

Atuação da autoridade de polícia judiciária militar com base no conceito analítico de crime.

Cícero Robson Coimbra Neves¹

I- Introdução

O Código Penal Militar, dada a sua localização histórica, possui certas peculiaridades acerca do conceito analítico de crime, peculiaridades essas que devem ser bem estudadas e absorvidas pelos operadores do Direito Penal Castrense.

A essa temática, invariavelmente, deve-se associar a discussão acerca da possibilidade ou não de o Oficial responsável pelo exercício de polícia judiciária militar ingressar pelo estudo do conceito de crime e de utilizar essa compreensão como elemento crucial para a tomada de decisões, a exemplo da opção por atuação em flagrante delito ou pela instauração de inquérito policial militar.

Na análise das opiniões tergiversadas no mundo jurídico, isso tanto no seio das instituições militares como em órgãos como o Poder Judiciário e o Ministério Público, observa-se que muito se diz levemente, mas pouco se registra por estudos arrimados nas leis penal e processual penal militares e, em especial, na Constituição Federal.

A situação exposta, caracterizada por uma certa lacuna de construções específicas, incentivou a elaboração deste breve

estudo que tem por escopo maior demonstrar que a autoridade de polícia judiciária militar deve, no exercício de seu mister, ingressar na análise do injusto típico culpável, adotando, dessarte, posturas mais abalizadas, consentâneas com o Estado Democrático de Direito.

II- O conceito analítico de crime militar

O Direito Penal contemporâneo, em largas palavras, pode ter sua evolução histórica resumida em três sistemas penais que se sucederam, de acordo com a evolução doutrinária: o causalismo clássico, o causalismo neoclássico e o finalismo.

Poderíamos, é claro, enumerar um quarto sistema, qual seja, o funcionalismo alemão, que tem seus vários expoentes a exemplo de Claus Roxin e de Günther Jakobs, contudo, por partirmos da premissa de que esse sistema, malgrado possa trazer colaborações importantes, tais colaborações são pontuais não merecendo, sob nossa ótica, os “louros” de ser considerado um sistema perfeito e substituto do atual finalismo. Por essa razão, pede-se vênua para deixar o funcionalismo apenas para as profícuas investigações acadêmicas, mesmo porque o presente estudo pretende ter como vertente reinante a do caminho dogmático.

Para situar o Código Penal Militar (CPM) em um desses três sistemas, utilizaremos argumentos históricos e dogmáticos, atendo-se, sobremaneira, à “letra da lei”.

Em primeiro aporte, deve-se descartar como sistema reitor do CPM o finalismo, porquanto tal sistema, embora existam algumas vozes em sentido contrário, aportou no Brasil em 1984, por força da reformulação da Parte Geral do Código Penal comum (CP). Ocorre que, como bem sabemos, nosso atual Código Penal Militar é datado de 21 de outubro de 1969, não compreendendo, dessa forma, os dogmas finalistas. Ademais, a Lei n. 7.209/84, que reformulou a Parte Geral do CP, não alcançou o CPM, de sorte que os postulados reitores de 1969 continuam a influenciar referido *Codex*.

Descartado o finalismo, podemos firmar que o CPM é um instrumento normativo causalista, resta saber se clássico ou

¹ 1º Ten PM servindo na Corregedoria da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas. Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Penal Militar da Academia de Polícia Militar do Barro Branco, do Curso de Especialização de Oficiais em Polícia Judiciária Militar na Corregedoria da Polícia Militar do Estado de São Paulo e da Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Militar da Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes.

neoclássico, resposta que se pode obter da análise da estrutura da culpabilidade.

Os sistemas causalistas são marcados pela alocação do dolo e da culpa no bojo da culpabilidade; aliás, essa é a maior distinção entre o finalismo e os sistemas causalistas, posto que aquele aloca o estudo do dolo e da culpa no momento da averiguação da conduta, no fato típico, vez que a conduta deve ter um direcionamento final (por isso “finalismo”).

Da análise do art. 33 do CPM, nitidamente percebemos que o legislador, sob a rubrica da “culpabilidade”, define dolo e culpa, dando clara evidência de que no CPM a análise da conduta é esvaziada do estudo do elemento subjetivo, consistindo, portanto, em um instrumento causalista.

Os sistemas causalistas apresentam distintas teorias acerca da culpabilidade.

No causalismo clássico, a culpabilidade apresenta-se apenas como dolo e culpa, não havendo outro elemento integrante, nem mesmo a imputabilidade, que nada mais era do que um pressuposto. A essa teoria, deu-se o nome de teoria psicológica da culpabilidade, por possuir em seu contexto apenas elementos psicológicos.

De outra banda, o causalismo neoclássico, apesar de manter o dolo e a culpa no seio da culpabilidade, a ela agregou outros elementos, a saber, a imputabilidade e a exigibilidade de conduta diversa. Necessário lembrar que a consciência da ilicitude, hoje elemento destacado na teoria normativa pura da culpabilidade presente no sistema finalista, no causalismo neoclássico está incrustada no dolo, configurando o *dolus malus*. Essa teoria, que em resumo sustenta haver culpabilidade quando o agente for imputável, o fato for doloso (dolo com real consciência da ilicitude) ou culposo e for exigível conduta diversa, foi denominada pela doutrina como teoria psicológico-normativa da culpabilidade.

Note-se, ademais, que como os sistemas causalistas alocam o elemento subjetivo na culpabilidade, todo instrumento causalista terá esse elemento como integrante do conceito analítico, ou, do contrário, estaríamos falando em reconhecimento de crime sem, por exemplo, a verificação do dolo, situação inadmissível. Assim, para os Códigos Penais influenciados pelos

sistemas causalistas, crime, sob o prisma analítico, é fato típico, antijurídico e culpável.

Pois bem, mas onde situamos o Código Penal Militar de 1969? É ele causalista clássico ou neoclássico?

A resposta também está na própria lei penal militar, sendo possível detectar nitidamente a exigibilidade de conduta diversa como elemento da culpabilidade. O art. 38, por exemplo, diz **não ser culpado** aquele que pratica o fato sob coação irresistível e em estrita obediência a ordem legal, indicando que a culpabilidade não é apenas psicológica no CPM. Outro bom exemplo está no estado de necessidade exculpante, fruto da teoria diferenciadora, trazido no art. 39 do mesmo diploma, também afastando a culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Pelo até aqui exposto, temos que o Código Penal Militar é um instrumento causalista neoclássico e, portanto, para ele crime, no conceito analítico, é fato típico, antijurídico e culpável.

III- Constituição Federal e o favorecimento do *status libertatis*

Um importante fator para a interpretação que se propõe consiste na abordagem constitucional da manutenção da liberdade individual como tópico orientador da absorção dos preceitos consignados na “Lei Maior”.

Todos sabemos que a “Constituição Cidadã” tem como mote principal o favorecimento do *status libertatis*, o que fica muito evidente em alguns de seus dispositivos, e.g., os incisos LXI e LXVI do art. 5º.

Os dois incisos supramencionados, pedindo-se vênia para não citá-los expressamente, já que amplamente conhecidos, indicam que a restrição de liberdade do indivíduo, a exceção das transgressões disciplinares e dos crimes propriamente militares, somente se dá pela prisão em flagrante ou por ordem judicial fundamentada, bem como demonstram a excepcionalidade dessa restrição nos casos em que for cabível a liberdade provisória.

Esses dois dispositivos, deve-se ressaltar, são fundamentais para a compreensão do exercício da polícia judiciária nos termos constitucionais, podendo-se dizer que a autoridade

responsável por seu exercício somente deve privar a liberdade quando reconhecer a existência de flagrante delito e, mesmo nesse caso, não deve manter tal privação quando for cabível a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Note-se, portanto, que a Constituição Federal, em certa parcela, confere à lei processual a possibilidade de conceder à autoridade de polícia judiciária o poder de restringir (ou manter a restrição) a liberdade de alguém por prática delitiva, cumprindo-nos focar a análise, para o nosso propósito nas hipóteses de prisão em flagrante delito, vez que a construção acerca da concessão de liberdade provisória merece, por si só, trabalho apartado.

Assim, em resumo pontual, podemos sedimentar que a Constituição Federal prestigia a liberdade individual, em especial o direito de locomoção, que pode, no entanto, ser cerceado nos casos de prisão em flagrante delito.

IV- A prisão em flagrante delito com base no conceito analítico de crime

Não iremos nos alongar nos requisitos necessários para a prisão em flagrante delito, porquanto a doutrina específica, de forma bem completa, já se ocupou de tal tarefa, a exemplo do que fizeram Reinaldo Zychan de Moraes² e Alexandre Henriques da Costa³ em profícuas obras.

Todavia, todos são unânimes em dizer, e não poderia ser diferente, que a prisão em flagrante delito por prática de crime militar exige o preenchimento de uma das hipóteses do art. 244 do Código de Processo Penal Militar (CPPM), dispositivo que trata especificamente dessa espécie de prisão provisória.

O referido artigo, no entanto, deve ser analisado em conjunto com o dispositivo precedente, o art. 243 do CPPM, que impõe às autoridades o dever de prender aquele que se encontra em flagrante delito, equiparando a ele o insumisso e o desertor.

Dessarte, a autoridade de polícia judiciária militar tem o dever de prender aquele que se encontra em estado de flagrância, ou seja,

² MORAES, Reinaldo Zychan de. *Os crimes militares e o inquérito policial militar: uma visão prática*. São Paulo: Ernesto Heichmann, 2003.

³ COSTA, Alexandre Henriques da. *Manual prático dos atos de polícia judiciária militar*. São Paulo: Suprema Cultura, 2004.

em uma das hipóteses do art. 244. Ocorre que referido artigo, ao enumerar tais hipóteses reporta-se, direta ou indiretamente, à ocorrência de um “crime”. Como exemplo, tomemos a primeira das hipóteses, a do flagrante próprio (alínea “a” do artigo), que dispõe estar em flagrante delito aquele que está “cometendo o crime” (grifo nosso).

Essa realidade normativa, inexoravelmente, conduz a uma situação tal que a autoridade de polícia judiciária militar somente poderá prender alguém em flagrante delito após uma análise – inicial e sem vincular o *dominus litis*, é verdade, mas ainda assim uma análise – acerca do conceito analítico de crime, ingressando por seus elementos genéricos, ou seja, no CPM, fato típico, antijurídico e culpável (“teoria tripartite”). Essa interpretação, note-se, impõe a prisão em flagrante delito como um exceção à regra, em perfeito alinhamento com o mote principal da Constituição Federal, acima esmiuçado.

À guisa de exemplo, a prisão em flagrante delito não deve ocorrer quando a autoridade de polícia judiciária verificar a **patente** existência de causa excludente da antijuridicidade, como a legítima defesa. Da mesma forma, constatando-se uma excludente de culpabilidade, a exemplo do estado de necessidade exculpante (art. 39 do CPM) e do erro de fato essencial (art. 36 do CPM), a autoridade deve prestigiar a instauração de inquérito policial militar (IPM) em detrimento da prisão em flagrante delito.

Não se postula aqui, note-se bem, o não registro do fato crime em procedimento de polícia judiciária militar, mas apenas a necessidade de, em nome do favorecimento da manutenção do direito de locomoção, considerar a prisão em flagrante como exceção à regra, regra essa que deve consistir na instauração de IPM.

V- O Inquérito Policial Militar e a necessidade de averiguação do crime militar

Não é só no auto de prisão em flagrante delito que a autoridade deve avaliar a ocorrência ou não do crime com base no conceito analítico. O inquérito policial militar, por imposição legal, também exige o raciocínio técnico-jurídico do Oficial responsável pelas investigações.

O art. 22 do CPPM dispõe que o IPM será encerrado com um minucioso relatório que terá a conclusão pela existência ou não de indícios de crime militar e/ou de transgressão disciplinar, de sorte que o conhecimento da teoria geral do delito militar torna-se ferramenta imprescindível para a atuação do encarregado da inquisição.

Assim, na conclusão das investigações, ao lavrar seu relatório, o Oficial encarregado deverá sim emitir sua construção acerca da existência de crime militar com arrimo em seu conceito analítico, mencionando a existência ou não de subsunção a um tipo penal militar incriminador e discorrendo sobre a detecção da antijuridicidade e da culpabilidade. *In exemplis*, em uma ocorrência policial-militar onde uma guarnição revide a uma agressão atual e injusta, desde que haja proporção, o encarregado do feito apuratório deverá indicar a existência, logicamente calcado em provas muito bem especificadas, de excludente de antijuridicidade, concluindo, enfim, pela existência de indícios de prática de fato típico (não de crime) e apontando a excludente cabível.

Deve-se ressaltar que essa construção não precisa ocorrer apenas no momento do relatório, podendo antecipá-lo, por exemplo, no momento da decisão pelo indiciamento ou não do acusado, ato majoritariamente entendido como constrangedor que, se ilegal, poderá ser atacado pela via do *habeas corpus*.

VI- Conclusão

A construção acima, exaltamos em derradeiro momento, presta-se a embasar o reconhecimento da autoridade de polícia judiciária militar como operador do Direito Penal Militar capaz de fazer, ainda que apenas preliminarmente, a avaliação acerca da ocorrência de crime militar com arrimo em seus elementos constitutivos pelo conceito analítico.

Muitas palavras já foram ditas acerca da atividade em comento. Frases que, se não depreciam a função, ao menos nos incomodam, buscando afirmar que somos meros autômatos estritamente vinculados a uma lei processual seca e fria, sem a possibilidade de buscar uma interpretação consentânea com o Direito e, porque não lembrar, com o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana.

Àqueles que nos negam essa possibilidade, devo lembrar que é muito simples afirmar que somente o promotor de justiça ou o juiz devem deliberar, de forma técnico-jurídica, acerca do cerceamento de liberdade de um indivíduo, cabendo ao Oficial a automática operação de verificar se o CPM traz palavras típicas que enquadrem o fato, mas essa simplicidade, temos absoluta certeza, desaparecerá se o preso ou o indiciado for uma pessoa cara aos que nos tolhem essa possibilidade.

É preciso que se ressalte que a polícia judiciária militar, assim como a comum, nada tem com a algazua função de provar a todo custo a culpa daquele sobre quem paira uma suspeita, e sim busca, pela regular apuração, trazer provas da verdade material, não devendo existir, dessarte, uma sanha desenfreada pela obtenção futura de condenação.

Vultus animi janua est!