

A Constituição Federal de 1988 e as infrações penais militares

ÁLVARO LAZZARINI

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Professor de Direito Administrativo em São Paulo e autor do *Direito Administrativo da Ordem Pública* (1)

SUMÁRIO

1 — Introdução. 2 — Duplicidade de inquéritos — fatores motivantes. 3 — A publicidade nos inquéritos. 4 — Competência da Polícia Civil. 5 — O inquérito policial militar. 6 — Os crimes militares definidos em lei. 7 — Justiça Militar estadual e jurisprudência. 8 — A correção sobre os inquéritos. 9 — Os desnecessários conflitos de atribuições. 10 — Conclusão.

1 — Introdução

A Corporação Policial Militar Paulista recentemente viu-se envolvida em acontecimentos trágicos, cujo mérito não é objeto de apreciação neste

(1) LAZZARINI, Alvaro; Calo Tácito; Diogo de Figueiredo Moreira Neto; Hely Lopes Meirelles; José Cretella Júnior e Sérgio de Andréa Ferreira. *Direito Administrativo da Ordem Pública*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987.

trabalho, o qual, com sentido técnico almeja transcender situações conjunturais. Considerando o momento, talvez até não fosse oportuno fazê-lo. O meu compromisso com o aperfeiçoamento da instituição policial, orientando a correta aplicação da lei, porém, impulsiona-me a tanto.

2 — *Duplicidade de inquéritos — fatores motivantes*

Através da imprensa, tenho observado nas ocorrências em que policiais militares praticam atos tipificados na lei penal militar, um duplo procedimento administrativo por parte do Executivo estadual que, através da Secretaria de Segurança Pública, instaura dois inquéritos policiais. Um pela Polícia Civil, outro pela Polícia Militar; ambos, no entanto, com o mesmo propósito, pelo menos em tese, de apurar a infração penal que se alega ocorrida. Noto que a recíproca não é verdadeira, ou seja, quando um policial civil comporta-se ilicitamente, apenas um procedimento é instaurado, o inquérito policial conduzido pela Polícia Civil. Por que a discrepância? Seria o militar mais suspeito que o civil? Por certo a resposta é negativa. Quanto à explicação da diferença, fá-lo-ei a seguir.

Nas raízes da divergência pode-se encontrar objetivamente uma mistura de desconhecimento da lei penal militar, sentimentos corporativistas e até classistas, busca de publicidade pessoal e num ano eleitoral como este, inevitavelmente, fins políticos. Todos fatores perfeitamente contornáveis desde que haja firme decisão por parte da administração estadual de fazer cumprir a lei.

Na condição de colaborador nos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte e estudioso, há muitos anos, da doutrina da ordem pública, onde se insere a polícia e seus temas, posso afirmar que a Constituição Federal vigente definiu muito bem as funções dos órgãos policiais. É preciso apenas que cada um saiba o seu lugar e respeite o do outro. Por certo os pequenos ajustes que deverão ser feitos a nível das leis orgânicas das polícias, aliados a uma administração mais técnica, levará, acredito, ao esvaziamento das divergências e crescimento das possibilidades de um trabalho conjunto harmonioso. Saliento que não estou isolado neste pensar, pois juristas do porte de José Afonso da Silva, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Cretella Júnior, em recentes obras sobre o texto constitucional, entendem-no de forma muito semelhante.

3 — A publicidade nos inquéritos

Ainda na questão do inquérito policial, tem sido cada vez mais preocupante o desprezo com que a polícia vem tratando o sigilo da apuração, aliás, previsto pelo art. 20 do Código de Processo Penal. Em notável artigo escrito para o jornal *Folha de S. Paulo*, a 11 de fevereiro de 1990, p. 3, Seção *Tendências e Debates*, sob o título “Quando a Polícia Julga”, os eminentes advogados José Carlos Dias e Luis Francisco Carvalho Filho trataram do problema, de tal forma que me permito aqui transcrever:

“O indiciamento passou a ter a conotação de uma condenação pública. O reconhecimento posterior da inocência afirmado pelo Judiciário não tem mais repercussão, é incapaz de apagar da memória a condenação policial anterior. O indiciamento marca a pessoa com cicatrizes que nenhuma sentença absolutória tem o poder plástico de apagar de sua alma e do seu nome. Pelo erro policial, permanece impune o ‘julgador’ sem toga. O inocente, assim reconhecido pelo julgador togado, não recebe, pela lesão sofrida, nenhuma reparação moral ou material por parte do Estado. Se a Constituição garante a inviolabilidade da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem, se estabelece a presunção de inocência até o julgamento final do processo, é indispensável que seja cumprida. O indiciamento, por exemplo, é um ato sem previsão expressa na lei, e a polícia criou um cerimonial que só objetiva humilhar a pessoa e invadir seu mundo íntimo.”

4 — Competência da Polícia Civil

Voltando à questão da duplicidade de inquéritos, convém ressaltar que a competência da Polícia Civil, prevista na Constituição Federal, art. 144, § 4.º, e Constituição do Estado de São Paulo, art. 140, cinge-se às “funções de Polícia Judiciária e a apuração das infrações penais, *exceto as militares*” (grifo nosso). Não fica dúvida. Tais atribuições dizem respeito tão-somente às infrações penais comuns. Note-se inclusive o intuito da norma constitucional, que é ampla, ao não fazer distinção quanto à espécie de infração penal militar, abrangendo todas, sejam elas propriamente ou impropriamente militares, coerentemente com o restante dos textos constitucionais respectivos, na previsão da competência da justiça militar — Constituição Federal, arts. 124 e 125, § 4.º, e Constituição Estadual, arts. 81 e 82.

Cumpre lembrar, a propósito, que na lição de CAIO TÁCITO (2)

“A primeira condição de legalidade é a competência do agente. Não há, em direito administrativo, competência geral ou universal: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício das atribuições do cargo. Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador” (grifos nossos).

5 — O inquérito policial militar

De outro lado, em sendo praticada infração penal militar, por militar federal ou estadual, definidos nos arts. 42 da Constituição Federal e 138 da Constituição do Estado de São Paulo, obrigatoriamente caberá à respectiva Força Armada ou à Polícia Militar exercer as funções de Polícia Judiciária Militar institucionalizada na esfera do Estado de São Paulo pela Constituição Estadual através do art. 81, inciso II, §§ 1.º e 3.º e pelo Decreto-Lei n.º 1.002, de 21 de outubro de 1969 (Código de Processo Penal Militar), através dos arts. 7.º, 8.º, 9.º e 10, apurando o ilícito mediante inquérito policial militar.

Saliente-se que o exercício da Polícia Judiciária Militar compete originariamente aos comandantes, diretores e chefes militares, podendo, por delegação, ser atribuído aos oficiais da ativa para fins e por tempo especificados.

Pela similaridade com a doutrina do Direito Processual Penal Comum, afirma-se que o inquérito policial militar é a peça informativa procedida pelo órgão competente do Poder Executivo para o exercício do Poder Judiciário no âmbito criminal militar. Sua definição legal é fornecida pelo art. 9.º do Código de Processo Penal Militar, com a seguinte redação:

“O inquérito policial militar é a apuração sumária de fato que, nos termos legais, configure-se crime militar, e de sua autoria. Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à proposição da ação penal.”

(2) TÁCITO, Caio. *O Abuso de Poder Administrativo no Brasil — Conceito e Remédios*; edição do Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, Rio de Janeiro, 1959, p. 27.

6 — Os crimes militares definidos em lei

Já as infrações penais militares são definidas pela lei penal militar no art. 9.º, incisos I, II e III do Código Penal Militar, cuja íntegra é:

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

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

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

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

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

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

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

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

f) por militar em situação de atividade ou assemelhado que, embora não estando em serviço, use armamento de propriedade militar ou qualquer material bélico, sob guarda, fiscalização ou administração militar, para a prática de ato ilegal;

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

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

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

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

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

Doutrinariamente, identificam-se dois tipos de crimes militares, a saber: *os crimes propriamente militares e os crimes impropriamente militares*.

O motim, a revolta, a insubordinação, a deserção, a falta de cumprimento do dever, o abandono de posto e a tentativa contra a soberania nacional, dentre outros, constituem tipos de *crimes propriamente militares* (tipicamente), pois que definidos somente no Código Penal Militar (art. 9.º, inciso I).

Vale notar que há crimes igualmente definidos no Código Penal Militar (art. 9.º, inciso II) e na lei penal comum, os quais, em razão de determinadas condições, circunstâncias e locais de ocorrência, integram o elenco dos denominados *crimes impropriamente militares*, sendo seu requisito fundamental a condição de militar da ativa do agente.

7 — Justiça militar estadual e jurisprudência

No tocante à Justiça Militar Estadual cumpre destacar que, por força do art. 125, § 4.º da Constituição Federal e art. 81 da Constituição de São Paulo, não cabem sobre civis, providências de natureza de Polícia Judiciária Militar, porque à Justiça Militar Estadual só compete processar e julgar militares estaduais. Se no curso do inquérito policial militar verificar-se a hipótese de civil envolvido em prática delitiva, a autoridade policial judiciária militar remeterá cópias das peças respectivas à autoridade policial civil competente, ou então diretamente ao Ministério Público. Em absoluto, o civil figuraria como indiciado em inquérito policial militar, instaurado na esfera estadual.

Saliente-se que há mais de dez anos o Colendo Supremo Tribunal Federal e outras Egrégias Cortes, através de inúmeros julgados *pacificaram a jurisprudência sobre o julgamento dos crimes militares, definidos em lei, cometidos por militares estaduais*. A competência, com efeito, está atribuída à Justiça Militar Estadual, como destinatária final dos inquéritos policiais militares, pois a Magna Carta, no seu art. 144, § 4.º, vetou à Polícia Civil atribuições de Polícia Judiciária Militar.

A Constituição Federal e a do Estado de São Paulo, democraticamente elaboradas, assim confirmaram a postura do Supremo Tribunal, consolidando a Justiça Militar Estadual como órgão do Poder Judiciário obediente inclusive ao quinto constitucional, conforme arts. 54, III, VII e 63, I, da Constituição do Estado de São Paulo, tendo a peculiaridade de ser um escabinato, onde alia-se a experiência profissional dos juízes militares ao papel de jurista dos juízes togados, atentos às minudências do direito.

8 — *A correição sobre os inquéritos*

Daqueles que defendem o duplo inquérito, já ouvi até argumentos sobre uma maior transparência na apuração das infrações penais militares, subentendendo-se que a Polícia Civil fiscalizaria as Forças Militares. Ora, não é e nem deve ser essa a função da Polícia Civil e disso ela precisa conscientizar-se. A vigília pela lisura dos inquéritos policiais cabe às Corregedorias do Poder Judiciário e ao Ministério Público que para isso teve, inclusive, suas funções institucionais ampliadas (Constituição Federal, art. 129), *sendo cada vez mais comum aos Promotores de Justiça acompanhar as investigações sobre casos graves*.

No Estado de São Paulo, aliás, a sua Constituição de 1989, no art. 81, §§ 1.º e 3.º, atribuiu à sua Justiça Militar (Tribunal de Justiça Militar e Auditoria Militar designada) *os serviços de correição sobre as atividades de Polícia Judiciária Militar*, de modo que qualquer investida em contrário, além de ensejar, em tese, crime de abuso de autoridade, fica a indicar ilegítimo tangenciamento à norma constitucional, quer federal, quer local.

9 — *Os desnecessários conflitos de atribuição*

Percebo que da duplicidade de procedimentos, resulta com certeza a superposição de meios, dispersão de esforços, busca de notoriedade por policiais e, mais grave, o conflito entre as Polícias. São os denominados

conflitos de atribuições internos que, na arguta observação de José Cretella Júnior ⁽³⁾, ocorrem a todo momento, com a “*luta ou choque de competência entre duas autoridades do mesmo Poder*, em matéria administrativa. São dois agentes públicos que se julgam *competentes* — conflito positivo de atribuição — ou se julgam *incompetentes* — conflito negativo de atribuição — para o desempenho de determinado serviço público ou para o exercício de certa função. Ou para a edição de ato administrativo. Cabe ao superior hierárquico desses dois funcionários *de mesmo nível a resolução do conflito* e isso em decorrência da *hierarquia*. Dirimido imediatamente o *conflito*, cessa a disputa, porque o superior decidiu *de plano* a quem cabe a *tarefa*. Se os funcionários forem de níveis diferentes, sobe-se na escala hierárquica, até chegar-se ao *superior comum aos dois* e a este cabe dirimir o *conflito de atribuição* suscitado”.

No mesmo sentido, também, lembro MÁRIO MASAGÃO ⁽⁴⁾ quando diz, com a sua peculiar clareza, que “Os conflitos de atribuições entre órgãos subordinados ao poder executivo são resolvidos pelo primeiro superior hierárquico comum aos conflitantes”, obviamente, observados os preceitos legais.

10 — Conclusão

Daí por que, com vistas ao problema de apuração de ilícitos penais que, em tese, sejam praticados por militares, será oportuno e conveniente que, em ato administrativo adequado, disponha-se:

a) “Art. — Diante de infração penal militar, serão os elementos do fato ou os autos remetidos de imediato à autoridade policial militar competente para as atividades de polícia judiciária militar”.

b) “Art. — O militar, quando preso em flagrante por infração penal comum, será retido na repartição de Polícia Civil somente pelo tempo necessário à lavratura do respectivo auto, após o que será, imediatamente, conduzido à autoridade policial militar competente, mediante escolta da própria Corporação”.

(3) CRETILLA JÚNIOR, José. *Conflito de Atribuições no Direito Administrativo*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 291, pp. 56 e 57.

(4) MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 6ª ed., p. 321, nº 516, 1977.