

MARCELO LINS DOS SANTOS

DIREITO ADMINISTRATIVO X DIREITO PROCESSUAL PENAL MILITAR
A nulidade dos atos administrativos militares inaugurais do Inquérito Policial
Militar e o reflexo nas provas

JOÃO PESSOA-PB

JUNHO 2012

SUMÁRIO

- 1. INTRODUÇÃO**
- 2. PROCESSO PENAL MILITAR**
- 3. DA PROVA**
 - 3.1 Prova ilícita
- 4. DIREITO ADMINISTRATIVO**
 - 4.1 Princípios constitucionais
 - 4.1.1 Legalidade
 - 4.1.2 Impessoalidade
 - 4.1.3 Publicidade
- 5. ATO ADMINISTRATIVO**
 - 5.1 Requisitos de validade
 - 5.1.1 Competência
 - 5.1.1.1 Delegação de Competência
 - 5.1.2 Motivo
- 6. INQUÉRITO POLICIAL MILITAR – IPM**
 - 6.1 Das Provas Cautelares
- 7. ATOS ADMINISTRATIVOS INAUGURAIS DO IPM**
 - 7.1.1 Portaria de Instauração
 - 7.1.2 Portaria de Delegação
- 8. ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO**
 - 8.1 Cabimento
 - 8.2 Conseqüências
- 9. A IMPOSSIBILIDADE DO APROVEITAMENTO DAS PROVAS GERADAS EM IPM ANULADO POR VIOLAÇÃO AO DIREITO ADMINISTRATIVO**
- 10. CONCLUSÃO**
- 11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar quais as consequências à legalidade das provas produzidas em Inquérito Policial Militar – IPM quando este for decorrente de atos administrativos inaugurais (Portaria de instauração ou delegação) eivados de ilegalidades, geradores de nulidade dos respectivos atos pela afronta ao Direito Administrativo.

O Inquérito Policial Militar – IPM, por força legal positivada no Código de Processo Penal Militar é iniciado mediante um ato administrativo, que é uma portaria de instauração, tal ato é o impulso oficial necessário para que a ação do Estado em buscar provas sobre um fato visto como crime comece.

Temos a intenção de demonstrar que na busca da aplicação do *jus puniendi* o Estado não poderá desconsiderar as exigências do Direito Administrativo para que os atos realizados pelos seus agentes sejam considerados legais e válidos, uma vez que o ato administrativo anulado gera efeito *ex tunc*, que o retira do mundo jurídico, não podendo ele então gerar quaisquer efeitos.

2. DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Este princípio constitucional afeta um ponto nevrálgico do presente artigo, a estrita obediência ao devido processo legal. De tão simples se torna complicado explicar, pois a simples leitura deveria se encerrar em si mesma, DEVIDO PROCESSO LEGAL, ou seja, na forma da lei, tudo aquilo que constar no processo e venha a ferir a legalidade da sua realização macula aquele procedimento, pois é inadmissível que o Estado através do Poder Judiciário utilize qualquer material possuído no seu DNA de uma ilegalidade para que alguém perca sua liberdade, aí seria então a busca da punição e não da Justiça.

O devido processo legal está protegido pela constituição cidadã, que tem este perfil por trazer em diversas passagens visando a defesa da dignidade da pessoa humana, que também está positivada no inciso III do parágrafo 1º do texto constitucional como um Princípio Fundamental da República Federativa do Brasil.

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

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (BRASIL, 1988)

Sobre o devido processo legal buscaremos auxílio em um autor que é referência ao mundo jurídico, aprendamos com Alexandre de Moraes em seu livro DIREITO CONSTITUCIONAL (2003);

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a

defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal.) (MORAES, 2003, p. 123)

Como devido processo legal entendemos não ser somente que o rito processual com seus prazos e sequencias sejam obedecidas, mas também a total obediência a todos os demais requisitos de validade, dentre eles a utilização de documentos e / ou provas geradas na forma da lei.

A afronta a tal princípio constitucional gera nulidade absoluta, podendo ser arguido a qualquer tempo, sobre a obrigação da lealdade processual vejamos o que nos traz a Teoria Geral do Processo dos ilustres Cintra, Grinover e Dinamarco (2007);

Sendo o processo, por sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele faltando ao dever de verdade, agindo deslealmente e empregando artifícios fraudulentos. Já vimos que o processo é um instrumento posto à disposição das partes não somente para a eliminação de seus conflitos e para que possam obter respostas às suas pretensões, mas também para a pacificação geral na sociedade para atuação do direito. Diante dessas suas finalidades, que lhe outorgam uma profunda inserção sócio-política, deve ele revestir-se de uma dignidade que corresponda a seus fins. (CINTRA et al, 2007, p. 77)

A exposição acima traz exatamente o cerne do presente trabalho, pois demonstra que ambas as partes somente poderão valer-se de materiais legais, sendo inadmissível que algum gerado em violação ao regramento legal seja utilizado na busca do exercício do *jus puniendi*.

Fica claro que a utilização de material decorrente de atos que afrontem a legalidade não pode ser admitido pelo processo penal militar face à violação do devido processo legal, vejamos o que nos diz Cintra *et al* (2007).

Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício de jurisdição.

Procura-se ainda, dar concretude à igualdade processual que decorre do princípio da isonomia, inscrito no inc. I do art. 5º - transformando-a no princípio dinâmico da par conditio ou da igualdade de armas, mediante o equilíbrio dos litigantes no processo civil, e da acusação e defesa, no processo penal. (CINTA et al, 2007, p. 88 e 89)

3. DA PROVA

A prova traduz a realidade dos fatos, para a demonstração da verdade real, muitas provas são produzidas na fase do Inquérito Policial Militar – IPM, dentre elas as denominadas provas cautelares, que têm este nome por não poder ser feitas novamente após algum

tempo, por isso têm-se a cautela de produzir logo tais provas, pois uma vez perdidas não haverá como substituí-las.

Vejam os Conceito e o objetivo das provas conforme o renomado Fernando Capez em seu Curso de Processo Penal.

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz [...] e por terceiros (p.ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação. Por outro lado, no que toca à finalidade da prova, destina-se à formação da convicção do juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde da causa.

Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante e toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto. (CAPEZ, 2009, p. 297)

Como demonstrado pelo eminente escritor a prova é o material mais importante do processo, sem ela não há de se falar em nada, principalmente no processo penal onde para que ocorra uma condenação não pode haver nenhuma dúvida sobre a culpa do acusado.

As provas cautelares são produzidas na fase do inquérito, sendo portanto, dele acessórias, não sobrevivendo fora dele, elas são produzidas através da atuação do encarregado do IPM, quer seja a autoridade originária quer a delegada através de portaria.

Conforme o objeto da presente pesquisa caso os atos inaugurais do IPM (Portaria de instauração ou de delegação) estejam eivadas de ilegalidade e venham a ser anuladas o “nascimento” do inquérito deixa de existir, deixam de existir também as provas nele produzidas, bem como todas as oitivas realizadas. Mais adiante trataremos desta situação.

3.1 PROVA ILÍCITA

A prova ilícita como visto anteriormente é aquela que afronta o direito material, conclui-se então que a prova é ilegal sempre que caracterizar infração de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. A prova ilegal é o gênero, de que são espécies as provas ilegítimas e ilícitas.

A prova ilícita se torna proibida ou então vedada, vejamos o que Capez (2009) nos traz em seu livro Curso de Processo Penal;

17.3. Prova Proibida

17.3.1. Conceito

O art. 5º. LVI, da CF dispõe que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Trata-se de regra inovadora, já que ausente das anteriores ordens constitucionais. Segundo o ensinamento de Uadi Lammêgo Bulos: “(...) provas obtidas por meios ilícitos são as contrárias aos requisitos de validade exigidos pelo ordenamento jurídico. Esses requisitos possuem a natureza formal e a material. A ilicitude formal ocorrerá quando a prova, no seu

momento introdutório, for produzida à luz de um procedimento ilegítimo, mesmo se for lícita a sua origem. Já a ilicitude material delinea-se através da emissão de um ato antagônico ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório.

Prova vedada ou proibida é, portanto, a produzida por meios ilícitos, em contrariedade a uma norma legal específica.

Prova Ilícita. Quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material.

Desse modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas do Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais. (CAPEZ, 2009, p. 299)

É fácil entender porque a Constituição cidadã afastou totalmente a possibilidade de admissão de prova ilícita nos processos, pois o ordenamento jurídico primeiro seria violado para depois de fazer “Justiça”, por ter a Constituição Federal o escopo de proteção à dignidade da pessoa humana inadmissível seria a aceitação de provas que afrontaram o Estado Democrático de Direito fossem valoradas pelo judiciário a fim de punir o cidadão. Destacamos o último parágrafo da citação acima que acerta em cheio o objeto da presente pesquisa, sendo o Inquérito Policial Militar, que é um procedimento administrativo, nascido de uma Portaria (ato administrativo) que violou as normas do Direito Administrativo, como definir as provas nele geradas?

4. DIREITO ADMINISTRATIVO

4.1 Princípios Constitucionais

O Direito Administrativo regula as ações da Administração Pública, a constituição federal traz no art. 37 os seguintes princípios, LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE, MORALIDADE, PUBLICIDADE e EFICIÊNCIA, como norte para todas as suas ações, havendo a violação de alguma delas caberá a propositura de sua nulidade, verifiquemos os que mais se adequam à presente pesquisa.

4.1.1 Legalidade

Este princípio vem sendo tratado em diversas passagens nesta pesquisa, pois não há como separar as ações do Estado da Legalidade, o Direito Administrativo, e principalmente o militar deverá obedecer e defender tal princípio.

Face à indisponibilidade da ação da Administração em favor do interesse público, não poderá ela agir em desconformidade com a lei, vejamos o ensinamento de alguns autores.

Cunha (2009) nos traz em seu didático livro Curso de Direito Administrativo a seguinte visão;

Como decorrência da indisponibilidade do interesse público, a atividade administrativa só pode ser exercida em conformidade absoluta com a lei. O princípio da Legalidade é uma exigência que decorre do Estado de Direito, ou seja, da submissão do Estado ao império da ordem jurídica.

Nas relações públicas, contudo, o princípio da legalidade envolve a idéia de que a Administração Pública só pode atuar quando

autorizada ou permitida pela lei. A norma deve autorizar o agir e o não agir dos sujeitos da Administração Pública, pois ela é integralmente subserviente à lei. (CUNHA, 2009, p.41)

4.1.2 Impessoalidade

A Administração Pública não serve a ninguém especificamente, mas à toda coletividade, não podendo seus agentes escolher a quem as decisões vão atingir, se tal situação ocorrer estaremos diante da violação da impessoalidade. Situação esta inadmissível no Estado Democrático de Direito, pois à Administração não é permitido atuar sem dispositivo legal que ordene ou permita tal ação, escolher a quem atingir é uma situação do estado de exceção.

Aprendamos com os estudiosos do Direito Administrativo;

Moraes (2003), tratando sobre este princípio constitucional nos demonstra o seguinte;

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, caput) nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.” “Esse princípio completa a idéia” já estudada de que o administrador é um executor do ato, que serve de veículo de manifestação da vontade estatal, e, portanto, as realizações administrativo-governamentais não são do agente político, mas sim da entidade pública em nome da qual atuou. (MORAES, 2003, p. 312)

Como foi demonstrado pelos autor citado a impessoalidade é regra *SINE QUA NOM* para a atuação da Administração Pública, pois a mesma por dever agir no estrito cumprimento do disposto na legislação não poderá ela escolher quando agir, nem direcionar seus atos a este ou aquele administrado.

4.1.3 Publicidade

Este princípio traz um dos primordiais objetivos da Administração Pública, que é atingir a toda a sociedade, devem, portanto os atos administrativos ser publicados, para que todos possam dele tomar conhecimento e cumprir as decisões, ou então contestá-las, as exceções são pouquíssimas.

Nogueira (2010) trata assim o princípio da publicidade dos atos da Administração;

Os atos praticados pela Administração devem ser divulgados de forma ampla e irrestrita, ressalvadas, apenas, as hipóteses em que o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Decisões secretas, editais ocultos, publicidade restrita ao mínimo exigido por lei (e conhecido de pouquíssimos) não atendem, de forma alguma, aos princípios constitucionais e, sobretudo, à transparência da Administração [...]. (NOGUEIRA, 2010, p. 51)

As portarias de instauração ou de delegação são as peças inaugurais do IPM, devendo elas ser publicadas para que aquele que será investigado tenha conhecimento, senão

estariamos diante de um ato secreto, o que com certeza não é a regra para a Administração Pública.

A publicação deve ocorrer em órgão oficial a fim de abranger todo o público subordinado à autoridade portadora do poder de polícia judiciária militar.

5. ATO ADMINISTRATIVO

Os atos Administrativos exteriorizam o que a Administração deve fazer, pois através da atuação dos agentes públicos é que a Administração Pública gera os efeitos que dela se espera, uma vez que quem a movimenta são os servidores, observemos algumas conceituações deste importantíssimo momento da exteriorização do poder / dever agir da Administração Pública.

O poder / dever agir da Administração Pública é assim tratado por Alexandrino e Paulo (2010);

[...] são sempre manifestações unilaterais de vontade (as bilaterais compõem os chamados contratos administrativos).

O que peculiariza os atos administrativo no âmbito do gênero “atos jurídicos”, entretanto é o fato de serem manifestações ou declarações da administração pública, agindo nesta qualidade, ou de particulares que estejam exercendo prerrogativas públicas, por terem sido investidos em funções públicas (a exemplo dos que recebem delegação do poder público, como uma concessionária ou uma permissionária de serviços públicos). (ALEXANDRINO e PAULO, 2010, p. 410)

Maria Sylvia Di Pietro define ato administrativo como “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle do Poder Judiciário.” (DI PIETRO, 2009, apud ALEXANDRINO e PAULO, 2010, p. 410)

Os atos administrativos militares se equivalem ao da Administração civil, sendo, porém desempenhados pelos agentes públicos militares para o fiel cumprimento do que estiver disposto na legislação.

5.1 Requisitos de Validade

Os requisitos são as situações exigidas para que o Ato Administrativo possa gerar efeitos, sendo algum deles violado o ato fica passível de sua nulidade, corroborando a idéia da presente pesquisa de que o ordenamento jurídico nacional se complementa, não podendo ficar os ramos do Direito isolados entre si.

A doutrina tem recorrido à Lei da Ação Popular 4.717/65 para caracterizar os requisitos de validade, uma vez que na lei citada foi positivada a situação que gera a nulidade de cada um dos requisitos, são eles Competência, Finalidade, Forma, Motivo e Objeto.

Vejamos o texto do art. 2º da Lei 4.717/65 – Lei da Ação Popular

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
 - b) vício de forma;
 - c) ilegalidade do objeto;
 - d) inexistência dos motivos;
 - e) desvio de finalidade.
- (BRASIL, 1965)

Leiamos sobre os requisitos de validade do ato administrativo;

Alexandrino e Paulo (2010) prezam pela utilização da Lei da Ação Popular como ponto positivado sobre os requisitos de validade do ato administrativo;

A doutrina administrativista, com base na lei que regula a ação popular (Lei 4.717/1965), costuma apontar cinco assim chamados requisitos ou elementos dos atos administrativos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. (ALEXANDRINO e PAULO, 2010, P. 436)

Utilizaremos na presente pesquisa estes requisitos para análise da eficiência e validade dos atos administrativos inaugurais do Inquérito Policial Militar – IPM.

5.1.1 Competência

A competência do agente público é dada pela legislação que o rege, estabelecendo limites, deveres e direitos, ao agir em nome da Administração Pública é inconcebível que o agente faça algo que não esteja o legalmente permitido, sob pena de anulação do ato praticado. Observemos o disposto na alínea “a” do Parágrafo Único do art. 2º da Lei 4.7117/65 – Lei da Ação Popular, “a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;”.

Exemplificando a situação acima narrada demonstramos o fato do Comandante Geral da Polícia Militar da Paraíba não poder conceder férias a um integrante do Corpo de Bombeiros Militar da Paraíba, por lhe faltar competência administrativa, uma vez que os atos do agente administrativo somente atingem aqueles que lhes forem administrativamente subordinados. Alexandrino e Paulo (2010) quando discorrem sobre competência amarram a atuação à função administrativa;

Podemos definir competência como o poder legal conferido ao agente público para o desempenho específico das atribuições de seu cargo. (...) Somente a lei pode estabelecer competências administrativas; por essa razão, seja qual for a natureza do ato administrativo – vinculado ou discricionário – o seu elemento competência é sempre vinculado. (ALEXANDRINO e PAULO, 2010, p. 436)

Cunha (2009) ao analisar a competência administrativa destaca a titularidade do agente administrativo;

O ato administrativo, para constituir-se validamente, deve ser editado por um agente público competente. Isto é, não basta ser expressado pela Administração Pública, sendo necessário que o agente público que atua em nome da Administração, declarando sua vontade, titularize competência jurídica para tanto. Essa competência virá da repartição das funções administrativas e a sua ausência tornará inválido o ato. Segundo o art. 2º, parágrafo único, alínea a, da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou. A competência é elemento sempre vinculado, porque decorre da lei e é por ela delimitada. (CUNHA, 2009, p. 107)

5.1.1.1 Da Delegação da Competência

A competência poderá ser delegada, sobre o ato de delegação o disposto na Lei 9.784/99 apesar de ser legislação federal tem norteado as decisões nos entes federados onde não há legislação específica, vejamos o art. 11 da lei citada.

Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos. (BRASIL, 1999)

Sobre a delegação no âmbito administrativo vejamos o que nos diz Alexandrino e Paulo (2010).

Sobre delegação de competência e avocação é importante conhecer o que dispõe a Lei 9.784/1999, em seus arts. 11 a 15. Embora essa Lei, a rigor, somente seja aplicável à esfera federal, ela incorporou em seu texto grande parte daquilo que a doutrina administrativista, e mesmo a jurisprudência pátria, há muito estabeleceram, sendo válido, portanto, afirmar que, em princípio os demais entes federados observam regras similares às vazadas na Lei 9.784/1999. (ALEXANDRINO e PAULO, 2010, p. 437)

O texto da Lei 9.784/99 nos traz o seguinte sobre competência e delegação; “**Art. 11.** A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.” logo como o CPPM em seu §1º Obedecidas as normas regulamentares de jurisdição, hierarquia e comando, as atribuições enumeradas neste artigo poderão ser delegadas a oficiais da ativa, para fins especificados e por tempo limitado.” A delegação é um ponto chave da presente pesquisa, pois como será exposto mais adiante o principal ato administrativo do Inquérito Policial Militar – IPM, a portaria de instauração, que estabelece o seu início, sendo admitida a delegação de competência para realizar o procedimento, sendo a delegação nula a instauração também será.

5.1.2 Motivo

O motivo é fator imprescindível para a existência do ato administrativo, uma vez que, pela obrigatoriedade do agir da Administração Pública somente em obediência à lei, não havendo motivo legalmente disposto para a realização do ato, não poderá este ser intentado, já que o

agente da administração não escolhe quando agir, mas o faz quando a lei autoriza ou determina, ou seja, **SEM MOTIVO NÃO HÁ ATO A SER REALIZADO**. Destacamos o disposto na alínea “d” do art. 2º da Lei 4.717/65 – LEI DA AÇÃO POPULAR.

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; (BRASIL, 1965)

Vejamos os que nos diz Alexandrino e Paulo sobre a obrigatoriedade da existência de um motivo para o agir da administração Pública;

O motivo é a causa imediata do ato administrativo. É a situação de fato e de direito que determina ou autoriza a prática do ato, ou, em outras palavras, o pressuposto fático e jurídico (ou normativo) que enseja a prática do ato.

O que a enunciação acima pretende descrever é que os atos administrativos são praticados quando ocorre a coincidência, ou subsunção, entre uma situação de fato (ocorrida no mundo natural, também chamado mundo empírico) e uma hipótese descrita em norma legal. A doutrina, por vezes, utiliza o vocábulo “causa” para aludir ao elemento motivo. (ALEXANDRINO e PAULO, 2010, p. 444)

Não necessitando uma leitura muito apurada para se verificar que conforme o art. 10º o IPM somente pode ser iniciado mediante portaria, e o motivo desta portaria está no caput do art. 9º, ou seja, fatos, que nos termos legais, configurem crime militar, logo não havendo qualquer demonstração de indício de crime militar deixa de existir o motivo, e, por conseguinte a legalidade para o nascimento do ato administrativo.

6. INQUÉRITO POLICIAL MILITAR – IPM

O Inquérito Policial Militar – IPM tem na sua definição clássica ser um procedimento administrativo destinado à apuração das infrações que apresentem os requisitos de um crime militar, com a finalidade precípua de ministrar elementos necessários para a propositura da ação penal pelo Ministério Público Militar, vejamos o texto legal do CPPM;

Art. 9º O inquérito policial militar é a apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria. Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal. (BRASIL, 1969)

O Corpo de Bombeiros Militar do estado do Rio de Janeiro confeccionou um Manual sobre o Procedimento da Atividade de Polícia Judiciária Militar, observemos o disposto sobre o Inquérito Policial Militar;

Diante da ocorrência de um fato que a lei penal militar considere crime desta natureza, há a necessidade de movimentação da máquina estatal para perquirir da responsabilidade de tal fato, para fins de aplicação de pena devida ao seu autor. Como cada uma das

funções indispensáveis ao funcionamento do Estado caracteriza-se por uma atividade típica, em várias situações será a atuação ordenada do Estado que permitirá a satisfação das necessidades da coletividade. É o que acontece no caso do crime. Dentro da estrutura da função executiva, alguns agentes públicos foram dotados de ferramentas para a busca da autoria e da materialidade do fato criminoso. Esta ferramenta pode se bem representada pelo Inquérito Policial Militar. (FREITAS e COSTA, 2010, p. 30)

O ilustre Prof. Jorge César de Assis, grande estudioso do Direito Militar, tanto Administrativo como Processual e Penal Militar nos traz em seu livro Código de Processo Penal Militar Anotado definição da finalidade o IPM, vejamos;

Após a prática da infração penal militar, desenvolve-se intensa atividade, colhendo-se informações sobre o fato típico e quem tenha sido seu autor. Tais informações constituem o inquérito policial-militar (IPM) e têm por finalidade fornecer ao titular da ação penal – o Ministério Público Militar – elementos seguros para o oferecimento da denúncia. (ASSIS, 2009, p. 37)

Cita ainda em sua obra o Prof. Jorge César de Assis o jurista Sérgio M. de Moraes Pitombo falando sobre o inquérito policial;

[...] o inquérito policial integra o processo penal como a parte integra o todo. Fase, pois que é da persecução penal, ubicada à formação preliminar da culpa. Deste modo (...) não é uma simples peça informativa como sustentam alguns autores. Mais que isso é um processo (procedimento) preparatório, em que existe formação de prova, dispondo a autoridade policial de poderes para investigação. Não se trata, portanto, de um procedimento estático, em que o Delegado de Polícia se limita a recolher os dados que, eventualmente, cheguem ao seu conhecimento.

Daí por que o juiz penal, em muito se dirige pelos meios de prova constantes do inquérito, ao recebe ou rejeitar a acusação; ao decretar a prisão preventiva ou conceder a liberdade provisória; ao determinar o arresto, o seqüestro e o confisco de bens, por exemplo. (PITOMBO, 1986, p.19; apud ASSIS, 2009, p. 37 e 38)

Para a doutrina o inquérito é considerado mera peça informativa, mas concordamos com a visão do jurista Pitombo, uma vez que no transcorrer do processo penal as provas PODERIAM ser reproduzidas, destacamos que PODERIAM, por haver provas que não podem ser repetidas, são aquelas denominadas cautelares, tais como; exames residuográficos, verificação da presença de sêmen, coleta de digitais e outras, cujo impedimento de sua utilização no processo penal militar afeta diretamente a apuração dos fatos e a demonstração da verdade real.

A prova gerada no IPM não pode, nem deve, ser tratada com “menosprezo” pelo Processo Penal Militar, vez que diversas situações serão incapazes de ser reproduzidas no decorrer do processo, sobre o inquérito o processo penal militar tem usado expressões

características como, “OS VÍCIOS DO INQUÉRITO NÃO AFETAM O PROCESSO PENAL”, ou ainda “O INQUÉRITO É MERA PEÇA INFORMATIVA”, como tratarmos de mera peça informativa um material que por inúmeras vezes é a ÚNICA fonte de provas.

6.1 Das Provas Cautelares

Neste momento inicial temos a produção das provas cautelares, que são aquelas que não podem ser repetidas durante o processo penal militar, como no transcorrer do inquérito não há a figura do contraditório e da ampla defesa, as provas cautelares serão contraditadas durante o processo penal militar.

As provas cautelares foram elevadas ao seu devido lugar de importância com a modificação do texto do art. 157 do Código Processual Penal Comum, que passou a ser o art. 155, vejamos o texto antigo e o novo, trazido pela Lei 11.690/08, respectivamente;

Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 1941)

As provas cautelares ganharam então, no nosso entendimento, status de matéria judicial, por isso a busca da presente pesquisa em demonstrar como é importante que o IPM seja realizado em total consonância com texto legal, pois uma vez anulada a sua instauração ou a delegação do encarregado, a prova cautelar fica contaminada pela ilegalidade do nascimento do inquérito, pois se a prova cautelar só existe dentro dele e a portaria inaugural é nula, ou seja, inexistente, a prova cautelar nunca foi produzida.

Mas devemos destacar que na grande maioria dos casos as denúncias feitas pelo Ministério Público Militar têm como **ÚNICA FONTE DE PROVA** o que foi produzido no inquérito, logo se o inquérito e todo o material nele contido deixar de existir, como poderá existir a denúncia, se não há nada para que ele se suporte.

Trazemos novamente então a máxima jurídica “OS VÍCIOS DO INQUÉRITO NÃO AFETAM O PROCESSO”, poderia até ser verdade, mas afeta mortalmente a denúncia, e deixando a denúncia de existir deixa de existir o processo.

Lembramos que a dispensa do IPM para o oferecimento da denúncia somente será possível se tiver o *parquet* militar material probatório suficiente para fundamentar a denúncia, porém como poderá ser originada uma denúncia se o próprio Ministério Público requereu a realização do IPM por não ter mais material para dar suporte à sua função, a de denunciar.

Ora, se o *parquet* militar requereu a instauração do IPM para apurar algum fato que chegou ao seu conhecimento, e este IPM, que é a única fonte de provas disponível, tiver a portaria de instauração anulada por afronta ao Direito Administrativo de onde virão os indícios para a propositura da ação penal?

7. ATOS ADMINISTRATIVOS INAUGURAIS DO IPM

7.1 Portaria de Instauração

O Inquérito Policial Militar conforme o disposto no art. 10 do Código de Processo Penal Militar é iniciado mediante portaria, sendo este Ato Administrativo o que gera o “nascimento” do procedimento, logo se este ato administrativo for anulado, à luz do Direito Administrativo o inquérito nunca existiu para o mundo jurídico.

A portaria de instauração deve obedecer aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, bem como os requisitos de validade, sob pena de anulação.

Art. 10. O inquérito é iniciado mediante portaria:

- a) de ofício, pela autoridade militar em cujo âmbito de jurisdição ou comando haja ocorrido a infração penal, atendida a hierarquia do infrator;
- b) por determinação ou delegação da autoridade militar superior, que, em caso de urgência, poderá ser feita por via telegráfica ou radiotelefônica e confirmada, posteriormente, por ofício;
- c) em virtude de requisição do Ministério Público;
- d) por decisão do Superior Tribunal Militar, nos termos do artigo 25;
- e) a requerimento da parte ofendida ou de quem legalmente a represente, ou em virtude de representação devidamente autorizada de quem tenha conhecimento de infração penal, cuja repressão caiba à Justiça Militar;
- f) quando, de sindicância feita em âmbito de jurisdição militar, resulte indício da existência de infração penal militar. (BRASIL, 1969)

A portaria de instauração deverá ser realizada pelo oficial que for realizar o inquérito, a autoridade originária, aquelas descritas no art. 8º do CPPM, ou então a que for delegada, conforme o disposto no §1º do art. 7º também do CPPM, tal portaria não pode por determinação constitucional desobedecer aos princípios que regem a Administração Pública ou ferir os requisitos de validade do ato administrativo, pois uma vez anulada, para o mundo jurídico não ocorreu a instauração.

Fica claro que a instauração é o ato que inicia o inquérito, logo sendo tal portaria anulada não há o início do procedimento administrativo e em consequência nada que for feito pelo encarregado do inquérito estará protegido pela legalidade dos atos.

7.2 Portaria de Delegação

A portaria de delegação por via de regra é utilizada no ambiente militar, ocorrendo a delegação da competência do exercício da Polícia Judiciária Militar a um oficial da ativa pelo seu titular, conforme disposto no § 1º do art. 7º do CPPM, neste artigo várias são as obrigações legais a ser cumpridas para que a delegação seja válida,

“§ 1º Obedecidas as normas regulamentares de jurisdição, hierarquia e comando, as atribuições enumeradas neste artigo poderão ser delegadas a oficiais da ativa, para fins especificados e por tempo limitado; (BRASIL, 1969)

A delegação é um ato administrativo específico que deve atender situações e requisitos de validade bem particulares, sendo a portaria de delegação eivada de ilegalidade o exercício da polícia judiciária torna-se impossível, pois não pode um agente da Administração Pública

exercer uma atividade que não lhe compete legalmente, pois agir ilegalmente é inadmissível à Administração.

A delegação “repassa” ao delegado as atribuições do delegante, logo sendo a delegação anulada não há de se falar em aproveitar o material gerado no Inquérito Policial Militar, pois foram eles produzidos sem suporte legal, o que é defeso à Administração Pública.

A delegação possui a devida previsão legal no CPPM, mas fica claro que tal ato é objeto do Direito Administrativo, ato de autoridade delegante no exercício de sua competência administrativa, portanto violado os princípios constitucionais ou os requisitos de validade tal ato não pode gerar efeitos.

8. ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

8.1 Cabimento

O ato administrativo deve trazer em seu corpo todos os requisitos de validade já demonstrados, bem como a obediência aos princípios constitucionais explicitados, havendo a violação a qualquer deles, repetimos, a qualquer deles, estará o ato sujeito à análise da própria Administração ou do Judiciário.

É inadmissível permitir que o Estado possa se valer de qualquer material que possua na sua formação alguma ilegalidade, pois seria uma violação ao Estado Democrático de Direito vigente no Brasil, pois teríamos um Estado Rei, onde o cidadão estaria à mercê das ações de um Estado que tudo pode, até violar as leis que ele mesmo criou e deveria proteger.

8.2 Conseqüências

O ato administrativo tem seu nascimento e o início do surtimento de seus efeitos com a respectiva publicação, sendo a partir desta data que o cidadão poderá buscar, caso seja cabível, a sua correção ou anulação.

A anulação, objeto da presente pesquisa poderá ser realizada tanto pela Administração Pública como pela via Judicial, os efeitos da Anulação são de natureza *Ex tunc*, ou seja, retroagem ao momento do nascimento do ato, deixando portanto aquele ato de existir para o mundo jurídico-administrativo, não gerando portanto efeitos aos administrados.

Quanto à invalidação e seus efeitos nos ensina Cunha (2009);

10.3 Invalidação

Invalidação é a extinção do ato administrativo inválido ou de seus efeitos invalidamente produzidos, causada por outro ato administrativo, por razões de legalidade.

10.3.1. Sujeito ativo

A invalidação do ato administrativo pode ser declarada tanto pela Administração Pública (autotutela) como pelo Poder Judiciário (controle de legitimidade).

[...] 10.3.5 Efeitos da invalidação

A invalidação consiste na supressão do ato inválido e dos seus efeitos invalidamente produzidos. Os efeitos da invalidação, portanto, são *ex tunc*, retroativos para apagar todos os efeitos pretéritos. (CUNHA, 2009, p. 127)

Alexandrino e Paulo corroboram o efeito *ex tunc* da invalidação do ato administrativo;

[...] a anulação retira o ato do mundo jurídico com eficácia retroativa (*ex tunc*), desfazendo os efeitos já produzidos pelo ato e impedindo

que ele permaneça gerando efeitos. (ALEXANDRINO e PAULO, 2010, p. 428)

No caso em tela ocorrendo a anulação do Ato Administrativo Militar de instauração ou delegação o Inquérito fica sem “corpo” e “cabeça” respectivamente, uma vez que a delegação sendo nula faz com que deixe de existir o encarregado de realizar o inquérito e todo e qualquer documento por ele assinado perca a validade, uma vez que estaria ele atuando em nome do Estado, mas sem possuir a competência para tal exercício

A ANULAÇÃO de um ato administrativo é a declaração de que o mesmo nunca deveria ter existido, logo caso qualquer uma das portarias iniciais, Instauração ou Delegação, venha a ser anulado o material produzido dentro do inquérito tornou-se inexistente, pois um agente da administração não pode agir sem que a lei tenha dado poderes para tal exercício. Podemos facilmente entender que a anulação de uma das portarias torna todos os atos integrantes do inquérito igualmente nulos, uma vez que deixou de haver a legalidade para a sua realização.

9. IMPOSSIBILIDADE DO APROVEITAMENTO DAS PROVAS GERADAS EM IPM ANULADO POR VIOLAÇÃO AO DIREITO ADMINISTRATIVO

Chegamos à situação provocadora da presente pesquisa, é uníssono o entendimento doutrinário e jurisprudencial, que quando da anulação de um ato administrativo dá-se a esta decisão o efeito *ex tunc*, logo deixa o ato administrativo de existir para o mundo jurídico, logo, tanto para o Direito Penal, Processual Penal como para o Administrativo, não gerando o ato anulado quaisquer efeitos.

Sendo então anulada a portaria de instauração ou de delegação, o IPM na verdade nunca foi iniciado e tudo que nele estiver contido deverá ser descartado junto com ele, sob a obediência ao princípio administrativo e processual penal militar da obediência à legalidade, não sendo cabível que atos realizados sem a devida proteção legal venham a ser usados para atingir a liberdade de um cidadão.

Inadmissível é que qualquer procedimento realizado pelo Estado em desobediência ao ordenamento jurídico possa vir a ser usado para condenar um cidadão, pois assim estaríamos diante de uma afronta direta à dignidade humana e voltando aos tempos em que o Estado podia tudo, inclusive criar ou modificar as leis a seu bel prazer.

O Estado Democrático de Direito impede que tal situação venha a atingir a sociedade, pois seria dar ao Estado a possibilidade de causar danos aos cidadãos que ele mesmo tem a obrigação de defender.

10. CONCLUSÃO

A presente pesquisa demonstra a importância que deve ser dado aos atos administrativos que dão início ao Inquérito Policial Militar, uma vez que a máxima de que o inquérito é “MERA PEÇA INFORMATIVA” cai por terra quando no IPM houver provas cautelares, e for o inquérito a única fonte de informação da propositura da Ação Penal Militar.

A inexigibilidade do inquérito para que o Ministério Público Militar de ofício denuncie alguém é quando tiver o *parquet* militar provas suficientes para tal acusação, mas como admitir que uma denúncia a qualquer cidadão pelo Estado tenha em seu conteúdo qualquer tipo de material que afronte a lei que o próprio estado deve proteger e principalmente obedecer.

A busca da demonstração da presente pesquisa para a visualização do Direito Administrativo como um ramo do Direito em mesmo nível do Direito Penal e Processual Penal Militar faz-se necessário uma vez que o Processo Penal Militar deu à Administração Militar atribuições importantíssimas.

O Inquérito Policial Militar – IPM deve ser valorado de forma diferenciada do que ocorre atualmente, pois mesmo sendo um procedimento administrativo, e como tal não pode nem deve ser analisado unicamente à luz do Direito Penal ou Processual Penal Militar, mas também pelos preceitos do Direito Administrativo.

Sendo o Direito Administrativo violado não há de se aproveitar o Inquérito, nem nada que nele tenha sido produzido, pois não pode se admitir que em busca de se exercer a Justiça sejam colocados de lado os direitos do cidadão.

A nosso ver, o parquet militar deve realizar, no exercício da função de fiscal da lei, um juízo da admissibilidade do IPM, uma vez que é ele que vai se valer do material produzido no inquérito a fim de oferecer ou não a denúncia, logo sendo as provas nele contidas fruto de atos ilegais estará o Ministério Público Militar utilizando provas ilícitas para a abertura do processo.

A Justiça deve ter os olhos vendados para não ver a quem vai julgar, mas nunca para não ver a violação aos direitos do cidadão e à dignidade humana.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito administrativo descomplicado. 18. ed. Método, 2010. p. 954

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Coleção Saraiva de Legislação. 39. ed. Saraiva, 2006

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 16. ed. Saraiva, 2009. p. 805

CINTRA, Antônio; GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido. Teoria geral do processo. 23. ed. Malheiros, 2007. p. 383

FREITAS, Marcelo; COSTA, Claucir. Manual básico de Procedimentos do Exercício da atividade de polícia judiciária militar. 1. ed. CBMERJ, 2010. p. 158

JÚNIOR, Dirley. Curso de direito administrativo. 7. ed. Juspodium, 2009. p. 588

MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 13. ed. Atlas, 2003. p. 357