

Garantias constitucionais e

processuais do auto de prisão em flagrante delito militar: a delegação e a homologação, os vícios que invalidam a prisão e a decisão de não prender

Ronaldo João Roth

Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de São Paulo
Coordenador e professor de pós-graduação em Direito Militar da
Escola Paulista de Direito (EPD)

RESUMO: O artigo sustenta a incidência do princípio constitucional do devido processo legal no auto de prisão em flagrante delito militar e evidencia as garantias constitucionais e processuais desse ato construtivo, entre eles a necessidade de homologação por parte da autoridade originária de Polícia Judiciária Militar, quando esta não agir diretamente naquele procedimento, de forma que sempre que um Oficial subordinado à autoridade originária agir por delegação, haverá necessidade da homologação, aperfeiçoando o ato complexo da prisão.

PALAVRAS-CHAVES: Auto de prisão em flagrante delito. Delegação. Homologação. Ato complexo. Garantias na prisão em flagrante. Autoridade originária. Autoridade delegada. Polícia Judiciária Militar.

ABSTRACT: The article claims the incidence of the constitutional principle of due process of law in prison when caught in the act of doing a military offense and highlights the constitutional and procedural safeguards of this constrictive act, including the need for approval by the original Military Judicial Police authority when it does not act

directly in that procedure so that whenever a subordinate official to the originating authority acts by delegation, there will be the need for approval, improving the prison complex act.

KEYWORDS: Report of arrest in *flagrante delicto*. Delegation. Homologation. Complex act. Guarantees in arrest in *flagrante delicto*. Original authority. Delegated authority. Military Judicial Police.

SUMÁRIO: 1. De proêmio – 1.1 Das atividades de polícia judiciária militar – 1.2 Das autoridades de polícia judiciária militar – 1.3 Das autoridades de polícia judiciária militar no APFD – 1.4 Da substituição do IPM pelo APFD – 1.5 Dos princípios comuns nos atos de polícia judiciária militar – 2. Do desenvolvimento – 2.1 Das garantias do indiciado – 2.2 Das garantias específicas do auto de prisão em flagrante – 2.3 Do ato complexo da prisão em flagrante delito – 2.4 Da ordem de preferência para a autuação em flagrante delito – 2.5 Da relação jurídica decorrente do APFD – 2.6 Do direito subjetivo à homologação do comandante no APFD – 2.7 Dos vícios do auto de prisão em flagrante delito – 2.8 Da decisão de não prender em flagrante delito – 2.9 Da manutenção da prisão em flagrante delito – 3. Da conclusão.

1. DE PROÊMIO

A liberdade é um direito fundamental da pessoa humana e nossa Lei Maior estabelece de maneira relevante cinco direitos fundamentais, constituídos na “vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade” (art. 5º, caput, CF), direitos esses invioláveis e, nas sábias palavras

de IVES GRANDRA MARTINS¹, esses direitos sequer podem ser relativizados, a não ser nas hipóteses previstas na Constituição.

A realização da prisão em flagrante delito (art. 5º, inciso LXI, da CF) põe em choque assim a garantia da liberdade diante do *jus puniendi* do Estado, exercido de maneira cautelar e provisória, restringindo aquele direito fundamental.

Entendemos, nessa esteira, que o princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CF) que prevê que “ninguém será privado de sua liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal” alcança, de plano, a prisão em flagrante delito, como, igualmente, alcança qualquer procedimento administrativo na linha do que já decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF)². Assim, não podemos descurar da existência do devido processo procedimental, à semelhança do devido processo legal, nos procedimentos administrativos como ocorre, por exemplo, na apreensão de um veículo ou numa fiscalização de trânsito, raciocínio este sintetizado por ARAKEN DE ASSIS³ que leciona:

Por outro lado, a circunstância de a lei não exigir expressamente o procedimento administrativo para outorgar perfeição ao ato, ou seja, para definir-lhe a existência, não elimina, por si só, a aplicação do devido processo procedimental. Nesta contingência, cabe

¹ MARTINS, I. G. *Constituição Federal. 20 anos: Direitos e Garantias Fundamentais*, Coordenada por Ives Gandra Martins e Francisco Rezek, São Paulo: RT, 2008, p. 74.

² STF, 1ª T., AI-Ag 592.340/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 20.11.07, DJU 14.12.07, p. 57: “[...] II - O entendimento desta Corte é no sentido de que o princípio do devido processo legal, de acordo com o texto constitucional, também se aplica aos procedimentos administrativos. [...]”.

³ ASSIS, A. *Constituição Federal. 20 anos: observância do devido processo legal na formação dos atos administrativos*, Coordenada por Ives Gandra Martins e Francisco Rezek, São Paulo: RT, 2008, p. 302.

investigar a pertinência do conjunto de requisitos na formação dos atos administrativos em geral.

Nesse compasso, veja que a publicidade da prisão e o local onde se encontra o preso, por imposição hoje constitucional, devem ser comunicados ao Juiz, à família do preso ou a pessoa por ele indicada (art. 5º, LXII, da CF), sob pena de invalidar a prisão. Estamos falando do devido processo procedimental. No mesmo jaez, a garantia de ser informado o preso sobre os seus direitos, entre os quais, o de ficar calado, sendo lhe assegurado assistência da família e de advogado (art. 5º, inciso LXII, da CF), a garantia de o preso conhecer a identidade de quem efetuou a sua prisão e seu interrogatório (art. 5º, inciso LXIV, da CF).

Como visto, não se pode negar a incidência do princípio constitucional do *due process of law*, alcançando, inequivocamente, a prisão de qualquer pessoa, diante do complexo de garantias e direitos no devido processo procedimental, que, obviamente, “não se esgotam apenas com os direitos e garantias individuais de nossa Lei Maior”, mas estão espalhados no Código de Processo Penal Militar (CPPM) e, subsidiariamente, no Código de Processo Penal Comum (CPP Comum).

Assim, qualquer descompasso, ou inobservância constitucional e legal, cabe ao Juiz relaxar imediatamente a prisão (art. 5º, LXV, da CF).

Vale o alerta de NELSON NERY JUNIOR⁴ sobre as arbitrariedades que vêm sendo cometidas pelo Estado na persecução penal sob o

⁴ NERY JUNIOR, N. *Constituição Federal. 20 anos: Público VS. Privado?: a natureza constitucional dos direitos e garantias fundamentais*, Coordenada por Ives Gandra Martins e Francisco Rezek, São Paulo: RT, 2008, p. 229.

pretexto de que o interesse público deve prevalecer sobre o interesse privado, daí a imprescindibilidade de se enxergar que:

[...] os direitos descritos no artigo 5º da CF são direitos e garantias fundamentais e que, por isso mesmo, não se confundem como direitos privados, tampouco direitos apenas subjetivos. São a própria razão de ser do Estado *Constitucional* ou Estado *Democrático* de Direito, fundamento da República Federativa do Brasil. Por isso é que não se lhes pode contrapor o ‘interesse público’ que, na maior parte das vezes, como se tem verificado na prática, vem caracterizando como ‘interesse do Estado’, fenômeno que se assemelha ao que ocorria e que ocorre nos piores Estados ditatoriais e totalitários de antes e de agora. Os direitos e garantias fundamentais existem justamente para que se oponham e obstaculizem o arbítrio do Estado sobre eles.

Não podemos ignorar que os direitos de caráter penal, processual e processual-penal cumprem um papel fundamental na concretização do moderno Estado Democrático de Direito.

Nesse passo, há de se observar as limitações do poder do Estado na realização das prisões provisórias, valendo trazer à colação as citações do presidente Min. Gilmar Mendes lançadas na sua decisão monocrática, de 9.7.2008, no HC 95009-4/SP do STF, Pleno, (MC) Rel. Min. Eros Grau, J. 9.7.2008, com os seguintes excertos, citando MARTIN KRIELLE, que leciona que:

[...] sem divisão de poderes e em especial sem independência judicial isto não passará de uma declaração de intenções, ou seja, “os direitos humanos somente podem ser realizados quando limitam o poder do Estado, quando o poder estatal está baseado na entrada em uma ordem jurídica que inclui a defesa dos direitos humanos”. “Os direitos humanos estabelecem condições e limites àqueles que têm competência de criar e modificar o direito e negar o poder de violar o

direito. Certamente, todos os direitos não podem fazer nada contra um poder fático, a potestas desnuda, como tampouco nada pode fazer a moral face ao cinismo. Os direitos somente têm efeito frente a outros direitos, os direitos humanos somente em face a um poder jurídico, isto é, em face a competências cuja origem jurídica e cujo status jurídico seja respeitado pelo titular da competência. Esta é a razão profunda por que os direitos humanos somente podem funcionar em um Estado constitucional. Para a eficácia dos direitos humanos a independência judicial é mais importante do que o catálogo de direitos fundamentais contidos na Constituição. (Grifos nossos).

Por outro lado, o referido julgado dispõe:

Tem-se, assim, em rápidas linhas, o significado que os direitos fundamentais e, especialmente, os direitos fundamentais de caráter processual, assumem para a ordem constitucional como um todo. Acentue-se que a boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual – aqui merece destaque a proteção judicial efetiva – que permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial! Não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Como amplamente reconhecido, o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais [...]. Na mesma linha, entende Norberto Bobbio que a proteção dos cidadãos no âmbito dos processos estatais é justamente o que diferencia um regime democrático daquele de índole totalitária: [...] Em verdade, tal como ensina o notável mestre italiano, a aplicação esmerada ou não dessas garantias é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir civilização de barbárie. Nesse sentido, forte nas lições de Claus Roxin, também compreendo que a diferença entre um Estado totalitário e um Estado (Democrático) de Direito reside na forma de regulação da ordem jurídica interna e na ênfase dada à eficácia do instrumento processual penal da prisão provisória. Registrem-se as palavras do

professor Roxin: ‘Entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a prisão preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual; por outra parte, ela é indispensável em alguns casos para uma administração da justiça penal eficiente. A ordem interna de um Estado se revela no modo em que está regulada essa situação de conflito: os Estados totalitários, sob a antítese errônea Estado-cidadão, exagerarão facilmente a importância do interesse estatal na realização, o mais eficaz possível, do procedimento penal. Num Estado de Direito, por outro lado, a regulação dessa situação de conflito não é determinada através da antítese Estado-cidadão; o Estado mesmo está obrigado por ambos os fins: assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da esfera de liberdade do cidadão. Com isso, o princípio constitucional da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário.’ Nessa linha, sustenta Roxin que o direito processual penal é o sismógrafo da Constituição, uma vez que nele reside a atualidade política da Carta Fundamental (Cf. Roxin, C., Derecho Procesal Penal, cit. p. 10).

Diz o julgado ainda que “A prisão provisória é medida excepcional que, exatamente por isso, demanda a explicitação de fundamentos consistentes e individualizados com relação a cada um dos cidadãos investigados (CF, art. 93, IX, e art. 5º, XLVI)”.

Consta também do julgado que: “A ideia do Estado de Direito também imputa ao Poder Judiciário o papel de garante dos direitos fundamentais. Por consequência, é necessário ter muita cautela para que esse instrumento excepcional de constrição da liberdade não seja utilizado como pretexto para a massificação de prisões provisórias.” E acrescenta: “Em nosso Estado de Direito, a prisão provisória é uma medida excepcional e, por essa razão, não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos”.

Nesses termos NELSON NERY JUNIOR⁵, ao abordar o interesse público e os direitos fundamentais, que se aplicam diante da colisão entre o direito fundamental de liberdade e o dever do Estado em reprimir as infrações penais, prendendo o seu autor, leciona que:

Tem sido muito invocada a circunstância de que, havendo confronto entre o interesse público e o privado, aquele deve prevalecer sobre este. Este preceito, muito mencionado no campo do direito público, cede diante da dignidade da pessoa humana (CF 1º, III) e dos direitos e garantias fundamentais (CF 5º), o primeiro como fundamento da República e estes últimos como pilares do *Verfassungsstaat* (*Estado Democrático de Direito*).

Outra antítese errada, apontada por Claux Roxin, é a de que o cidadão é inimigo do Estado, o que justificaria, *per se*, a violência que tem sido cometida contra os direitos fundamentais, a pretexto de estar-se defendendo o interesse público. Não existe antítese Estado-cidadão. Cumpre ao Estado respeitar a Constituição, proteger o interesse público e os direitos fundamentais do cidadão. Esse equilíbrio é tarefa que nos afigura imprescindível para a efetivação e para o respeito ao Estado Democrático de Direito. [...]

No verdadeiro Estado Constitucional não se devem distinguir Estado e sociedade, porquanto esse *Verfassungsstaat* não se caracteriza, apenas, pelo princípio da *legalidade formal* que se subordina aos poderes públicos às leis gerais e abstratas, mas também pela *legalidade substancial*, que vincula o funcionamento desses mesmos poderes à garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Os direitos e garantias fundamentais existem, com natureza e magnitude constitucional, justamente para que possam ser opostos aos interesses do Estado, qualquer que seja sua índole. [...]

A tutela da vida, da liberdade e da propriedade no Estado Constitucional é uma exigência legítima tanto do indivíduo como da comunidade, ou seja, existe no interesse público e no interesse privado. Daí por que os direitos fundamentais não são direitos privados,

⁵ NERY JUNIOR, N. Op. cit. p. 229/254.

como erroneamente se tem dito e repetido, mas *direitos constitucionais*.

Se nos direitos fundamentais estão fundidos interesses públicos e interesses privados, disso se obtém que tão logo uma liberdade constitucional seja restringida, é também afetada a coletividade. Tão logo algum direito fundamental seja lesionado, também e sempre será afetado o interesse público. [...]

Não se legitima restrições aos direitos fundamentais meramente porque existiria, *prima facie*, supremacia do interesse público sobre os direitos fundamentais porque estes vinculam as atuação estatal no âmbito dos três poderes e são limites, inclusive, ao Poder Constituinte.

Com maior razão, não podem ser suprimidos por uma suposta primazia do interesse público, porque, no Estado Constitucional, a atividade da Administração Pública não se limita mais apenas ao princípio da legalidade, mas sua atuação encontra limites nos direitos fundamentais.

É princípio básico de hermenêutica constitucional que as normas sobre direitos fundamentais (CF art. 5º) e direitos sociais (CF 6º e 7º) se interpretem ampliativamente; as limitações interpretam-se restritivamente, como ocorre, aliás, com qualquer norma restritiva de direitos e ressalta em importância tratando-se de direitos constitucionais fundamentais. Dessa forma, a prisão cautelar, seja provisória (L. 7960/89) ou preventiva (CPP 312/316), ainda que provenha de ordem escrita da autoridade judicial (CF 5º LXI), só deve ser determinada em situações absolutamente excepcionais, pois sua edição contraria a garantia constitucional da presunção de inocência (p. 251) . (Grifos nossos).

A prisão provisória, como leciona DENILSON FEITOZA PACHECO⁶, é uma prisão cautelar, pois:

[...] a cautelaridade (ou natureza cautelar) da *prisão provisória*, decorre da Constituição Federal, ao estabelecer o princípio constitucional da liberdade e, mais especificamente, o princípio da inocência

⁶ PACHECO, D. F. *Direito Processual Penal*, Niterói/RJ: Impetus, 2005, p. 980.

(art. 5º, LVII, CR). Ainda nessa linha específica, a cautelaridade também pode ser afirmada pelo princípio da necessidade, baseado em que alguém somente pode ser preso ou mantido na prisão se não for cabível a liberdade provisória, conforme se depreende no art. 5º, LXVI, da Constituição Federal.

De uma maneira mais ampla, a natureza cautelar é reforçada pelo princípio constitucional da proporcionalidade, na sua perspectiva de princípio garantista de direitos fundamentais. A intervenção no direito fundamental de liberdade só se justifica constitucionalmente se houver necessidade, ou seja, dentre as medidas restritivas de direitos fundamentais, devemos escolher aquela que menos interfira no direito fundamental de liberdade e que ainda seja capaz de proteger o interesse público para o qual foi instituída (por exemplo, para proteger a efetividade do processo penal). (Grifos nossos).

Ao estudarmos a prisão em flagrante delito, não devemos confundir o flagrante delito com a prisão em flagrante delito, pois, como leciona DENISLON FEITOZA PACHECO⁷, são institutos distintos. Pelo primeiro (flagrante delito), há ensejo para alguém ser preso na situação em que se encontra, ao passo que no segundo (prisão em flagrante delito) constitui-se não só do ato de prender no momento do flagrante delito, mas também o de manter alguém preso.

A lei não distingue a situação de flagrante da prisão em flagrante, pois daquela decorre esta, de forma que o ato de prender no momento da prática da infração penal (flagrante delito), as formalidades para a manutenção da prisão (documentação da prisão e efetivação dos direitos constitucionais do preso em flagrante) e a manutenção da prisão em flagrante recebem a mesma denominação. Como diz DENILSON FEITOZA PACHECO⁸, a lei não criou expressões diferentes para o

⁷ PACHECO, D. F. Op. cit. *ib idem*.

⁸ PACHECO, D. F. Op. cit. p. 998.

ato de prender no momento do flagrante e a manutenção da prisão em flagrante. Tudo isso é tratado como um único fato contínuo, que é denominado prisão em flagrante. Meses depois do fato flagrante delito, quando já não há mais a situação de flagrante delito, ainda poderemos dizer que a pessoa está presa em flagrante, se a prisão não foi relaxada, nem houve ainda a sentença penal condenatória.

A documentação realizada em decorrência da prisão em flagrante delito constitui-se no auto de prisão em flagrante delito (APFD), o qual, juntamente com a nota de culpa, assinada pelo presidente do auto, que deve ser entregue ao autuado ou indiciado preso com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas (art. 247 do CPPM), a certificação de que foram assegurados ao preso os seus direitos constitucionais e mais a comunicação da prisão ao juiz, passam a ser o título que legitima a prisão.

Assim, a prisão em flagrante delito, a nosso ver, é prisão provisória, tendo como natureza jurídica uma espécie de prisão cautelar, pois embora sendo eminentemente administrativa pode prolongar-se pelo prazo que for necessário para os fins do processo, traço esse que marca a sua cautelaridade, ou seja, a sua necessidade. Nessa linha caminham as posições de FERNANDO TOURINHO FILHO⁹ e JOSÉ FREDERICO MARQUES¹⁰, JULIO FABBRINI MIRABETE¹¹, DENILSON FEITOZA PACHECO¹². A jurisprudência majoritária segue no mesmo sentido.

⁹ TOURINHO FILHO, F. C. *Processo Penal*, Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 464.

¹⁰ MARQUES, J. F. *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. IV, Campinas/SP: Milleninium, 2000, p. 25.

¹¹ MIRABETE, J. F. *Processo Penal*, São Paulo: Atlas, 2006, p. 374.

¹² PACHECO, D. F. *Direito Processual Penal*. Niterói/RJ: Impetus, 2009, p. 840.

A prisão em flagrante delito militar, disciplinada por sua vez no CPPM, não sofreu a transformação determinada pela reforma promovida pela Lei 12.403/11, legislação esta que impõe ao Juiz fundamentadamente:

- a) relaxar a prisão ilegal;
- b) converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes as suas circunstâncias e se revelem insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão,
- c) conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Assim, ao contrário da referida Lei, no CPPM a prisão em flagrante é prisão autônoma e independente da prisão preventiva, muito embora nesta se justifique a sua manutenção, como outrora já defendemos.¹³

A autoridade militar competente ou o presidente do APFD pode não ratificar a voz de prisão em flagrante dada pelo condutor por entender que não há fundada suspeita contra o conduzido, seja pelo fato de que o fato foi atípico, seja pelo fato de que, pela prova apresentada, não exista o convencimento de que o preso foi autor do delito, seja ainda pela hipótese que o agente agiu amparado em excludente de ilicitude.

Nesse passo, vale a lição de RENATO BRASILEIRO DE LIMA, com o qual comungamos posição, no sentido de que a prisão em flagrante delito é um ato complexo e a prisão só estará aperfeiçoada após a captura, condução coercitiva, lavratura do auto e recolhimento à prisão¹⁴, se ratificada pela autoridade administrativa competente, o militar no caso do crime militar, o Delegado de Polícia, se a infração for comum.

¹³ ROTH, R. J. A justificativa para a manutenção da prisão em flagrante delito. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, nº 63, 2007, pp. 10/16.

¹⁴ LIMA, R. B. *Manual de Processo Penal*, Vol. I, Niterói/RJ: Impetus, 2012.

1.1 Das atividades de polícia judiciária militar

Sob fundamento constitucional (art. 144, § 4º, *in fine*, da CF), há uma reserva de atuação exclusiva à Polícia Judiciária Militar (PJM) nos crimes militares, excluída assim a apuração dos fatos por parte da Polícia Federal e pela Polícia Civil.

Nesse passo, é a legislação infraconstitucional que dará suporte à realização das atividades de PJM, consubstanciada no Código de Processo Penal Militar (CPPM), o qual inicialmente estabelece quais são as autoridades de PJM (art. 7º do CPPM) e quais as suas atividades, entre elas a apuração do crime militar e sua autoria (art. 8º do CPPM).

A seguir, o CPPM estrutura a realização das atividades de PJM e de persecução penal em quatro instrumentos inequívocos desse mister: o inquérito policial militar (IPM) e o auto de prisão em flagrante delito (APFD); a instrução provisória de insubmissão (IPI) e a instrução provisória de deserção (IPD).

A realização do APFD insere-se, indubitavelmente, entre as atividades de Polícia Judiciária, conforme reconhece, seguramente, a doutrina e a jurisprudência (STJ – 6ª T. - RHC 5650/RS – Rel. Min. Vicente Leal – J. 2.6.1997 e RHC 5735/SP – Rel. Min. Vicente Leal – J. 3.9.1996), pois está englobada na repressão às infrações penais (art. 144, § 4º, da CF).

Para abordagem do tema proposto, nossa análise se fará com maior ênfase nos dois primeiros procedimentos de PJM (o IPM e o APFD).

De pronto, notamos que as atividades de PJM estão entrelaçadas entre si possuindo princípios comuns e que devem ser observados e reconhecidos para a sua adequada e correta realização.

1.2 Das autoridades de polícia judiciária militar

O primeiro princípio existente no CPPM é quem são as autoridades de PJM, dividindo-os em duas categorias:

- a) as autoridades originárias ou delegantes, consistentes nas autoridades expressamente previstas no artigo 7º do CPPM, ali se destacando os Comandantes de Unidade e as autoridades de escalões superiores nas instituições militares;
- b) as autoridades delegadas, consistentes nos Oficiais do serviço ativo e que respondem por aquelas atividades na ausência da autoridade originária (art. 10, § 2º, do CPPM).

Note-se que esse princípio estabelece verdadeira precedência na tomada de posição entre aquelas duas categorias de autoridades de PJM existentes, pois ao se tratar de instituições hierarquizadas, a decisão sobre os atos de PJM é exclusiva do Comandante.

É por isso que nas atividades de PJM, se o próprio Comandante não exerce a sua originária atribuição, mas a delega a outro Oficial, este adotará as providências que entender cabíveis, retornando àquele os autos para a decisão sobre a matéria, por ser exclusivamente da autoridade originária a prerrogativa da última palavra naquele procedimento. É o que ocorre expressamente no IPM, onde o Comandante pode delegar a investigação ao encarregado do IPM (Oficial subordinado), devendo este praticar todos os atos que lhe

são permitidos por lei (como por exemplo, as medidas preliminares e as medidas concernentes ao encarregado do IPM, nos artigos 12 e 13 do CPPM) e, ao final, obrigatoriamente emite a sua opinião no relatório (art. 22 do CPPM), todavia, os autos necessariamente irão ao Comandante para que este, de maneira imprescindível, emita sua palavra na solução (art. 22, §§ 1º e 2º do CPPM).

Estamos falando aqui do ato complexo, em que o seu aperfeiçoamento depende necessariamente de duas opiniões – a da autoridade encarregada, que no caso é o Oficial que recebeu delegação para atuar como encarregado do IPM, e, ao final, a da autoridade do Comandante –, pois sempre onde há delegação deve haver homologação.

1.3 Das autoridades de polícia judiciária militar no APFD

A mesma logística também ocorre, a nosso ver, no auto de prisão em flagrante delito (APFD), em que existe um rol de autoridades que devem atuar, exclusivamente (art. 245 do CPPM).

Extrai-se daí que o Comandante pode exercer originariamente os atos de PIM, todavia, se tais atos não forem realizados pela autoridade originária, serão aqueles delegados para os Oficiais diante da ordem de preferência indicada pelo legislador (art. 245 do CPPM), atos esses que, uma vez realizados, necessariamente dependerão de ratificação por parte da autoridade originária, constituindo-se esse procedimento no instituto da homologação.

Enfim, pode o Comandante não ratificar os atos praticados no APFD e, neste caso, sua decisão é a que irá prevalecer, no caso, colocando em

liberdade o autuado, após relaxar a sua prisão, nos exatos termos do artigo 247, § 2º, do CPPM.

Note-se que aqui o legislador partiu da premissa que a autoridade militar originária pode relaxar a prisão de quem foi autuado pelo Oficial de Serviço, diante da apresentação do infrator conduzido preso em flagrante, ratificando a voz de prisão (e aqui reside a independência funcional da autoridade delegada, nos termos do § 2º do artigo 10 c.c. artigo 12, alínea “c”, do CPPM) de quem, anteriormente prendeu o infrator (art. 243 do CPPM, que tanto pode ser o civil como o militar). Logo, é imprescindível que nesse caso a prisão consubstanciada no APFD, como ato de PJM, deverá ser apreciada pelo Comandante (autoridade originária), o qual pode ratificá-la ou não, nesta última hipótese, relaxando a prisão.

Assim, se delegados os atos, isso exigirá, necessariamente, a sua homologação para o aperfeiçoamento dos atos praticados, pois, como se disse, estamos falando de um ato complexo, o qual só estará perfeito com a dupla opinião lançada nos autos, a do presidente do APFD, e a do Comandante, assim como ocorre no IPM.

O acerto desse raciocínio vem estabelecido no artigo 248 do CPPM, o qual, inequivocamente, prevê que no APFD duas opiniões devem existir, se efetivamente o Comandante não foi aquele que, desde o início, praticou todos os atos de PJM correspondente.

Assim, se o Oficial de Serviço – devido à ausência do Comandante da Unidade – adotou as medidas preliminares de prisão do infrator (artigo 10, § 2º, c.c. art. 12, alínea “c”, e c.c. art. 245 do CPPM), necessariamente, para o encerramento daquele procedimento de PJM,

é o Comandante que deve dar a última palavra, decidindo a questão – ratificando a prisão ou relaxando-a (art. 247, § 2º, do CPPM).

Note-se que, depois das autoridades delegada e originária correspondentemente lançarem sua decisão nos autos (por exemplo, a primeira atuando em flagrante delito o infrator preso, e a segunda, discordando da hipótese de flagrante, relaxando-a), os autos seguirão ao Juiz, imediatamente, com essas duas opiniões, cabendo expressamente a este – confirmar ou infirmar a decisão do Comandante (art. 248 do CPPM).

A lei, como sabido, não possui palavras inúteis, de forma que, se o artigo 248 do CPPM se refere a duas opiniões no APFD (uma, no nosso exemplo, do Oficial de serviço, inicialmente prendendo e atuando o infrator, e a segunda, do Comandante, relaxando-a), caberá ao Juiz, ao aferir a legalidade das medidas de PJM adotadas, decidir qual daquelas duas opiniões deve prevalecer, ou seja, deve confirmar o relaxamento ou infirmá-lo e, neste último caso, restaurando a prisão em flagrante determinada pelo Oficial de serviço.

Portanto, diante da ordem de preferência para a realização do APFD explicitada no artigo 245 do CPPM, se a autoridade originária (Comandante da Unidade, nos termos do artigo 7º do CPPM) não cuidou pessoalmente daquela medida, qualquer outro Oficial que aja em nome dele só pode atuar por delegação, nos termos do artigo 10, § 2º, c.c. art. 12, alínea “c” do CPPM, de forma que o APFD dependerá da homologação da autoridade originária por ser, como se viu, um ato complexo. Esse aspecto, por um lado, revela o devido procedimento legal para legitimar a prisão, e de outro revela a garantia ao atuado de

ver o pronunciamento da autoridade originária no procedimento de sua prisão em flagrante delito, decidindo-o.

1.4 Da substituição do IPM pelo APFD

Outro princípio existente entre os atos de PJM consiste na substituição dos atos de PJM entre si, de forma que o IPM pode ser substituído pelo APFD quando este, por si só, já seja suficientemente completo a dispensar aquele (art. 27 do CPPM), *in verbis*:

Art. 27. Se, por si só, for suficiente para a elucidação do fato e sua autoria, o auto de flagrante delito constituirá o inquérito, dispensando outras diligências, salvo o exame de corpo de delito no crime que deixe vestígios, a identificação da coisa e a sua avaliação, quando o seu valor influir na aplicação da pena. A remessa dos autos, com breve relatório da autoridade policial militar, far-se-á sem demora ao juiz competente, nos termos do art. 20.

Essa regra tem cunho prático, vez que – diferentemente do CPP Comum em que o APFD determina a instauração do inquérito policial (IP) (arts. 8º e 9º), o APFD realizado no âmbito militar, com base no CPPM, dispensa o IPM.

Veja que o CPPM trata das medidas preliminares a serem adotadas, por parte do Oficial de serviço ou daquele que aja na ausência do Comandante, enquanto não ocorra a delegação, ou seja, por Oficiais que substituam o Comandante. Essas medidas emergenciais para a repressão do crime, entre elas a própria prisão do infrator, nos termos do artigo 244 combinado com a alínea “c” do art. 12 do CPPM, estampam a independência funcional para tomada de providências e decisão por parte do Oficial de serviço, o qual, por agir por delegação, necessariamente deve submeter à apreciação do Comandante os atos

de PJM realizados, para que este, ao final, decida, homologando ou não o ato.

Note-se que a prisão em flagrante delito é prevista entre as medidas preliminares do IPM, o que evidencia o entrelaçamento das atividades de PJM (IPM e APFD), e o vínculo entre elas, vínculo esse que se aperfeiçoa, no caso concreto, quando o APFD substitui o IPM.

Por economia processual, o CPPM dispôs que não há necessidade de se realizar o APFD e depois o IPM, mas o primeiro (APFD), sendo suficiente, substitui o IPM (art. 27), o que evidencia que os princípios de PJM são aplicados tanto ao procedimento do IPM como ao procedimento do APFD, pois são comuns a todas as atividades que envolvem aquela matéria.

1.5 Dos princípios comuns nos atos de polícia judiciária militar

A Polícia Judiciária Militar (PJM) foi estruturada em um único sistema no CPPM, atendendo-se ao comando constitucional (art. 144, § 4º, *in fine*, CF), de forma que as normas dos artigos 7º e 8º do CPPM se irradiam para todo o sistema, além de existirem de forma imbricada outras normas que tornam inseparáveis os princípios atinentes ao IPM e ao APFD.

Por outro lado, o fato de o CPPM tratar de forma peculiar num único procedimento a repressão do crime militar no APFD, isso não autoriza que os princípios comuns de PJM sejam olvidados, ou seja, não se pode afastar o princípio da prevalência da autoridade originária na decisão do fato e na substituição do APFD pelo IPM, sob pena de se quebrar a unidade do sistema de PJM, pois essa atividade só se realiza

por meio das autoridades originárias expressamente previstas no artigo 7º do CPPM.

E esses princípios, como óbvio, também são aplicáveis à instrução provisória de insubmissão (IPI) e à instrução provisória de deserção (IPD), pois se tratam de atos de PJM, de forma que ao Oficial de serviço cabe adotar, na ocorrência de um crime militar, as medidas preliminares (artigo 12 c.c. art. 10, § 2º, do CPPM), e após, necessariamente, aqueles atos devem ser homologados ou não pelo Comandante.

Como se vê, o sistema de PJM é único e os princípios instituídos pelo CPPM são comuns às atividades realizadas: IPM, APFD, IPI e IPD.

Assim, o CPPM deve ser interpretado sistematicamente e não de forma isolada, quebrando o sistema e violando-se um daqueles princípios, sob pena de verdadeira nulidade dos atos.

Nesse passo, vale a lição do jurista CELSO BANDEIRA DE MELLO¹⁵:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.

¹⁵ MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 546.

Nessa linha, não há de se falar em atos completos de PJM se o Comandante da Unidade (autoridade originária) não decidir nos autos do procedimento persecutório penal correspondente.

2 DO DESENVOLVIMENTO

A PJM tem como instrumentos de repressão do crime militar: o IPM, o APFD, o procedimento da deserção (IPD) e o procedimento da insubmissão (IPI), como também aborda CÍCERO ROBSON COIMBRA NEVES¹⁶, todos eles jungidos aos princípios imanes próprios estatuídos no CPPM, o qual estrutura a PJM estabelecendo que a PJM é exercida exclusivamente pela autoridade originária (art. 7º) ou por meio dos Oficiais da ativa e que respondam na ausência daquela – ainda que aguardando delegação como ocorre com os Oficiais de Serviço (§ 2º do art. 10 c. c. art. 12).

Assim, duas situações são próprias da PJM: ou o próprio Comandante exerce aquela atividade nos termos do art. 7º do CPPM (autoridade originária); ou um Oficial subordinado àquele a exerce, por delegação (expressamente delegado pelo Comandante, nos termos do § 1º, do artigo 7º do CPPM, ou enquanto aguarda a delegação a teor do § 2º do art. 10 do CPPM), para as medidas preliminares (art. 12 do CPPM), não havendo qualquer hipótese de um Oficial que não seja Comandante, no mínimo, de Unidade, poder isolada e independentemente daquele realizar atos de PJM.

Assim, opera-se a persecução penal no âmbito militar, tendo como órgãos ali atuantes a PJM e o Ministério Público.

¹⁶ NEVES, C. R. C. *Manual de Processo Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 252.

2.1 Das garantias do indiciado

Leciona CELSO DE MELLO que o processo penal qualifica-se como salvaguarda das liberdades individuais (STF - HC 95.009/SP) e, quanto aos direitos, devem ser garantidos na persecução penal, pontificando:

Inquérito policial – Unilateralidade – A situação jurídica do indiciado.

- O inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, **qualifica-se** como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é, enquanto ‘dominus litis’ – o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária.

- A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado como mero objeto de investigações.

- O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cujas inobservâncias, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes responsabilidade penal por abuso de poder, **pode gerar** a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial.” (RTJ – 168/896-897, Rel. Min. Celso de Mello)

A advertência quanto às garantias na persecução penal (MS 23.576/DF, Rel. Min. Celso de Mello) consiste:

que o respeito aos valores e princípios sob o qual se estrutura, constitucionalmente, a organização do Estado Democrático de Direito, longe de comprometer a eficácia das investigações penais, configura fator de irrecusável legitimação de todas as ações lícitas desenvolvidas pela Polícia Judiciária, pelo Ministério Público ou pelo próprio Poder Judiciário. [...]

A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados, pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e

assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu.

A eventual privação da liberdade pessoal do acusado requer, em consequência, que se lhe assegurem, em toda a sua plenitude, as garantias inerentes ao ‘due process of law’. As virtualidades jurídicas que emergem da cláusula constitucional do devido processo legal não podem ser ignoradas pelo aplicador da lei penal, que deverá ter presentes – ao longo da ‘persecutio criminis in judicio’ – todos os princípios que forjados pela consciência liberal dos povos civilizados, proclamam, de um lado, a presunção de não-culpabilidade dos acusados e garantem, de outro, o irrestrito exercício, com todos os recursos e meios a ele inerentes, do direito de defesa, em favor daqueles que sofrem acusação penal. [...]

A persecução penal, cuja instauração é justificada pela suposta prática de um ato criminoso, não se projeta nem se exterioriza, como uma manifestação de absolutismo estatal. A ‘persecutio criminis’ sofre os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico. A tutela da liberdade representa, desse modo, uma insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado. [...]

Cabe ressaltar, de outro lado, que a prisão cautelar de qualquer pessoa não se expõe ao arbítrio dos magistrados e Tribunais (RTJ 135/1111), cujas decisões, além da necessária fundamentação substancial, hão de revelar os fatos que concretamente justificam a indispensabilidade dessa medida excepcional. (Voto no HC 95.009/SP – STF). [...]

Da lição do Ministro decano do STF se extrai que devem ser garantidos aos indiciados ou investigados nos inquéritos ou aos atuados em flagrante delito as garantias constitucionais e processuais correspondentes, pois aqueles são sujeito de direitos e, por sua vez, devem ter asseguradas aquelas garantias.

A nossa Constituição Federal de 1988, a Constituição “Cidadã”, em seu artigo 5º, trata de um elenco de garantias expressamente:

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;
LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

[...]

LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

Ao se falar, pois, em garantias – de índole constitucional e processual – essas alcançam inequivocamente ao preso ou ao indiciado, seja no APFD, seja no IPM, na IPI e IPD.

2.2 Das garantias específicas do auto de prisão em flagrante

Ao lado dessas garantias constitucionais e processuais, acrescentamos outras no caso do APFD: o autuado em flagrante delito tem o direito de, na decisão de sua prisão, ter a matéria necessária e diretamente apreciada pelo seu Comandante, no caso do Oficial de Serviço ou de outro Oficial que atuar na ausência daquele.

Essa última garantia processual é extraída do sistema de PJM adotado no CPPM, o qual vincula, para perfeição do ato de PJM praticado pelo Oficial de Serviço, a homologação ou não do Comandante da Unidade,

a qual deve ser materialmente expressa nos autos implementando a garantia processual ora destacada.

Em outras palavras, pode ser que, no caso concreto, o Tenente de Serviço e atuando na ausência do Comandante fora do expediente, entenda que a prisão efetuada por qualquer do povo ou pelo militar (art. 243 do CPPM) deve ser prestigiada por configurar razão para prisão numa das hipóteses expressamente elencadas no CPPM (art. 244). Todavia, realizado o APFD os autos deverão ser levados à apreciação do Comandante da Unidade (Tenente-Coronel), que pode discordar daquela medida constritiva e entender, com a sua visão mais experiente e ampla, que o fato não configurou nenhuma hipótese de flagrante delito, ou que o fato é atípico. Neste último caso, a prisão deve ser relaxada (§ 2º do art. 247 do CPPM), valendo a palavra final da autoridade originária, pois esta é quem decide a questão.

Nesses termos, a dicção do § 2º do artigo 247 do CPPM:

Relaxamento da prisão

§ 2º - Se, ao contrário da hipótese prevista no art. 246, a autoridade militar ou judiciária verificar a manifesta inexistência de infração penal militar ou a não participação da pessoa conduzida, relaxará a prisão. Em se tratando de infração penal comum, remeterá o preso à autoridade civil competente.

Essa interpretação, aliás, já foi por nós esposada em artigo publicado na Revista Direito Militar em 1998 sob o título: “*A investidura para os atos de Polícia Judiciária Militar*”¹⁷, *in verbis*:

[...] Como vimos, é imprescindível a intervenção da autoridade delegante, quando ela mesma não realize as

¹⁷ ROTH, R. J. A investidura para os atos de Polícia Judiciária Militar. *Revista Direito Militar*. Florianópolis: AMAJME, nº 4, 1997, pp. 20/22.

investigações necessárias, e isso toma maior relevância quando ocorre o auto de prisão em flagrante delito, sob pena da ausência de validade dos atos de Polícia Judiciária Militar. [...]

Caso o auto de flagrante esteja lavrado pode e deve a autoridade delegante discordar da opinião da autoridade delegada, se for necessário, e aí tudo o que será decidido será lavrado auto ou termo respectivo, ficando aquela última decisão na dependência do exame judicial que poderá infirmar ou confirmar os atos praticados (art. 248 do CPPM).

Esse mecanismo tem o condão de inibir precipitadas e abusivas prisões em flagrante quando haja dúvidas se a infração é crime militar ou se configura apenas uma infração disciplinar, além do que permite a autoridade militar a adoção de imediato de medidas disciplinares, diante do ocorrido, em face do princípio da bagatela expressamente previsto para determinadas infrações penais militares. Essas medidas não elidirão, num segundo momento, a instauração de uma ação penal. [...]

A nosso ver, se lavrado o auto de flagrante por autoridade delegada e a prisão não for revista, como preconiza a Lei, pela autoridade delegante, homologando-a, haverá ilegalidade ou abuso de poder (alíneas “a” e “b” do art. 467 do CPPM), causando com isso o seu relaxamento (art. 224 do CPPM), sem embargo de outras medidas para a responsabilização da autoridade que deu causa àquele ato. [...]

A investidura para os atos de Polícia Judiciária Militar, no nosso entender, consiste no conjunto de condições que qualificam a autoridade militar, originária ou delegada, no exercício de cargo ou função, atribuindo-lhe o poder-dever para a prática da complexidade de atos compreendidos na Lei Adjetiva Castrense, dentre elas, a delegação e a homologação ou não dos atos praticados, o compromisso para o exercício das funções, no caso dos auxiliares da autoridade militar, e a prerrogativa para a prática de certos atos.

Bem por isso devem as autoridades militares primarem pela qualidade dos atos de Polícia Judiciária Militar, não se descurando das formalidades estatuidas pela Lei, principalmente no que pertine ao asseguramento do *status libertatis* do integrante de sua Corporação.

Referida posição na defesa da garantia da necessidade da homologação no APFD, assim como ocorre no IPM, por parte do Comandante da Unidade, também foi abonada por DORIVAL ALVES DE LIMA, no artigo publicado na Revista Direito Militar, em 1998, sob o título “A Competência delegada e atividade de Polícia Judiciária Militar”, *in verbis*:

[...] Nesse sentido, a realização de flagrante (APFD) ou do inquérito policial militar (IPM), se não realizados pelo Comandante ou outra autoridade com função de direção (artigo 23), necessitarão da delegação desta e, necessariamente, os atos realizados serão revistos, podendo serem homologados ou não.

Estamos de acordo assim, com a tese esposada por Ronaldo João Roth, no seu artigo “A investidura para os atos de Polícia Judiciária Militar, publicado na Revista de Direito Militar, número 4, pág. 20/22, 1997, AMAJME.

Quanto a autoridade que pode e deve presidir o APFD, consoante dispõe o artigo 245 do CPPM, não há dúvida de que o Oficial de serviço ou tenente PPJM tem essa atribuição legal, todavia mister se faz a verificação de seus atos pela autoridade de Polícia Judiciária Militar originária. É o que se deflui da regra do artigo 7º e seus parágrafos. [...]

Não vejo, pois, qualquer incongruência ou colidência entre as normas disciplinadas pelo CPPM para o IPM e para o APFD, daí ter toda a acolhida na seara castrense a obrigatoriedade de delegação para os atos de Polícia Judiciária Militar aos Oficiais das milícias que não detém a prerrogativa de autoridade originária, como se falou. [...]

Desse modo, não há de se interpretar as normas do APFD, excepcionando-as da disciplina do IPM, pois é o próprio legislador que encampou aquele instituto neste, que eloquentemente preconiza o princípio da delegação por parte da autoridade originária e a não existência da delegação legislativa de que fala Ailton Soares, no seu R. artigo.

Por derradeiro, de todo coerente o paralelismo

entre a Lei Processual Castrense e a Comum sobre o tema, discorrido por Ronaldo João Roth, no r. artigo mencionado, cabendo-se acrescentar que tanto numa como noutra, o APFD e o IPM, o que leva o intérprete necessariamente a não olvidar da delegação exigida pelo artigo 7º do CPPM, para os atos de Polícia Judiciária Militar, inclusive o APFD, sob pena de inquirar esta peça inquisitiva cautelar.”¹⁸

Creemos que a matéria é pura de direito e decorre expressamente da Lei – o CPPM – o qual sistematicamente estruturou um sistema de Polícia Judiciária Militar (PJM) amplo e completo, primeiro especificando quais são as autoridades originárias (art. 7º), depois prevendo a delegação desta aos Oficiais de serviço da ativa e subordinados (§ 1º do art. 7º, CPPM) e a seguir estabelecendo que, mesmo sem delegação, mas no aguardo desta, os Oficiais de serviço (§ 2º do art. 10, CPPM), na ausência do Comandante, devem adotar as medidas preliminares (art. 12), entre elas, prender o infrator nos termos do art. 244 do CPPM (art. 12, “c”) e, em consequência, apresentando o conduzido preso à autoridade de Polícia Militar originária (o Comandante) ou, na ausência deste, ao Oficial de serviço ou que responda por aquele (art. 245, CPPM), o qual deverá, se for o caso, ratificar a prisão e autuar o preso no APFD.

Note-se que uma vez lavrado o APFD, e este for suficientemente completo para elucidação do fato e sua autoria, substituirá o IPM (art. 27º do CPPM) e deverá ser apreciado, necessariamente, pelo Comandante, o qual poderá relaxar a prisão (art. 247, § 2º, do CPPM) sendo que neste caso será lançado termo no APFD, destacando a decisão do Comandante que prevalecerá naquele procedimento, que, por sua vez, enviará os autos ao Juiz, colocando em liberdade o

¹⁸ LIMA. D. A. A competência delegada e a atividade de Polícia Judiciária Militar. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, 1998, set/out., pp. 22/25.

autuado. Por fim, nessa linha, cabe ao Juiz confirmar ou infirmar os atos de Polícia Judiciária Militar, de forma que é o Juiz que dirá se deve ser mantida a decisão do Comandante (autoridade originária), que relaxou a prisão, ou do Oficial de serviço (autoridade delegada) que resolveu autuar em flagrante delito o infrator.

A questão nos parece de lógica, pois se para o menos, que é a instauração de IPM, é exigida a delegação e a homologação, para o mais, que é o APFD – matéria que envolve a prisão do infrator –, com maior razão deve existir também a delegação e a necessária homologação.

Assim, se os atos de PJM por parte do Oficial de serviço, e na ausência do Comandante, devem ser, no IPM, homologados, bem como, após a conclusão da investigação, com a feitura do relatório por parte do encarregado do IPM, deve necessariamente os autos do IPM ir à apreciação do Comandante, para solucioná-lo, não temos dúvida de que no APFD, que envolve a grave decisão de prisão e autuação do infrator, nos casos do artigo 244 do CPPM, também deve haver a homologação por parte do Comandante para ratificar a prisão, sob pena de nulidade do referido ato que, como já demonstrado, é um ato complexo e dependente de duas opiniões (a da autoridade delegada e a da autoridade originária ou delegante).

Nessa esteira, a ausência de homologação no APFD configura a inobservância de garantias constitucionais, pois inobservado o *due process of law*, subtraindo-se da autoridade originária a sua decisão sobre a pertinência da prisão em flagrante delito, dizendo sobre sua legalidade. E sobre a ótica das garantias constitucionais, é de se trazer à colação a lição de MONICA HERMAN SALEM CAGGIANO e

EVANDRO FABIANI CAPANO¹⁹, no artigo “As garantias processuais e constitucionais na persecução penal militar”, que assim se posicionam sobre a questão:

[...] Municípios dessa dogmática podemos passar a analisar casos que ocorrem na prática da atual persecução penal militar e verificar a compatibilidade com a eficácia jurídica e efetividade das garantias constitucionais esculpidas em nosso ordenamento.

A primeira hipótese de análise se prende à prática da polícia judiciária militar, em particular no Estado de São Paulo, onde o PPJM (Plantão de Polícia Judiciária Militar) realiza ‘prisões em flagrante delito’, com a utilização do instituto da delegação.

A situação pode parecer que não ofende quaisquer garantias individuais. Porém, com uma análise um pouco mais acurada, verificar-se-á a supressão de uma garantia básica do homem e do sistema de ‘justiça’.

O Código de Processo Penal Militar é peremptório na enumeração das autoridades que exercem a polícia judiciária militar, senão vejamos: [....].

Nessa seara, como a possibilidade de vulneração do patrimônio jurídico alcança o *ius eundi* do cidadão, a legislação cuidou de ‘garantir’ que a autoridade com competência para determinar a coerção deverá ser equidistante dos fatos e sobretudo não estar sujeita, ou pelo menos estar mais resguardada das inevitáveis pressões que tais casos acarretam.

Não é, assim, sem razão, que o Código de Processo Penal Militar enumera o ‘comandante da força, unidade ou navio’ como a última autoridade com o ‘poder’ de decidir sobre a lavratura do ‘auto de prisão em flagrante delito’, que cerceará imediatamente o direito de ir e vir do cidadão seja ele civil ou militar.

É necessário que a decisão de prender alguém, no inquérito militar, seja realizada por uma autoridade que tenha, primeiro, tempo de serviço para o conhecimento das ‘coisas’ do universo castrense, e mais, que tenha autonomia para decidir, sem pressão ou conceitos

¹⁹ CAGGIANO, M. H. S.; CAPANO, E. F. As garantias processuais e constitucionais na persecução penal militar, in *Direito Militar – Doutrina e Aplicações*, Coordenada por Dirceu Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pp. 118/122.

prévios, se cerceará, ou não, a liberdade de uma pessoa. Não desconhecemos o instituto da delegação. Está ele previsto no mesmo art. 7º do CPPM, nos seguintes moldes: [...]

Porém, da rápida análise do texto da lei, poder-se-á verificar que a delegação alcança tão somente as atribuições do ato e nunca o próprio ato decisório de prisão.

O olvido dessa premissa básica já se fez sentir nas auditorias castrenses, sendo que o Juiz de Direito-Auditor Ronaldo João Roth, no artigo “A Desmedida Atuação de Polícia Judiciária Militar”, publicado no livro Temas de Direito Militar, expõe a consequência da não observância dos basilares conceitos da liberdade democrática, senão vejamos: [...]

11.4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há como se afastar a atuação da Polícia Judiciária Militar dos primados do Estado Democrático de Direito, sendo a Dignidade da Pessoa Humana a linha mestra nas exegeses que se farão nas análises dos textos normativos que se apresentam nessa seara.

A Justiça Militar constitui uma jurisdição especial, nunca de exceção, pois prevista na CF/1988, com suas competências e atribuições bem delimitadas, o que demanda sua conformação aos princípios pétreos erigidos pelo legislador constitucional.

Assim, a práxis de se utilizar, como regra, oficiais subalternos ou intermediários para a tomada de decisão da prisão em flagrante delito solapa o primado da segurança jurídica, atentando em última análise contra a dignidade da pessoa humana, que fica sujeita a restrição de seu direito de locomoção por autoridade não competente para decisão de tamanha envergadura. Tal práxis em verdade respeita a perspectiva da eficácia da norma, em especial, se levado em conta a interpretação apenas literal do art. 245 do CPPM, mais em verdade vulnera a efetividade das garantias fundamentais no procedimento do Inquérito Policial Militar, pelos motivos amplamente expostos, pois se nega ao cidadão, em última análise, as garantias da liberdade democrática.

Ainda, o apego à legalidade estrita deve informar toda a atuação da Administração Pública, seja ela civil ou militar, e nesse diapasão a orientação para a lavratura

de auto de prisão em flagrante fracionado arranha tal princípio, conduzindo à ilegalidade do Auto lavrado. Essas são, de uma visão constitucional do fenômeno atual da polícia judiciária militar na atuação diuturna da persecução penal, as contribuições que esperamos fornecer aos operadores que laboram nessa área do Direito.

2.3 Do ato complexo da prisão em flagrante delito

Como já demonstrado, ressalvada a hipótese de se tratar de decisão direta e exclusiva do Comandante (autoridade originária), a prisão em flagrante delito é um ato complexo, porquanto seu aperfeiçoamento ocorre da mesma forma que no IPM em que se verificam duas decisões: a da autoridade delegada (Oficial de serviço) primeiro e a da autoridade originária (o Comandante da Unidade) por último.

A natureza jurídica da prisão em flagrante delito como ato complexo se caracteriza pelo fato de que apenas a autoridade originária (o Comandante da Unidade e escalões superiores) tem o poder-dever de agir nos atos de polícia judiciária militar (art. 7º, CPPM), podendo esta delegar a outro Oficial da ativa que lhe seja subordinado a prática daqueles atos (§ 1º do art. 7º, CPPM), impondo a Lei ao Oficial de serviço ou que responda pela Unidade na ausência do Comandante que, enquanto aguarda a referida delegação, adote as medidas preliminares de PJM (§ 2º do art. 10), entre elas o de prender em flagrante delito o infrator, nos termos do artigo 244 do CPPM (art. 12, CPPM), cabendo, ao final do auto de flagrante delito, o exame de legalidade por parte daquela autoridade, a qual decidirá ao final o ato, tornando-o perfeito. Assim, se o Comandante homologar o APFD, a prisão será mantida, caso contrário, não. Daí os autos irão à

Justiça Militar cabendo ao Magistrado confirmar ou infirmar os atos praticados (art. 248, CPPM).

De se consignar que tanto a prisão efetuada contra o infrator quanto a sua ratificação, perante o PPJM, bem como o ato de homologação por parte da autoridade originária, são atos essencialmente administrativos e, por isso, praticados na caserna, configurando, no caso concreto, o ato complexo. Logo, cabível aqui a lição do renomado HELY LOPES MEIRELLES sustentando que ato complexo:

é o que se forma pela conjugação de vontades de *mais de um órgão administrativo*. O essencial, nesta categoria de atos, é o concurso de vontades de órgãos diferentes para a *formação* de um ato único. Não se confunda *ato complexo* com *procedimento administrativo*. No ato complexo integram-se as vontades de vários órgãos para a obtenção de um mesmo ato; no procedimento administrativo praticam-se diversos atos intermediários e autônomos para a obtenção de um ato final e principal. Exemplos: a investidura de um funcionário é um ato complexo consubstanciado na nomeação feita pelo Chefe do Executivo e complementado pela posse e exercício dados pelo chefe da repartição em que vai servir o nomeado; a concorrência é um procedimento administrativo, porque, embora realizada por um único órgão, o ato final e principal (adjudicação da obra ou do serviço) é precedido de vários atos autônomos e intermediários (edital, verificação de idoneidade, julgamento das propostas), até chegar-se ao resultado pretendido pela Administração. Essa distinção é fundamental para saber-se em que momento o ato se torna perfeito e impugnável: o ato complexo só se aperfeiçoa com a integração de vontade final da Administração, e a partir deste momento é que se torna atacável por via administrativa ou judicial; o procedimento administrativo é impugnável em cada uma de suas fases, embora o ato final só se torna perfeito após a prática do último ato formativo. Advirta-se, ainda, que para a obtenção de um ato (simples ou complexo) pode haver necessidade de um

procedimento administrativo anterior à sua prática, como ocorre nas nomeações precedidas de concurso. (*in* “Direito Administrativo Brasileiro”, Malheiros, São Paulo, 2007, pág. 173).

Esquadrinhado que a prisão em flagrante delito²⁰, a ratificação da prisão por parte do Oficial PPJM e a homologação por parte da autoridade originária configuram ao ato administrativo complexo, vemos que há uma interdependência entre esses atos, porque vinculados, de forma que a prisão só estará aperfeiçoada se a autoridade originária decidir pela homologação, primazia que o CPPM estabelece para o Comandante examinar e decidir pela legalidade da prisão. Nesse sentido, a lição doutrinária:

Para DIÓGENES GASPARINI, homologação

é o ato administrativo vinculado pelo qual a Administração Pública concorda com o ato jurídico praticado, se conforme com os requisitos legitimadores de sua edição. [...] Na homologação examinam-se os aspectos de legalidade. [...] (*in* “Direito Administrativa”, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 137).

Para HELY LOPES MEIRELLES, homologação

é o ato administrativo de controle pelo qual a autoridade superior examina a legalidade e a conveniência do ato anterior da própria Administração, de outra entidade ou de particular, para dar-lhe eficácia. O ato dependente de homologação é inoperante enquanto não a recebe. Como ato de simples controle, a homologação não permite alterações no ato controlado pela autoridade homologante, que apenas pode confirmá-lo ou rejeitá-lo, para que a irregularidade seja corrigida por quem

²⁰ MIRABETE, J. F. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 636.

o praticou. [...] (in “Direito Administrativo Brasileiro”, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 191).

Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, homologação

é o ato unilateral e vinculado pelo qual a Administração Pública reconhece a legalidade de um ato jurídico. Ela se realiza *a posteriori* e examina apenas o aspecto de legalidade, no que se distingue da aprovação. (Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 2009, p. 230).

A abordagem aqui esposada evidencia, sob o prisma garantista, que se o infrator militar for autuado em flagrante delito apenas com a decisão do Oficial de serviço – e conseqüentemente sem a homologação da autoridade militar –, estará configurada no caso concreto a nulidade do ato, visto que a decisão do Comandante foi subtraída não só impedindo o aperfeiçoamento do ato complexo, mas tirando a possibilidade de o autuado ser colocado em liberdade por decisão do Comandante da Unidade.

É inafastável tal conclusão, visto que, na hipótese da apresentação do preso conduzido diretamente ao próprio Comandante (autoridade originária) e de este apreciar o fato e pessoalmente resolver ratificar a prisão, autuando o preso, não haverá nenhum prejuízo processual, porquanto não houve delegação do ato já que a decisão emanou da própria autoridade competente (originária) tornando o APFD perfeito. Por outro lado, se no APFD deixar de ser apreciada e lançada a decisão da autoridade originária (Comandante), isso gera evidente prejuízo processual ao preso, o qual poderia obter da autoridade uma decisão que lhe fosse favorável, ou seja, a relaxamento da prisão. Logo, sem a homologação no APFD, cremos, haverá a nulidade do ato da prisão.

2.4 Da ordem de preferência para a autuação em flagrante delito

Não se deve descurar, no exame da matéria, que o CPPM estabelece uma ordem de preferência de autoridades que irão decidir sobre a prisão em flagrante delito, *in verbis*:

Lavratura do auto

Art. 245. Apresentado o preso ao comandante ou ao oficial de dia, de serviço ou de quarto, ou autoridade correspondente, ou à autoridade judiciária, será, por qualquer deles, ouvido o condutor e as testemunhas que o acompanharem, bem como inquirido o indiciado sobre a imputação que lhe é feita, e especialmente sobre o lugar e hora em que o fato aconteceu, lavrando-se de tudo auto, que será por todos assinado.

Desse modo, se o próprio Comandante (art. 7º do CPPM) examina e decide a questão, aqui não há de se falar em homologação, pois é a própria autoridade originária quem está decidindo.

No entanto, se o Comandante estiver ausente (como por exemplo, estiver fora do expediente), então, a questão deverá ser examinada e decidida, primeiro, pelo Oficial de serviço ou autoridade correspondente que responda na ausência do Comandante, de forma que se houver a ratificação da prisão do infrator conduzido, deve ser lavrado o APFD, mas este ainda dependerá, para ficar aperfeiçoado, do despacho do Comandante (autoridade originária), o qual poderá homologar a prisão lavrada, ou, pelo contrário, discordar dela, relaxando-a. Essa possibilidade, por si só, já justifica a nulidade do APFD se subtraída a decisão do Comandante (homologação).

Para melhor compreensão, ilustramos com um exemplo. Um militar foi surpreendido e preso por uma patrulha recebendo propina de um

civil na via pública em virtude de suas funções, a qual foi exigida no dia anterior. Uma vez conduzido o preso ao Oficial de serviço, este entendeu que a prisão em flagrante delito estava correta, nos termos do artigo 305 do Código Penal Militar, e lavrou o APFD. Terminado este, necessariamente os autos foram ao Comandante da Unidade (o qual foi acionado em virtude da prisão realizada enquanto na sua ausência) e essa autoridade – originária – entendeu de modo diverso do Oficial de serviço, ou seja, entendeu que o fato não constituiu flagrante delito, pois o crime praticado pelo autuado é de natureza formal e o tipo penal se consuma quando da exigência e não quando do recebimento da propina. Por fim, decidiu o Comandante relaxar a prisão, nos termos do artigo 247, § 2º, do CPPM.

Note que, nesse caso, deverá o Comandante lançar termo no APFD, com a sua decisão de relaxamento da prisão resolvendo a questão. Na sequência, os autos seguirão à Justiça Militar para que o Juiz decida se confirma ou se infirma os atos praticados no APFD, nos exatos termos da dicção do artigo 248 do CPPM:

Registro das ocorrências

Art. 248. Em qualquer hipótese, de tudo quanto ocorrer será lavrado auto ou termo, para remessa à autoridade judiciária competente, a fim de que esta confirme ou infirme os atos praticados.

Mais uma vez, verifica-se que o CPPM, expressamente, exige a homologação dos atos de PJM no APFD, deixando ao Comandante – como ocorre no IPM – o poder de decidir a questão e, no caso do APFD, relaxar a prisão.

A Lei não contém palavras inúteis, de forma que caberá ao Juiz no exame do APFD verificar qual decisão foi a mais acertada: se a decisão

de prender o infrator pelo Oficial de serviço, ou a decisão de relaxar a prisão, por parte do Comandante, daí confirmando-a ou infirmando-a.

Dessa garantista norma do CPPM, afinada com a necessidade de a autoridade originária decidir a questão (autoridade competente), encontramos implementado o princípio do devido procedimento legal que é ínsito ao princípio do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CF), o qual dispõe: “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Igualmente, a exigência de a decisão emanar da autoridade originária sobre a prisão do infrator no APFD no CPPM, quando esta for anteriormente decidida pelo Oficial de serviço (autoridade delegada), atende, por simetria, à exigência contida na Constituição Federal de a autoridade competente decidir sobre essa grave questão, inserta no artigo 5º, inciso LXI, da CF, *in verbis*:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Ora, os dois comandos constitucionais citados (art. 5º, LIV e LXI, CF) não nos deixam dúvida de que a prisão do infrator no APFD depende de ser observada, com rigor, a norma inserta no CPPM, de forma que onde há delegação (art. 7º, § 1º, art. 10, § 2º c.c. art. 12, alínea “c”, CPPM) deve haver homologação por parte do Comandante (como também ocorre no IPM), e a prisão só poderá ocorrer quando a autoridade competente decidir, ou seja, no caso do CPPM, a autoridade originária (art. 7º do CPPM).

Parafraseando o Ministro do STF Celso de Mello, na abordagem do APFD no CPPM, há garantias jurídicas à pessoa do indiciado que devem ser observadas, de tal sorte que

A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado como mero objeto de investigações;

O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial. (RTJ – 168/896-897, Rel. Min. Celso de Mello);

A advertência quanto às garantias na persecução penal (MS 23.576/DF, Rel. Min. Celso de Mello) consiste “que o respeito aos valores e princípios sob o qual se estrutura, constitucionalmente, a organização do Estado Democrático de Direito, longe de comprometer a eficácia das investigações penais, configura fator de irrecusável legitimação de todas as ações lícitas desenvolvidas pela Polícia Judiciária, pelo Ministério Público ou pelo próprio Poder Judiciário. [...]”;

A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados, pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu.”;

A eventual privação da liberdade pessoal do acusado requer, em consequência, que se lhe assegurem, em toda a sua plenitude, as garantias inerentes ao ‘due process of law’. As virtualidades jurídicas que emergem da cláusula constitucional do devido processo legal não podem ser ignoradas pelo aplicador da lei penal, que deverá ter presentes – ao longo da ‘persecutio criminis in judicio’ – todos os princípios que forçados pela consciência liberal dos povos civilizados, proclamam, de um lado, a presunção de não-culpabilidade dos acusados e garantem, de outro, o irrestrito exercício,

com todos os recursos e meios a ele inerentes, do direito de defesa, em favor daqueles que sofrem acusação penal. [...].

E, por fim,

A persecução penal, cuja instauração é justificada pela suposta prática de um ato criminoso, não se projeta nem se exterioriza, como uma manifestação de absolutismo estatal. A ‘persecutio criminis’ sofre os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico. A tutela da liberdade representa, desse modo, uma insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado. [...] (Voto no HC 95.009/SP – STF). (Grifos nossos).

As garantias ao indiciado no APFD relativas às formalidades de sua prisão e à necessidade de homologação por parte do Comandante fortalece a autoridade deste, o qual, em uma instituição militar rigorosamente hierarquizada não deixa espaço para que sua decisão seja subtraída, devendo se afastar a interpretação equivocada de não se adotar aquelas garantias no APFD, até porque as garantias constitucionais e processuais do infrator se harmonizam com os direitos humanos insertos no Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º), *in verbis*:

2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

Enfim, é inequívoco que o indiciado tem garantias constitucionais e legais que lhe devem ser asseguradas, em especial, no APFD, entre elas a do seu Comandante decidir, dando a última palavra no caso de sua prisão, pois, entre as formalidades da prisão e do seu devido

processo legal, inclui-se a necessidade de homologação quando existir delegação, sob pena de nulidade do ato.

2.5 Da relação jurídica decorrente do APFD

Não se deve olvidar que a partir do momento da lavratura do auto de prisão em flagrante delito, por ato de ofício da Administração Militar, quando configurada uma das hipóteses previstas no artigo 244 do CPPM, estamos sem dúvida, diante do estabelecimento necessário de relação jurídica decorrente da prática de atos de Polícia Judiciária Militar (PJM), envolvendo o Presidente do APFD (autoridade delegada) e o indiciado, numa relação jurídica – ainda que inquisitória – a qual enseja dever persecutório, por parte do primeiro, e garantias e direitos (constitucionais e legais) por parte do segundo, afora o fato de gerar entre o Presidente do APFD e a autoridade originária (o Comandante da Unidade), que é a autoridade competente para decidir a questão, uma relação de subordinação funcional e jurídica inerente aos atos de PJM (art. 7º, § 1º, c.c. art. 10, § 2º e art. 12, alínea “c”, todos do CPPM) para o aperfeiçoamento do ato complexo, já examinado. A situação aqui é idêntica àquela que ocorre no IPM, pois tanto este (IPM) como aquele (APFD) são os procedimentos de PJM, portanto, de decisão exclusiva da autoridade originária, nos termos do artigo 7º do CPPM.

Aqui vale a lembrança de MONICA HERMAN SALEM CAGGIANO e EVANDRO FABIANI CAPANO²¹, no artigo “As garantias processuais e constitucionais na persecução penal militar”, no sentido de que a delegação no APFD alcança tão somente as atribuições do ato e nunca o próprio ato decisório de prisão. Em outras palavras, quem delega, decide.

²¹ CAGGIANO, M. H. S. CAPANO, E. F. Op. cit. p. 120.

Explicando melhor. Imagine que um Sd PM pratique um crime militar. Um Sgt PM surpreende tal fato e dá voz de prisão ao subordinado e, a seguir, apresenta-o preso, com testemunhas, ao Oficial de Serviço. O fato ocorreu fora do expediente, de forma que o Oficial de Serviço – respondendo pela Unidade, em nome de seu Comandante, resolva ratificar a prisão em flagrante delito e autuar o infrator, lavrando o APFD. O Comandante, sabendo do fato, dirige-se até a Unidade e, após verificar as medidas de PJM adotadas pelo Oficial de Serviço (a realização do APFD), exercendo seu poder-dever para decidir a matéria, relaxa a prisão por entender que a situação não caracterizou flagrante delito (nos termos do artigo 247, § 2º, CPPM).

Ora, é inequívoco que, nesse caso, o Comandante (Ten Cel PM) do Presidente do APFD (um Tenente PM) tem o poder-dever de homologar ou não os atos de PJM realizados pelo Oficial que lhe é subordinado, vez que este agiu em seu nome, por delegação (art. 7º, § 1º, c.c. art. 10, § 2º e art. 12, alínea “c”, todos do CPPM) e há indubitavelmente uma relação jurídica de subordinação entre a autoridade delegada e a autoridade originária que deve ser observada para garantia de aperfeiçoamento da prisão. Logo, se no exercício do seu poder-dever, para decidir a matéria, e após realizado o APFD, resolva relaxar a prisão, por entender que a situação não configurou o flagrante delito, essa garantia ao infrator não pode ser afastada, pois entre o seu Presidente (no nosso exemplo o Ten PM) e o Comandante da Unidade existe uma relação jurídica de dependência. Pensar diferente é interpretar de maneira obtusa a lei, é negar a existência dessa relação jurídica que, como dito, decorre da lavratura do APFD. Prova disso é a eloquente norma do artigo 248 do CPPM que estabelece que, na divergência de posições entre o Presidente do APFD (autoridade delegada) e o Comandante

da Unidade (autoridade originária), prevalecerá, indubitavelmente, esta e os autos, após o registro formal, seguirão ao Juiz, o qual poderá confirmar ou infirmar os atos praticados, ou seja, cabe ao Juiz decidir qual daquelas duas autoridades decidiu de maneira correta.

A não observância e o não adimplemento da garantia dessa relação jurídica implica violação à garantia da liberdade, viciando de maneira absoluta a prisão, pois, se não houver a homologação do Comandante da Unidade no APFD, a nosso sentir, haverá violação ao *due process of law*, diante da dicção do art. 5º, inciso LIV, da CF, *in verbis*: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

2.6 Do direito subjetivo à homologação do comandante no APFD

Roborando o que se falou no sentido de fundamentar a validade do APFD de crime militar com a homologação do Comandante da Unidade (autoridade originária) hierarquicamente superior ao Presidente do APFD (autoridade delegada), nos termos do artigo 245 do CPPM, constataremos que a homologação no APFD – assim como ocorre no IPM – é uma questão de direito subjetivo, é uma questão de validade daquele procedimento.

O direito subjetivo, como leciona MIGUEL REALE – citando Del Vecchio e Kelsen –, lastreado na teoria pura do direito do último, “não é senão uma expressão do dever jurídico, ou, por outras palavras, um reflexo daquilo que é devido por alguém em virtude de uma regra de direito. [...]” E complementa: “A essa luz, o direito subjetivo não é mais que a subjetivação do direito objetivo, ou, nas palavras do próprio

Kelsen, 'o poder jurídico outorgado para o adimplemento de um dever jurídico' ”²²

Seguindo essa linha, MIGUEL REALE, abordando a posição de Kelsen e de Duguit, sustenta como essência do Direito a sua realizabilidade garantida, ou seja, o exercício de um direito não tem uma conformação meramente descritiva ou formal, mas representa uma visão antecipada de comportamentos efetivos, aos quais é conferida uma garantia.²³ Para o notável jurista, o titular de um direito subjetivo pode ou não deixar de praticar o direito, enquanto que o titular do poder não pode deixar de garantir aquele direito.²⁴

Transportando as conclusões do direito subjetivo ao APFD, enquanto ao indiciado pode ele resistir ou não ao cerceamento de sua liberdade – como titular de um direito que tem –, às autoridades de PJM – delegada e originária –, que são titulares do poder, cabe o poder- dever de garantir o direito daquele (a liberdade), não deixando, cada qual, de realizar as funções de sua competência, pois estas não são disponíveis.

A evolução dessas ideias irá desembocar na seara dos direitos públicos subjetivos – onde se encontra a liberdade do cidadão –, os quais, leciona MIGUEL REALE que “o reconhecimento de direitos públicos subjetivos, armados de garantias eficazes, constitui uma das características basilares do Estado de Direito, tendo eles como fundamento último o valor intangível da pessoa humana [...]”²⁵

²² REALE, M. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1983, pp. 254/255.

²³ REALE, M. Ob. cit. pp. 256/257.

²⁴ REALE, M. Ob. cit. p. 260.

²⁵ REALE, M. Ob. cit. p. 271.

Assim, ao Estado-administração cabe, por meio dos atos de PJM na persecução penal, a realização dos atos unilaterais e inquisitivos, todavia, garantindo-se ao preso ou indiciado os seus direitos constitucionais e legais, entre eles, o da formalização do procedimento legal devido, inclusive lançando-se no APFD a decisão da autoridade originária quando aquele for praticado por Oficial de Serviço subordinado (autoridade delegada).

A prisão do cidadão e, em especial, a prisão em flagrante delito, é disciplina hoje com fundamento constitucional (art. 5º, LXI, CF) e deve, a nosso ver, ser realizada sob os cânones constitucionais e legais do devido processo legal, de forma que apenas a autoridade competente é que pode implementá-la, no caso a autoridade originária de PJM (o Comandante da Unidade) e não singularmente o Oficial subordinado àquele, o qual age por delegação, sob pena de ser inválida.

Nesses termos, sustentamos que a garantia da decisão do Comandante no APFD, portanto, ao autuado no APFD de crime militar, deve ser assegurada no devido processo legal de cerceamento de sua liberdade (art. 5º, LIV c.c LXI, da CF), nos termos do artigo 247, § 2º, do CPPM, para validade e legitimidade da prisão decretada pela Polícia.

2.7 Dos vícios do auto de prisão em flagrante delito

Em nosso sistema normativo, os vícios na prisão em flagrante delito culminam na invalidação do ato construtivo. O procedimento do auto de flagrante é um procedimento solene e rígido, o qual exige das autoridades que o realizam o estrito cumprimento das formalidades legais e constitucionais.

Dispõe assim a Constituição Federal que a prisão ilegal será relaxada pelo Juiz (art. 5º, LXV, CF) e no mesmo sentido o CPPM (art. 224), todavia, ainda reserva à autoridade militar originária o relaxamento da prisão (art. 247, § 2º, CPPM), de forma que o nosso ordenamento jurídico impõe formalidades que devem ser, peremptoriamente, observadas na prisão e na sua lavratura, sob pena de relaxamento.

A posição encontra abono na lição de JULIO FABBRINI MIRABETE²⁶, o qual esclarece que

O inquérito policial, em síntese, é mero procedimento informativo e não ato de jurisdição e, assim, os vícios nele acaso existentes não afetam a ação penal a que deu origem. A desobediência a formalidades legais pode acarretar, porém, a ineficácia do ato em si (prisão em flagrante, confissão etc.). [...].

A jurisprudência segue no mesmo sentido:

STF: A eventual existência de irregularidade formal na lavratura do auto de prisão em flagrante, ainda que possa descaracterizar o seu valor legal como instrumento consubstanciador da coação cautelar – impondo, em consequência, quando reais os vícios registrados, o próprio relaxamento da prisão – não se reveste, por si só, de eficácia invalidatória do subsequente processo penal de conhecimento e nem repercute sobre a integridade jurídica da condenação penal superveniente decretada. (JSTF 223/362).

Nesse sentido também é a lição de DENILSON FEITOZA PACHECO²⁷:

As formalidades da prisão em flagrante devem ser obedecidas, tanto em relação à efetivação dos direitos

²⁶ MIRABETE, J. F. *Código de Processo Penal Interpretado*, São Paulo: Atlas, 2001, p. 89.

²⁷ PACHECO, D. F. *Direito Processual Penal*. Niterói/RJ: Impetus, 2005, p. 997.

constitucionais do preso em flagrante quanto à documentação que deve ser feita, sob pena de, não sendo observadas, a prisão ser considerada ilegal e isso acarretar o relaxamento da prisão em flagrante.

Essa relativa rigidez no cumprimento das formalidades legais ocorre porque o estado normal do indivíduo é a liberdade (art. 5º, *caput*, CR), do que decorre que essa medida de exceção, que é a privação de liberdade, seja feita dentro dos limites legais.

Assim, a prisão em flagrante delito realizada pelo Aspirante-Oficial, e não pelo Oficial, como estampa a norma do artigo 245 do CPPM, ainda que esteja ele na função de Oficial de Serviço como Oficial de Dia, viola flagrantemente a formalidade da lei e invalida o APFD, pois a decisão daí decorrente não se sustenta por ser lavrada por autoridade incompetente. O Aspirante-Oficial é praça especial e não se confunde com o *status* de Oficial de acordo com a legislação militar.

A inversão da ordem de oitivas determinada no artigo 245 do CPPM configura a invalidação e nulidade do APFD. Assim, o primeiro a ser ouvido é o condutor, depois as testemunhas e, por último, o indiciado (RT 489/380). O ofendido, desde que possível, deve também ser ouvido, e a nosso ver, após o condutor (quando não seja ele próprio) e antes das testemunhas, questão essa que também foi adotada pelo TJM/SP em orientação normativa no APFD (art. 2º, III, do Provimento 002/2005-CG, de 9.9.2005).

A ausência de quaisquer garantias constitucionais quando da prisão; a ausência de comunicação da prisão imediata ao juiz, à família ou a pessoa indicada pelo preso; a não observância do direito de permanecer calado e ser assistido por sua família ou por advogado; a falta de identificação dos agentes que o prenderam ou o interrogaram

(art. 5º, incisos LXII a LXIV, CF) configuram a invalidação e são causas do relaxamento da prisão em flagrante delito.

No entanto, há de se reconhecer que os direitos constitucionais do preso são direitos subjetivos públicos, de forma que cabe à autoridade policial, que é titular do poder-dever, como vimos anteriormente, garantir aqueles direitos do preso, que é o titular dos direitos, mas que pode até não querer exercê-los. Nesse sentido, a jurisprudência:

STJ: A Constituição da República visa a resguardar o *status libertatis*, ensejando a pessoa de confiança do preso o conhecimento do fato, a fim de, diante de qualquer ilegalidade, ser afrontado o vício jurídico. A participação imediata do juiz competente é impostergável. A comunicação à família ou a pessoa pelo preso indicada configura direito público, subjetivo. A interpretação, porém, deve ser finalística. Pode ocorrer que o preso não tenha interesse, ou mesmo não deseje que tal aconteça. Urge respeito à intimidade. Se terceira pessoa, ainda que estranha à família, ou pelo preso indicada, intervier, e de modo eficaz compensar a ausência de alguém do rol constitucional, suprida está a situação jurídica. Exemplificativamente, a presença do defensor. (RSTJ 27/124);

TACRIM: Prisão em flagrante. Ausência de assistência familiar e presença de Advogado no momento da lavratura do auto. Nulidade. Inocorrência. Incorre nulidade no auto de prisão em flagrante em que o acusado não conta, no momento do ato, com a presença de familiares e de Advogado, desde que informado de seus direitos constitucionais. (RJDTACRIM 35/286).

TACRIM/SP: A Constituição Federal não impõe que o flagrante seja assistido por advogado ou pelos familiares do detido, apenas a ele assegurando, se assim desejar, o exercício de tal direito. Desta forma, não há nulidade do flagrante se, uma vez cientificado de seus direitos, o próprio acusado não indica o nome do advogado ou dos familiares a serem avisados de sua prisão. (RT 692/280).

Nesse passo, configuram nulidade: a falta de assinatura da autoridade competente e das pessoas ouvidas no auto; a falta de homologação do APFD por parte do Comandante; a falta da entrega da nota de culpa ao infrator preso; a extrapolação do prazo do APFD além das 24 horas após a prisão; a falta do envio dos autos a Juízo imediatamente à autuação; e qualquer outra inobservância da forma legal e substancial taxada pelo legislador.

Questão prática é saber se o APFD deve ser realizado em texto corrido ou pode ser realizado em texto fracionado. A questão surge porque o CPPM, que é taxativo, estabelece que o texto deve ser contínuo e ininterrupto, ou seja, sem fracionamentos, de forma que todas as pessoas ouvidas no referido auto deverão assiná-lo ao final (art. 245, CPPM), ao passo que, diversamente, o artigo 304 do CPP Comum, alterado pela Lei 11.113/05, estabeleceu o fracionamento dos depoimentos e conseqüentemente a assinatura ao final de cada termo, não precisando as pessoas ouvidas permanecerem no local da autuação até a oitiva do indiciado para depois, em conjunto, efetuarem as assinaturas, tudo ao final da autuação.

Note-se que, antes do advento da Lei 11.113/05, a redação do dispositivo do artigo 304 do CPP Comum era semelhante à prevista no artigo 245 do CPPM.

Assim, diante dessa questão, nosso posicionamento é pelo acatamento à formalidade do CPPM, diante do princípio da legalidade e da especialidade, de forma que, se inexistente lacuna, incabível a aplicação da legislação comum, nos termos do artigo 3º do CPPM. Violar o comando do artigo 245 do CPPM, quanto ao termo único do APFD, substituindo-o pela nova disposição do artigo 304 do CPP Comum, a

nosso entendimento, configura falta de formalidade capaz de invalidar o APFD.

As razões que levaram o legislador a mudar a norma de se colher os depoimentos das pessoas no APFD, substituindo o auto inteiriço pelo auto fracionado, não alcançam o procedimento taxativo do CPPM, de forma que a violação deste configura violação do devido processo legal e, portanto, nulidade absoluta.

É pacífico na doutrina que o APFD é um procedimento *ad solemnitatem*, de forma que a inobservância das formalidades instituídas pelo legislador configura a sua invalidação e, por conseguinte, o relaxamento da prisão.

Em relação ao procedimento fracionado de oitivas no APFD, instituído pelo artigo 304 do CPP Comum, o TJM/SP baixou orientação normativa no APFD, consubstanciado no art. 2º do Provimento 002/05 – CG, de 9.9.2005.

Em relação à falta de homologação, o TJM/SP igualmente na referida orientação normativa dispensou a formalidade da homologação do Comandante, quando o APFD seja realizado por Oficial subordinado àquele (art. 3º, § 3º, do Provimento 002/05 – CG, de 9.9.2005).

Entendemos que a orientação normativa do TJM/SP, adotada pelo mencionado Provimento 002/05, o qual foi publicado no Diário Oficial do Estado nº 171, de 12 de setembro de 2005, e no de nº 173, de 14 de setembro de 2005, é uma boa iniciativa, todavia, sua validade é de alcance restrito e não vinculatório, pelos seguintes e resumidos

motivos: primeiro, porque a orientação normativa não tem o condão de alterar a lei; segundo, pelo fato de que referida orientação normativa não é vinculante, seja porque foi baixada pelo Corregedor-Geral da Justiça Militar Estadual sem fundamento no CPPM, seja porque o Corregedor-Geral do Tribunal não é o autêntico intérprete da lei; terceiro, pelo fato de que a citada orientação normativa visou uma padronização dos procedimentos de Polícia Judiciária Militar, fato este que, não sendo lei, não impõe a sua obrigação (art. 5º, inciso II, CF). Logo, nos dois pontos aludidos (fracionamento dos depoimentos e desnecessidade de homologação), a nosso ver, a iniciativa do TJM/SP não traz qualquer obstáculo ao aqui sustentado, vez que, como interpretação imposta, foi contra *legem*.

2.8 Da decisão de não prender em flagrante delito

A questão deve ser dividida em dois momentos pré-processuais: um relativo à decisão do militar que surpreenda outro militar na prática de crime militar numa das circunstâncias do artigo 244 do CPPM; e outra, relativa à apresentação do infrator preso que é conduzido até a presença do Comandante ou do Oficial de serviço na ordem estabelecida no artigo 245 do CPPM.

Na primeira hipótese, ou seja, quando o militar se depara com a flagrância do crime militar, o artigo 243 do CPPM é impositivo e não deixa dúvida de que o infrator deve ser preso; na segunda hipótese, a autoridade militar (originária ou delegada) deve apreciar a situação que lhe é apresentada e, se sua convicção for a de que realmente houve o flagrante delito, a prisão também deve ser impositiva, a teor do artigo 245 do CPPM.

No entanto, cabe aqui uma ressalva, pois, se foi o Oficial de Serviço que decidiu pelo APFD na ausência do Comandante de sua Unidade, ao final do procedimento, a autoridade originária (Comandante) pode tomar uma decisão distinta daquele, nos termos do artigo 247, § 2º, do CPPM. Assim, também a este último recai o dever de prender se e quando sua convicção também for no sentido de reconhecer ter havido o flagrante delito.

A questão que surge nesse ambiente é se o infrator – surpreendido na situação de flagrante delito – deve sempre ser preso ou não. A resposta é positiva, todavia, comporta esclarecimentos. A apreciação da situação e o reconhecimento da configuração ou não do flagrante delito é subjetiva e deve ser capaz de influir na convicção da autoridade militar (originária ou delegada). Há, portanto, nessa decisão uma margem de discricionariedade, daí que, em determinadas situações, havendo dúvida quanto a situação delituosa ser caso de flagrante delito ou não, haverá ensejo à determinação para o registro do fato apenas para fins de IPM.

Como o APFD é uma medida de exceção, por restringir o direito fundamental à liberdade do cidadão, é de se exigir que a situação que autorize aquela medida implique seguramente numa das quatro hipóteses previstas pelo legislador (art. 244, CPPM), caso contrário restará configurado abuso a prisão e ocasionará o seu relaxamento. Nesse sentido, já decidiu o STJ:

STJ: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE FUGA E DE PERSEGUIÇÃO. PRISÃO EFETIVADA NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO, NO MOMENTO EM QUE ESTAVA DORMINDO. SITUAÇÃO NÃO PREVISTA NO ART.

302 DO CPP. RELAXAMENTO DA PRISÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Não caracteriza flagrante impróprio a hipótese em que o suposto autor do delito é encontrado dormindo em sua residência por agente policial em diligências, porquanto o inciso III do art. 302 do Código de Processo Penal pressupõe que o agente, após concluir a infração penal, ou ser interrompido por terceiros, empreenda fuga, e seja, logo após, perseguido pela polícia, pela vítima ou por qualquer do povo.
2. “A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (art. 5º, inciso LXV, da Constituição Federal).
3. Ordem concedida para relaxar a prisão do paciente, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que venha a ser decretada a custódia cautelar, com base em fundamentação concreta. (STJ – 5ª T. – RHC 20298/SP – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – J. 20.5.2008).

Em decorrência desse quadro fático que enseja uma margem discricionária da autoridade militar para decidir se prende ou não, de acordo com as circunstâncias do fato, cabe àquela discernir e avaliar se o fato que lhe é apresentado configura ou não o flagrante delito. Logo, é de se afastar a prática de crime funcional de prevaricação quando, por convicção, a autoridade militar decida não prender. Nesses termos, a jurisprudência:

TACRSP: [...] Inocorre o delito do art. 319 do CP, na conduta de Delegado de Polícia que deixou de lavrar auto de prisão em flagrante de acusado que nessa situação se encontrava, iniciando somente o Inquérito Policial, pois a regra da lavratura do auto de prisão em flagrante em situações que o exijam, não é rígida, sendo possível certa discricionariedade no ato da Autoridade Policial, que pode deixar de fazê-lo em conformidade com as circunstâncias que envolvem cada caso. (RDJTACRIM 51/193).

TACRSP: Para a configuração do crime previsto no

art. 319 do CP é indispensável que o ato retardado ou omitido se revele contra disposição expressa de lei, inexistindo norma que obrigue o Delegado de Polícia autuar em flagrante todo cidadão apresentado como autor de ilícito penal, considerando seu poder discricionário, não há se falar em prevaricação. (RT 728/540) – (g.n.).

TACRSP: A autoridade policial goza de poder discricionário de avaliar se efetivamente está diante de notícia procedente, ainda que em tese e que avaliados perfunctoriamente os dados de que dispõe, não operando como mero agente de protocolo, que ordena, sem avaliação alguma, flagrantes e boletins indiscriminadamente (RJTACRIM 39/341) – (g.n.).

TACRSP: Compete privativamente ao delegado de polícia discernir, dentre todas as versões que lhe sejam oferecidas por testemunhas ou envolvidos em ocorrência de conflito, qual a mais verossímil e, então, decidir contra quem adotar as providências de instauração de inquérito ou atuação em flagrante. Somente pode ser acusado de se deixar levar por sentimentos pessoais quando a verdade transparecer cristalina em favor do atuado ou indiciado e, ao mesmo tempo, em desfavor daquele que possa ter razões para ser beneficiado pelos sentimentos pessoais da autoridade (RT 622/296-7). No mesmo sentido, TACRSP: RT 679/351, JTACRIM 91/192.

Outra questão que surge nessa seara é se a conduta daquele que age sob o manto de uma excludente de ilicitude deve ensejar a prisão em flagrante delito, como, por exemplo, na hipótese do policial militar de serviço, no atendimento de ocorrência, ser alvo de emboscada e ser recebido a tiros, ocasião em que, numa reação de legítima defesa, tira a vida de um dos infratores.

A matéria, a nosso ver, impõe uma resposta negativa, ou seja, se o militar agiu sob a justificativa da excludente de ilicitude ou de criminalidade, não há de se falar em crime. Logo, se não há crime, por consequência, também não há de se falar em prisão em flagrante delito.

Nesses casos, portanto, a autoridade militar (delegada ou originária), se convencida de que houve a excludente de ilicitude, devidamente comprovada no caso, não deve efetuar a prisão em flagrante delito, pois, pensar o contrário seria admitir-se o arbítrio, ou seja, a prisão de quem não cometeu crime. Igualmente, não deve existir a prisão em flagrante delito nos casos de atipicidade do fato. Ressalva-se, contudo, que a desnecessidade da prisão em flagrante não elide a necessidade da instauração de IPM para detalhada apuração dos fatos, afinal, em que pese amparado por excludente de ilicitude, houve um fato penalmente relevante de investigação mais apurada.

Outra situação que impede também a prisão em flagrante delito é a existência de exclusão de culpabilidade (obediência hierárquica ou coação irresistível).

Nessa linha, de que tanto a excludente de ilicitude como a exclusão de culpabilidade impedem a prisão, há também a concordância de CÍCERO ROBSON COIMBRA NEVES²⁸, o qual assim se posiciona:

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 (ilicitude), como a legítima defesa (art. 44 do CPM). [...]

Em todas as situações que a prisão em flagrante não for realizada, haverá a necessidade do registro do fato para apuração mediante IPM.

²⁸ NEVES, C. R. C. *Manual de Processo Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 304/306.

Entendemos, pois, que o CPPM expressamente autoriza a autoridade militar (originária ou delegada) a relaxar a prisão em flagrante delito se houver a verificação de manifesta inexistência de infração penal militar ou a não participação no crime da pessoa conduzida (§ 2º do art. 247, CPPM).

2.9 Da manutenção da prisão em flagrante delito

Uma vez realizada a prisão em flagrante delito – e após ratificada a prisão pela autoridade militar, mediante o APFD –, há de se perquirir qual a justificativa para a sua manutenção.

Sem embargo da prisão em flagrante permitir a repressão imediata da infração penal militar, assegurando não só que o infrator se exima da prisão, mas também o aproveitamento da prova do delito que está ocorrendo ou acabou de ocorrer, há de se reconhecer, como vimos anteriormente, que a prisão em flagrante tem natureza cautelar, de forma que imperioso se aferir a necessidade para sua manutenção.

É o que esposamos no artigo “A justificativa para a manutenção da prisão em flagrante delito”²⁹, de maneira que cabe ao Juiz verificar no APFD se há justificativa para a necessidade de manutenção dessa prisão, isto é, se existe pelo menos uma circunstância que autorize a prisão preventiva (art. 255, CPPM). Essa nos parece a posição que compatibiliza a prisão em flagrante delito diante da garantia constitucional da liberdade, a qual, quando restringida, pode ser restaurada mediante o instituto da liberdade provisória.

²⁹ ROTH, R. J. *A justificativa para a manutenção da prisão em flagrante delito*. Revista “Direito Militar”, Florianópolis: AMAJME, n° 63, pp. 10/16.

Nesse ponto, é importante que a autoridade militar ao efetuar o relatório no APFD não deixe de mencionar se a prisão em flagrante delito recomenda a sua manutenção, indicando, para tanto, circunstância(s) que torne(m) necessária a prisão preventiva (art. 27 c.c. art. 22, CPPM).

3 DA CONCLUSÃO

O preso ou o indiciado na fase da persecução penal na Polícia é sujeito de direitos e deve ter, assim, asseguradas as garantias constitucionais e processuais correspondentes.

Assim, no Estado Democrático de Direito, cabe ao Estado assegurar ao preso ou indiciado aquelas garantias, sob pena de invalidação da prisão realizada, a qual se tornará arbitrária.

A Polícia Judiciária Militar (PJM) tem fundamento constitucional (art. 144, § 4º, *in fine*, CF) e é estruturada no CPPM perfazendo um único sistema, competindo a este, entre outras atribuições, a repressão do crime militar. Esse sistema é realizado pelo IPM, pelo APFD, pela IPI e pela IPD.

A medida de legitimação da prisão de uma pessoa ocorre mediante a legalidade do ato, envolvendo uma das hipóteses do artigo 244 do CPPM e a aferição de que todas as garantias ao preso lhe foram conferidas – as constitucionais e as processuais –, inclusive assegurando-se, sob o devido procedimento legal, que a decisão correlata seja exarada pela autoridade militar competente, sob pena daquela medida se tornar ilegal, ensejando, por consequência, o seu relaxamento.

Nenhum ato de Polícia Judiciária Militar é realizado sem que a autoridade militar originária (o Comandante, em nível de Batalhão e escalões superiores), nos termos do artigo 7º do CPPM, o pratique diretamente, ou o autorize mediante delegação a um Oficial subordinado (§ 1º do art. 7º, CPPM), ou homologue os atos praticados pelo Oficial de Serviço, quando este, agindo em nome daquele, adotou as medidas preliminares (§ 2º do artigo 10 c.c. art. 12, CPPM), inclusive a prisão em flagrante delito do infrator (art. 12, alínea “c”, CPPM). Surge aí o ato complexo que é inerente ao exercício dos atos de PJM quando a autoridade militar dele não se encarregue de os praticar pessoalmente.

Portanto, a homologação do Comandante **é de rigor todas as vezes** que um Oficial de Serviço agir em nome daquele por delegação, sob pena do ato complexo não se implementar, ficando, dessa forma, inválido. (página 36).

É por isso que no IPM, depois do relatório do Encarregado, há a solução por parte da autoridade militar originária e que delegou aquelas investigações (art. 22, § 1º, CPPM).

Todas essas prescrições legais alcançam também o APFD, especialmente quando este substitua aquele, nos termos do artigo 27 do CPPM, em que igualmente deverá haver o relatório da autoridade militar. Aqui novamente vale registrar que, se a própria autoridade militar originária não o realizar, haverá necessidade de sua homologação para a prisão do infrator ser efetivada.

Há assim uma relação jurídica inequívoca, quando da prática dos atos de PJM, entre as autoridades que nele irão atuar: seja entre autoridade

militar originária e o infrator, seja entre autoridade originária e autoridade delegada e infrator; estabelecendo a CF e o CPPM às autoridades o dever de adotar medidas e garantir direitos ao infrator, sendo em que parte destes há um rol de direitos subjetivos que deverão ser garantidos pelas autoridades que irão atuar no APFD, permitindo ao infrator a *facultas agendi* em exercê-los, como é o caso do direito ao silêncio, a indicação de um advogado etc.

Assim, desse complexo de deveres por parte da autoridade militar (originária e delegada), garantias do infrator e os direitos subjetivos deste, não temos dúvida que a homologação no APFD, por parte da autoridade militar originária, é uma das garantias a serem observadas para sustentação válida e legítima do ato de prisão, quando esta for delegada a um Oficial subordinado àquela, nos termos do artigo 245 do CPPM.

Notamos que há uma ordem, peremptória, de autoridades sequenciais expressadas no artigo 245 do CPPM, de forma que, se o Comandante não efetuar diretamente a prisão e lavrar o APFD, necessariamente qualquer outra daquelas autoridades (delegadas), deverá fazê-lo, devendo, no entanto, submeter à apreciação daquele o APFD para fins de homologação da matéria, implementando o ato complexo, sob pena de invalidação daquele. Veja que, aqui, há no APFD a garantia ao preso de que sua prisão naquele procedimento só estará ultimada com a decisão lançada nele pela autoridade militar originária, que é a autoridade competente par tal, sob pena de nulidade do APFD.

A homologação no APFD, de um lado, torna o procedimento persecutório penal escorreito e garante que nele haverá a decisão da autoridade originária, sem prejuízo do que a autoridade delegada

(Oficial de Serviço) decidiu, como, por outro lado, não será necessária se a própria autoridade militar originária se ocupou de, pessoalmente, praticar os atos de PJM, no caso o APFD, salvaguardando assim que não se subtrairá a decisão da autoridade militar originária em prejuízo do preso.

Em relação aos vícios que podem contaminar o APFD, ocasionando, por consequência, o relaxamento da prisão, estão arrolados neste breve trabalho a ausência de homologação por parte da autoridade militar originária; a ausência de decisão por parte do Oficial de Serviço (excluindo-se aqui a atuação do Aspirante-a-Oficial); a ausência da entrega da nota de culpa; a inobservância do texto contínuo e corrido do APFD para só ao final as pessoas nele ouvidas assinarem, encerrando-o.

Ainda como poder discricionário da autoridade militar de polícia judiciária (originária ou delegada), a decisão diante da não ratificação da ordem de prisão ocorrerá, nos termos do CPPM, por uma das autoridades previstas no artigo 245 do CPPM, sempre que não ficar de todo caracterizado uma das hipóteses do flagrante delito (art. 244, CPPM), sempre que houver dúvida quanto à autoria do fato, não havendo que se efetuar a prisão do agente que agiu amparado por excludente de ilicitude, como no caso, por exemplo, da legítima defesa.

Por outro lado, para a manutenção da prisão em flagrante delito, num primeiro momento, deverá levar a autoridade militar que lavrou o APFD a lançar no relatório (autoridade delegada) e/ou solução (autoridade originária) a existência de circunstâncias que justifiquem aquela medida, especificando, se for o caso, pelo menos uma das circunstâncias justificadoras da prisão preventiva (art. 255, CPPM),

ou, caso contrário, fará jus o autuado à menagem-liberdade (art. 263, CPPM).^{30 31}

Enquanto a prisão do infrator é dever imposto aos militares em obediência à norma do artigo 243 do CPPM, a realização do APFD não deve ser um ato mecânico, automático, impositivo, mas deve exigir da autoridade militar de Polícia Judiciária que o aprecie juridicamente e nele atue, assim como a comprovação de que o fato, seguramente, se constituiu em flagrante delito, de que inexiste causa excludente de ilicitude, garantindo-se ao preso os seus direitos constitucionais e processuais e não olvidando em impedir que vícios permeiem aquele procedimento, pois só assim, no Estado Democrático de Direito, estaremos alcançando o respeito à dignidade humana nesse ato construtivo.

REFERÊNCIAS

ASSIS, A. *Constituição Federal. 20 anos: observância do devido processo legal na formação dos atos administrativos*, Coordenada por Ives Gandra Martins e Francisco Rezek, São Paulo: RT, 2008.

CAGGIANO, M. H. S.; CAPANO, E. F. *Direito Militar – Doutrina e Aplicações: as garantias processuais e constitucionais na persecução penal militar*, Coordenada por Dircêo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LIMA, D. A. A competência delegada da Polícia Judiciária Militar. *Revista Direito Militar*. Florianópolis: AMAJME, n. 13, 1998.

³⁰ ROTH, R. J. *A menagem in* “Temas de Direito Militar”, São Paulo: Suprema Cultura, 2004, pp. 145/149.

³¹ ROTH, R. J. *Menagem: Forma de prisão ou liberdade provisória?* in “Temas de Direito Militar”, Suprema Cultura: São Paulo, 2004, pp. 151/174.

LIMA, R. B. *Manual de Processo Penal*. Vol. I, Niterói/RJ: Impetus, 2012.

MIRABETE J. F. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRABETE J. F. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2006.

MARQUES, J. F. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol IV, Campinas/SP: Milleninium, 2000.

MARTINS, I. G. *Constituição Federal. 20 anos: Direitos e Garantias Fundamentais*. Coordenada por Ives Gandra Martins e Francisco Rezek, São Paulo: RT, 2008.

MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

NERY JUNIOR, N. *Constituição Federal 20 anos: Público vs. privado?: A natureza constitucional dos direitos e garantias fundamentais*. Coordenada por Ives Gandra Martins e Francisco Rezek, São Paulo: RT, 2008.

PACHECO, D. F. *Direito Processual Penal*. Impetus, Niterói/RJ, 2005.

NEVES. C. R. C. *Manual de Processo Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 2014.

REALE, M. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1983.

ROTH, R. J. *Temas de Direito Militar: A menagem*. São Paulo: Suprema Cultura, 2004.

ROTH, R. J. *Temas de Direito Militar: Menagem: forma de prisão ou liberdade provisória?* Suprema Cultura: São Paulo, 2004.

ROTH, R. J. A investidura para os atos de Polícia Judiciária Militar. *Revista Direito Militar*. Florianópolis, AMAJME, n. 4, 1997.

ROTH, R. J. A justificativa para a manutenção da prisão em flagrante delito. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, n. 63, 2007.

TOURINHO FILHO, F. C. *Processo Penal*. V. 1, São Paulo: Saraiva. 2009.

