, Lucas de S.; FERREIRA, Olavo A. V. A.; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Monografia Jurídica: guia prático para elaboração do trabalho científico e orientação metodológica**. São Paulo: Método, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva: 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Competência Criminal**. Salvador: Juspodivm, 2010.

LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. 2ª Ed. Brasília: Brasília Jurídica. 2004.

MASSON, Cleber Rogério – **Direito Penal Esquemático**: parte geral – 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

MEDEIROS, João Bosco. **Redação Científica: a Prática de Fichamentos, Resumos, Resenhas**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo da Ordem Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MIGUEL, Cláudio Amin e CRUZ, Ione de Souza. **Elementos de Direito Penal Militar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREINFINGER, Marcelo. **Apontamentos de Direito Penal Militar**: (parte geral): vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

NORONHA, e. Magalhães. **Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA, Gerson da Rosa. **A Inconstitucionalidade da Força Nacional de Segurança Pública**. Disponível em <<http://www.forumdeseguranca.org.br/artigos/ainconstitucionalidade-da-força-nacional-de-seguranca-publica>>. Material da 4ª aula da disciplina Doutrina de Polícia e Segurança Pública, ministrada no Curso de Especialização Tevirtual em Direito Militar - Anhanguera-INIDERP/REDE LFG.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, volume 1.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar**: parte geral. São Paulo: Saraiva. 1994.

SANTOS, Antônio Raimundo dos. **Metodologia Científica: a Construção do Conhecimento**. 5. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SILVA, Leandro Antunes e. **Decifrando o Código Penal Militar**. Brasília, DF: Editora Gran Cursos, 2010.