

2. DOUTRINA NACIONAL

CONSIDERAÇÕES SOBRE A CRIAÇÃO DO § 2.º DO ART. 82 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR E SEUS REFLEXOS NA JUSTIÇA PENAL COMUM (LEI N.º 9.299/96)

WALBERTO FERNANDES DE LIMA¹

SUMÁRIO: 1. Inquérito policial e inquérito policial militar – 2. Prisão-apuração da resistência e do uso da força pela autoridade policial militar.

1. Inquérito policial e inquérito policial militar

A prática de uma infração penal faz com que surja para o Estado o *ius puniendi*, cuja concretização ocorre através do instrumento próprio para o exercício do direito de ação que é o processo.

Porém, para viabilizar o exercício deste direito no campo penal, o seu titular tem à sua disposição uma fase de investigação pré-processual, não obrigatória, através do inquérito policial, que pode ofertar um conjunto de elementos mínimos de autoria e materialidade.

Esse conjunto que permite a deflagração da instância penal vem sendo denominado pela doutrina como suporte probatório mínimo, o qual, se inexistente, significa que falta justa causa para a ação penal possibilitando a rejeição da denúncia ou o trancamento da ação penal.

Assim destacou o STF no julgamento do RE 136.239: “O inquérito policial

constitui mero procedimento administrativo de caráter investigatório, destinado a subsidiar a ação do MP. Trata-se de peça informativa cujos elementos instrutórios – são precipuamente destinados ao órgão da acusação pública para habilitá-lo a instaurar a persecutio criminis in iudicio”.

Neste contexto, a Constituição Federal, no capítulo próprio intitulado “Da Segurança Pública”, estabeleceu-a como um dever do Estado, determinando que esta deverá ser exercitada para preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e patrimônio através de vários órgãos, dentre eles, a polícia federal, civil, militar e bombeiros militares.²

(2) CAPÍTULO III – DA SEGURANÇA PÚBLICA Art. 144 – A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal,

IV – polícias civis;

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares

(...)

§ 4.º – Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as fun-

(1) O autor é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Professor de Processo Penal do Curso Preparatório para Concurso da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – AMPERJ e do Curso Jurídico MPM-Rio

Ao lado disso, o § 4.º do art. 144 da Lei Maior nominou, sem qualquer caráter de exclusividade, a polícia civil como órgão afeto às funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, diga-se, desde que estas não sejam de natureza militar.

Do mesmo modo, o parágrafo quinto do mencionado dispositivo constitucional estabeleceu que às polícias militares incumbe a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública.

Colocadas estas questões constitucionais, cumpre de início esclarecer que “função de polícia judiciária” consiste na atividade administrativa de reunir elementos de convencimento para o titular da ação penal, no sentido de ofertar a este destinatário indícios de autoria e prova da materialidade de modo que ele tenha condições de deflagrar a instância penal, valendo então dizer, polícia judiciária está ligada à idéia de atividade e não de órgão.

Por sua vez, o texto constitucional ao estabelecer que às polícias militares está reservada a atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, apenas clarificou que a polícia militar também está encarregada, como órgão de segurança pública, de cuidar das atividades de polícia preventiva ou administrativa, ou seja, aquela ordenada de antemão a evitar com a sua presença e energia a prática de atos violadores da ordem pública.

No dizer de Magalhães Noronha³, se destina a garantir ao indivíduo o uso e

gozo de seus direitos como a vida, a integridade corpórea, o patrimônio, a liberdade, cuidando que não sejam lesados pelo comportamento ilícito de outrem.

Independentemente dessa atividade de polícia preventiva, a polícia militar também está autorizada a investigar os crimes de natureza militar, no que se denomina de atividade de polícia repressiva ou judiciária, cujo objeto tem identidade com aquele afeto à polícia civil, ou seja, de coletar indícios de autoria e prova da materialidade de um crime, de modo a oferecer, assim, ao Ministério Público, elementos mínimos de convencimento para que este, se for o caso, dê início à respectiva ação penal pública, uma vez que a própria Constituição Federal excepcionou a apuração destas infrações penais do âmbito da polícia civil na parte final do § 4.º do art. 144.

Alinhavadas essas idéias iniciais sobre segurança pública e inquérito policial, há que ser feita uma reflexão sobre o atual § 2.º do art. 82 do CPPM que cuida do *inquérito policial militar* (JPM), curiosamente admitido nas hipóteses de crimes dolosos contra a vida de civil praticados por militar, isto quando a nova redação do parágrafo único do artigo 9.º do CPM estabeleceu que estas infrações penais têm o seu processamento e julgamento afetos à justiça comum.

“Lei 9.299, de 07.08.1996.

Altera dispositivos dos Decretos-leis 1.001 e 1.002, de 21.10.1969, Códigos Penal e de Processo Penal Militar, respectivamente:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.º — O art. 9.º do Decreto-Lei 1.001, de 21.10.1969 — Código Penal Militar, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 9.º...

ções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.”

§ 5.º — 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.”

(3) Curso de Direito Processual Penal, Saraiwa, 23. ed., 1995, p. 17.

II...

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

f) revogada.

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

Art. 2.º O *caput* do art. 82 do Dec.- lei 1.002, de 21.10.1969- Código de Processo Penal Militar, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescido, ainda, o seguinte § 2.º, passando o atual parágrafo único a § 1.º:

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

§ 1.º...

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

Art. 3.º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 7 de agosto de 1996; 175.º da Independência e 108.º da República.”

Diante da redação do parágrafo único do art. 9.º do CPM, que dá competência à justiça comum para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida de civil cometidos por militar, como pode ser explicada a regra ínsita no § 2.º do art. 82 do CPPM em que se confere atribuição à Polícia Militar para apuração de tais crimes? Há conflito entre as regras destes dispositivos ou as mesmas são conciliáveis?

Tais indagações encontram ainda maior repercussão, causando mesmo perplexidade, ao se fazer a leitura do art. 9.º do

Código de Processo Penal Militar,⁴ onde resta expresso que o Inquérito Policial Militar constitui-se no investigatório próprio para apuração de crimes militares isto quando agora se sabe que o crime doloso contra a vida de civil, cometido por militar, perdeu esta natureza.

Num pensamento mais praxista, poderia de imediato ser afirmado que esta opção legislativa se deveu ao fato de que, estatisticamente, os investigatórios realizados pela polícia militar são melhores ordenados, obedecem fielmente a uma regularidade formal, e via de regra são encerrados nos prazos determinados em lei, na espécie, a processual penal militar (art. 20 do CPPM).

Poderia ainda ser dito, como proferido pelo Prof. Altamiro de Araújo Lima Filho⁵, em comentários a este dispositivo da mencionada lei: “A teor do inculcado no parágrafo único do mesmo artigo guarda-se, entretanto, a Justiça Militar para a apuração inquisitorial do fato ilícito em tela, pois que ali se estabelece claramente que a ‘Justiça Militar’ encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum. De qualquer forma é até mesmo compreensível que assim o seja. Não nos parece correto querer fazer crer existir, com tal providência, nenhum espírito de corpo a proteger.”

Cremos que estes pensamentos não podem servir como argumentação jurídica a responder às indagações que surgiram com a atual redação do § 2.º do art. 82 do CPPM.

(4) “Art. 9.º – O inquérito policial militar é a apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria. Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à proposição da ação penal.”

(5) Crimes Dolosos Contra a Vida, Editora de Direito 1996, p 60.

Aqui vale uma parêmia muito utilizada nas ciências jurídicas: *verba cum effectu, sunt accipienda* (Não se admittem, na lei, proposições ou palavras inúteis).

Por não se admitir na lei uma proposição inútil, e se não prestam as explicações anteriores como fundamentação jurídica ao surgimento do mencionado parágrafo, este deve apresentar uma razão a servir de asserção à sua existência.

Acreditamos realmente, e sem prejuízo de no futuro ser revista esta idéia, que a circunstancia que norteou o legislador a redigir o texto da forma como o fez, foi justamente por saber que nem sempre a situação fática coincide com a jurídica.

Com efeito, é possível ocorrer que a polícia militar, ao tomar conhecimento da prática de um crime doloso contra a vida cometido por militar contra determinada pessoa, de imediato não possa identificá-la como um civil, associando-se a este fato fortes suspeitas de que a vítima também era militar, e que o crime foi praticado numa das situações previstas nas alíneas *a* a *e*, inc. II, do art. 9.º do CPM.

Apenas para ilustrar a situação acima imaginada, digamos que possa vir a acontecer que antecipadamente se saiba que o autor de um homicídio doloso foi um policial militar. Todavia, o cadáver ao ser encontrado trajava um fardamento militar, desprovido de qualquer documento de identificação.

Diante disto, face a possibilidade do crime cometido poder ser caracterizado como de natureza militar, a polícia militar passará a investigar o fato, em típica atividade de polícia judiciária, dada a suspeita de que este delito possa estar afeto à competência da Justiça castrense.

Uma outra situação perfeitamente acreditável de realizar-se, no mesmo contexto do sujeito ativo, é de a vítima agora ser encontrada em trajes civis, irreconhecível,

portando uma carteira de identificação militar, ou, ainda, poderá a vítima ter sido encontrada, irreconhecível, em trajes civis, dentro de uma viatura militar.

Estas hipóteses aqui concebidas demonstram que é perfeitamente aceitável a dúvida quanto à identificação da vítima, e, considerando-se que objetivamente a ação do militar foi praticada numa das circunstancias previstas no inc. II do art. 9.º do CPM, estará a polícia militar autorizada a dar início às investigações, em típica atividade de polícia judiciária.

De outra parte, apesar de expostas situações que, em tese, configurariam crime militar, mas havendo suspeita de que o cadáver encontrado poderia ser de um civil, este tipo de dúvida autorizaria que a polícia civil desse início às pesquisas para apuração do fato, visto que se confirmada aquela desconfiança quanto à identidade do morto como sendo a de um civil, este crime realmente restaria assinalado como daqueles afetos à justiça comum, no caso o Tribunal do Júri, ainda que cometido numa das hipóteses estabelecidas no inc. II do art. 9.º do CPM.

Idêntico raciocínio poderá ser utilizado no caso de dúvida quanto ao elemento subjetivo do tipo, isto é, quando iniciadas as investigações sobre um homicídio cometido por um militar contra um civil, não se tem como saber se o autor do fato agiu com vontade de matar ou não.

Sendo assim, não poderá ser desautorizada a instauração do inquérito policial, bem como a do inquérito policial militar, nesta última hipótese por um crime culposos, caso o delito tenha sido praticado numa das condições previstas no inc. II do art. 9.º do CPM.

Na hipótese de tentativa, em havendo dúvida quanto ao animus do agente, e tendo o crime sido perpetrado numa das situações estabelecidas no inc. II do art. 9.º do CPM, a mesma solução deverá ser adotada, possibilitando-se, desta forma, a instauração de ambos os investigatórios.

Ao que se disse acima poderá causar estranheza a sustentação da possibilidade de dois investigatórios apurando a mesma infração penal.

Em verdade, nenhum absurdo vai nesta possibilidade posto que o fato que ensejou tal duplicidade foi justamente a dúvida sobre a identidade da vítima ou sobre o elemento subjetivo, e não um intolerável abuso de poder por parte da autoridade policial militar ou do Delegado de Polícia, arbitrariedade esta que, se existente, desde logo impediria a investigação por parte daquele que agiu com violação de suas atribuições.

Aliás, sempre foi regra basilar em processo penal, relativamente à instauração de inquérito policial, que esta deve acontecer para apurar todas as circunstâncias de um crime, uma vez que será exatamente no âmbito deste investigatório que se procederá às pesquisas acerca de autoria, materialidade e elemento subjetivo ou normativo do tipo.

Hoje a situação é semelhante àquela antes existente, e por isso, a partir do momento em que se tem a prática de um crime contra a vida, numa das situações previstas no inc. II, do art. 9.º do CPM, e não se sabe ao certo se a vítima era civil ou militar, ou ainda qual era o *animus* do militar autor do fato, não há razão para se impedir que a polícia militar, assim como a polícia civil, apurem este crime e todas as suas circunstâncias.

Neste sentido já existe uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do pedido de medida liminar numa Arguição Direta de Inconstitucionalidade, aonde figura como requerente a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL:

“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 militar à justiça comum.” Afastando a tese da autora de que a apuração dos referidos crimes deveria ser feita em inquérito policial civil e não em inquérito policial militar, o Tribunal, por maioria, indeferiu a liminar por ausência de relevância na arguição de ofensa ao inc. IV, do § 1.º e ao § 4.º do art. 144, da CF, que atribuem às polícias federal e civil o exercício das funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. Considerou-se que o dispositivo impugnado não impede a instauração paralela de inquérito pela polícia civil. Vencidos os Mins. Celso de Mello relator, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence. ADIn 1.494-DF, rel. orig. Min. Celso de Mello, rel. p/ ac. Min. Marco Aurélio, 09.04.97”. (Informativo STF 66)

Não há mesmo qualquer empecilho sob o ponto de vista processual, como restou claro em aresto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Admissível a instauração de inquéritos policiais pelo mesmo fato em localidades diversas. Conceitualmente, não se pode falar em ‘litispendência’ entre inquéritos policiais, não se justificando, portanto, o trancamento. Após a conclusão das investigações, se apurada a ocorrência de crime imputável ao réu, o juiz deverá aferir a competência, levando em conta, inclusive, a eventual existência de ação penal pelo mesmo fato” (TJSP – RHC – rel. Cunha Camargo – RT 625/293).

Justifica-se também a possibilidade de dupla apuração porque, explicitamente, a Constituição Federal somente conferiu à Polícia Federal a exclusividade ou especialidade para exercer as funções

de polícia judiciária naqueles casos em que a apuração de dita infração for de interesse da União, por ter sido esta cometida contra a ordem política e social, em detrimento de seus bens, serviços ou interesses (art. 144, § 1.º, inc. IV).⁶

Afirma-se, pois, a questão da exclusividade formal ou explícita da função investigatória da Polícia Federal, porque, implicitamente, o texto constitucional, no parágrafo quarto do mesmo artigo, ao definir que a polícia civil estaria encarregada da atividade de polícia judiciária na apuração de infrações penais, excluiu do âmbito das suas atribuições as investigações de crimes militares, destinando à polícia militar uma exclusividade tácita ou implícita para as atividades de polícia judiciária inerentes a este tipo de infração penal.

Mesmo assim a exclusividade tácita ou implícita inerente à polícia militar não poderá ser considerada um óbice para que polícia civil apure o mesmo fato, isto por não se saber precisamente se aquele crime contra a vida; quer pela qualidade da vítima e as circunstâncias em que o mesmo foi praticado; quer quanto à identificação do elemento subjetivo ou normativo, enquadra-se ou não no rol dos crimes militares. Em existindo a incerteza, não há como se aplicar a limitação constitucional.

Formuladas estas considerações parte-se agora para uma análise do § 4.º do art. 144 da Constituição Federal que revela uma questão muito interessante, sendo que o aodamento na sua leitura pode levar à falsa impressão de que a

polícia civil tem, absolutamente, a exclusividade das funções investigatórias.

Muito pelo contrário, essa atividade de investigar para a polícia civil, pelo próprio texto constitucional, pode mesmo se dizer que é residual.

Aliás, a norma infraconstitucional, antes mesmo de vigorar a atual Constituição Federal, já preceituava neste sentido através do par. ún. do art. 4.º do CPP, isto sem prejuízo daquelas investigações autorizadas em leis especiais (art. 33, par. ún., da Lei Orgânica da Magistratura, LC 35/79; art. 26, inc. I, e par. ún. do art. 41 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei 8.625/93, o anômalo inquérito judicial referido na Lei de Falências – art. 103 e seguintes; as Comissões Parlamentares de Inquérito – art. 58, § 3.º, da CF etc).

Falando-se então em função de polícia judiciária em relação às polícias civil e militar, não é impróprio afirmar que dita função pode ser concorrente na hipótese de dúvidas quanto à identidade do morto e circunstâncias do crime, ou quanto ao elemento subjetivo ou normativo, no sentido desta infração penal ser ou não militar.

Questão totalmente diversa acontecerá naquelas situações em que desde o início se sabia que a vítima era um civil, ou de imediato restou constatado o *animus necandi*.

Nestes casos, está vedado à polícia militar iniciar o investigatório. Se nos apartarmos desta regra correremos o sério risco de criar um confronto face ao texto constitucional, uma vez que, como antes se afirmou, a Constituição Federal conferiu à polícia militar uma exclusividade tácita ou implícita para a apuração dos crimes militares, e se, de antemão, é sabido que esta infração penal não é militar, a técnica de interpretar somente poderá ser feita a contrário senso, devendo então o fato criminoso ter a sua

(6) “Art. 144. (...).

§ 1.º – A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a:

IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.” (grifamos)

apuração pela polícia civil que está investida de uma atribuição constitucional residual

É de trivial sabença que em determinadas hipóteses um inquérito policial não pode ser instaurado, sob pena de gerar um constrangimento ilegal, e dentre estas alista-se a notória falta de atribuição da autoridade policial para deflagrar o investigatório.

Caso uma postura desta natureza venha a ser adotada pela autoridade com poderes de investigar, seja ela civil ou militar, tal prática ensejará o surgimento de uma justa causa para impetração da ordem de *habeas corpus*, de modo que assim se faça cessar o referido constrangimento.

Isto acontece, porque apesar da atribuição da autoridade investigante guardar um caráter discricionário esta atribuição nunca poderá ser exercida de forma arbitrária, e para esse tipo de conduta reprovável há o controle jurisdicional, que pode ser prévio ou posterior, através da via constitucional do *habeas corpus*.

Outra interpretação a ser dada ao § 2.º do art. 82 do CPPM, sem prejuízo das anteriores, será também admiti-lo como uma regra de direito intertemporal, vale dizer, aplicável àqueles casos de inquéritos policiais militares que já haviam sido instaurados antes da vigência da lei nova em crimes dolosos contra a vida de civil, os quais, concluídos ou não, terão que ser remetidos à justiça comum.

2. Prisão-apuração da resistência e do uso da força pela autoridade policial militar

O art. 284 do CPP⁷ estabelece como regra maior a proibição do uso da força

para que se realize a prisão de qualquer pessoa. Porém, por exceção, admite que a mesma venha a ser empregada no caso de resistência ou tentativa de fuga daquele cuja prisão deva ser efetuada.

Em relação a esse desvio da regra maior, o Código de Processo Penal (art. 292⁸) e o Código de Processo Penal Militar (art. 234, *caput*⁹) cuidam de esboçar a utilização da força, estabelecendo condições e requisitos a serem observados quando se fizer necessária a sua aplicação pela autoridade policial.

Dentre as regras cuja observância cumpre ser guardada para legalidade do uso da força está a obrigação da lavratura de um auto de toda a diligência, registro este que o celebrado José Frederico Marques tratou como “auto de resistência”.¹⁰

Apesar da doutrina, estribada na lei, pontificar a lavratura do auto de resistência, não pode ser esquecido que este apenas tem por fim assentar a mecânica do acontecimento dos fatos.

caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.”

(8) “Art. 292 – Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.”

(9) “Art. 234. O emprego de força só é permitido quando indispensável, no caso de desobediência, resistência ou tentativa de fuga. Se houver resistência da parte de terceiros, poderão ser usados os meios necessários para vencê-la ou para defesa do executor e auxiliares seus, inclusive a prisão do ofensor. De tudo se lavrará auto subscrito pelo executor e por duas testemunhas.”

(7) “Art. 284 – Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no

(10) Elementos de Direito Processual Penal, v. IV, p. 81, 1997, BookSeller.

Não se deve, portanto, entrever neste auto qualquer tipo de poder a conferir legitimidade para o uso desmedido da força policial, averbe-se, da qual somente será possível se valer a autoridade policial quando o capturando resistir ativamente à ordem de prisão mediante violência ou grave ameaça, quando então a referida autoridade poderá empregá-la como meio de defesa ou para evitar uma fuga.

Nestes casos, o vigor físico que é permitido à autoridade apenas será legítimo se os meios que se faziam necessários foram utilizados sem exorbitância, relutando-se inclusive, naquela oportunidade, contra uma agressão ou fuga, atual ou iminente.

Mesmo que legitimado o uso da força pelo preenchimento dos requisitos legais, poderá decorrer da necessária resposta à resistência a morte do capturando ou que este venha a suportar alguma lesão corporal.

Se a consequência do emprego da força por parte da autoridade policial militar tiver como consequência a morte do capturando, e sendo este um civil, o inquérito policial deverá ser instaurado pela polícia civil, a quem incumbirá as atividades de polícia judiciária, uma vez que estar-se-á atuando no campo do crime doloso contra a vida, cuja ilicitude poderá restar excluída em decorrência do militar ter atuado no estrito cumprimento do dever legal.

Inclusive a jurisprudência posiciona-se neste sentido:

“É por seu turno, de Nélson Hungria, a anotação de que no cumprimento de dever (que pressupõe no executor um funcionário ou agente do Estado, agindo por ordem da lei, a que deve estrita obediência) o rompimento da oposição pela violência, ainda que esta não constitua legítima defesa, pode ser praticado pelo executor *ex proprio Marte* (posto que atendidas as formalidades legais e não haja excesso no *modus*). Transcreve José

Frederico Marques palavras ainda mais expressivas de Enrico Ferri: ‘Os funcionários e agentes públicos têm o dever de executar e de fazer executar a lei, usando das faculdades a eles reconhecidas pela própria lei. Pelo que os atos por eles realizados no cumprimento deste dever — mesmo com o uso das armas, nos casos previstos pela lei — muito embora danificando ou suprimindo interesses e direitos individuais (propriedade, liberdade pessoal, vida, etc.) são *secundum ius* e, portanto, sem caráter criminoso, a menos que não ultrapassem em excesso, determinados motivos anti-sociais, pelos quais o funcionário público abusa de seu poder” (TJSP — Rec. — rel. Des. Adriano Marrey — RT 426/358).

Trasladando-se estas regras ao presente estudo, caso o confronto tenha ocorrido antes da vigência da Lei 9.299/96, por ser tratar a mesma de norma manifestamente processual, o inquérito policial militar que ainda esteja em trmite deverá ser remetido ao órgão do MP que funcione em crimes desta natureza, diga-se, de regra despido de atribuição junto à Auditoria Militar, considerando-se, sobretudo, o local em que se consumir a infração penal, salvo as hipóteses de crimes plurilocais.

Quanto a aplicação das normas de caráter processual ínsitas na lei nova, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir:

“Homicídio cometido por militar contra civil. Competência da justiça comum. Lei 9.299/96. Aplicação aos casos ocorridos antes de sua vigência. AO definir a competência da Justiça Comum para os crimes contra a vida, cometidos por militar contra civil, a Lei 9.299/96 (Boletim 120) é de aplicação imediata, a teor do disposto no art. 2.º do CPP.

Voto do Min. relator

O Exm.º Sr. Min. William Patterson: — A Dra. Déborah Macedo Duprat de Britto Pereira, ilustre Subprocuradora-

Geral da República, ao manifestar-se sobre a espécie disse (fls. 162):

‘A denúncia atribui aos pacientes, policiais militares, a prática de crime militar, consistente no homicídio do civil J.M.O.

A Lei 9.299/96, alterou o art. 9.º do CPM, acrescentando-lhe um par. ún., que assim dispõe:

‘Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vi da e cometidos contra civil, serão da competência da Justiça comum’.

Tratando-se de norma, no particular, de natureza evidentemente processual, a sua aplicação imediata se impõe (CPP, art. 2.º).

Em consequência, opina o MP Federal pelo provimento do recurso, a fim de que os autos sejam encaminhados à Justiça Comum.’

Estou de inteiro acordo com as considerações postas em destaque. Na verdade, a disposição legal referenciada, de nítida natureza processual, tem aplicação cogente, vale dizer, eficácia automática e necessária, para reger as situações jurídicas em curso.

Comentando a regra do CPP (art. 2.º), leciona, com sabedoria, o Prof. Borges da Rosa (in Comentários ao Código de Processo Penal, 3.ª ed., p. 41/42)

‘Em matéria de Direito Processual Penal Transitório a regra é que as Leis de Organização Judiciária e de Processo entram, desde logo, em vigor no prazo marcado para elas e se apoderam imediatamente de todos os procedimentos novos ou em curso, sendo indiferente que os crimes tenham sido cometidos no vigor de outra Lei Processual Penal, seja qual for. Esta regra é uma aplicação (e não um desconhecimento) do princípio geral válido para toda Lei, segundo o qual, na ausência de expressas disposições em contrário, a norma jurídica não pode ser aplicada a fatos passados, ou de

modo a invalidar os efeitos já verificados, ou tolher eficácia, no todo ou em parte, dos efeitos ulteriores sob a única consideração do fato passado.’

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, em consequência, conceder a ordem de *habeas corpus*, para reconhecer aplicável ao caso preceituado na Lei 9.299/96, de sorte a reconhecer a competência da Justiça Comum. (STJ, Rec. de *Habeas Corpus* 5.660/SP, rel. Min. Willian Patterson, D.J.U. 23.09.96).

Numa outra hipótese, se a utilização da força pelo policial militar importar em lesões corporais no capturando, neste caso ainda um civil, independentemente da gravidade das lesões o inquérito policial também deverá ser instaurado pela polícia civil, já que se presume, via de regra, que na extensão do revide o agente até admite matar o seu opositor para defender-se. Neste caso, o fato em si é típico, e apenas poderá ser convertido numa conduta lícita e admitida pelo ordenamento jurídico em razão da presença de uma causa de exclusão de ilicitude.

Excepcionalmente, desde que comprovado de imediato, e incontestavelmente, que a autoridade policial militar agiu com vontade de lesionar, a investigação deverá ficar a cargo da polícia militar, justamente porque ficou caracterizado que o militar entrou em ação utilizando-se da força em razão da sua função (art. 9.º, II, c, do CPM).

Quanto a esta última situação de lesões corporais praticados por militar numa das circunstâncias previstas no inc. II do art. 9.º do CPM parênteses importantes devem ser inseridos em razão da Lei 9.099/95, precisamente quanto às questões da condição de procedibilidade e do *sursis processual*, este último tratado nas Disposições Finais da mencionada lei.

Até então, na Justiça Militar, por primazia a ação penal sempre foi pública

incondicionada, e, excepcionalmente, a mesma estava sujeita a uma condição de procedibilidade nos termos do art. 122 do CPM¹¹ e art. 31 do CPPM¹², onde a deflagração da ação penal dependia da requisição do Ministério Militar ou Ministério da Justiça.

Em síntese, não existia na Justiça castrense a ação penal pública condicionada à representação. Todavia, hoje sucede que o Supremo Tribunal Federal por suas duas turmas, vem admitindo que na Justiça Militar o crime de lesões corporais leves e o de lesões corporais culposas (arts. 209 e 210, do CPM) dependem de representação do ofendido (art. 88 da Lei 9.099/95).¹³

Não é só isso. Também nossa Suprema Corte, nas mesmas decisões, reconheceu a aplicação do *sursis processual*

no âmbito da Justiça castrense (art. 89 da Lei 9.099/95).¹⁴

“RHC N.74606-3

Relator: Min. Mauricio Corrêa

EMENTA: RECURSO EM *HABEAS-CORPUS*. CRIME DE LESÃO CORPORAL CULPOSA PRATICADO POR SOLDADO DA AERONÁUTICA: NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO.

1. Os arts. 88 e 91 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099, de 26.09.95), que exigem representação do ofendido para a instauração de processo-crime, aplicam-se a todos e quaisquer processos, sejam os que digam respeito às lei codificadas Código Penal e Código Penal Militar – ou às extravagantes, de qualquer natureza.

2. Recurso em *habeas-corpus* conhecido e provido para anular o processo-crime a que foi submetido o paciente-recorrente, ressalvando-se, contudo, que poderá o mesmo ser renovado com o aproveitamento dos atos processuais indicados na lei, caso a vítima, devidamente intimada na forma prevista na parte final do art. 91 da Lei 9.099/95, ofereça representação no prazo de trinta dias.” (Clipping do DJ de 23.05.1997)

Decisão no mesmo sentido foi prolatada pela Primeira Turma do STF:

“APLICAÇÃO DA LEI 9.099/95 E JUSTIÇA MILITAR

A ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões corporais

(11) “Art 122. Nos crimes previstos nos arts. 136 a 141, a ação penal, quando o agente for militar ou assemelhado, depende da requisição do Ministério Militar a que aquele estiver subordinado; no caso do art. 141, quando o agente for civil e não houver co-autor militar, a requisição será do Ministério da Justiça Militar.”

(12) “Art. 31. Nos crimes previstos nos arts. 136 a 141 do Código Penal Militar, a ação penal, quando o agente for militar ou assemelhado, depende de requisição, que será feita ao procurador-geral da Justiça Militar, pelo Ministério a que o agente estiver subordinado; no caso do art. 141 do mesmo Código, quando o agente for civil e não houver co-autor militar, a requisição será do Ministério da Justiça.

Parágrafo único. Sem prejuízo dessa disposição, o procurador-geral da Justiça Militar dará conhecimento ao procurador-geral da República de fato apurado em inquérito que tenha relação com qualquer dos crimes referidos neste artigo.”

(13) “Art. 88 – Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.”

(14) “Art. 89 – Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)...”

culposas de competência da justiça militar (CPM, art. 209 e 210) depende de representação do ofendido, conforme o disposto no art. 88 da Lei 9.099/95 ('Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.'). Considerou-se, também, que a Lei 9.099/95, ao excluir da competência dos juizados especiais o julgamento dos crimes militares (art. 61: 'Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.'), não impede a aplicação pela justiça militar do art. 89 da referida lei ('Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo...').

Com base nesse entendimento, a turma deu provimento ao recurso de *habeas corpus* para suspender o processo-crime instaurado contra militar denunciado por crime de lesões corporais leves (CPM, art. 209) a fim de que se proceda à intimação da vítima, nos termos do art. 91, da Lei 9.099/95 ['...o ofendido ou o seu representante legal será intimado para oferecê-la (a representação) no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.']. Precedente citado: RHC 74.606-MS (DJU de 23.5.97, v. Clipping do DJ). RHC 74.547-SP, rel. Min. Octávio Galloti, 20.05.97. (Informativo STF, 72)

Diante daquela última hipótese aventada (de estar copiosamente comprovado que a autoridade militar, ao utilizar da força, agiu com vontade de lesionar), para que se instaure o competente inquérito policial, que apurará as circunstâncias em que se deu este fato, será necessário que a vítima represente objetivando este fim.

Como visto, a legislação processual penal militar não previa a ação penal pública condicionada à representação, somente à requisição, e mesmo neste caso a lei militar foi tão silente quanto o Código de Processo Penal em relação ao destinatário do ato requisitório, com o que deve ser subentendido que em tal situação a aludida requisição cumpre ser direcionada ao Chefe do Ministério Público da Justiça Militar.

E agora, nos crimes de ação penal pública condicionada à representação na justiça militar, como se soluciona a questão da instauração do inquérito policial militar diante da omissão do Código de Processo Penal Militar?

Dita questão deve começar a ser resolvida pelo próprio Código de Processo Penal Militar, o qual, na alínea *a* do art. 3.º, autoriza que a legislação de processo penal comum venha prover os casos omissos¹⁵.

Sendo assim, plena aplicação terá a regra constante do § 4.º do art. 5.º do CPP,¹⁶ que não permite a instauração do inquérito policial sem a representação naqueles crimes cuja ação penal é pública condicionada à referida representação.

Isto porque, no caso do uso da força pela autoridade policial militar, onde esta aja com *animus laedendi*, em ocorrendo uma lesão corporal leve, este ilícito penal, em tese, hoje é daqueles cuja *persecutio criminis in iudicio* se dá por

(15) "Art. 3.º Os casos omissos neste Código serão supridos:

a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar."

(16) "Art. 5.º - ...

§ 4.º - O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado."

ação penal pública condicionada à representação.

Desta forma, a possibilidade da instauração do inquérito policial militar deve ser analisada à luz do § 4.º do art. 5.º do CPP, de sorte que se a vítima, militar ou não, não representou, ou não manifestou sua vontade no sentido de que fossem iniciadas as investigações, estas não podem ser deflagradas, e se assim ocorreu, faltou justa causa para a instauração do inquérito policial, podendo até mesmo ser afirmado que a falta de justa causa, nesta hipótese, é fato jurídico de natureza processual penal idôneo a causar um constrangimento ilegal sanável pela estreita via do *habeas corpus*.

Cabe ainda destacar, que se a atual posição do Supremo Tribunal Federal é de aplicar na Justiça Militar o art. 88 da Lei 9.099/95, conjugado a este dispositivo devem ser atreladas as regras insertas nos arts. 24, § 1.º, e 38 do CPP,¹⁷ uma vez que a legislação processual penal militar não poderia, à época, cuidar de

todas as extensões da matéria ante a inexistência da figura da representação quando da elaboração do Código de Processo Penal Militar.

Ressalte-se apenas, que a regra do artigo 38 do Código de Processo Penal apenas terá cabimento nos crimes praticados após a vigência da Lei 9.099/95, posto que para as infrações penais de menor potencial ofensivo acontecidas antes de entrar em vigor a lei nova aplicar-se-á a norma constante do art. 91 da citada lei.

No caso de dúvida quanto ao *animus* do policial militar que face a resistência usou da força causando lesões corporais num civil, nada impede que ocorra a duplicidade de investigatórios pela polícia civil e a militar. Nesta hipótese, a dúvida que permitirá a instauração do IPM deverá ser séria, isto no sentido de afastar a presunção inata de que na ação de revide o agente comumente admite a hipótese de matar o seu opositor, ainda que para defender-se ou evitar a fuga do mesmo.

Outra situação que também pode acontecer, é aquela em que o emprego da força se dê por parte da autoridade policial militar para capturar e prender outro policial militar.

Tal hipótese pode se dar, por exemplo, no caso de um policial militar ser flagrado numa operação militar de fiscalização de automóveis praticando uma concussão contra um particular que estivesse numa situação irregular ou de flagrante delito após a revista de seu veículo (art.305 do CPM).

Surpreendido o militar na prática deste crime haveria a possibilidade do mesmo resistir à ordem prisão mediante violência ou grave ameaça, sendo que diante desta resistência a autoridade policial militar teria que fazer uso da força para realizar a prisão, com o que poderia resultar do confronto lesões corporais no opositor ou mesmo a sua morte.

(17) "Art. 24 – Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§ 1.º – No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Art. 38 – Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia. Parágrafo único – Verificar-se-á a decadência do direito de queixa ou representação, dentro do mesmo prazo, nos casos dos arts. 24, par. ún., e 31."

Nesta situação imaginada estaremos diante da mesma causa de exclusão da ilicitude, e como o crime que proveio do emprego da força foi praticado quando a autoridade policial militar estava atuando em razão da função (art. 9.º, inc. II, alínea c, do CPM) deverá ser instaurado o competente inquérito policial militar, isto porque o opositor também era policial militar.

De outra parte, se do embate não ocorreu a morte do opositor, deverá ser instaurado um inquérito policial militar para apurar a prática do crime perpetrado por este último contra a Administração Militar, além de, como dito, uma eventual infração penal surgida em razão do uso da força pelo militar contra àquele que resistiu à prisão. Aqui também consideradas situações de crimes militares (art. 9.º, inciso II, alínea c, do CPM).

Se quando da ação, o policial militar que usou da força para prender o seu opositor, igualmente militar, vier a ser ferido ou morrer, deverá ser instaurado um inquérito policial militar para apurar os crimes militares cometidos pelo policial militar opositor, vale dizer, caberá a instauração do IPM para investigar o crime contra a pessoa, tentado ou consumado, assim como aquele cometido contra a Administração Militar.

Algumas situações ligadas à instauração de investigatórios poderão surgir em relação ao uso da força pela autoridade policial militar quando vier a ocorrer a *aberratio ictus*, figurando como opositor um militar.

Em sendo utilizada a força pela autoridade policial militar, e vindo esta apenas a atingir o civil causando-lhe a morte ou lesões, incidirá a figura da *aberratio ictus* com unidade simples, teoria aceita pela nossa legislação penal militar que admite apenas um delito, um só crime doloso, que conforme o evento naturalístico poderá importar num homicídio tentado ou consumado.

Neste caso, para definir-se a atribuição de quem exercerá as funções de polícia judiciária será necessário que se atente para o que dispõe o art. 37 do Código Penal Militar e seus parágrafos.

Se assim determina a lei penal militar, ter-se-á que levar em conta as condições e qualidades da pessoa visada, na presente situação o opositor, e não a do civil que foi atingido por erro na execução.

Sobre este tema pontifica Damásio de Jesus¹⁸:

“(...) Significa que no tocante ao crime cometido pelo sujeito não devem ser considerados os dados pessoais da vítima efetiva, mas sim esses dados em relação à vítima virtual (que o agente pretendia ofender...)”

No senti do da lei penal, a concepção de condições apresenta-se atrelada à classe a que uma pessoa está integrada à sociedade por vários fatores, dentre estes, pelo emprego ou profissão

Por sua vez, o que se representa em geral por qualidade está ligado aos atributos que fazem com que pessoas ou coisas sejam apreciadas, quer levando-se em consideração a posição social de alguém ou as características e natureza de algum objeto.

Desta forma, se a vítima efetiva, atingida quando do uso da força policial, era um civil, tal fato será irrelevante para definir-se de quem será a atribuição para as atividades de polícia judiciária, posto que o que deverá ser considerado é a condição da vítima virtual, na espécie o militar opositor.

Se a vítima virtual, que surge face ao uso da força pela autoridade militar, era o militar opositor, que naquele momento estava na sua atividade funcional, por tais razões deverá ser instaurado o com-

(18) Código Penal Anotado, Saraiva, 1989, p. 20.

petente inquérito policial militar, visto que todas as hipóteses de crimes serão de natureza militar.

Uma segunda hipótese de *aberratio ictus* poderá surgir quando a autoridade policial, para vencer a resistência de outro militar venha a atingir este opositor e o civil, os quais acabam morrendo ou sofrendo lesões corporais.

Como no caso anterior, aqui também se pressupõe que na ação de revide a autoridade policial militar até admitiu a possibilidade da matar o seu opositor.

Posto isto, em sendo atingidos opositor militar e civil a figura que passará a existir será a da *aberratio ictus* com unidade complexa (resultado duplo), e que será de fundamental relevância para a discussão ligada à questão de que instituição irá exercer as atividades de polícia judiciária em relação à morte do civil.

Se além da morte do policial militar opositor também ocorrer a morte do civil por ação da autoridade policial militar que teve que usar da força, será importante verificar se aquele que tentou vencer a resistência aquiesceu na morte do civil.

Assim, para o início das investigações, seja em relação à morte do militar,

ou a do civil, mesmo neste último caso existindo dúvida ou certeza acerca da aquiescência de sua morte, poderão surgir as seguintes situações:

a) instauração de inquérito policial militar para apurar a morte do militar opositor;

b) instauração de inquérito policial para apurar a morte do civil, face ao que dispõe o parágrafo único do art. 9.º do CPM;

c) instauração de inquérito policial militar se há uma situação de dúvida quanto a morte do civil ter acontecido, ou não, a título de culpa.

Por outro lado, se for indubitado que o militar que buscou vencer a resistência previu que poderia matar ou ferir o civil quando do uso da força, porém não aquiesceu a qualquer destes resultados, o que deve ser investigado é a prática, em tese, de um crime culposos em relação ao civil.

Nesta última situação, a solução para o exercício da atividade investigatória vem através da própria legislação penal militar (art. 37 e seus parágrafos), restando claro que a atribuição para investigar os eventos resultantes do emprego da força pela autoridade policial militar será da própria polícia militar em inquérito policial militar.