

**CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DE SANTA CATARINA
DIRETORIA DE ENSINO
CENTRO DE ENSINO BOMBEIRO MILITAR-CEBM
ACADEMIA BOMBEIRO MILITAR**

NOLAN RAFAEL VOLKWEIS

**DIREITO AO SILÊNCIO APLICADO AOS PROCEDIMENTOS DE POLÍCIA
JUDICIÁRIA MILITAR E PROCESSOS ADMINISTRATIVOS MILITARES DO
CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DE SANTA CATARINA**

**FLORIANÓPOLIS
SETEMBRO 2012**

Nolan Rafael Volkweis

Direito ao silêncio aplicado aos procedimentos de polícia judiciária militar e processos administrativos militares do Corpo de Bombeiros Militar de Santa Catarina.

Monografia apresentada como pré-requisito para conclusão do Curso de Formação de Oficiais do Corpo de Bombeiros Militar de Santa Catarina.

Orientador: Profº Me. Cap. BM Charles Fabiano Acordi

**Florianópolis
Setembro 2012**

Nolan Rafael Volkweis

Direito ao silêncio aplicado aos procedimentos de polícia judiciária militar e processos administrativos militares do Corpo de Bombeiros Militar de Santa Catarina.

Monografia apresentada como pré-requisito para conclusão do Curso de Formação de Oficiais do Corpo de Bombeiros Militar de Santa Catarina.

Florianópolis (SC), 22 de Agosto de 2012.

Prof. Me. Charles Fabiano Acordi
Professor Orientador

Ten. BM Isabel Ivanka Kretzer dos Santos, Esp.
Membro da Banca Examinadora

Ten. BM Rafael Fortunato Camilo, Esp.
Membro da Banca Examinadora

Dedico este trabalho à minha esposa, ao meu filho aos meus pais e irmãos, pelo incentivo e apoio dado a mim; pelo carinho, compreensão e pela felicidade que me proporcionam.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus.

A minha esposa Neliane (Lia) pelo apoio, paciência, dedicação, desprendimento, respeito, força, carinho e amor incondicional que me foi oferecido durante a realização deste trabalho.

Ao Nicolas Rafael Volkweis, meu filho, que é fonte de inspiração, força e motivo de todas minhas lutas.

Agradeço aos meus pais, Catarina Maria Volkweis e Gilberto José Volkweis, pela educação e respeito ensinados durante toda uma vida.

Aos meus irmãos Tiago José Volkweis e Gabriela Volkweis Stocco, sempre me acompanharam em todos os momentos.

Ao meu orientador, Me. Cap. BM Charles Fabiano Acordi, pelo conhecimento transmitido durante a elaboração deste trabalho.

A minha sogra Neli Carniel, pelo apoio desprendido sempre que fora solicitado.

Aos meus amigos pelos ótimos e tristes momentos passados durante estes dois anos de convivência.

“Toma-me Senhor, por instrumento de tua misericórdia. Faze tuas minhas mãos e orienta meus passos para que eu possa levar, no momento preciso, a quantos estejam em perigo o ansiado salvamento. Multiplica, como fizeste com os pães e os peixes, meu vigor físico e minha agilidade, para que nunca esmoreça ante os maiores obstáculos e para que eu possa vencê-los sempre que disso dependa a missão de salvar os que clamam por socorro. Faze-me potente para resgatar da morte os que a ela se entregaram. Abençoa minha boca para que eu possa soprar no peito dos moribundos o alento vital que se lhes foge. Faze-me paciente, perseverante, inteligente e abnegado. Ensina-me a amar o próximo, mais ainda do que a mim mesmo, para que eu nunca falhe no cumprimento de meus deveres de bombeiro militar. Dai-me sobretudo, Senhor, total desprendimento para que eu jamais exite no ato de salvar e em sacrificar pelo meu semelhante a minha própria vida. Amém.”

(Capitão BM Torres)

RESUMO

No cenário atual, a instituição do Corpo de Bombeiros Militar de Santa Catarina (CBMSC) está inserida em um regime de direito público administrativo para que, de acordo com as normas positivadas no ordenamento jurídico brasileiro, possa utilizar do contencioso para promover a solução de conflitos sem que estes precisem chegar até o judiciário. No entanto, estas ações devem ser realizadas de acordo com os direitos fundamentais e os princípios de direito. Para tanto, este presente trabalho tem o objetivo de elucidar a questão da existência ou não de adequação dos procedimentos realizados pelo CBMSC (Auto de Prisão em Flagrante, Inquérito Policial Militar, Processo Administrativo Militar, Sindicância, Conselhos de Disciplina e Justificação e Inquérito Técnico) em relação ao texto da Constituição da República Federativa do Brasil (CR) em seu art. 5º e em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Para obtenção dos dados, partiu-se de uma análise geral da matéria referente às garantias individuais presentes na CR e na CADH, perfazendo um caminho de estudo pela seara dos princípios constitucionais, passando para os princípios da administração pública até a verificação dos processos de polícia judiciária e administrativos existentes no CBMSC, bem como da sua adequação, ou não, aos preceitos Constitucionais. Tal pesquisa possibilitou a verificação da falta de consonância dos manuais utilizados pelo CBMSC em relação a CR e a CADH. Na conclusão, confirmou-se a primeira hipótese da pesquisa, indicando que existem problemas conflitantes da legislação nova com a antiga, então, deverão ser propostos novos ordenamentos para que as diretrizes atuais vistam-se de legalidade,

Finalmente, recomenda-se ao Corpo de Bombeiros Militar de Santa Catarina a revisão na legislação pertinente aos procedimentos de polícia judiciária e processos administrativos militares, no respeito à oitiva de indiciados, acusados, ou ainda de testemunhas suspeitas.

Palavras-chave: Procedimentos de polícia Judiciária. Processos Administrativos Militares. Indiciados. Acusados. Testemunhas suspeitas.

LISTA DE ABREVIATURAS

APF - Auto de Prisão em Flagrante

CADH - Convenção Americana sobre Direitos Humanos

CBMSC - Corpo de Bombeiros Militar de Santa Catarina

CD - Conselho de Disciplina

CEHD - Convenção Europeia sobre Direitos Humanos

CJ - Conselho de Justificação

CP - Código Penal

CPM - Código Penal Militar

CPP - Código de Processo Penal

CPPM - Código de Processo Penal Militar

CR - Constituição da República Federativa do Brasil

IPM - Inquérito Policial Militar

IT - Inquérito Técnico

LICC - Lei de Introdução ao Código Civil

PAD - Processo Administrativo

PMSC - Polícia Militar de Santa Catarina

RDPMSC - Regulamento Disciplinar dos Militares Estaduais de Santa Catarina.

UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina

VTR - Viatura

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 FUNDAMENTOS DO DIREITO AO SILÊNCIO	13
2.1 Estado Democrático de Direito	14
2.2 Direitos Fundamentais	15
2.3 Princípios constitucionais do direito ao silêncio	17
2.3.1 Devido Processo Legal	18
2.3.2 Princípio da Presunção de Inocência	20
3 DIREITO AO SILÊNCIO	21
3.1 Evolução do direito ao silêncio e estudo comparado	22
3.2 Princípios da Administração Pública utilizados nos processos judiciais e administrativos	28
3.2.1 Princípio da legalidade	30
3.2.2 Princípio da oficialidade	30
3.2.3 Princípio do informalismo	31
3.2.4 Princípio da publicidade	31
3.2.5 Princípio da impessoalidade	32
3.2.6 Princípio da motivação	32
3.2.7 Princípio da razoabilidade	33
3.2.8 Princípio da eficiência	33
3.2.9 Princípio da moralidade.....	34
3.2.10 Princípio da Segurança Jurídica	34
3.2.11 Princípio da verdade real ou material	35
3.2.12 Princípio da ampla defesa e do contraditório	36
3.3 Direito Administrativo Militar	37
4 PROCESSOS DE POLÍCIA JUDICIÁRIA E ADMINISTRATIVOS EXISTENTES NO CBMSC E COMO ESTÃO POSTULADAS SUAS NORMAS	39
4.1 Auto de Prisão em Flagrante	40
4.1.1 Formalidades do APF	41
4.1.2 Autoridade competente para lavratura.....	42
4.1.3 Responsabilidade de efetuar a prisão em flagrante	43
4.1.4 Depoimentos e Interrogatórios no APF	43
4.2 Inquérito Policial Militar	45
4.2.1 Provisoriedade	46
4.2.2 Sigilo e Não contraditório	46
4.2.3 Discricionariedade nas investigações	48
4.2.4 Inquisitorialidade	48

4.2.5	Instauração do IPM.....	48
4.2.6	Depoimentos e Interrogatórios do Indiciado no IPM.....	50
4.2.7	Depoimentos e Interrogatórios das testemunhas no IPM.....	51
4.3	Processo Administrativo Disciplinar	54
4.3.1	Competência para realização do Processo Administrativo Disciplinar.....	54
4.3.2	Formalidades do PAD	56
4.3.3	Depoimentos e Interrogatórios no PAD	56
4.4	Sindicância	57
4.4.1	Depoimentos e Interrogatórios na Sindicância.....	58
4.5	Conselhos de Disciplina	58
4.5.1	Depoimentos e Interrogatórios no CD.....	60
4.6	Conselhos de Justificação	60
4.6.1	Depoimentos e Interrogatórios no CJ.....	61
4.7	Inquérito Técnico	62
4.7.1	Depoimentos e Interrogatórios no IT.....	62
5	CONCLUSÃO	64
	REFERÊNCIAS	68
	APÊNDICE A - Modelo padrão de depoimento/interrogatório para sindicados, acusados, indiciados e testemunhas suspeitas em IPM, PAD, Sindicância, Conselhos de Disciplina e de Justificação ou Inquéritos Técnicos.	71
	ANEXO A - Modelo padrão de depoimento/interrogatório para sindicados, acusados ou indiciados	73
	ANEXO B - Modelo padrão de depoimento/interrogatório para Auto de Prisão em Flagrante	75
	ANEXO C - Modelo padrão de depoimento/interrogatório para Inquérito Policial	76
	ANEXO D - Modelo padrão de depoimento/interrogatório para Conselho de Disciplina	77

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão de curso analisa a existência, ou não, de adequação dos procedimentos realizados pelo Corpo de Bombeiros Militar de Santa Catarina (CBMSC), em relação ao texto da Constituição da República Federativa do Brasil (CR), em seu art. 5º Inciso LXIII e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Essa pesquisa é importante devido às diretrizes que fundamentam os atos públicos ser anterior à promulgação da CR e da CADH.

Cabe ressaltar que ao praticar um ato em desacordo com a Carta Magna e com os pactos internacionais que o Brasil faz parte, as instituições estarão agindo na inconstitucionalidade e, portanto, tornando seus atos passíveis de nulidade, o que pode trazer muitos prejuízos para administração e seus administrados.

Assim, com o advento da CR surgiu para a sociedade brasileira uma nova filosofia garantista que, por meio das cláusulas pétreas, fixou inúmeros deveres e direitos a todo cidadão brasileiro e estrangeiro que nesta pátria estiver. Dentre estes, se encontra o já citado art. 5º que garante a manutenção do direito de permanecer calado (ao preso).

Dito isso, o foco principal é verificar se é possível, demonstrar a aplicabilidade da teoria do direito ao silêncio aos processos de polícia judiciária militar e processos administrativos militares.

Diante de tal premissa, o objetivo geral deste trabalho será analisar os procedimentos adotados pelo CBMSC com relação ao direito ao silêncio previsto na CR, e propor sugestões de adequação, se for o caso, ou seja, o trabalho visa elucidar a questão da existência, ou não, de adequação dos procedimentos realizados pelo CBMSC em relação ao texto da CR em seu art. 5º e em relação à CADH.

Como objetivos específicos foram elencados três, que são as bases para a construção do entendimento acerca do assunto, conforme segue:

- Identificar e analisar os princípios da teoria do direito ao silêncio;
- Aprofundar a pesquisa sobre a questão própria do direito ao silêncio, sua situação e evolução no direito atual, bem como os princípios basilares da administração pública através da identificação e análise dos princípios da administração pública e como estão sendo realizadas as oitivas nos procedimentos de polícia judiciária militar e nos processos administrativos no CBMSC, em relação ao direito ao silêncio;
- Sugerir, se for o caso, mudanças dos procedimentos atualmente adotados, visando adequá-los ao que preceitua a CR.

O problema de pesquisa ficou apresentado da seguinte forma mediante questão: existe ou não adequação dos procedimentos realizados pelo CBMSC em relação ao texto da CR, Art. 5º e da CADH?

Para elucidar tal problema, e construir conhecimento capaz de respondê-lo, algumas hipóteses foram elaboradas, e no decorrer da pesquisa se buscou comprová-las.

As hipóteses trabalhadas foram:

Se existirem problemas conflitantes da legislação nova com a antiga, então, deverão ser propostos novos ordenamentos para que as diretrizes atuais vistam-se de legalidade;

Se inexistir problemas na legislação que sejam mantidos os atuais modelos utilizados pelo CBMSC nos procedimentos de polícia judiciária e processos administrativos militares.

Quanto aos procedimentos metodológicos utilizados neste trabalho, que tem por finalidade elucidar matérias referentes à existência ou não de adequação dos procedimentos realizados pelo CBMSC em relação ao texto da CR em seu art. 5º e da CADH, serão estabelecidos de maneira que possa ser criada uma proposta de analisar os procedimentos adotados pelo CBMSC com relação ao direito ao silêncio e propor sugestões de adequação, se for o caso. Para efetuar tal análise, utilizaram-se diversas obras nacionais e internacionais.

Foram utilizados também o Código de Processo Penal Militar, Código Penal Militar, Código de Processo Penal e Código Penal, além da Carta Magna e a CADH.

Tais obras e acervos foram utilizados na forma de empréstimo junto à biblioteca do Centro de Ensino Bombeiro Militar (CEBM), empréstimo junto ao Me. em Direito, Capitão BM Charles Fabiano Acordi, bem como em convênio com a Academia de Bombeiro Militar (ABM) e as obras que estavam a disposição na biblioteca da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

A lógica de pesquisa é dedutiva, sendo que das leis gerais se buscou aprofundar um assunto específico concernente à administração dos processos judiciais e administrativos do CBMSC. Parte-se de uma análise geral da matéria referente às garantias individuais presentes na CR e na CADH, perfazendo um caminho de estudo pela seara dos princípios constitucionais, passando para os princípios da administração pública até a verificação dos processos judiciais e administrativos existentes no CBMSC, bem como da sua adequação, ou não, aos preceitos constitucionais.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, por tratar de comparar os conhecimentos construídos ao longo da história, destacando a análise de leis normas e interpretação

principiológica (PEREIRA, 2001).

Para atingir os propósitos ora apresentados foram utilizadas estratégias bibliográficas, que, de acordo com Gil (2010) consistem na identificação de documentos, diretrizes, manuais etc., que tratam das normas manuais e do tema escolhido e versem, principalmente, sobre o objetivo proposto que é verificar a atual situação referente à existência, ou não, de adequação dos procedimentos realizados pelo CBMSC em relação ao texto da CR em seu art.5º e da CADH, e propor sugestões de adequação, se for o caso.

Pretende-se que este estudo possa contribuir para que desde os soldados até os oficiais superiores conheçam um pouco mais acerca da legislação e das dificuldades encontradas nas mais diversas atribuições que existem no quadro do Corpo de Bombeiros Militar de Santa Catarina relacionadas ao tema.

Almeja-se, também, que comandantes e comandados tenham segurança jurídica na execução dos processos internos que por ventura figurem como parte, ou responsáveis.

Para efetivação dos objetivos deste estudo a pesquisa ora apresentada está estruturada em três capítulos, sendo o primeiro construído com base na análise dos princípios norteadores das leis que seriam os princípios constitucionais. Dentre eles podemos citar o Devido Processo Legal, a Dignidade da Pessoa Humana, bem como a Segurança Jurídica, Ampla Defesa e Contraditório e o Princípio da Presunção da Inocência que dão valor ao direito ao silêncio. O segundo capítulo trata do direito ao silêncio em si, sua origem, evolução e apresentação em outras nações, além dos princípios aos quais a administração pública está vinculada na elaboração, execução e fiscalização dos seus atos. Finalizando, o terceiro e último capítulo trata dos procedimentos judiciais e administrativos militares do CBMSC, cujos oficiais e praças podem figurar como parte ou responsáveis pelos atos administrativos e precisam do conhecimento acerca do assunto em tela.

2 FUNDAMENTOS DO DIREITO AO SILÊNCIO

Este primeiro capítulo estuda o instituto do direito ao silêncio, na legislação brasileira, analisando os fundamentos que lhe dão sustentação, bem como um histórico da evolução deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Como aprofundamento, este capítulo visa verificar outros princípios que ajudam a embasar o direito ao silêncio e como está construído este direito fundamental na nossa estrutura de normas.

Primeiramente, o estudo visa a análise do Estado Democrático de Direito, juntamente com os Direitos Fundamentais que garantem validade a esse instrumento que, por força de lei, está garantido na CR e por isso deve ser respeitado. Será demonstrada a origem do direito ao silêncio e sua aplicação ao ordenamento jurídico brasileiro. Faz-se necessário este estudo para verificar, na atualidade, se o trabalho de polícia judiciária militar, bem como os processos administrativos do Corpo de Bombeiros Militar de Santa Catarina, que tem suas diretrizes fundamentadas em leis esparsas anteriores a CR e a CADH estão adequados ao texto proposto pela Constituição de 88.

A falta de procedimentos padrões poderá acarretar erros à forma da execução de alguns atos públicos sendo passíveis de nulidade. Diante disso, surge a necessidade de analisar como estão sendo realizadas as oitivas nos procedimentos de polícia judiciária militar e nos processos administrativos no CBMSC, em relação ao direito ao silêncio.

O Estado investido da soberania dos povos e organizado na forma de tripartição dos poderes deve, acima de tudo, preservar a paz social e, por meio do Legislativo, Executivo e Judiciário, realizar, elaborar, aprovar, fiscalizar e cumprir a lei. O que significa que a administração pública (aqui inseridas as instituições militares) deve executar o que a lei define como norma, fazendo com que sejam respeitados os princípios constitucionais como o Devido Processo Legal, a Dignidade da Pessoa Humana, bem como a Segurança Jurídica, Ampla Defesa e Contraditório. Ao passo que respeitados tais parâmetros, se atingirá o Direito de Permanecer calado. Dessa forma passaremos a estudar os fundamentos que regem o direito ao silêncio.

2.1 Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito, que está na CR em seu Art.1^o, demonstra a magnitude que as garantias dos cidadãos atingiram com a CR, pois o Estado Democrático de Direito é o resultado da construção legislativa de vários povos, que buscaram equilibrar a vida social, de modo que sejam estabelecidos princípios mínimos de dignidade para as pessoas, como soberania entre os povos, valores sociais, pluralismo econômico, entre outros, com destaque para o Parágrafo Único do art. 1^o da CR já referenciado que diz: “todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos” (BRASIL, 1988).

Portanto, pode-se dizer que a formação do Estado Democrático de Direito nasceu da adaptação do Estado Liberal, onde prevalecia o direito individual sobre tudo e todos. Com o Estado Social, que defendia a garantia de igualdades protegida pelo Estado somados a uma fixação destes parâmetros em lei, foi que se materializou por meio da Constituição que determina como deve ser regida a nossa Nação.

Para esclarecer ainda mais Bobbio (1992, p. 100) ensina a respeito do Estado Moderno que:

Primeiro liberal, no qual os indivíduos que reivindicam o poder soberano são apenas uma parte da sociedade; depois democrático, no qual são potencialmente todos a fazer tal reivindicação; e, finalmente, social, no qual os indivíduos, todos transformados em soberanos sem distinções de classe, reivindicam, além dos direitos de liberdade, também os direitos sociais, que são igualmente direitos do indivíduo: o Estado dos cidadãos, que não são mais somente os burgueses, nem os cidadãos de que fala Aristóteles no início do Livro III da Política, definidos como aqueles que podem ter acesso aos cargos públicos, e que, quando excluídos os escravos e estrangeiros, mesmo numa democracia, são uma minoria.

Portanto, pode-se dizer que a CR inovou para seu tempo ao propor que o Estado tenha como base a preocupação de conceder a liberdade das formas mais variadas possíveis ao indivíduo, ao mesmo tempo em que preserve a equidade dos membros da sociedade, fazendo com que todos os inseridos neste contexto sigam o mesmo ordenamento sem privilégios e respondendo de forma igual pelos seus atos. Tal posicionamento é também defendido por Pinho (2006, p. 47):

Numa visão garantista, claro está que o papel do Estado Social e Democrático de Direito é ao mesmo tempo abster-se de violar direitos individuais (garantia liberal – negativa) e lançar-se ao desafio de realizar programas sociais com o fim de

¹ Art. 1^o - A República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – Soberania; II – Cidadania; III – Dignidade da Pessoa Humana; IV – valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – pluralismo político, PU – Todo poder emana do povo, que o exerce, por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição.(BRASIL, 1988).

minimizar as desigualdades (garantia social – positiva). O poder fica, assim, limitado, quer por meio das proibições (os órgãos de poder não podem intervir indiscriminadamente; o uso da força é restrito), quer por meio das obrigações (normas de mandato direcionadas aos poderes públicos, determinando o que devem fazer).

Todas essas considerações são hoje, objeto de direito no ordenamento e para sua consagração a CR estabeleceu alguns direitos fundamentais, os quais se apresentam a seguir.

2.2 Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são assim denominados para expressar sua importância, pois foram construídos ao longo da história de vários povos, de seus julgamentos, fatos, clamor social. A medida que o direito consuetudinário foi sendo construído, mudanças foram propostas. A base para solidificação no ordenamento jurídico foi a postulação destes direitos fundamentais na CR de 1988 e, por meio desta, difundido em leis infraconstitucionais. Para entender com maior propriedade se verificará no que consiste e como se conhecem esses direitos fundamentais.

Esses direitos fundamentais são a materialização da segurança jurídica que, segundo Queijo (2003, p. 52), são: “[...] aqueles especificados na Constituição. E que receberam deste grau elevado de garantia ou segurança. São imutáveis ou, então, têm sua alteração bastante dificultada, normalmente somente por emenda à Constituição”.

Nesse sentido, também nos ensina a doutrina de Dimoulis e Martins (2009, p. 119):

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Outro dispositivo que o legislador, com o ordenamento jurídico, nos trouxe conforto em termos de segurança e dos direitos fundamentais está expresso no art.1º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos conhecido como Pacto San José da Costa Rica, instrumento do qual se utilizam os países membros para tutelar os direitos protegidos caso estes não estejam nos seus ordenamentos, pois à medida que os signatários aceitam a proposta estão condicionados a respeitá-las (DIMOULIS E MARTINS, 2009).

O artigo também deixa claro, na segunda parte do seu texto, que diz respeito ao ser humano, que é toda pessoa. Portanto, cabe aqui salientar que a diferença entre direitos fundamentais e humanos está em que os fundamentais atendem quem estiver sob tutela do direito Nacional, expressos na Carta Magna, com fins de garantias dos indivíduos, já os

direitos humanos são construções históricas gradativas contra as arbitrariedades dos Estados nas aplicações de sanções e tratamento dos indivíduos. A referida obrigação de respeito encontra-se na obra de Gomes e Mazzuolli (2009, p. 21):

Art. 1º Obrigação de respeitar os direitos.

1. Os Estados-partes nesta Convenção (1) comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos (2) e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição (3), sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social (4).

2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. (5)

Para garantir que não ficasse apenas na adesão dos países membros temos no art. 2º da CADH, conforme leciona Gomes e Mazzuoli (2009, p.26):

Art. 2º Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza (1), os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.(2).

Ainda quanto à conceitualização dos direitos fundamentais, Nery Junior (2009, p.21) esclarece que:

Os direitos fundamentais e humanos são institutos indispensáveis para a democracia, ou seja, são normas fundantes do Estado Democrático e sua violação descaracteriza o próprio regime democrático. Aquele que estiver interessado em correção e legitimidade deve estar interessado também em democracia, e, necessariamente, em direitos fundamentais e humanos.

Quanto à matéria no campo das legislações militares já se conhece novos posicionamentos acerca do tema, conforme se verifica em Rosa (2003, p.31):

O servidor militar, assim como o civil é sujeito de direitos e obrigações, sendo regido por estatuto próprio, o qual deve obedecer a CF, sob pena de inconstitucionalidade. Os militares estaduais continuam sendo regidos por regulamentos disciplinares editados por meio de decretos, que foram recepcionados, mas que não mais podem ser alterados por esses instrumentos. Eventuais alterações nos diplomas disciplinares somente podem ocorrer por meio de lei, Art.5º, inciso LXI², da CF. Aos servidores militares aplicam-se os preceitos constitucionais, sob pena de abuso de poder ou arbitrariedade.

Como bem ensina Rosa, o militar, apesar de ter estatuto próprio, deverá ter seus processos e procedimentos executados de acordo com a Constituição, sob pena de incorrer o encarregado (Oficial ou Juiz), dependendo do ato a ser praticado, em abuso de poder ou arbitrariedade.

² Art. 5º Inc. 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. (BRASIL, 1988).

2.3 Princípios constitucionais do direito ao silêncio

O surgimento de norma jurídica passa pelo processo de elaboração, aprovação e aplicação, porém, antes da sua votação, deve passar por uma comissão que deliberará sobre a constitucionalidade do seu texto. Dessa forma, com esta pesquisa bibliográfica busca-se estudar o instituto do direito ao silêncio na legislação brasileira, analisando sua eficácia, em relação às normas infraconstitucionais anteriores a CR, que foram recepcionadas com sua promulgação.

Assim, a elaboração de normas deve respeitar os princípios e regras presentes em cada comunidade, fazendo com que a legislação compreenda todos os tipos de culturas inseridas nos mais variados povos presente no universo territorial das nações.

Para clarear a importância dos princípios, vejamos o que diz Nery Junior (2009, p. 25):

Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Assim, os princípios são mandamentos de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e de que seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostas.

Também se encontra uma excelente valoração dos princípios na mesma obra redigida por Nery Junior (2009, p.35), visto que, ao elaborar uma obra específica sobre princípios do processo na Constituição Federal, esclareceu que existem muitos deles e cada qual detêm importância particular como segue:

Por fim, cabe notar que elegemos os princípios a serem tratados no livro porque se traduzem nos preceitos constitucionais que englobam e sistematizam os principais e mais elementares direitos fundamentais a serem observados na realização e no desenrolar de todo e qualquer processo (judicial ou administrativo) no âmbito da Constituição Federal de 1988.

As normas de direito fundamentais são entendidas como “a tradução jurídica dos valores morais de uma comunidade em determinado momento histórico”. Os princípios são tratados, na mesma obra de Vale (2009, p. 52), como “pensamentos diretores que orientam a regulação jurídica na direção do justo”.

Dessa forma, os doutrinadores demonstram que as características das normas estão na força regulamentar que detêm, pois defendem que as normas são compostas de regras positivadas do sim ou não, do tudo ou nada, enquanto os princípios são elementos que permitem a análise do contexto podendo, inclusive, existir mais do que um pertinente a matéria e ao julgador caberia verificar qual deles atende o fato analisado da forma mais justa.

Dessa forma, verificada a importância dada aos princípios no ordenamento, como foco principal deste estudo trabalhará com análise deles, visto que estes são fatores que influenciam em todos os tipos de julgamento.

Dentre os inúmeros princípios e fundamentos que estão inseridos em nossas normas se passará a estudar o direito ao Devido Processo Legal, a Dignidade da Pessoa Humana, além da Segurança Jurídica.

2.3.1 Devido Processo Legal

O devido processo legal é caracterizado pela garantia de que os processos seguirão os procedimentos de forma igual e justa independente de quem responde perante a justiça. Para garantir o devido processo legal, utilizamos da CR que dita o que é certo e o que é errado para determinado povo, conforme demonstra Cintra, Grinover e Dinamarco (2007, p.85):

[...] é justamente a Constituição, como resultante do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade em dado momento histórico, que se constitui no instrumento jurídico de que deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do fenômeno *processo* e de seus princípios.

Cintra, Grinover e Dinamarco definem que a CR deve ser materializada em direitos e deveres a todos os cidadãos observando que o processualista deve respeitar as regras e os princípios que acompanham cada caso. Esse dever de agir de acordo com as regras seria a consolidação do devido processo legal.

Na análise da obra de Nery Junior (2009, p. 90), verifica-se que o devido processo legal tem raízes no direito europeu, na CEDH, especificamente no art. 6^o, apesar de não explicitar a expressão processo justo que seria o mais condizente com a tradução para a nossa linguagem jurídica como está expresso:

O devido processo legal (processo justo) pressupõe a incidência da isonomia; do contraditório; do direito a prova; da igualdade de armas; da motivação das decisões administrativas e judiciais; do direito ao silêncio; do direito de não produzir provas

³ Direito a um processo equitativo. 1 Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativamente e publicamente, num processo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação de matéria penal dirigida contra ela.[...]. 2. Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada. 3. O acusado tem, no mínimo, os seguintes direitos: a) ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e de causa da acusação contra ele formulada; b) dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; c) defender-se a si próprio ou ter assistência de um defensor, pode ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; d) interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; e) fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo (BARRETO, 1999 apud NERY JUNIOR, 2009, p.89).

contra si mesmo e de não se auto incriminar; do direito de estar presente em todos os atos do processo e fisicamente nas audiências; do direito de comunicar-se em sua própria língua nos atos do processo; da presunção da inocência; do direito de duplo grau de jurisdição no processo penal; do direito a publicidade dos atos processuais; do direito a duração razoável do processo; do direito ao julgador administrativo e ao acusador e juiz natural; do direito a juiz e tribunal independentes e imparciais; do direito de ser comunicado previamente dos atos do juízo, inclusive sobre as questões que o juiz deva decidir de ofício, entre outros derivados da procedural due process clause.

Já Diniz (1998 apud ARAUJO, 2008, p.7), em uma leitura do sistema jurídico brasileiro, estabelece que para o exercício da jurisdição sem vícios e nulidades faz-se necessário o respeito ao devido processo legal como segue:

O devido processo legal é: o princípio constitucional que assegura ao indivíduo o direito de ser processado nos termos legais, garantindo o contraditório, a ampla defesa e um julgamento imparcial. Onde em sentido processual, o devido processo legal expressa as garantias das quais derivam inumeráveis princípios de processo, que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição.

Ainda reforçando a ideia de devido processo legal como fonte de garantias, Nery Junior (2009, p. 79) o define em sentido genérico:

Genericamente, o princípio do due process of law caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser respeito à tutela da vida da liberdade, ou propriedade está sob a proteção da due process clause.

Em uma visão acerca do devido processo legal para o cidadão inserido em ambiente sob administração militar, Rosa (2003, p. 31) descreve o Estado de Direito para esta parcela da sociedade como:

Uma conquista decorrente de anos de lutas, e deve se fazer presente em todos os setores da sociedade o militar é um cidadão e deve ser tratado como tal. As garantias constitucionais aplicam-se integralmente aos servidores militares. Nos processos administrativos militares, as garantias constitucionais têm sofrido limitações em nome da hierarquia e da disciplina. Esses princípios fundamentais das Corporações militares podem ser observados, sem que seja necessário violar os preceitos esculpidos na CF. O administrador deve entender que a partir de 05 de outubro de 1988, o direito administrativo passou por profundas modificações e estas alcançam a área militar.

Resta com o estudo ora realizado, salientar que o devido processo legal atinge todos os cidadãos brasileiros e deve atuar como garantia constitucional nos processos e procedimentos independente de esfera civil, penal, tributária ou administrativa. Para melhor interpretação dos princípios constitucionais será estudado os direitos fundamentais que são a fonte de segurança jurídica para os processos.

2.3.2 Princípio da Presunção de Inocência

A previsão do princípio da presunção da inocência, em lei está configurada na CR em seu Art.5º, inc. LVII o qual estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Dessa forma, entende-se que ninguém será declarado culpado ou tratado como se fosse sem o devido processo legal o qual se acabou de analisar.

É importante verificar que este princípio é maior que qualquer fase processual. Ele está relacionado à natureza da pessoa e presente no ambiente extraprocessual do direito, restando que todo cidadão é inocente até que se prove o contrário. Contudo, ao se admitir que se deva provar o contrário, ao Estado são limitadas, em alguns pontos, a persecução criminal. Dentre estes limites está o de garantia de permanecer calado ou falar de acordo com sua vontade.

3 DIREITO AO SILÊNCIO

O que se observa com análise dos princípios supracitados é a necessidade de que o ordenamento jurídico seja condizente com o que preceitua a CR e a CAHD, fazendo assim com que vigore sobre todos ideais a força do Estado Democrático de Direito, que se materializa na garantia dos direitos fundamentais, bem como na garantia da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana e no respeito ao devido processo legal, pois caso isto não seja observado, as instituições militares estarão agindo em afronta a CR. Dessa forma como ferramenta para minimizar os vícios de processo em âmbito administrativo o CBMSC poderá se valer do princípio *nemo tenetur se detegere* que significa, segundo Queijo (2003, p. 4, grifo nosso): **Ninguém é obrigado a se descobrir.**

Dessa forma, para conhecer melhor o direito ao silêncio serão verificadas as formas utilizadas para defini-lo, bem como sua evolução na análise do direito comparado. Sendo, portanto, este item o principal foco da pesquisa visto que se busca com a doutrina uma resposta para o direito, ou não, das pessoas (militares) em produzir prova contra si mesmo.

Nesta linha em estudo dos conhecimentos de Queijo (2003), o princípio do *Nemo tenetur se detegere* também pode ser encontrado expresso de outras formas nos diversos sistemas jurídicos latinos e anglos americanos como segue: *nemo tenetur edere contra se* (ninguém é obrigado a produzir prova contra si); *nemo tenetur se accusare* (ninguém é obrigado a se acusar); *nemo tenetur se ipsum prodere* (nenhuma pessoa pode ser compelida a trair a si mesma em público); *nemo tenetur se detegere turpitudinem suam* (ninguém é obrigado a revelar sua própria vergonha); *nemo testis contra se ipsum* (ninguém é testemunha contra si próprio); e o *privilege agais self-incrimination* (privilégio contra a autoincriminação). Porém, o que se percebe é que vários são seus significados e formas de descrevê-los, mas o objeto tutelado não se altera, que é o direito fundamental de permanecer calado tanto para preservação de produção de provas em seu desfavor ou simplesmente não ter prejuízo ao se optar pelo silêncio.

A partir desta máxima, de que ninguém deve ser obrigado a se descobrir, Queiroz, (1996, p. 2) ensina:

Com a promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, consagrou-se, de forma definitiva, no Brasil, o brocardo *Nemo tenetur se detegere*, ou seja ninguém pode ser compelido a auto-acusar-se, colaborando com o Estado-Leviatã, de que falava John Locke, para sua própria condenação.

Assim sendo, ao estatuir o inciso LXIII do artigo 5º da Lei Maior que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo assegurada a assistência da família e de advogado” [...], Indo mais além, entendemos que o suspeito, o detido e o preso podem recusar-se a fornecer padrões gráficos para

confronto em exame grafotécnico e, inclusive, recusar-se a participar de termo de acareação com vítimas ou com testemunhas do caso.

Com esta contribuição, o autor deixa claro que o princípio *Nemo tenetur se detegere* não se restringe ao direito ao silêncio, mas sim em não autoincriminar-se, por exemplo, não sendo obrigatória sua participação em exames grafotécnicos, ou acareações, mostrando ser um instituto amplo que visa a segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana, até mesmo porque todos estão sujeitos a acusações.

Reforçando esta ideia, Fiori (2008, p. 50) explica que:

[...] o direito de não produzir prova contra si é um princípio típico do modelo acusatório. Nele, o acusado não é mais obrigado a contribuir para a elucidação dos fatos, é dado ao imputado o direito de escolher se fornece ou não alguma contribuição para o processo, logo, a acusação não poderá fazer uso, como fazia, do conhecimento do acusado, devendo buscar outras provas para demonstrar os fatos a ele imputados.

Fiori, com sua contribuição, somente nos remete à avaliação de que o administrador imbuído do dever de apurar transgressões e/ou atos ilícitos não poderá utilizar do depoimento como meio de prova, e sim este será um instrumento de defesa.

Presente no texto de Queijo (2003, p. 68), encontra-se a equivalência do princípio do *Nemo tenetur se detegere* ao status de garantia constitucional como segue:

O *Nemo tenetur se detegere* amolda-se à categoria dos princípios-garantias, que, segundo Canotilho, visam instituir directa e imediatamente uma 'garantia' dos cidadãos. É-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa.

Outra definição quanto à vedação de produção de provas em detrimento de si, encontramos nos ensinamentos de Duclerc (2004, p.148):

[...] Veja-se, contudo, que para bem cumprir sua função de garantia, os referidos dispositivos legais, segundo pensamos, devem ser interpretados extensivamente, como verdadeiras proibições de toda e qualquer forma directa ou indirecta de autoincriminação, tais como: a proibição de toda forma vexatória de interrogatório policial ou judicial.

Feitas as leituras das definições propostas, restou clara a vontade do legislador em resguardar para o acusado a possibilidade de permanecer calado visto que sua ação de falar pode resultar em prejuízo de sua defesa. Passar-se-á agora a analisar o direito ao silêncio no decorrer da história e como está postulado este regramento no Brasil e no mundo.

3.1 Evolução do direito ao silêncio e estudo comparado

Verificou-se que ao longo da história este princípio sempre esteve em pauta nas cadeiras escolares ao redor do mundo e não podia ser diferente visto que o sistema penal ao

longo dos anos passou de um sistema inquisitivo para acusatório, permeando várias etapas (QUEIJO, 2003).

Cada povo, a sua maneira, com base em seus problemas sociais, culturas diversas e na sua própria metamorfose social, financeira e intelectual está construindo suas bases normativas. Para entender como esse princípio chegou até nosso ordenamento e hoje figura no arcabouço jurídico brasileiro como garantia constitucional, se estudará sua evolução. De acordo com Grinover (1976, p.24):

O princípio do *nemo tenetur se accusare* nasceu no sistema inglês sob a fórmula do *privilege against self-incrimination* e foi solenemente afirmado no Estatuto de Carlos I, em 1641, embora já invocado no séc.XVI em oposição ao instituto do juramento. A V Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte deu-lhe consagração plena. Diverso é, contudo, o tratamento dado a princípio no direito inglês e no norte-americano.

Verifica-se que, apesar de publicações darem ciência de que este princípio tenha surgido em momentos diversos, o tratamento dado, tanto em um país como em outros, sempre foi o mesmo que é o de não produzir prova contra si, verificou-se que enquanto no direito inglês é assegurado, permitido e oferecido ao acusado o direito ao silêncio, também o é ofertada a possibilidade de prestar depoimento de forma juramentada, o que, por sua vez, invalidaria qualquer informação de caráter informal ou mesmo o silêncio (GRINOVER, 1976).

No direito estadunidense, a amplitude deste princípio em forma de direito é bem maior. Tal constatação se faz verdade ao verificar o direito ao silêncio nos EUA por meio dos ensinamentos proferidos pela Corte dos EUA, em 1966, quando a vontade dos doutrinadores em ampliar a concepção deste princípio do *nemo tenetur se detegere*, ficou evidenciada (DIAS NETO, 1997, p. 197-198).

Ficou explícita e, de certa forma, resumida em regras a serem observadas sempre que se estiver trabalhando com interrogatório e custódia como foi no caso “*Miranda versus Arizona*”, no qual já se buscava uma maior segurança jurídica ao inquirido, demonstrado através das *Mirandas Rules*: Que são o conjunto de 10 regras a serem respeitadas nos procedimentos de interrogatório e custódia, dentre as 10 regras abaixo estão elencadas as principais no tocante ao direito ao silêncio a saber:

As regras são necessárias para garantir o privilégio contra a auto-incriminação e devem ser estritamente observadas na ausência de outras medidas que demonstrem ser “pelo menos tão efetivas em garantir que o acusado seja informado de seu direito ao silêncio e de sua contínua possibilidade em exercê-lo; Antes de um interrogatório sob custódia é necessário que se informe o acusado de “forma clara e inequívoca sobre o seu direito ao silêncio”. Este dever independe do conhecimento jurídico do inquirido, visto que o objetivo do dever de instrução não é

somente informar aquele que ignora o seu direito, mas também atenuar a atmosfera coercitiva do interrogatório para aquele que já o conhece;
 Além da notificação acima mencionada, o acusado deve ser informado de que suas declarações poderão e serão usadas contra ele em juízo, de tal forma que possa compreender as consequências advindas de uma renúncia de seu privilégio;
 Por ser indispensável ao exercício do direito ao silêncio, “o acusado também deve ser informado sobre o seu direito de consultar um advogado e de estar por ele acompanhado durante o interrogatório”. A aplicação desta regra independe do fato de o acusado ter aparente consciência deste direito;
 O acusado é sempre livre para exercer o privilégio; “caso indique a qualquer momento durante o interrogatório que deseja manter-se em silêncio, o interrogatório deve ser suspenso”. Da mesma forma, se ele demanda a presença de um advogado, o interrogatório deve ser suspenso até que este esteja presente. Não há, entretanto, um dever de instrução quanto a este direito;
 Se uma declaração é obtida sem a presença de um advogado “um forte ônus recai sobre o Estado em demonstrar que o acusado renunciou ao seu privilégio contra auto-incriminação e ao seu direito a um defensor de maneira consciente e inteligente”. Tal renúncia não pode ser presumida pelo silêncio após a instrução ou por uma confissão. (DIAS NETO, 1997, p. 197-198).

Para entender o caso Miranda, em linhas gerais, trata-se de Ernesto Miranda que em 1963 foi preso sob acusação de sequestro e estupro. A polícia, em face de coleta de depoimentos, teria conseguido uma declaração “voluntária” de confissão dos atos. Ocorre que após sentença condenatória, Miranda recorreu a suprema corte que entendeu que como no procedimento não foi informado a possibilidade de permanecer calado e da presença de um defensor sua declaração foi excluída do processo revertendo sua sentença e colocando-o em liberdade. Tornando material o entendimento da garantia de não produzir prova contra si (DIAS NETO, 1997).

Para compreender o direito ao silêncio, em face do direito alemão, inicia-se definindo o objetivo do processo penal e do Estado Democrático de Direito conforme segue:

[...] máxima do direito processual penal alemão é o Fairnessprinzip, com raízes no conceito de fair Trial do direito comum inglês, que expressa o direito de todo acusado a um procedimento justo e equitativo. A interpretação alemã deste princípio, inserida no paradigma do Estado de Direito Social, está associada à noção de igualdade de armas (Waffengleichheit) entre acusador e acusado:
 A máxima do fair Trial é produto e consequência de duas experiências simples, mas fundamentais. A primeira é que toda pessoa – mesmo sem haver contribuído – pode encontrar-se na posição de acusado. A segunda é que a apuração de uma suspeita não significa necessariamente a comprovação da culpa, podendo conduzir também à revelação da inocência (MULLER-DIETZ, 1981 apud DIAS NETO, 1997, p.180-181).

Diante destes ensinamentos, observou-se que no direito alemão também se busca a verdade para a materialização das normas penais para que as mesmas possam ser validadas, porém, não é uma verdade a qualquer custo, e sim balizada em alguns patamares, os quais devem seguir duas máximas que é a de que toda pessoa pode ser acusada e a de que a suspeita não significa culpa, e sim pode ser a revelação da inocência.

Como ferramenta para aplicação do direito alemão, verificou-se que foram implementadas barreiras conservadoras a fim de garantir o princípio da proporcionalidade, o direito à privacidade e o privilégio contra a autoincriminação conforme segue:

Ao estabelecer normas que limitam a extensão do poder estatal de investigar o ocorrido, e que impedem acesso dos órgãos instrutores a informações cujo conhecimento seria de grande interesse para elucidação da verdade (proibições de prova), o direito processual penal manifesta que o seu fim não é a verdade a qualquer preço, mas, a busca dosificada da verdade, ou em outras palavras, a verdade obtida em respeito ao Fairnessprinzip. O princípio da proporcionalidade, o direito à privacidade e o privilégio contra a auto-incriminação são exemplos de barreiras que o direito processual penal criou visando limitar a busca da verdade (HASSEMER,1981 apud DIAS NETO, 1997, p.181).

Portanto, verifica-se que consonante com o direito Inglês e o Estadunidense, o direito alemão também defende a ideia de não produzir provas contra si mesmo. Nesta linha, ao analisar o direito português, através das considerações doutrinárias de Palma (1994), verificou-se que as lides envolvendo o direito ao silêncio quanto à legislação são globais e não restritas ao arcabouço jurídico local, pois ao analisar a constitucionalidade do art. 342 do código de processo penal do qual se extrai o direito ao silêncio do arguido, verifica-se que:

O processo penal Português consagra um direito ao silêncio, permitindo-lhe que não responda as perguntas tendentes ao apuramento de sua responsabilidade – em qualquer fase do processo (art. 61.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Penal), incluindo a audiência de julgamento (artigo 343.º, n.º1, do Código de Processo Penal) – e assegurando que não será desfavorecido pelo exercício de tal direito. Todavia, o artigo 342.º. Do Código de processo Penal contempla uma importante exceção a este regime, obrigando o arguido a revelar, no início da audiência de julgamento os seus antecedentes criminais (n.º2). E a ausência de resposta ou uma resposta falsa farão incorrer o arguido em responsabilidade penal, ao abrigo das disposições conjugadas dos artigos 342.º, n.º3, do Código de Processo Penal e 388.º do Código Penal (crime de desobediência) ou 402.º do Código Penal (crime de falsas declarações) (PALMA, 1994, p. 101).

Assim como as análises já realizadas nos direitos: inglês, americano, alemão e agora português, percebe-se a crítica às legislações que não detêm o direito ao silêncio. Na verificação dos artigos do processo penal português, Palma (1994, p. 101) afirma que apesar do consagrado direito estar positivado, ainda encontra posicionamento diverso até mesmo em texto legais do ordenamento jurídico de Portugal, como é o caso dos art. 342 Código de Processo Penal que obriga o acusado de expressar quais seus antecedentes ou ainda o crime do art. 388, do Código Penal que é da desobediência em caso de não prestar as informações solicitadas e o art. 402 também do Código Penal que trata do crime de falsas declarações.

Diante deste apanhado histórico e conceitual dos direitos pelo mundo, o estudo passa a observar como está estruturado no Brasil tal princípio. Partindo da interpretação da

obra de Bottino (2009, p.33), quanto à vedação de autoincriminação como garantia estruturante de um sistema punitivo democrático, verificando-se que:

Atualmente, a vedação de autoincriminação significa a garantia de que ninguém poderá ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal e que será igualmente vedada a criação de qualquer prejuízo ou interpretação desfavorável ao indivíduo que optar por exercer esse direito. Se é verdade que todos os cidadãos têm obrigação legal de colaborar com a justiça durante uma investigação de natureza penal (caso mintam, omitam ou se caírem serão processados e eventualmente punidos por falso testemunho), é igualmente verdade que isso não se aplica ao réu. Este réu (ou acusado, indiciado, investigado, suspeito ou qualquer pessoa que se veja em situação de ter que revelar um crime durante um depoimento) é o único de quem não se pode esperar colaborações com a acusação. Com efeito, é no interrogatório do acusado que se manifestam mais claramente as diferenças entre os sistemas autoritários e democráticos, já que essa garantia cria uma barreira intransponível na produção de prova processual penal.

Verifica-se que o grande questionamento e problema a ser sanado seria a condição de réu potencial ou mero informante, visto que, se nada tem a ver com o crime o dever é de colaborar com a justiça sob pena de incorrer em ato ilícito. Enquanto este mesmo indiciado, acusado, estiver envolvido de alguma forma na conduta antijurídica, seu direito de calar-se deve ser respeitado.

Esta é mais uma doutrina que se encontra favorável à proteção ao direito ao silêncio como uma das formas de não se autoincriminar com bases sólidas nas garantias estruturantes do sistema punitivo, ou seja, garantias que devem ser respeitadas em se tratando de um Estado Democrático de Direito que busca a soberania do seu povo e a dignidade dos seus habitantes, além da CR primar pelos direitos e deveres como cláusulas pétreas dando um caráter mais legalista às garantias fundamentais.

Em pesquisa a história das normas do direito Brasileiro, em relação ao direito ao silêncio internacional e supranacional, Bottino (2009, p.51) ensina:

No plano dos documentos internacionais de direitos humanos, nota-se a ausência de qualquer referência ao direito de permanecer calado, ou de não se auto-incriminar, nos textos da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) e na Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950). O primeiro documento internacional a afirmar expressamente o direito do indivíduo de não auto-incriminar, considerando-o uma garantia fundamental, foi o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), adotado na XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 16/12/1966, com a seguinte redação: Art.14, III: Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...], ‘g’ – a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem se confessar culpada.

Portanto, a citação supracitada trata da primeira publicação incorporada à legislação Brasileira anterior a declaração deste direito pelo Pacto de San José da Costa Rica.

Para entender a importância deste estudo voltado ao direito brasileiro, encontra-se na obra de Grinover (1976), a exata interpretação deste princípio (*Nemo tenetur se detegere*) no ordenamento jurídico brasileiro que de acordo com sua visão, que assim segue:

É este um problema, sem dúvida alguma, ligada à configuração dada aos sistemas jurídicos ao princípio do “Nemo tenetur se detegere”, ao direito ao silêncio do acusado. Para considerar o interrogatório como meio de defesa, a doutrina italiana baseia-se no art. 78, § 3.º do CPP (na redação do art. 1.º da lei n.º 932, de 5 de dezembro de 1969): “A autoridade judiciária ou policial, antes do interrogatório em qualquer fase do procedimento, deve advertir o acusado, reduzindo a termo a advertência, de que goza da faculdade de não responder, salvo no que concerne ao “caput” do art. 366 (qualificação); mas que ainda que não responda, prosseguir-se-à na instrução”, (...) Unanimemente, assim, a doutrina italiana não considera o interrogatório meio de prova, porque o acusado não é forçado a “edere contra se” e é titular do direito ao silêncio. Já no ordenamento brasileiro a situação é diversa. E não apenas porque o legislador colocou o interrogatório entre os meios de prova, mas sobre tudo porque entre nós o princípio do “Nemo tenetur se detegere” tem outro enfoque. Basta para tanto examinar os arts. 186, 191 e 198 do CPP.: o réu não está obrigado a responder, mas será advertido de que seu silêncio pode ser interpretado em prejuízo da própria defesa; durante o interrogatório, consignar-se-ão as perguntas que o acusado deixar de responder e as razões que invocar para não fazê-lo; e o silêncio do acusado não importará em confissão, mas poderá constituir elemento para a formação de convencimento do juiz. (GRINOVER, 1976, p.16).

Grinover (1976), nesta citação utilizou o direito italiano para demonstrar como um mesmo princípio é interpretado de modo diverso dependendo de onde se opera o direito. Enquanto na Itália, este instituto jurídico está assegurado pela jurisprudência inclusive, aqui no Brasil, as legislações adaptaram-se a partir destes entendimentos e, hoje, já atendem por força da CR e da CADH a este direito.

Portanto, a importância que se busca analisar de qual a interpretação mais adequada para esse princípio do (*Nemo tenetur se detegere*) norteador do Processo Penal e, dessa forma, será analisado como essa garantia de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem se confessar culpada, o que hoje está consagrada, apesar de por vezes não ser respeitada, Bottino (2009, p.52).

Essa garantia foi reproduzida, logo em seguida, pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em São José da Costa Rica, em 22/11/1969, com o seguinte conteúdo: Art.8º, II Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]’g’ direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem se confessar culpada. Esse dispositivo é ampliado em razão de outro dispositivo legal: Art.7º, III: A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

Findando o retrospecto da formação do arcabouço jurídico brasileiro e suas bases para formulação das leis e normas vigentes, Bottino (2009, p.52) referencia outros documentos importantes, a saber:

Merecem destaque, também, outros documentos internacionais relevantes que embora abordem o tema de maneira diversa, reforçam o conceito de que a finalidade do Direito Processual Penal não deve ser a busca da verdade a partir do investigado. São eles a Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (CCT), adotada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10/12/1984⁴, e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (CIPT), adotada pela Assembleia Geral da OEA em 09/12/1985⁵.

Com este breve apanhado acerca do tema proposto que é o direito ao silêncio, acredita-se que, conforme extraído das doutrinas, hoje o nosso ordenamento, que passou de um sistema inquisitivo para um sistema acusatório de apuração de fatos antijurídicos, e assim já apresenta a garantia de proteção contra a autoincriminação compulsória, materializada através do “direito ao silêncio”, previsto na CR⁶.

Por isso, deve ser expandida e divulgada para o interior das corporações militares estaduais, a existência destas normas sobre o direito ao silêncio, bem como a criação de métodos para sua operacionalização sob pena de praticar atos nulos.

O próximo assunto a ser abordado para estruturação da pesquisa são os princípios da administração pública utilizados nos processos judiciais e administrativos pelo CBMSC.

3.2 Princípios da Administração Pública utilizados nos processos judiciais e administrativos

Após a verificação dos princípios constitucionais, bem como da origem, evolução e estrutura do direito ao silêncio no Brasil, este segundo capítulo aborda quais os princípios que a administração pública está sujeita para aplicação de suas diretrizes e como eles afetam os procedimentos judiciais e administrativos no CBMSC.

⁴ Artigo 1º - Para fins da presente Convenção, o termo ‘tortura’ designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos físicos ou mentais são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.

Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1975 apud BOTTINO 2009, p. 52)

⁵ Artigo 2º - Para os efeitos desta Convenção, entender-se-à por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa pena ou sofrimentos físicos ou mentais com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-à também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1975 apud BOTTINO 2009, p. 52)

⁶ Informação obtida em orientação monográfica com o Senhor Cap BM Charles Fabiano Acordi, em 17/07/2012.

Para situar-se no direito administrativo e entender a sua importância como forma de jurisdição para o sistema militar estadual que engloba todas as forças auxiliares, se estudará o que, de acordo com os doutrinadores, vem a ser o direito administrativo.

O direito administrativo que é oriundo da subdivisão do próprio direito, em direito público e direito privado, sendo que o público ainda subdivide-se em direito interno e direito externo, nos permite, portanto, perceber que, por tratar-se de direitos que tutelam bens diferentes, cada qual possui peculiaridades referentes às suas aplicações e restrições podendo cada órgão estatal estar vinculado diretamente a um tipo específico de direito, porém comprometido em cumprir todas as legislações pertinentes à administração pública (MEIRELLES, 1994).

Portanto, conforme leciona Meirelles (1994, p.26), o direito administrativo seria: “o conceito de Direito Administrativo Brasileiro, para nós, sintetiza-se no conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes, e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”.

Essa informação quer dizer que os militares estaduais, enquanto partes de uma instituição subordinada ao governo do Estado via Secretaria de Segurança Pública, estão vinculados aos princípios jurídicos. Dessa forma, têm o único e exclusivo fim de atender os anseios sociais cumprindo as prerrogativas que lhes são pertinentes, respeitando sempre o que as normas determinam como própria missão institucional. Isso nos reporta: prover e manter serviços profissionais e humanitários que garantam a proteção da vida, do patrimônio e do meio ambiente, visando proporcionar qualidade de vida à sociedade. (CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DE SANTA CATARINA, 2012).

Na formação de termos para entender o direito administrativo a definir as obrigações dos militares que prestam serviço para o Estado define Oliveira (apud DI PIETRO, 2004, p. 52):

Daí sua definição do Direito Administrativo como o conjunto de princípios e normas que, sob a Constituição têm por objeto a organização e o exercício das atividades do Estado destinadas à satisfação concreta e imediata dos interesses públicos, mediante atos jurídicos tipificados pela auto-executoriedade, de caráter provisório, posto que sujeitos ao controle jurisdicional de legalidade.

Também corrobora com a mesma linha de raciocínio Di Pietro (2005, p. 52), ao elaborar o conceito de direito administrativo como sendo: “[...] o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública”.

Realizadas as análises quanto ao teor do que é o direito administrativo, verificou-se que apesar de várias serem as formas de postular os significados, os autores entendem ser o direito administrativo como um conjunto de normas administrativas que regulam toda atividade que existe no direito público e seus agentes, pertencentes aos quadros da administração pública. Dentro do direito administrativo também se encontram subdivisões e dentre estas abordar-se-à com maior afinco o direito administrativo militar.

3.2.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade que é a base para qualquer forma de negócio jurídico envolvendo a administração pública está positivado na CR em seu art. 37⁷, onde está clara a obrigatoriedade de respeito às leis em vigor para determinados povos que estão sob aquele regime de direito. Conforme ensina Meirelles (1994, p. 82):

A legalidade, como princípio de administração (CF, Art.37, caput), significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Este princípio é um dos principais para o ordenamento jurídico brasileiro, onde se percebe claramente a obrigação dos entes públicos em realizar somente o que a lei permitir.

3.2.2 Princípio da oficialidade

Este princípio significa que uma vez provocado, seja por particular ou pela própria administração, o Estado não poderá permanecer inerte, devendo de ofício dar andamento (impulso) aos processos administrativos.

Percebe-se que o processo administrativo, diferente do jurisdicional, não faz decisão com força de coisa julgada, além de seus atos serem divididos em três etapas: instauração, instrução e decisão, evidenciando o princípio da oficialidade na instrução, conforme texto de Di Pietro (2005, p. 545):

No que diz respeito à instrução, a lei contém o princípio da oficialidade, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias (art.29); veda as provas obtidas por meio ilícito (art.30); atribui ao interessado à prova dos fatos que tenha alegado (art.36), sem prejuízo do dever atribuído do órgão competente para

⁷ Art.37 caput e CF: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (BRASIL, 1988).

instrução e sem prejuízo para a instrução do processo o dever de providenciar, de ofício.

Dessa forma, verifica-se a importância de tal princípio para que havendo, ou não, manifestação de qualquer das partes uma vez iniciado o processo deve seguir e tramitar até cumprir o que foi proposto ou, se negativo, encerrar a lide com seu arquivamento ou diligências necessárias.

3.2.3 Princípio do informalismo

Este princípio é encontrado na doutrina de Di Pietro (2005, p. 550), sendo sua definição o que o caracteriza como segue:

Quanto a esse princípio, a sua aplicação é muito mais rígida no processo judicial do que no administrativo; por isso mesmo, em relação a este, costuma-se falar em princípio do informalismo.

Informalismo não significa, nesse caso, ausência de forma; o processo administrativo é formal no sentido de que deve ser reduzido a escrito e conter documentado tudo o que ocorre no seu desenvolvimento; é informal no sentido de que não está sujeito a formas rígidas.

Portanto, verifica-se que a discricionariedade da administração pública quanto aos atos dos processos administrativos é ampla até o ponto de respeito ao direito do particular, ou seja, permite-se a informalidade nos processos administrativos sempre que não existirem normas exigindo ritos solenes ou que de alguma forma possam lesar interesse de terceiros.

3.2.4 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade externa a vontade do legislador que visa deixar em caráter transparente todo e qualquer ato dos processos administrativos, visto que o direito tutelado é o do interesse público. Conforme leciona Nery Junior (2009, p. 279), a publicidade prevalece para todos os atos processuais salvo dispositivo em contrário como segue:

Outra garantia processual dada pela CF é a da publicidade dos atos processuais, estipulada na CF 5º. LX e 93IX.

Segundo a CF 5º. LX “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”, [...] As sessões de Conselho secretas, previstas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal [...] Assim, esses dispositivos regimentais não foram recepcionados pela nova ordem constitucional, ao contrário do CPC 155, que acolhendo o princípio da publicidade, excetua de sua incidência os atos que digam respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges conversão desta em divórcio, alimentos, guarda de menores e nas demais causas em que o exigir o interesse público.

Com a contribuição de Nery Junior, consegue-se verificar que após o advento da CR de 1988, as legislações esparsas recepcionadas pela Carta Magna devem se adequar aos ditames que foram fixados, principalmente os princípios fundamentais, comprovando a exigência de respeito à publicidade dos atos administrativos.

3.2.5 Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade ou finalidade visa, acima de tudo, defender o bem-estar coletivo, trabalhando com a máxima de supremacia do interesse público sobre os indivíduos, conforme nos demonstra Di Pietro (2005, p. 68):

Esse princípio, também chamado de princípio da finalidade pública, está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda sua atuação.

Ao vincular a autoridade e inspirar o legislador, este princípio estabelece a finalidade como extensão do princípio da legalidade, no qual se sobrepõe o interesse público ao particular respeitando o que está positivado no arcabouço jurídico.

3.2.6 Princípio da motivação

O princípio da motivação dos atos públicos reforça a ideia de que diferente da monarquia, em que prevalecia a vontade do monarca, hoje no Estado de Direito prevalece a vontade do povo e esta vontade somente poderá ser materializada se em consonância com a lei. Para exemplificar, Meirelles (1994, p. 180) nos ensina:

Ora se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, claro está que todo ato do poder público deve trazer consigo a demonstração de sua base legal. Assim como todo cidadão, para ser acolhido na sociedade a de provar sua identidade, o ato administrativo, para ser bem recebido pelos cidadãos deve patentear sua legalidade, vale dizer, sua identidade com a lei. Desconhecida ou ignorada sua legitimidade, o ato da autoridade provocará sempre suspeitas e resistências, facilmente arredáveis pela motivação.

Assim como Meirelles, Di Pietro (2004, p. 232), também corrobora com a ideia da importância da motivação dos atos, bem como soma a esse princípio a falsidade do motivo: “mas, além da hipótese de inexistência, existe a falsidade do motivo”. Dessa forma, ressaltando a importância do administrador em atentar para efetividades dos seus atos não incorrerem em vícios nos procedimentos.

3.2.7 Princípio da razoabilidade

O princípio da razoabilidade está intrinsecamente ligado à interpretação que o administrador/julgador dará ao ato ilícito, transgressão, ou seja, falta que se tenha cometido, e a pena que lhe é cabível dentro de uma proporcionalidade aceitável e condizente com tal delito.

Encontramos na doutrina de Rosa (2003, p. 24) excelente definição para o assunto:

O art.5º, inciso XXXV, da CF permite que o Poder Judiciário analise a razoabilidade da decisão administrativa, ou seja, se esta é ou não abusiva e se o julgamento não se encontra desprovido do caráter de imparcialidade, que deve acompanhar as decisões proferidas pela administração pública (civil ou militar). Existem estudiosos que defendem inclusive que o judiciário possui competência para analisar o mérito do ato administrativo, em decorrência do princípio da jurisdição una.

Portanto, se o próprio Poder Judiciário está restrito a razoabilidade de suas ações, a esfera administrativa que é, de certa forma, não por competência, mas por hierarquia, subordinada ao sistema judiciário brasileiro, também deverá atentar para razoabilidade dos seus atos.

3.2.8 Princípio da eficiência

O princípio da eficiência, que figura como elemento constitucional no nosso ordenamento a partir da emenda nº 19 de 1998, é demonstrado nas palavras de Meirelles (apud DI PIETRO, 2004, p. 83), que o define como dever da administração pública:

O que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento da comunidade e seus membros.

Corroborando com a ideia da inserção da eficiência como princípio constitucional a autora Di Pietro (2004, p.84), agrega mais valor a tal conceito a atribuir-lhe dois aspectos:

O princípio da eficiência tem na verdade dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a administração pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Como verificado, a relevância de tal princípio é a vinculação do agente público assim como da máquina administrativa, para que seus atos sejam embasados na celeridade e presteza com qualidade dos serviços.

3.2.9 Princípio da moralidade

No ambiente acadêmico, em se tratando de moralidade, existem divergências acerca da sua existência. A crítica por parte de alguns autores se faz devido à dificuldade de sua configuração e entendem que o princípio da legalidade absorveria a moralidade.

Porém, como se verifica na obra de Di Pietro (2004, p. 77) é antiga essa distinção entre os termos:

No entanto, antiga é a distinção entre moral e direito, ambos representados por círculos concêntricos, sendo o maior correspondendo à moral e, o menor, ao direito. Licitude e honestidade seriam os traços distintivos entre o direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual non omne quod licet honestum est (nem tudo o que é legal é honesto).

Quando a autora refere-se a direito, pode-se entender legal, para distinção de moral e legal e, por isso, merece atenção por parte dos administradores que, por vezes, suas atitudes apesar de legais podem ferir algum preceito de cunho moral e acabar por responder pelos atos.

Também na obra de Di Pietro (2004) encontra-se a citação de Brandão (apud DI PIETRO, 2004, p. 77), quando seria a primeira vez em que se tratara do assunto da moralidade definindo-a como:

O conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração implica saber distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto; há uma moral institucional, contida na lei, imposta pelo poder legislativo, e há a moral administrativa que é imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário.

Percebe-se que o doutrinador procurou estabelecer códigos de conduta para o bom funcionamento das repartições públicas, dessa forma, firma-se a moralidade como preceito constitucional que tem sua legalidade fixada no texto da lei 9784/99⁸.

3.2.10 Princípio da segurança jurídica

Apesar de já constar nos direitos fundamentais como elemento de força constitucional é importante e necessário discorrer sobre a segurança jurídica dentro da administração pública, devido sua complexidade, pois verifica-se na obra de Alves (2007, p. 30) que: “é cediço que o princípio da segurança jurídica visa atender à demanda de maior

⁸ Art 2º A administração Pública obedecerá dentre outros os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

estabilidade das situações jurídicas, com um mínimo de firmeza nas decisões administrativas, suficientes para atingir as finalidades do serviço público”. Também leciona Di Pietro (2004, p.85) a respeito:

Como participante da Comissão de juristas que elaborou o anteprojeto de que resultou essa lei, permito-me afirmar que o objetivo da inclusão desse dispositivo foi o de vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública. Essa ideia ficou expressa no parágrafo único, inciso XIII, do artigo 2º, quando impõe, entre os critérios a serem observados, “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

A segurança jurídica enquanto princípio seria uma forma de garantir estabilidade nas situações jurídicas para atender aos fins da administração pública como nos ensina Di Pietro (apud ALVES, 2007, p. 30):

O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a consequente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública. [...] Se a administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação.

Esse princípio diz respeito especificamente aos atos que possam ter seu entendimento modificado, seja qual for o motivo, porém, não pode prejudicar um terceiro de boa-fé que já tenha adquirido este direito, mesmo que posteriormente considerado interpretado errado. E mesmo assim, ainda que mude a interpretação, este princípio garante que as decisões novas não retroagirão para prejudicar quem estiver figurando como interessado, o que geraria uma insegurança jurídica muito grande.

3.2.11 Princípio da verdade real ou material

O princípio da verdade real é pura e simplesmente a autonomia e obrigatoriedade que o administrador imbuído da função de julgar atos pertinentes a disciplina e hierarquia, bem como possíveis transgressões ou ainda identificar a ausência de conduta diversa do esperado e determinar arquivamento, tem em permitir, solicitar ou até mesmo determinar que produzam as provas necessárias para se chegar o mais próximo da verdade real dos fatos. (ALVES, 2007).

Este princípio que está, de certa forma, vinculado ao princípio da oficialidade, visto que, aqui coincide com tal princípio na existência da caracterização do dever fazer em

que cabe ao Estado sem prejuízo dos interessados proceder aos atos de ofício como muito bem nos ensina Di Pietro (2004, p. 549):

Essa executoriedade sendo inerente à atuação administrativa existe mesmo que não haja previsão legal; como a administração pública está obrigada a satisfazer ao interesse público, cumprindo a vontade da lei, ela não pode ficar dependente da iniciativa particular para atingir seus fins.

O que este princípio assegura é a possibilidade de se buscar a realidade dos fatos e chegar a uma decisão justa em nome da verdade material, para caracterizar o interesse coletivo como sendo objeto do estado democrático de direito, transferindo para o Estado a capacidade de iniciar os atos de ofício, não sendo considerado vício, pois não privilegia nenhuma das partes apenas busca-se a verdade.

3.2.12 Princípios da ampla defesa e do contraditório

Estes princípios, que foram construídos ao longo da história do nosso ordenamento, restaram positivados na CR em seu artigo 5º, inciso LV⁹, trazendo consigo uma enorme mudança na questão de direito de defesa. Estes dois institutos detêm uma considerável gama de direitos e deveres que ora favorecem a administração, porém, na maioria das vezes beneficiará o réu, acusado ou indiciado.

Assim como o princípio da verdade real está para a oficialidade, temos que os princípios da ampla defesa e contraditório estão para o devido processo legal, pois, um depende do outro e se um deles não for respeitado o outro também não o será.

Para entendermos a amplitude dos princípios da ampla defesa e do contraditório veremos o que Di Pietro (2004, p. 552), nos apresenta em sua doutrina:

O princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas ou jurídicas [...].

O princípio do contraditório que é inerente ao direito de defesa é decorrente da bilateralidade do processo: quando alguma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação.

Também se encontra excelente definição para ambos os instrumentos jurídicos no trabalho de Alves (2007, p. 32)

O contraditório é uma garantia constitucional de que o acusado seja cientificado da existência de um processo contra ele bem como de tudo que está ocorrendo dentro

⁹ Art. 5º Inc.LV – aos litigantes de processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. (BRASIL, 1988)

do processo, com a possibilidade de manifestação a respeito dos atos processuais, possibilitando a reação contra a acusação.

A ampla defesa garante ao acusado a oportunidade de realizar a sua defesa contra as alegações expostas pela administração, sustentando a verdade dos fatos, apresentação e articulação de suas razões, com a garantia de um processo legítimo e justo.

Rosa (2003, p. 26) contribui para o entendimento ao afirmar que o Estado tem o dever de punir respeitada a ampla defesa e o contraditório como segue:

A lei existe para ser cumprida e observada e, quando esta é violada surge para o Estado o direito de punir o infrator, que poderá ter o seu jus libertatis cerceado ou ainda perder os bens que conquistou no decorrer da vida. Mas o direito de punir, jus puniendi, pressupõe o direito de defesa, que deve ser amplo e irrestrito.

Estes princípios, apesar de “novos”, se considerarmos sua configuração expressa na legislação da CR em 1988, caso não seja respeitado poderá ensejar na nulidade de todos os atos praticados pela autoridade que não o observou. Portanto, sempre que o indiciado, acusado, réu, tiver seu cerceamento de defesa, ou não tiver oportunidade de tomar parte dos atos do processo e realizar sua ampla defesa ocorrendo assim prejuízo para parte será este processo administrativo declarado nulo ou invalidado.

Diante da importância desses princípios, que talvez traga consigo de forma implícita, o principal objeto desta pesquisa é o direito ao silêncio, visto que o direito de permanecer calado é direito de defesa e até mesmo a manifestação de não dizer nada pode ser encarada como uma forma de contraditório, uma vez que não pode ser utilizado o silêncio em prejuízo de quem o exerce.

Esse direito consagrado, juntamente com a presunção de inocência, deve ser respeitado também nos regimentos militares, dentre elas o CBMSC e para verificar como funciona o direito administrativo militar será objeto de estudo na sequência.

3.3 Direito Administrativo Militar

O direito administrativo militar, que não deixa de ser direito público administrativo devido suas características, permite destoar de alguns pontos comuns na administração pública, conforme demonstra Alves (2007, p. 19):

O administrado em geral, quando da prática de atos que infringirem disposições legais ou regulamentares da Administração Pública, estão sujeitos às sanções previstas no regimento administrativo disciplinar, porém os militares da União ou Estaduais estão submetidos a um regime jurídico diferenciado em relação aos demais administrados, com deveres de maior complexidade.

Também se encontra nos ensinamentos de Alves (2007, p.20), a afirmação de que mesmo o efetivo de bombeiros militares estaduais fazendo parte do corpo de servidores do Estado de Santa Catarina, estes possuem prerrogativas que lhe são particulares.

Portanto verifica-se que os militares federais ou estaduais se encontram sob a tutela de regras especiais, dentre elas os regulamentos disciplinares, os quais, quando não observados pelos militares, os sujeitam ao controle da administração militar, executados através de atos administrativos disciplinares em relação aos servidores militares federais ou estaduais.

Na mesma linha, Duarte (1995, apud ALVES, 2007, p.19) define como direito administrativo militar:

[...] o sub-ramo do Direito Administrativo Comum, que, através de um conjunto de princípios jurídicos entrelaçados, disciplina e regula a atuação dos órgãos militares, dos agentes / servidores militares, objetivando atingir a função constitucional reservada às Forças Militarizadas.

Findadas as abordagens acerca dos princípios da administração pública e do Direito Administrativo Militar o próximo capítulo estuda os procedimentos inerentes aos processos disciplinares, autos de prisão em flagrante, inquéritos policiais, conselhos de disciplina e justificação, bem como as sindicâncias, realizando análise se estes procedimentos seguem as normas estabelecidas pela CR e a CADH.

4 PROCESSOS DE POLÍCIA JUDICIÁRIA E ADMINISTRATIVOS EXISTENTES NO CBMSC E COMO ESTÃO POSTULADAS SUAS NORMAS.

Este último capítulo estuda as espécies de processos de polícia judiciária e administrativos existentes na corporação de Bombeiros Militar de Santa Catarina e como estão postuladas suas normas em relação à adequação a Constituição da República Federativa do Brasil.

Em um primeiro momento, o estudo analisou como a doutrina postulou os ritos administrativos para os militares, fazendo com que, na sequência, fossem conhecidos todos os tipos de procedimentos adotados pelo CBMSC de acordo com a legislação vigente, passando para análise comparativa da apresentação destes dispositivos com o texto da CR de 1988 e da CADH.

Ademais, este estudo sobre o direito ao silêncio aplicado aos procedimentos de polícia judiciária militar e processos administrativos militares do CBMSC tem por objetivo esclarecer se existe, ou não, adequação dos procedimentos a ser realizados e, caso existam, como deve se portar o gestor para a execução das atividades que lhe são atribuídas, dentre essas, a oitiva em processos e procedimentos.

É importante verificar que nos documentos encontrados para embasar as diligências nos procedimentos de polícia judiciária militar e processos administrativos militares, quanto à padronização das formas, se encontra somente a portaria nº 97 de 30 de maio de 2008, (Manuais de Capas), além da portaria 114 de 12 de junho de 2007, (Processo Administrativo Militar) e a portaria nº 103-EMG de 07 de maio de 2009 (Formulário de Instrução Provisória ao Manual Técnico Bombeiro Militar para a elaboração de Inquérito Técnico), todas devidamente estabelecidas por meio de portaria, porém nenhuma delas respeitadora do direito ao silêncio.

Também como fonte de consulta para exercícios destes procedimentos encontramos na página institucional do CBMSC, manuais como o de Inquérito Policial Militar, Conselho de Disciplina, orientações sobre Sindicância e Auto de Prisão em Flagrante.

Ocorre que como já foi verificado neste estudo, a administração militar deve pautar suas ações nos mais variados princípios, dentre os quais, o da legalidade. Portanto, para realizar todas as formas de processos e procedimentos, os órgãos públicos precisam de legislação própria, ofertar ampla defesa e do contraditório, além de ter manuais descritivos

para garantir o respeito às leis, obrigações e deveres, do administrador e administrados, para garantir um processo justo.

Ressalta-se que deve ser dado o mesmo direito ao silêncio previsto para o sindicado (sindicância); acusado (PAD, Conselho de Disciplina, Conselho de Justificação, Inquérito Técnico), ou indiciado (IPM), às pessoas que são chamadas a prestar depoimento como testemunhas, mas na verdade são suspeitas do cometimento do delito em apuração¹⁰. Ou seja, a garantia a não autoincriminação, conferida pelo direito ao silêncio, é intrínseca à pessoa, não dependendo de uma formalização externa, não é o Estado que concede o direito ao silêncio mas ele faz parte do rol de direitos da pessoa desde o momento em que o acusado tenha cometido o delito.

Dessa forma, se analisará como estão regulamentados os procedimentos de polícia judiciária e os processos administrativos militares no CBMSC, com ênfase nos interrogatórios. Fazendo referências de sugestões para adequação das diretrizes manuais e portarias existentes no CBMSC, se for o caso.

4.1 Auto de Prisão em Flagrante

O auto de prisão em flagrante é uma conduta que merece domínio de conhecimento por parte de quem o executará, visto que vai de encontro com um dos dogmas mais protegidos pelo Estado Democrático de Direito, expresso no artigo 5º caput da CR, que é a garantia de liberdade, podendo ser entendida como o direito de ir e vir. Este direito, não tutela o direito individual em detrimento do estado, mas sim configura a validação da dignidade da pessoa humana, cidadania, símbolo da democracia que o Brasil adota como sistema modelo de gestão.

Este entendimento é confirmado na doutrina de Saraiva (1999, p. 65),

Com efeito, a prisão em flagrante é uma medida extrema em que o cidadão tem sua liberdade coarctada sem uma manifestação jurisdicional prévia, razão pela qual deve ser adotada com prudência e absoluta observância da lei.

Não obstante, não se poderia deixar de adotar imediatas providências contra aquele que está cometendo um crime ou acaba de cometê-lo, quer para satisfazer o natural impulso de autodefesa da sociedade, quer para acautelar-se quanto à prova da autoria e materialidade criminosa.

Nesta mesma linha de entendimento, corroboram com a lição de Saraiva, os ensinamentos de Barros (apud SARAIVA 1999, p.66):

¹⁰ Informação obtida em orientação monográfica com o Senhor Cap. BM Charles Fabiano Acordi em 17/07/2012.

A prisão em flagrante delito é a pronta e eficaz tutela jurídica do Estado, exercitando este seu poder de supremacia, mediante uma verdadeira autodefesa, situação em que se admite também o próprio ofendido e a qualquer do povo, e tem como principal finalidade a função cautelar.

Determinado o grau de severidade nas ações pertinentes ao auto de prisão em flagrante, para sua execução são necessários alguns requisitos formais que salvaguardem o indiciado, bem como a autoridade competente na sua realização. Estas que serão estudadas agora.

Como o próprio conceito já diz, o auto de prisão em flagrante, que tem origem latina, quer dizer ardente, ou seja, acaba de acontecer, de acordo com Saraiva (1999, p.66):

A palavra flagrante, de origem latina significa ardente, que está crepitando, que está em chamas. Daí a expressão flagrante delito, utilizada para identificar o crime que está sendo cometido ou acaba de sê-lo. Em sentido jurídico flagrante, é uma qualidade do delito, é o delito que está sendo cometido, é o ilícito patente, irrecusável, insofismável.

Dessa forma, fica caracterizado o auto de prisão em flagrante como instrumento da polícia judiciária, que por meio da privação da liberdade é realizada tanto processual, quanto cautelar na esfera administrativa em resposta a agressão contra o Estado ou a coletividade, na perspectiva de garantir a produção de prova ou materialidade (SARAIVA, 1999).

Dentro do auto de prisão em flagrante, como já foi estudado, deve ser seguido algumas formalidades, e estas precisam ter uma autoridade competente para sua lavratura, diretrizes para seu executor e cuidados com depoimentos e interrogatórios, que serão aprofundados neste momento.

4.1.1 Formalidades do APF

O auto de prisão em flagrante, por si só, pode suprimir o Inquérito Policial Militar, desde que apresente elementos suficientes que caracterizem a materialidade e autoria do fato ilícito, quanto às formalidades. De acordo com Saraiva (1999, p. 72), temos que:

A lavratura do auto de prisão em flagrante deve obedecer, em absoluto, às exigências da lei, que representam a garantia do cidadão contra o arbítrio, máxime quando se trata de cerceamento liminar da liberdade. Portanto, tais formalidades são sacramentais e constituem elementos essenciais desse ato processual complexo, sendo certo que seu desatendimento deve resultar no reconhecimento de sua invalidade.

Ainda, compartilha a linha de raciocínio de Acosta (apud SARAIVA, 1999, p. 72) ao elencar alguns itens imprescindíveis para elaboração da peça de auto de prisão em flagrante:

O auto de prisão em flagrante é peça inteiriça, de texto corrido, redigida e ditada pela autoridade, contendo no preâmbulo o título, a data, o local, o nome e o cargo da autoridade que preside o ato, e que prossegue com a qualificação e declarações do condutor, das testemunhas e, por último, com o interrogatório do conduzido. Em seguida, assinam a autoridade e todas as pessoas que em qualquer condição participam do ato.

Dessa forma, é nítida a vontade do legislador em garantir ao Auto de Prisão em Flagrante a execução de todos os procedimentos de forma organizada e prevista no direito positivado, fazendo com que seja eliminada a maioria dos vícios que, por ventura, o administrador possa provocar por desconhecimento ou até por vontade. Enquanto essa garantia de respeito ao princípio legalidade torna o processo mais transparente, íntegro e claro também impede abuso de poder e desvios de interpretações por parte do Estado que poderia extrapolar nas decisões.

4.1.2 Autoridade competente para lavratura

As autoridades competentes para lavratura dos auto de prisão em flagrante de crimes militares estão definidas no Código de Processo Penal Militar (CPPM) em seu art. 245¹¹, de acordo com suas respectivas particularidades. Podendo ser autoridade competente o Comandante de unidade militar, autoridade civil (delegado) ou ainda o magistrado. Cada um destes terá sua competência definida de acordo com particularidades como no caso de Comandante militar o local da captura ou se a transgressão ocorreu dentro ou não de administração militar (SARAIVA, 1999).

O comandante militar será sempre o que tiver maior poder dentro de sua jurisdição (comandante, chefe ou diretor) se a prisão foi realizada sob sua administração. Caso a prisão tenha sido realizada em local não sujeito a administração militar, a autoridade competente será o oficial mais antigo da sede militar mais próxima e, somente na falta desta ou algum motivo que justifique, poderá ser encaminhado para autoridade civil, o delegado, que efetuará a lavratura, ou ainda se a transgressão ocorreu dentro das instalações da justiça militar ou na presença de magistrado, poderá o juiz lavrar de ofício o Auto de Prisão em Flagrante (SARAIVA, 1999).

Ainda tratando da competência para lavratura dos auto de prisão em flagrante de crimes militares temos a delegação de competência, conforme ensina Saraiva (1999, p. 74):

¹¹ Apresentado o preso ao comandante ou a oficial de dia, de serviço ou de quarto, ou a 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 a hora em que o fato aconteceu, lavrando-se de tudo auto, que será por todos assinados. (BRASIL, 1969a)

[...] temos como autoridade competente para a lavratura do APF o oficial de dia, de serviço ou de quarto, ou correspondente. Trata-se da delegação de exercício de poder de polícia realizada diretamente pela lei uma vez que o oficial de dia é o representante do comandante da unidade. Por autoridade correspondente entendemos as figuras conhecidas do fiscal de dia, médico de dia etc.

E a competência exercida pelo magistrado ocorrerá quando em sua presença, contra ele ou ainda, quando este, no exercício de suas funções, verificar que o militar incorrer em ato antijurídico e típico, garantia expressa no CPPM art. 249.

4.1.3 Responsabilidade de efetuar a prisão em flagrante

A prisão em flagrante delito é responsabilidade de todos e dever do militar. Isto está tipificado no art.243¹² do CPPM, pois o presente artigo deixa claro que o militar deverá e qualquer do povo poderá prender em flagrante quem estiver em flagrante delito, portanto sempre que qualquer pessoa do povo comunicar a prática de ato ilícito, o militar tem o dever de averiguar e, constatada a atividade, dever de instaurar o inquérito (BRASIL, 1969a).

É importante ressaltar que a questão da legislação considerar como faculdade para qualquer pessoa, nada acontecerá se esta não proferir o ato de prisão mesmo que afronte os ditames do direito e atentem contra o Estado Democrático de Direito. Já a condicionante de que o militar deverá efetuar a prisão em flagrante demonstra que, na falta de ação, o militar poderá ser considerado infrator, pois não realizou ato de poder-dever e estará sujeito a sanções.

4.1.4 Depoimentos e Interrogatórios no APF

Este item merece atenção visto que será neste momento que se oportunizará o direito de defesa e contraditório ao indiciado e, dependendo das ações propostas e realizadas pelo gestor, restará válido ou não os atos processuais. Surge aí sua importância e relevância para os princípios como da dignidade da pessoa humana e cumprimento dos direitos fundamentais.

O cuidado nas oitivas dentro do instituto do auto de prisão em flagrante tem suas transformações diuturnamente confirmando a ideia de proteção a não incriminar-se como ensina Saad (2009, p. 427):

¹² Art. 243 CPPM – Qualquer pessoa poderá e os militares deverão prender quem for insubmisso ou desertor, ou seja, encontrado em flagrante delito. (BRASIL, 1969a).

Seguidas decisões do Supremo Tribunal Federal têm assegurado o direito ao silêncio ao suspeito intimado a depor na qualidade de testemunha. A fim de evitar manobras tendentes a obstaculizar a utilização do direito ao silêncio, chega-se, inclusive, a sustentar que o direito ao silêncio incide também “nas declarações tomadas de suspeitos, indiciados e testemunhas, perante as Comissões parlamentares de Inquéritos”. Assim como em declarações e depoimentos prestados em sindicâncias e processos administrativos, sejam eles realizados por autoridades do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário. É que a autoincriminação poderá ocorrer em qualquer declaração ou depoimento, prestado em sede administrativa, legislativa ou judicial, penal ou extrapenal.

Estes ensinamentos nos demonstram que, desde o ato de prisão em flagrante até mesmo uma sindicância que é mero elemento de investigação, devem estar pautados na legalidade que se faz valer pela CR de 1988.

Ainda quanto as condicionantes obrigatórias por parte do gestor dos atos de coleta de depoimento e interrogatório no auto de prisão em flagrante nos ensina Saraiva (1999, p.75) que:

Efetuada a prisão em flagrante, o preso deverá ser imediatamente apresentado à autoridade competente para a lavratura do APF, que incontinenter, lhe dará ciência de suas garantias constitucionais, dentre as quais: a de permanecer em silêncio, ser assistido pela família e por advogado e identificar os responsáveis por sua prisão e interrogatório.

Outro fator preponderante para efetivação destas oitivas com validade fica demonstrado na doutrina de Grinover (apud SARAIVA, 1999, p. 75) ao estabelecer a ordem para realização:

A ordem na inquirição é imperativa: primeiro é ouvido o condutor, depois as testemunhas e a vítima, se encontrada, por fim o indiciado; é indispensável que este seja o derradeiro a falar no auto e sua manifestação será balizada pelo que afirmaram as testemunhas e o ofendido.

Seguidas as oitivas na sequência apresentada e verificando que ficou ao indiciado o último ato de prestações de informações para que possa versar seu depoimento com maior clareza acerca das acusações, este direito lhe é assegurado, conforme demonstra Saraiva (1999, p. 76):

No atual sistema constitucional, que consagra o conjunto de garantias do devido processo legal (art. 5º, LVI), a presunção de inocência (art.5º, LVII), e o direito ao silêncio (art.5º LXIII), o interrogatório do acusado não constitui meio de prova, mas representa o mais importante instrumento de autodefesa no processo penal; sua inclusão como formalidade essencial para a lavratura do flagrante decorre do interesse de tutela do direito de liberdade, diante da situação excepcional que autoriza a prisão sem ordem judicial.

Contudo, o modelo adotado na portaria de modelos de capas (ANEXO A), utilizados pelo CBMSC, não contempla a garantia do direito ao silêncio, diferente do modelo que hoje a PMSC adota (ANEXO B).

Portanto, tratando-se o APF de um instrumento jurídico cabível em muitas das condutas ilícitas e antijurídicas que os militares cometem, poderá ser executado com vícios nos procedimentos e causar grandes danos à administração. Para trazer maior conforto para administrador e administrado, através do (ANEXO B), atingir-se-ia os objetivos de segurança jurídica aos administradores e maior garantia dos direitos fundamentais aos administrados.

Assim, após breve noção de como transcorre um auto de prisão em flagrante nos processos militares, verifica-se que mesmo suas normas tendo sido constituídas antes da proclamação da CR, esta ferramenta jurídica já sofreu transformações e está se adequando aos princípios constitucionais ao afirmar que devem ser declarados os direitos fundamentais e garantidos no momento da prisão, além de verificar em se tratando de testemunhas estas poderão invocar o direito ao silêncio como supracitado por Saad (2009).

O próximo instrumento jurídico a ser analisado será o Inquérito Policial Militar.

4.2 Inquérito Policial Militar

O Inquérito Policial Militar, no direito brasileiro, serve como ferramenta para as estruturas militares executarem o *jus puniendi* que é o poder que o estado tem em punir quem transgredir alguma norma legal (SARAIVA, 1999).

Tal Instrumento está positivado através do art. 9º¹³ do CPPM. Porém, como se vive em um Estado garantista, a partir do advento da CR são necessárias algumas formalidades para sua plena validade. Dentre estas estão a necessidade de indícios de autoria e materialidade do fato, para que o Ministério Público possa propor ação penal, visto que é o detentor desta função (SARAIVA, 1999).

Para entender como este instituto funciona na legislação pátria passará a se verificar algumas de suas características como a provisoriedade, sua natureza informativa e instrumental, a questão do contraditório, seu sigilo, e discricionariedade de investigação, além da inquisitorialidade, instauração, e oitivas dos indiciados e ou testemunhas.

¹³ Art. 9º CPPM – o inquérito policial militar é a apuração sumária de fato, que, nos termos legais configure crime militar, e de sua autoria. Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal. (BRASIL, 1969a).

4.2.1 Provisoriedade

A característica de provisoriedade, bem como de natureza informativa e instrumental significa que, ao se constituir o IPM como forma de apuração investigativa de transgressão penal, sua consistência começa e termina na persecução criminal, sendo que sua função é colher provas e indícios de autoria e materialidade e encaminhá-lo ao Ministério Público. Portanto, não se admite que em face de inquérito policial militar, na fase de investigação (competência das instituições militares estaduais), mesmo com autoria e materialidade configurada, se profira uma decisão condenatória simplesmente porque é competência exclusiva do juiz de direito. Sua provisoriedade e informação para ação penal ficam evidenciadas nos ensinamentos de Saraiva (1999, p. 15):

Isso porque a lei processual penal exige, para a propositura da ação penal provas do fato criminoso e indícios da autoria (art.30). Além disso, a denúncia, peça inaugural da ação, deve conter a qualificação do acusado e do ofendido; indicação do tempo e do lugar do crime; exposição circunstanciada do fato criminoso; razões de convicção ou presunção de delinquência; a classificação do crime e o rol de testemunhas (art.77).

Ainda é importante que se verifique que a instauração de IPM e seu resultado apontado com indícios de autora e materialidade não é suficiente para propositura da ação penal. Caberá ao MP analisar cada caso e, se entender devido, ingressar com ação penal.

4.2.2 Sigilo e Não contraditório

A característica de sigilo e não oferta de contraditório encontra defesa de alguns doutrinadores por tratar de peça meramente informativa e não tratar de nenhum acusado, e sim indiciado. Ocorre que novos posicionamentos vêm sendo defendidos acerca do tema. Vejamos o que diz Saraiva (1999, p. 16) que defende o não contraditório:

Entrementes, após uma análise menos superficial, há de se considerar que ditas garantias constitucionais não abrangem a *informatio delicti*. Ora, o IPM não é processo, mas mero procedimento administrativo, sem partes, em que não existe nenhuma acusação, portanto nenhum acusado, mas somente o indiciado, que é a pessoa objeto da investigação.

Já ao analisarmos a obra de Rosa (2003, p. 37), com pensamentos mais modernos e garantistas, afirma que mesmo sendo o IPM procedimento administrativo está sujeito à Constituição sob pena de nulidade:

Com o advento da nova Constituição Federal, o inquérito policial militar encontra-se sujeito aos preceitos constitucionais, sob pena da prática do crime de abuso de autoridade previsto na Lei Federal nº 4.898/65. Segundo o art.133 do texto constitucional o advogado é indispensável a administração da justiça, seja dos

Estados, da União ou das Justiças Especializadas entre elas a Justiça Militar Estadual ou Federal.

Ainda na mesma obra e com o mesmo entendimento temos, segundo Rosa (2003, p. 37) “o sigilo que se menciona no Código de processo Penal Militar passou a ser relativo, e encontra-se sujeito aos dispositivos constitucionais e ao Estatuto da Advocacia.”.

Corroborando com a ideia de Rosa, encontrou-se também amparo na obra e Queijo (2003, p. 194) que diz:

Assim, nos interrogatórios a cargo da polícia ou do judiciário, deverá ser observado o direito ao silêncio.

Tal observância impõe-se com maior rigor ainda nos interrogatórios realizados pelas autoridades policiais. É que, nas dependências policiais, o indivíduo fica mais vulnerável, quer pelo ambiente quer pela proximidade temporal em relação ao fato (no caso de prisão em flagrante), quer pela ausência de defensor.

Fundamentação para que se proporcione o respeito aos princípios fundamentais não faltam, contudo, a possibilidade para que não seja ofertado encontraria amparo em alguns doutrinadores, como Saraiva.

Em resumo, o sigilo no IPM existe devido este processo administrativo tratar de elemento investigativo, sem elencar acusado e sim indiciado que terão todas as diligências refeitas em um possível processo penal estabelecido. Portanto, o sigilo ainda é válido e presente nos processos administrativos militares desde que se respeite a exceção encontrada no Estatuto da Advocacia, o qual estabelece que o advogado possa ter acesso a todos os atos do processo para garantia da defesa de seu cliente.

Pode-se dizer que o sigilo existe para as futuras diligências, mas, não de acesso aos autos pelo advogado do indiciado, o que poderia caracterizar o crime de abuso de autoridade.

Já quanto ao não contraditório no IPM, este não é ofertado pelo simples fato de tratar de peça meramente informativa. Pois o IPM não acusa e sim indicia. Por isso, sua função é colher elementos de indícios e materialidade da autoria ilícita de fatos, para que o Ministério Público possa oferecer a denúncia (ROSA, 2003).

Não cabe neste momento o contraditório, pois a polícia judiciária apenas investiga e o contraditório é cabível na esfera judicial.

Também existem doutrinadores como Santin, que defendem que desde a Constituição de 88 o não contraditório tem sofrido mudanças ao afirmar que se trata de um “contraditório mitigado estabelecido pelo direito de permanecer calado e ao acesso do advogado de todo os atos constantes no processo” (SANTIN, 2001, p. 169).

4.2.3 Discricionariedade nas investigações

A discricionariedade do IPM está na maneira que o gestor poderá executar as diligências, não sendo fixada uma norma a seguir, ou seja, como administrador público que é, este procedimento deverá estar pautado em atos lícitos, e suas ações arraigadas de eficiência, probidade, celeridade, entre tantos outros princípios e deveres do administrador (SARAIVA, 1999).

Dessa forma, respeitados os limites da função e das testemunhas e indiciados, o administrador pode executar os atos como melhor achar conveniente para si e para a administração.

4.2.4 Inquisitoriedade

Este item trata do IPM como peça da fase pré-processual e tem essa característica devido à falta de contraditório, a ausência de acusação e de defesa, o sigilo para obtenção de indícios e autoria dos fatos e, se necessário, a ausência do indiciado em alguns dos atos (ROSA, 2003).

Dessa forma, estas características por si só tornam o IPM inquisitivo, ou seja, sua inquisitoriedade está na essência de inquirir, pesquisar sobre algum fato ou autoria de ato, tratando o acusado como objeto de investigação, ficando o critério da autoridade que investiga a discricionariedade de ação, de sigilo, de coleta de provas para então encaminhar ao MP que poderá ou não propor ação penal.

4.2.5 Instauração do IPM

De acordo com o extraído do manual de orientações básicas para inquérito policial militar:

Em nossa Corporação somente o Comandante Geral, os Comandantes de Batalhão de Bombeiro Militar, os Diretores e Chefes de órgãos, repartições, estabelecimentos e serviços, previstos na Lei de Organização Básica poderão instaurar IPM no âmbito de suas circunscrições. (CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DE SANTA CATARINA, 2006).

Ademais, como já verificado no auto de prisão em flagrante no IPM, também poderá ser delegado funções, ou seja, poderão exercer o poder de polícia, oficiais subalternos

no lugar dos titulares se assim melhor for para o Estado, isso é o que se defende no mesmo manual:

O Encarregado de IPM é autoridade de polícia judiciária militar, devendo comparecer a todos os atos e oitivas, principalmente à qualificação e interrogatório do indiciado;

A autoridade de polícia judiciária militar não possui “jurisdição” e sim “circunscrição”;

O critério adotado foi o hierárquico, permitindo que a autoridade militar possa exercer as atribuições de polícia judiciária militar sobre todos seus subordinados que pratiquem crime militar contra pessoa ou bens sob sua circunscrição de comando;

É de se destacar que a instauração de inquérito policial militar não é exercício de atribuição de polícia judiciária militar e sim a própria materialização da competência de polícia judiciária militar;

É função de comandante de Batalhão, CIA especial não tem poder de polícia judiciária. Se sair todo mundo do BTL, e ficar somente um 2º Ten, respondendo pelo Cmdo, ele terá o poder de polícia judiciária. (CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DE SANTA CATARINA, 2006).

Dessa forma, ao observar os critérios já adotados pelo CBMSC, verificou-se também que a instauração do IPM se fará através de portaria mesmo que solicitada pelo Ministério Público ou requerida por algum terceiro, ou ainda por determinação do juiz, Encontrou-se de forma sucinta e clara como deve ser a portaria na obra de Saraiva (1999, p. 21):

Na qualidade de ato administrativo inaugural, do IPM, a portaria deve ser uma peça singela, na qual a autoridade militar consigne haver tomado conhecimento da ocorrência de um crime narrando-o de forma sucinta, declinando-o se lhe for possível a qualificação do pretense agente e da vítima, o dia, o lugar e a hora da prática do fato. Ao final determinará a instauração do procedimento e se for o caso delegará o exercício do poder de polícia que lhe é conferido pela lei para o encarregado das investigações, observadas as normas pertinentes analisadas no item anterior.

Esta portaria supracitada por Saraiva dará validade ao procedimento investigativo policial e, a partir do momento que foi provocado, o Estado ou o encarregado tem de ofício “obrigação” de proceder às diligências sob pena de incorrer em crime de prevaricação¹⁴.

Ainda é importante observar sobre a instauração, o que Cardoso (2006, p.8), nos remete às seguintes possibilidades que merecem cautela:

Se em determinado fato tenha se instaurado Sindicância devido à fragilidade dos fatos e de seu enquadramento no CPM, e a seu final restar indícios de crime militar tal procedimento administrativo, deverá ser remetido à Auditoria de Justiça Militar, contudo, o MP pode e até deve determinar a abertura de IPM, caso a mesma não esteja suficientemente instruída;

Se surgir, no decorrer do IPM, fundada suspeita de envolvimento de superior hierárquico do Encarregado, este deverá comunicar tal fato à autoridade delegante e solicitar sua substituição, ainda, o prazo para o término do IPM é suspenso e o novo delegado começa de onde o substituído parou, devendo concluir as investigações dentro do prazo legal, computando-se o prazo anterior.

¹⁴ Art. 319 CPM – Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra expressa disposição de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. (BRASIL, 1969b).

Finalizando os apontamentos quanto à instauração, percebe-se a necessidade de zelo em sua execução, pois qualquer ato em desacordo com o exigido em lei poderá e deverá ser declarado nulo. Devendo então o encarregado ou responsável observar as prescrições nas normas para validação dos atos, bem como dos princípios constitucionais.

4.2.6 Depoimentos e Interrogatórios do Indiciado no IPM

A oitiva do indiciado é, com certeza, fundamental para esclarecer os objetivos desta pesquisa, visto que a busca que se faz nestas obras literárias é quanto ao direito ao silêncio nas normas e procedimentos adotados pelo CBMSC. Portanto sua materialidade está na forma com que se extrai do indiciado as informações e o que lhe é garantido na ótica dos direitos fundamentais que lhe são ofertados pela CR e o Pacto São José da Costa Rica por meio da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.

Ademais, quanto a oitiva do indiciado, o próprio legislador já tem tentado adequar as normas à legislação vigente, ao observarmos o art. 186 do Código de Processo Penal do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 como segue:

Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa. (Revogado).

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792 de 1º.12.2003)

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Incluído pela Lei nº10.792 de 1º.12.2003). (BRASIL, 1941).

O que se buscou com a alteração da legislação foi ampliar as garantias processuais para que sejam efetivadas. Dessa forma, podemos observar que na mesma linha de raciocínio Rosa (2003, p. 38) ensina: o indiciado deveria estar protegido pela lei pátria como podemos verificar:

O indiciado não está obrigado a responder às perguntas que lhes sejam feitas na fase do inquérito policial, e a sua recusa não poderá ser entendida como sendo violação ao preceito de falar à verdade, que é considerado transgressão disciplinar grave.

O inquérito policial militar continua sendo inquisitivo, mas isso não significa que a autoridade militar que o presidente poderá, durante o seu curso, desrespeitar os princípios constitucionais que são assegurados a todos os brasileiros e estrangeiros residente no Brasil, em atendimento ao art. 5º, caput e incisos.

Porém, se estão ou não sendo obedecidas as leis, não podemos afirmar, uma vez que ao analisarmos o modelo padrão proposto pelo manual de orientações básicas para elaboração de inquérito policial militar (CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DE SANTA

CATARINA, 2006) não se encontrou menção a obrigatoriedade de informar ao indiciado quanto as suas garantias de permanecer calado, como segue no Anexo C.

Contudo, no mesmo manual encontra-se anteriormente previsão expressa desta garantia processual, o que de certa forma deve ser seguido por todos os gestores do CBMSC, como se pode analisar:

O indiciado tem o direito de permanecer em silêncio durante seu interrogatório e tal procedimento não pode ser considerado em seu prejuízo, mesmo porque se trata de direito constitucional (art. 5º, LXIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). O termo deve ser digitado sem espaços, parágrafos. É texto na forma corrida. (CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DE SANTA CATARINA, 2006)

Dessa forma, verifica-se a inclinação em respeitar as normas constitucionais e cabe aos executores dos procedimentos atentarem para esta normativa, pois este não poderá alegar desconhecimento da lei, premissa esta expressa no art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, (LICC)¹⁵.

No entanto, visando uma melhor prestação do serviço e como existe a previsão de padronização apresentada no modelo do Anexo C (não regulamentado) e no Anexo A (regulamentado com vícios), propõe-se que seja alterada a portaria de capas e passe a vigorar o texto do Apêndice A, também para o Inquérito Policial.

Outro doutrinador que corrobora com a ideia de defesa do direito ao silêncio na coleta de informações do indiciado é Saraiva (1999, p. 36) ao afirmar:

[...] é de sabença que o interrogatório do indiciado é uma oportunidade que lhe é dada para apresentar sua versão dos fatos, negar a autoria, justificar sua conduta ou mesmo confessar a prática do delito. Portanto, a ele não se aplica a norma do art. 346 do Código Penal Militar, que dispõe sobre o crime de falso testemunho. De igual sorte o indiciado não é obrigado a falar o que sabe, até porque, de acordo com a Constituição Federal, o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

De posse desse apanhado sobre as condicionantes que o gestor deve estar ciente para realização de oitivas de indiciados e trazer lisura ao inquérito, se passará a observar as formalidades e no que difere a oitiva das testemunhas.

4.2.7 Depoimentos e Interrogatórios das testemunhas no IPM

A oitiva da testemunha merece cautela, pois sua força probatória está centrada na presunção e não na certeza, conforme nos ensina Saraiva (1999, p. 39),

Testemunha é a pessoa que presta esclarecimentos sobre a existência de um fato ou a prática de um fato ou a prática de um ato que tenha ciência por percepção sensorial

¹⁵ Art. 3º LICC – Ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece. (BRASIL, 2002).

direta ou por intermédio de informações. Discute-se com intensidade sobre o valor da prova testemunhal e sendo certo que sua força probatória deve originar-se da presunção, nunca da certeza.

O legislador não estabelece padrões claros quanto ao alcance do Estado para materialização da verdade visto que de acordo com o tipo de testemunha e compromisso prestado pode ser de um tipo a sua valoração.

Por exemplo, se ascendente, descendente e cônjuge, passa a ser informante sem prestar juramento legal de dizer a verdade. Se é uma testemunha referida é porque foi citada em outro depoimento do processo e ainda temos a numerária que ingressa o número total máximo permitido no processo e a instrumentária que assistiu ou participou de ato que interessa ao processo. Além da testemunha direta, que fala sobre fatos que viu, ou indireta, que fala de fatos que ouviu falar (SARAIVA, 1999).

Aqui se utilizou novamente da afirmação de Saad (2009, p.427): [...] chega-se, inclusive, a sustentar que o direito ao silêncio incide também “nas declarações tomadas de suspeitos, indiciados e testemunhas, perante as Comissões Parlamentares de Inquéritos”. Para explicar o entendimento de alguns doutrinadores em que o direito ao silêncio deve atingir até mesmo as testemunhas.

Por isso, é necessário pesquisar acerca do tema e definir quanto ao direito ao silêncio, ou não, para testemunhas, pois como se verifica no ordenamento se for familiar, se admite de certa forma a omissão, se é acusado se permite inclusive mentir, agora, se esta se falando em inquérito policial militar, ainda trata-se de fase pré-processual e a obrigatoriedade em testemunhar pode significar um indiciamento em desfavor deste depoente.

Caso isto ocorra, a testemunha passará a indiciado e assim configurado deveria ter atendido os princípios constitucionais desde o início das investigações. Portanto, apesar de trazer prejuízo na apuração da verdade, o encarregado deverá utilizar das provas testemunhais com prudência e baseado na legalidade.

O que não resta dúvida é a obrigatoriedade de comparecer para o ato de testemunhar. Conforme leciona Saraiva (1999, p.40): compete à testemunha, uma vez notificada, atender ao chamado da autoridade policial judiciária militar, comparecendo ao local, data e horários aprezados, haja vista que não poderá eximir-se da obrigação de depor”.

Ratificando também se encontram os ensinamentos de Mirttermaier (apud SARAIVA, 1999, p 42):

Todo cidadão é obrigado a concorrer para o serviço do Estado; ora sendo a perseguição e a representação dos crimes coisas necessárias para a manutenção da segurança e da ordem pública segue-se que o comparecimento para depor, requerido por parte do Estado, constitui em matéria criminal, um dever cívico. Seria assegurar

a impunidade a todos os crimes se recusar os meios de fazer deporem testemunhas, que muitas vezes são as únicas capazes de fazer a prova necessária.

Porém, a grande dificuldade encontrada está no interrogatório do suspeito que ainda não foi indiciado e nas manobras feitas pelos investigadores que deixam de indiciar para obrigar o suspeito a prestar declarações.

Para tentar elucidar este que é tema controverso na doutrina brasileira analisou-se o Habeas Corpus nº 73.035-3/DF (DJ de 19/12/1996) extraído da obra de Bottino (2009, p.106):

[...] A defesa de Lacyr sustentava a tese de que mesmo uma testemunha que preste compromisso legal de dizer a verdade não está obrigada a responder algo que possa incriminá-la. Da mesma forma, se responder falsamente à pergunta cuja a resposta possa incriminá-la, não pratica o crime de falso testemunho, mas exerce o seu direito constitucional de não produzir prova contra si mesma.[...] A decisão foi unanime. [...] Afirma que a doutrina se orienta para não considerar crime a conduta de testemunha ocultar a verdade para não se auto-incriminar.

Ainda na obra de Bottino (2009, p. 109), encontra-se outro julgado do Habeas Corpus 71.261-4/RJ:

Portanto, no que tange à declaração falsa de testemunha perante a comissão parlamentar de inquérito, o voto do relator endossa a tese de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa daquele que se vê compelido a fornecer uma resposta que possa incriminá-lo. Isso significa que a conduta é típica e antijurídica apenas, não sendo culpável.

Como verificado não se deve forçosamente e como estratégia de obtenção de indícios chamar pessoas a testemunhar evitando-lhe ofertar as garantias de indiciado ou acusado simplesmente para obtenção de informações privilegiadas pelo compromisso, mas sim, quando encontrados elementos que geram suspeitas acerca da conduta de algum envolvido na investigação, que este seja tratado como se indiciado fosse, afim de garantir o devido processo legal. Pois, caso contrário pode se estar agindo contra os preceitos constitucionais. Para materializar tal afirmação analisou-se o caso de Francisco Lopes, no caso da CPI do Sistema financeiro constante em Bottino (2009, p. 111):

Alegando que não era testemunha, mas investigado – Francisco Lopes tivera sua residência vasculhada por policiais federais e prestara depoimento perante Procuradores da República, no curso de “procedimento investigatório” instaurado no âmbito do Ministério Público Federal o convocado apresentou um texto ao presidente da CPI afirmando que se reservaria o direito de permanecer calado e não responder a qualquer pergunta que os Senadores fizessem sobre o tema a CPI que vinha a ser o mesmo das investigações a que estava submetido.

Portanto, de nada adianta tentar extrair confissões ou depoimentos na forma de testemunhas visto que as mesmas detêm prerrogativas, inclusive, de mentir ou negar ou até mesmo calar, se assim entenderem melhor. Concluindo a questão acerca dos depoimentos de

testemunhas, Bottino (2009, p. 178) elenca três eixos sobre o direito ao silêncio e um deles é a questão da garantia de permanecer calado para outros sujeitos além do preso como segue:

Examinando todos os julgados relevantes, considerou-se apropriado agrupar os casos a partir de três eixos de análise: (1) a extensão da garantia da vedação de auto-incriminação para outros sujeitos além do preso; (2) a ampliação da garantia para além do direito de calar ; e (3) o desdobramento desta garantia em outras formas de atuação de defesa técnica em inquéritos ou processos de natureza criminal.

Então, resta estabelecido que a testemunha pode e deve prestar o compromisso, quando assim ensejar o bom andamento do processo, desde que isso não venha ferir qualquer garantia constitucional, primando pelo princípio da proporcionalidade para que a persecução criminal atinja os interesses do Estado, convalidando a supremacia do interesse público.

Além disso, quando a pessoa a ser ouvida tratar-se de suspeito de participar, de qualquer forma, no evento delitivo deverá ser estendida a ela todos os direitos que o réu, acusado, indiciado e sindicado detêm nos procedimentos administrativos. Isto poderá ser realizado com a adequação do manual de capas do CBMSC proposto no Apêndice A. Em sequência se estudará sobre os processos administrativos disciplinares militares.

4.3 Processo Administrativo Disciplinar

O processo administrativo é um conjunto de atos ordenados com o fim de elucidar uma possível falta nos procedimentos da administração pública podendo ser judicial ou administrativo. Como nos ensina Alves, (2007, p. 34) “O processo administrativo é definido como uma sequência ordenada de documentos e providências necessárias para se chegar à obtenção de um determinado ato, podendo ser na esfera judicial ou administrativa”.

Corroborando com a ideia, Lessa (apud ALVES, 2007, p. 38) diz que a administração pública: “institui mecanismos eficazes para diante do comportamento censurável do servidor, de plano, aplicar o regime disciplinar após regular apuração do fato”.

4.3.1 Competência para realização do Processo Administrativo Disciplinar

A competência legal para que o CBMSC proceda aos processos administrativos disciplinares militares está fixada, primeiramente, na condição de militar que se está garantida na CR em seu art. 42¹⁶.

¹⁶ Art.42 – Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. (BRASIL, 1988).

Como todas as ações da administração são embasadas em leis para o processo administrativo disciplinar do CBMSC, sua normatização encontra-se na portaria 114/CBMSC/2007 de 12 de junho de 2007.

Além destes dispositivos que garantem a função de polícia judiciária, a carta magna também garante e torna obrigatório o respeito ao art. 41§1º, inciso 2º.¹⁷, o processo administrativo para possível perda de cargo.

O processo administrativo disciplinar tem caráter fundamental para a manutenção da hierarquia e disciplina, que são características do sistema militar, porém com o advento da CR todos os atos devem estar pautados no respeito aos direitos fundamentais, como leciona Rosa (2003, p. 17):

A hierarquia e a disciplina devem ser preservadas por serem princípios essenciais das Corporações Militares, mas os direitos e garantias fundamentais previstos no art.5º da CF são normas de aplicação imediata (art.5º, §1º, da CF), que devem ser asseguradas a todos os cidadãos (civis ou militares, brasileiros ou estrangeiros), sem qualquer distinção, na busca do fortalecimento do Estado de Direito.

Encontra-se na portaria nº114, de 12 de junho de 2007, a preocupação com adequação e formalização dos procedimentos acerca dos PADs, no CBMSC, pois nesse documento fica estabelecido como objetivos gerais 1º - Regular as normas para padronizar a concessão do contraditório e da ampla defesa nas transgressões disciplinares; e segundo auxiliar a autoridade competente na tomada de decisão referente à aplicação de punição disciplinar (CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DE SANTA CATARINA, 2007).

Porém, também não se encontra expresso o direito do acusado calar-se, ou então da testemunha em não responder as perguntas que por ventura possam lhe prejudicar como, por exemplo, na portaria nº 114/CBMSC/2007, de 12 de junho de 2007, que ao tratar da matéria de oitiva de testemunhas no campo das instruções para padronização do contraditório e da ampla defesa contido no anexo A, verifica-se o seguinte teor: na alínea h do item 4. que corresponde ao procedimento:

Havendo a oitiva de testemunhas, o Encarregado do PAD deverá cientificar o acusado, informando data, local e hora para que, querendo se faça presente com ou sem o seu defensor, devendo todos assinarem o termo de declaração (CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DE SANTA CATARINA, 2007).

Tal problemática da oitiva de testemunhas já foi arguida no estudo do IPM, repetindo-se nos processos disciplinares, ficando a sugestão de adequação da proposta com o Apêndice A.

¹⁷ ART. 41§1º, II CR – mediante processo administrativo que lhe seja assegurada ampla defesa. (BRASIL, 1988).

4.3.2 Formalidades do PAD

As formalidades a que o Processo Administrativo Militar está submetido são as mesmas do processo administrativo que têm sua validade garantida pela lei 9.527/97 do Estatuto dos servidores públicos federais. Para confirmar tal entendimento, Alves (2007, p. 39) esclarece que: “o desenvolvimento do processo administrativo disciplinar é idêntico às fases do processo administrativo, comportando as fases de instauração, instrução, defesa e decisão, respeitando-se sempre os princípios constitucionais já consagrados e mencionados”.

Além desta sequência de atos que devem ser executadas em face de recursos, o PAD na esfera militar possui como recursos a reconsideração de ato, a queixa e a representação. Portanto, mais uma vez verifica-se nas doutrinas a exigência de respeito às normas constitucionais, pois caso não sejam respeitadas, estão positivadas as formas de recursos como garantia do devido processo legal, que se materializa com a validade dos atos administrativos sempre que estes estejam de acordo com a lei.

4.3.3 Depoimentos e Interrogatórios no PAD

Os interrogatórios dos PADs, conforme foi arguido no presente estudo, devem estar em concordância com os princípios constitucionais como a presunção de inocência no devido processo legal, bem como os pertinentes à administração pública que são o contraditório e a ampla defesa, oficialidade, legalidade, moralidade, publicidade entre tantos outros. Portanto, conforme prevê a CR, em seu art.5º XXXV¹⁸, os processos terão a oportunidade de revisão judicial quando algum direito estiver sendo cerceado de acordo com o princípio da razoabilidade.

E com o intuito de que essas nulidades possam prejudicar tanto o administrador, administrado, bem como o interesse do Estado em convalidar sua atividade jurisdicional e primar pelo direito igualitário e justo, propõe-se que seja adequado o manual de capas do CBMSC como segue no Apêndice A.

¹⁸ Art.5º XXXV CR - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988).

4.4 Sindicância

A sindicância é instrumento de investigação para chegar à verdade dos fatos quanto a autoria, materialidade e existência, ou não, de culpa dos agentes, bem como da ilicitude dos fatos ora apresentados. Ainda tem sua definição postulada por Cretella Junior (1969, p. 153, apud DI PIETRO, 2004, p. 559):

No idioma de origem, os elementos componentes da palavra sindicância, de origem grega, são o prefixo syn (junto, com, juntamente com) e dic (mostrar, fazer, ver, pôr em evidência), ligando-se este segundo elemento ao verbo deiknymí, cuja acepção é mostrar, fazer ver. Assim, sindicância significa, em português, à letra, “a operação cuja finalidade é trazer à tona, fazer ver, revelar ou mostrar algo, que se acha oculto.

Dessa forma, o que se pode entender com a doutrina é que o gestor público sempre que estiver em dúvida sobre os atos praticados, sejam eles quanto a autoria ou quanto a materialidade deverão, em função do princípio da oficialidade, determinar que se proceda a sindicância para que, se for confirmada uma transgressão, que se execute o PAD, ou se verificada a existência de crime, seja encaminhado para autoridade competente e instaurado o IPM, ou ainda direto ao Ministério Público, para que ofereça a denúncia. Portanto, resta demonstrado a importância de uma sindicância bem estruturada para que tenha validade judicial o que dispensará a instauração do IPM, visto que os dois documentos são meramente investigativos e existem na fase pré-processual, seja administrativa ou judicialmente.

Um ponto chave para o presente estudo da sindicância é quanto ao item 4. da ordem de serviço nº 26/CMDO. G/76, que trata da sindicância em caráter sigiloso (POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA, 1987).

Conforme Rosa (2003, p. 28), não podem mais existir processos dessa forma, a não ser para sobrevivência do Estado como segue:

No direito público, não existe sigilo, a não ser que por lei as informações sejam consideradas essenciais para a sobrevivência do Estado, o que não é o caso. O Estado de Direito não admite que uma pessoa seja punida ou fique sujeita a perda de seus bens sem que tenha exercido a ampla defesa e o contraditório, com todos os recursos a eles inerentes. Exercer ampla a ampla defesa não é apenas oferecer alegações finais, mas acompanhar a realização de provas técnicas, à oitiva de testemunhas, podendo elaborar perguntas, formular quesitos, ou seja, tudo aquilo previsto em lei.

Então, se de acordo com Rosa (2003), o acusado que está sendo investigado na sindicância deve ter todas estas prerrogativas dentre “tudo aquilo previsto em lei”, o direito ao silêncio, é uma forma constitucional de proteção ao acusado. Em análise aos modelos adotados pelo CBMSC no Anexo A, verifica-se que não se atenta para que tal medida seja garantida a quem for depor como demonstrado no documento elaborado para instruir o

servidor como proceder à sindicância também no tocante a inquirição de testemunhas: ordem de serviço n° 26/cmdo g/76 tais diretrizes:

10. Modelos

10.1. Inquirição de Testemunhas

ASSENTADA

Aos dias do mês de do ano de mil novecentos e no local, passei a inquirir as testemunhas, pela maneira que se segue.

Em, (Ass), Sindicante.

1ª Testemunha

F....., (idade, estado civil, residência, profissão e lugar e onde exerce sua atividade). Se houver a quem esteja sendo imputado o fato irregular, esclarecer se a testemunha é seu parente, e em que grau, amigo ou inimigo). Inquirido sobre os fatos que deram origem à presente sindicância, respondeu: que; nada mais disse.

Lido e achado conforme, assina comigo (Ass), sindicante, que o datilografei (ou escrevi). (Ass).(POLICIA MILITAR DE SANTA CATARINA, 1987).

Observa-se que apesar desta citação tratar de testemunhas, não existe outro modelo a ser designado para sindicado, ou ainda para testemunha que for suspeita. Portanto, essa padronização se faz necessária para garantir a lisura do processo, sua eficácia e cumprimento da sua finalidade.

4.4.1 Depoimentos e Interrogatórios na Sindicância

Quanto ao interrogatório, as mesmas considerações acerca do processo Administrativo se estendem para a Sindicância, pois, este é um tipo de processo administrativo e, portanto condicionado a todas as premissas já postuladas. Nesse viés, como não trata de nenhum direito difuso convém também à propositura e adequação das diretrizes do CBMSC (APÊNDICE A).

4.5 Conselhos de Disciplina

Os conselhos de disciplina são a forma que a instituição utiliza para julgar transgressões disciplinares graves, de praças estáveis. Estas praças, detêm prerrogativas quando já estão há mais de 10 anos nas fileiras da corporação. Estabilidade que lhes garante a formação de um conselho, que de acordo com o manual de orientações básicas para conselho de disciplina em desfavor de praças militares estaduais da ativa do Estado de Santa Catarina, proposto por Cardoso (2006, p. 18), esclarece que o conselho é :

É um órgão colegiado e seu Presidente deverá ser no mínimo um oficial intermediário (capitão), o que lhe segue em antiguidade é o interrogante/relator, e o

mais moderno, o escrivão, tudo conforme prevê o artigo 4.º, parágrafo único da Lei 5.209/76. Constatou-se que todos os membros do CD deverão ser oficiais, não havendo possibilidade, portanto, de um aspirante integrá-lo. O Presidente do CD deverá officiar aos outros dois integrantes de suas nomeações.

Esta composição se faz necessária para que os atos sejam decididos em conjunto não dispensando a motivação dos atos das suas decisões. Cabe esclarecer que a questão da estabilidade é necessária, visto que não havendo 10 anos de efetivo serviço, poderá ser excluído das fileiras da corporação por meio de um procedimento mais rápido que é o Processo Administrativo Disciplinar.

Também é importante que fique consignado que é obrigatória a presença de todos os partícipes do conselho, como ensina Rosa (2003, p. 97).

Por disposição legal é vedado o funcionamento do Conselho sem a totalidade de seus membros e sem a presença do acusado e seu defensor. Após o interrogatório é aberto o prazo de cinco dias para que o acusado ofereça suas razões escritas de defesa, espécie de defesa prévia, onde poderá requerer a oitiva de testemunha.

Além da condicionante de presença de todos do conselho, também é estendido ao acusado a oportunidade de defesa, ensejando que o rito do conselho de disciplina também deve respeitar todos os protocolos acerca do contraditório garantindo o devido processo legal.

Da mesma forma, Cardoso (2006, p. 28) defende que:

Não obstante a lei 8.518/92 em seu artigo 1º, III, faça menção de que antes da confecção do relatório por parte do Conselho o defensor deverá ser intimado para fins de elaboração das respectivas alegações finais, acreditamos que tal direito estará mais sintonizado com os preceitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório, se garantido após a elaboração de tal relatório.

Estes entendimentos demonstram a preocupação da Instituição com a devida observância da lei, visto que, adota o manual escrito por Cardoso (2006), como orientação na execução do Conselho de Disciplina.

Outro fator importante, a saber, é que a decisão final compete ao Comandante Geral, como explica Cardoso (2006, p. 28):

A decisão final cabe ao Comandante Geral, o qual, após analisar os autos e o parecer do Conselho, inclusive do voto discordante, lançará sua Solução Final. Nada impede do Comandante Geral discordar do parecer do CD, inclusive dos unânimes, contudo, deverá sempre motivar e fundamentar suas conclusões.

Ademais, cumpre observar, conforme ensina Rosa (2003, p.91) que o Conselho de Disciplina é regido por normas próprias que devem ser seguidas como segue:

O conselho de disciplina nas forças policiais é regido por normas próprias que na maioria das vezes, são editadas por meio de decretos e instruções dos Comandantes Gerais, e em alguns casos provenientes da Assembleia Legislativa. Deve-se observar que as normas que sujeitam as praças das Forças Auxiliares e Conselho são semelhantes às previstas no Decreto Federal nº 71.500/72.

Com essa ideia fixada no ordenamento jurídico brasileiro está claro que toda e qualquer norma infraconstitucional deve estar em acordo com o que preconiza a CR e as que já existiam e foram recepcionadas pela Carta Magna não podem atentar contra os direitos fundamentais presentes em seu texto. Portanto, não foi encontrado nada que proíba o direito ao silêncio, ou seja, entendido em desfavor do réu, acusado, indiciado, porém, em nenhum momento ficou claro a obrigatoriedade de informar o acusado quanto ao seu direito de não produzir prova contra si mesmo.

4.5.1 Depoimentos e Interrogatórios no CD

Nesta ótica, verificado que se detém o conhecimento do dever de respeito aos princípios e garantias postulados no nosso ordenamento jurídico como o manual proposto e utilizado no CBMSC, não contempla um modelo padrão em conformidade com os preceitos do direito ao silêncio conforme Anexo D, dessa forma se propõe que seja adequado em consonância com o Apêndice A deste trabalho.

4.6 Conselhos de Justificação

O Conselho de Justificação (CJ) é destinado ao julgamento de oficiais para apurar se os mesmos têm condições de permanecer na ativa em virtude de falta grave, como ensina Rosa (2003, p. 107):

O Conselho de Justificação (CJ) é o processo administrativo destinado a julgar a incapacidade do oficial das Forças Armadas ou das Forças Auxiliares para permanecer na ativa em decorrência do cometimento de uma falta disciplinar grave ou de um outro ato previsto nas leis ou nos regulamentos.

O Conselho de Justificação difere do Conselho de Disciplina, pois enquanto este trata de praça estável com 10 anos, aquele está previsto a qualquer oficial, visto que a estabilidade do oficial está garantida com a promoção ao oficialato.

Para fins da pesquisa, ficaram claras, com os ensinamentos de Rosa (2003, p. 107) as garantias que devem ser respeitadas para elaboração do Conselho de Justificação dos oficiais das Forças Armadas ou das Forças Auxiliares:

Ao militar (federal ou estadual) submetido a Conselho deve ser assegurada a ampla defesa e o contraditório, com todos os recursos a eles inerentes, em atendimento ao art. 5º, inciso LV, da CF, para que possa se justificar na forma da lei e dos regulamentos militares.

Estas garantias, se alcançadas, cumprem por si só o objetivo da pesquisa que trata da verificação, ou não, dos textos normativos do CBMSC em relação a CR e a CADH.

Realizados todos os procedimentos similares ao CD, dentre eles oportunizarem a ampla defesa e o contraditório, oitiva de testemunhas e do indiciado, presença do defensor, devendo também para realização dos atos estar presentes todos os componentes formadores do conselho, bem como todos deverão ser mais antigos do que o acusado. Passará a decisão fundamentada para o Comandante Geral que pode concordar, ou não, com o parecer devendo também fundamentar sua decisão e encaminhar no caso de opinar pela exclusão para o tribunal¹⁹, competente:

Com a elaboração do parecer, o Conselho remeterá os autos do processo administrativo à autoridade militar que analisará o parecer e emitirá uma decisão, a qual poderá acolher ou não o parecer que lhe foi entregue. Se a autoridade militar entender pela procedência, determinará a remessa dos autos ao Tribunal Competente, para que este inicie o processo de perda da patente ou posto. Caso entenda pela inexistência de elementos que autorizem o prosseguimento do processo, a autoridade militar determinará o arquivamento dos autos, e neste caso o oficial terá restituído todos os seus direitos, inclusive o direito a promoção. (CARDOSO, 2006).

Neste conceito se verifica a condicionante à análise judicial por tribunal competente para a perda do posto ou patente.

4.6.1 Depoimentos e Interrogatórios no CJ

Quanto ao interrogatório, como verificada, as diferenças entre CD e CJ e as mesmas são irrelevantes no tocante a interrogatório, depoimento e o direito ao silêncio. As considerações voltam-se à propositura da adequação, conforme já explanado anteriormente, devido o CBMSC não contemplar um modelo padrão em conformidade com os preceitos constitucionais, que seja inserido no manual de capas do CBMSC o modelo que segue no Apêndice A deste trabalho.

¹⁹ Art.48 Estatuto dos Servidores Militares Estaduais - O Oficial, presumivelmente incapaz de permanecer como policial-militar da ativa será submetido a Conselho de Justificação, na forma da legislação peculiar.

§ 1º O Oficial, ao ser submetido a Conselho de Justificação, poderá ser afastado do exercício de suas funções automaticamente ou a critério do Cmt Geral da Polícia Militar, conforme estabelecido em Lei peculiar.

§ 2º Compete ao Tribunal de Justiça do Estado julgar os processos do Conselho de Justificação na forma estabelecida em lei peculiar.

§ 3º Os Oficiais reformados e da reserva remunerada, também, podem ser submetidos a Conselho de Justificação. (SANTA CATARINA, 1983).

4.7 Inquérito Técnico

O inquérito técnico realizado na instituição do CBMSC está regulamentado na Portaria nº 103-EMG, de 07 de maio de 2009, e trata da apuração de danos causados em viaturas, material motomecanizado, armamento, munição e material de comunicação.

Quanto à execução elaboração do IT deverá ser feita sempre por oficial, de preferência o encarregado das viaturas do Elemento Subordinado – ElSub (OBM ou GBM). (CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DE SANTA CATARINA, 2009).

A sua instauração segue pela necessidade de obediência a lei 12.112/80 (RDPMSC), que lista competentes os constantes em seu art.9º, números 2) a 6). Como do IT pode restar um culpado por danos ao patrimônio e, dependendo do fato, resultar em procedimento de Polícia Judiciária para apuração de crime e, como será ele movido contra um agente que passará a ser acusado com direito inclusive à defesa, nos interessa o seu estudo a fim de verificar como estão sendo realizadas as diligências no tocante a oitiva dos acusados e ou testemunhas que possam ser suspeitas.

Dentre o rol de documentos que deve acompanhar um IT, figura no item 2-4, letra a, nº13 oitiva do Operador e Condutor da Vtr (Termo de Qualificação e Interrogatório) (Anexo G), o qual se analisará abaixo.

4.7.1 Depoimentos e Interrogatórios no IT

O interrogatório para o Inquérito Técnico (IT) segue o modelo proposto na Instrução provisória nº 1 aprovada pela Portaria 103-EMG que se encontra no Anexo A, o que se destaca é especificamente a falta de orientação para que o encarregado da realização dos atos consiga proferi-los em conformidade com o direito ao silêncio, conforme se observa: “[...] Cientificado da acusação, pela leitura da comunicação, foi interrogado da seguinte forma: onde estava ao tempo em que foi cometida a infração/transgressão e se teve notícia desta e de que forma, RESPONDEU:...[...].” (CORPO DE BOMBEIROS, MILITAR DE SANTA CATARINA, 2009).

Se no decorrer do estudo verificou-se que todos os atos administrativos também devem ser pautados pelas garantias constitucionais e o próprio texto da portaria deste manual já traz expresso em seu Anexo I, que deve ser garantida a ampla defesa como segue: “[...] encaminho cópia da Reconstituição e desta Conclusão Preliminar ao causador do dano, abrindo vistas dos Autos a parte, para mediante traslado ou cópia das peças que lhe interesse

proceder a defesa no prazo de 10 (dez) dias”. (CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DE SANTA CATARINA, 2009).

Então, neste Caso também se adequaria melhor uma reformulação do Anexo G da Portaria 103-EMG, passando o seu texto a ser da seguinte forma constante no Apêndice A:

“[...] Cientificado da acusação, pela leitura da comunicação, dos seus direitos constitucionais, previstos no art. 5º da CR, dentre os quais: o direito de permanecer calado, de ter assistência de advogado, o qual RESPONDEU..., foi interrogado da seguinte forma: onde estava ao tempo em que foi cometida a infração/transgressão e se teve notícia desta e de que forma, RESPONDEU...

Findando o estudo acerca dos procedimentos judiciais e administrativos do CBMSC, pode-se verificar que a falta de melhores esclarecimentos sobre o modo de execução destas diligências fazem com que o processo possa ser desvirtuado e ou procedido de forma antagônica em casos semelhantes. Contudo, como as instituições militares têm um compromisso com a hierarquia, disciplina e ética em suas ações, nada mais justo do que adequar suas posturas a lei vigente.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa realizada iniciou os trabalhos definindo o problema que seria a existência, ou não, de adequação dos procedimentos realizados pelo Corpo de Bombeiros Militar de Santa Catarina (CBMSC), em relação ao texto da Constituição da República Federativa do Brasil (CR), em seu art. 5º Inciso LXIII e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Esse problema foi levantado pela verificação de que alguns atos poderiam estar sendo realizados em desacordo com princípios constitucionais elencados no art.5º da CR e na CADH.

A partir destes pressupostos traçou-se uma linha de pesquisa começando pela análise dos princípios da teoria do direito ao silêncio, para verificar sua garantia legal, passando para identificação e análise de como estão sendo realizadas as oitivas nos procedimentos de polícia judiciária militar e nos processos administrativos no CBMSC, para definir se estão de acordo com a Carta Magna e, por fim, identificado a desconformidade das normas, ou a falta delas sugerir mudanças dos procedimentos atualmente adotados.

Dessa forma, para responder este problema, primeiramente utilizou-se do estudo dos princípios gerais do direito que amparam o direito ao silêncio, que é uma espécie da garantia de proteção contra a autoincriminação e evoluiu-se para a construção da sua origem até hoje em dia com o estudo histórico e comparativo deste instituto jurídico.

Ainda para arrecadar embasamento para afirmação da necessidade de respeito aos princípios, por parte da administração pública, no segundo capítulo averiguou-se a quais princípios estão condicionados os atos da administração pública. Também verificou-se na seara do direito administrativo militar algumas prerrogativas particulares que mereciam análise.

No terceiro capítulo apresentaram-se quais os procedimentos de polícia judiciária militar e processos administrativos que o CBMSC possui, bem como estes ocorrem no âmbito da instituição e, principalmente, a questão dos interrogatórios verificando sua legalidade ou não. E como no caso em tela configurou-se negativo, foram propostas mudanças.

Assim, entende-se atingido o primeiro objetivo ao apresentar que vivemos em um Estado Democrático de Direito, “onde o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos” (BRASIL, 1988), juntamente com a garantia dos direitos fundamentais, da presunção da inocência e da dignidade da pessoa humana.

Ainda importante salientar que o Estado Democrático de Direito, abordado nesta pesquisa, não se restringe a um conjunto de normas jurídicas, mas sim da manutenção de

direitos sociais e individuais, bem como a garantia destes de forma constitucional e de efetividade desses direitos.

Além disso, este Estado Democrático de Direito é limitador do abuso do poder e, portanto, da discricionariedade do administrador na realização de atos públicos como podemos observar nos ensinamentos de Albuquerque (2008, p. 43), que ensina:

Todavia, desde que a contraposição entre Estado e indivíduos é superada pela justaposição de seus interesses comuns, a função protetiva de uma garantia fundamental não mais é exercida contra o Estado-inimigo, mas em favor tanto dos indivíduos quanto do Estado Democrático, que não vê qualquer vantagem no abuso do poder de seus representantes.

O segundo objetivo também se compreende atingido ao demonstrar com os princípios que orientam o direito como deve funcionar a administração pública que para seu funcionamento existem regras e devem ser seguidas. Para a administração pública militar também se constatou a necessidade de atendimento as normas constitucionais e respeito à legalidade e moralidade, entre tantos outros princípios apresentados.

Percebeu-se que a não autoincriminação é matéria ampla e pouco estudada no direito brasileiro. Mas também que enquanto o *Nemo teneur se detegere* é considerado princípio no direito estrangeiro, no nosso ordenamento jurídico parcela dele está positivada de forma garantista na CR e na CADH, por meio do direito ao silêncio.

Além de verificar que as oitivas são realizadas sem a devida cautela, pois apesar dos cursos de formação de Oficiais repassarem matérias referentes a direito penal e processo penal, a falta de documento padronizado ou existindo o documento que este não detenha todas as informações necessárias podem induzir o administrador ao erro nas diligências.

Portanto, no próprio texto, bem como em forma de apêndice foram elencadas alterações para elucidar a falta de informações nos manuais para utilização do CBMSC.

Ao final confirmou-se a primeira hipótese levantada na pesquisa, no sentido de que se existissem problemas conflitantes da legislação nova com a antiga, então, deverão ser propostos novos ordenamentos para que as diretrizes atuais vistam-se de legalidade;

Negou-se a segunda hipótese no sentido de que se inexistissem problemas na legislação que fossem mantidos os atuais modelos utilizados pelo CBMSC nos procedimentos de polícia judiciária e processos administrativos militares.

Findadas as verificações conclui-se que o Direito ao Silêncio que é uma das formas de não se autoincriminar apresenta-se comprometido nos modelos atuais de oitivas de indiciados, acusados, presos e até mesmo testemunhas suspeitas. Visto que ao não expressar estes direitos antes do início de qualquer ato investigativo, o administrador estará infringindo

a CR e a CADH, invalidando todos os atos realizados.

Também se pode concluir que a real importância do direito ao silêncio não é primar pela defesa das partes figuradas como réus, indiciados, acusados ou testemunhas suspeitas, mas sim como um escudo contra a atuação estatal que poderia exceder no poder que lhe é conferido. Tal afirmativa está de acordo com o que preconiza Albuquerque (2008, p. 44):

Diante disso o *Nemo tenetur se detegere*, seja qual for a extensão que se lhe dê, não pode ser visto como uma proteção do indivíduo em face do Estado, mas deve sê-lo como uma forma consagrada pelo Direito e no Estado para auxiliar na tutela da dignidade humana, e em toda a sua extensão, pois o sacrifício desta em favor de uma eventual otimização da persecução penal não mais interessa ao poder público. Por isso, ela apresentar-se-á para cumprir as funções que o ordenamento lhe reserva na regulação de um poder jurisdicional democratizado, que dá a resposta penal reclamada pela sociedade sem desprezitar os direitos dos cidadãos.

Como forma de sistematização do entendimento acerca do direito ao silêncio foi possível concluir que a amplitude deste direito é enorme ao verificar que este pode atuar quanto ao direito; às práticas; aos sujeitos; extensão e ao momento de início para ser exercido, como ensina Saad (2009, p. 448):

Como direito individual, merece interpretação larga, podendo ser assim sistematizado:

- (i) Quanto ao direito a que se liga: materialmente o silêncio é manifestação do direito à intimidade, e por consequência, é atributo da personalidade. No plano processual, insere-se no devido processo legal integrando a auto defesa do acusado;
- (ii) Quanto às práticas a que se estende: o direito ao silêncio envolve a vedação de qualquer forma de auto incriminação;
- (iii) Quanto aos sujeitos que o podem exercer: acusados presos ou soltos; pessoas que se colocam e posição de auto-incriminar-se: testemunhas, peritos, suspeitos.
- (iv) Quanto à extensão: exercício limitado, em regra, quanto à qualificação e identidade do sujeito; exercício amplo, sem limites, no tocante aos fatos apurados.
- (v) Quanto ao momento a partir do qual pode ser exercido: a partir de quando a pessoa se coloque em posição de se autoincriminar.

Diante desta amplitude, com o intuito de melhorar a prestação deste serviço por parte do CBMSC e informar os oficiais que realizarão estas oitivas, propõe-se que seja alterada a Portaria 97 de 30 de maio de 2008, (Manuais de Capas), modificando o texto para que seja contemplado o direito ao silêncio, quando for de interesse por parte do acusado, indiciado ou testemunha suspeita conforme consta do Apêndice A.

Também foi proposto que seja seguido o modelo para coleta de depoimentos para APF, formulado com base no utilizado na PMSC, pois, é o único procedimento de polícia judiciária em que o acusado se encontrará preso antes de julgado e, por isso, faz-se necessário maior cuidado, inclusive, com outros direitos elencados.

Cabe, no entanto ao CBMSC, órgão baseado na hierarquia e disciplina, mantenedor de espírito de corpo elevado, reconhecido pela sociedade, a reformulação das

suas diretrizes, criando padrões para realização de diligências diminuindo ou eliminando as possíveis arguições de nulidades.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A Garantia de Não Auto-Incriminação Extensão e Limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- ALVES, Djalma. **Processo administrativo disciplinar no CBMSC: Aspectos relevantes a respeito das nulidades**. 2007. 71 f. Monografia (Especialização em Gestão de Serviços de Bombeiros) – Universidade do Sul de Santa Catarina, 2007.
- ARAÚJO, Ana Lucia Menezes. **A ampla defesa no processo administrativo-tributário**. 2008. 41 f. Monografia (Especialista em Direito Processual Tributário.) –Universidade de Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/biblioteca/monografias/ana_lucia_menezes.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2012.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL, Constituição Federal, 1988. **Vade mecum RT**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal, In: **Vade mecum RT**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. Lei n. 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo Administrativo no âmbito da Administração Pública. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/lei19999784.pdf>>
- _____. **Decreto-Lei n. 10.406** de 10 de janeiro de 2002, Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 jun. 2012.
- _____. **Decreto-Lei n. 1.002** de 21 de outubro de 1969a, Institui o Código de Processo Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm>. Acesso em: 20 ago. 2012.
- _____. **Decreto-Lei n. 1.001** de 21 de outubro de 1969b, Institui o Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm>. Acesso em: 20 ago. 2012.
- BOTTINO, Thiago. **O Direito ao silêncio na Jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- CARDOSO, Marley Tanis. **Manual de orientações básicas para conselho de disciplina em desfavor de praças militares estaduais da ativa do estado de Santa Catarina** 2006. 76 f. Monografia (Especialização de Bombeiros para Oficiais) – Centro de Ensinos Superiores do Corpo de Bombeiros Militar de Santa Catarina, 2006.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DE SANTA CATARINA. **Portaria nº 114/CBMSC/2007**, de 12 de junho de 2007. Instruções para padronização do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos militares. Disponível em: <http://www.cbm.sc.gov.br/a_corregedoria/biblioteca/manuais_novos_2008/10_Procedimento_PAD_Portaria_114_12_06_2007.pdf>. Acesso em: 27 de fev. 2012.

_____. **Portaria nº 103 – EMG/2009**, de 07 mai. 2009. Instrução Provisória ao Manual Técnico Bombeiro Militar para elaboração de Inquérito Técnico. 2009.

_____. Comando Geral. Corregedoria Geral. **Manual de Orientações Básicas para Inquérito Policial Militar**: orientações básicas, 2006. Trabalho não publicado. Disponível em: <http://www.cbm.sc.gov.br/a_corregedoria/biblioteca/manuais.htm>. Acesso em: 12 de jul. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. São Paulo: Atlas, 2004.

DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais e estados constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt). Coimbra. 2009. p.118-136.

DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte americano. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.5, n.19, p. 179-204, jul./set 1997.

DUCLERC, Elmir. **Prova Penal e Garantismo: Uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FIORI, Ariane Trevisan. **A Prova e a Intervenção Corporal: Sua Valoração no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIL, Antonio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, Willian Couto. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica**: no Processo judicial de solução de Conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. **Ciência Penal**, São Paulo, v.3, n.1, p.15-31, 1976.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**: 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**: Processo civil penal e administrativo. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PALMA, Maria Fernanda. A constitucionalidade do art. 342º do código Penal: o direito ao

silêncio do arguido. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, v.15, n.60, p. 101-110, out./dez 1994.

PEREIRA, Julio Cesar Rodrigues, **Analises de dados Qualitativos: Estratégias Metodológicas para as Ciências da Saúde, Humanas e Sociais**. São Paulo: Edusp, 2001.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de Pinho, **Direito Penal e Estado Democrático de Direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

POLICIA MILITAR DE SANTA CATARINA. **NB nº 061/ajg/87**, de 23 de setembro de 1987. Procedimentos de Sindicância para IPM. Disponível em: <http://www.cbm.sc.gov.br/a_corregedoria/.../2_Sindicância_PMSC.doc>. Acesso em: 27 fev. 2012.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. A amplitude constitucional do direito ao silêncio. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n.46, p. 2, set 1996.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Direito Administrativo Militar: teoria e prática**. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SAAD, Marta. Direito ao Silêncio na Prisão em Flagrante. In: PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo (Coords). **Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 423 – 454.

SANTA CATARINA, Constituição (1989), Constituição do Estado de Santa Catarina. Disponível em http://portal.mp.sc.gov.br/portal/site/conteudo/cao/cecon/ceanotada_internet.pdf>, Acesso em: 12 jul. 2012.

_____. Lei n.6.218, de 10 de fevereiro de 1983. Estatuto dos Militares Estaduais de Santa Catarina. Disponível em: http://www.cb.sc.gov.br/a_corregedoria/.../Estatuto%20e%20RDPMSC.doc. Acesso em: 12 jul. 2012.

SANTIN, Valter Foletto. **O ministério público na investigação criminal**. Bauru: Edipro, 2001.

SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. **Inquérito Policial e Auto de Prisão em Flagrante nos Crimes Militares**. São Paulo: Atlas, 1999.

VALE, André Rufino do. **Estruturas das Normas de Direito Fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009.

APÊNDICE A - Modelo padrão de depoimento/interrogatório para sindicados, acusados, indiciados e testemunhas suspeitas em IPM, PAD, Sindicância, Conselhos de Disciplina e de Justificação ou Inquéritos Técnicos.

Modelo padrão de depoimento/interrogatório proposto para que seja utilizado pelo CBMSC com adequação a CR art. 5º, LXIII e a CADH art.8º inc. II alínea “g” utilizado pelo CBMSC, para reduzir a termo o depoimento dos sindicados, acusados, indiciados, ou ainda testemunhas que sejam suspeitas para IPM, PAD, Sindicância, Conselhos de Disciplina, Conselhos de Justificação ou Inquéritos Técnicos:

MODELOS DE TERMOS DE DEPOIMENTO

(para reduzir a termo o depoimento do sindicado, acusado, indiciado ou testemunha suspeita)

AUTO DE QUALIFICAÇÃO E INTERROGATÓRIO

AUTOS/LOCAL:

DATA:

HORÁRIO: INÍCIO: 0000h TÉRMINO: 0000h

ENC. DO (A):(NOME) NOME – Posto/Grad.

COMPARECEU O (SINDICADO, INDICIADO ou ACUSADO) E SE IDENTIFICOU COMO SE CONSIGNA A SEGUIR:

NOME:

NATURALIDADE:

ESTADO CIVIL:

IDADE:

FILIAÇÃO:

IDENTIDADE:

DATA DE NASCIMENTO:

INSTRUÇÃO:

PROFISSÃO:

LOCAL DE TRABALHO:

RESIDÊNCIA:

DEFENSOR:

Cientificado da acusação, através da leitura da comunicação ou dos indícios que o tornam suspeito de fato contra si imputado. Cientificado também dos seus direitos constitucionais previstos no art. 5º da CR, dentre os quais: (1) o direito de permanecer calado, de ter assistência de advogado, o qual RESPONDEU...; foi interrogado da seguinte forma: (2) onde estava ao tempo em que foi cometida a infração/transgressão e se teve notícia desta e de que forma; RESPONDEU: ...; (3) se conhece a pessoa ofendida e as testemunhas arroladas na acusação, desde quando e se tem alguma coisa a alegar contra elas; RESPONDEU: ...; (4) se conhece as provas contra si apuradas e se tem alguma coisa a alegar a respeito das mesmas; RESPONDEU: ...; (5) se conhece o instrumento com que foi praticada a infração/transgressão, ou qualquer dos objetos com ela relacionados e que tenham sido apreendidos; RESPONDEU: ...; (6) se é verdadeira a imputação que lhe é feita; RESPONDEU: ...; (7) sobre quais os motivos e as circunstâncias da infração/transgressão; RESPONDEU: ...; (8) se outras pessoas concorreram para ela, quais foram e de que modo agiram; RESPONDEU: ...; (9) se, não sendo verdadeira a imputação, sabe de algum motivo particular a que deva atribuí-la ou conhece a pessoa ou pessoas a que deva ser imputada a prática da infração/transgressão e se com elas esteve antes ou depois deste fato; RESPONDEU: ...; (10) se está sendo ou já foi processado pela prática de outra infração/transgressão e, em caso afirmativo, em que juízo/OBM, se foi condenado/punido,

qual a sanção/punição imposta e se a cumpriu; RESPONDEU: ...; (11) se tem quaisquer outras declarações a fazer; RESPONDEU: ...; . Perguntado ainda, RESPONDEU: Como nada mais disse e nem lhe foi perguntado, lido e achado conforme, vai devidamente assinado pelo sindicado/Indiciado/acusado e por mim, Posto/Grad Encarregado da Sindicância/IPM/PAD, IT,CJ e CD, que o digitei.

vai devidamente assinado pelo sindicado/Indiciado/acusado e por mim, Posto/Grad Encarregado da Sindicância/IPM/PAD, que o digitei.

ANEXO B - Modelo padrão de depoimento/interrogatório para auto de prisão em flagrante.

Modelo padrão de depoimento/interrogatório utilizado pelo CBMSC, para Auto de Prisão em Flagrante, (adotado pela PMSC, não legalizado por portaria ou decreto para o CBMSC), porém o único que estaria de acordo com o direito ao silêncio nos processos administrativos e judiciais do CBMSC, servindo exemplo para as propostas de adequação a norma desta pesquisa.

(... continuação do Auto de Prisão em Flagrante nº ____/200_, do “nome completo do conduzido”)

E, presente o **CONDUZIDO:**
 _____ (*posto/graduação, matrícula, idade, naturalidade, estado civil, filiação, instrução, lotação atual e endereço*), que devidamente cientificado dos seus direitos constitucionais previstos no art. 5º da CF, dentre os quais: a) de comunicar-se com a família ou outra pessoa por ele indicada (inc. LXII), o qual assim manifestou-se: _____; b) o direito de permanecer calado, de ter assistência da família e de advogado (inc. LXIII), o qual se manifestou: _____; c) o direito a identificação do responsável pela sua prisão ou por seu interrogatório policial (inc. LXIV), sendo informado que o responsável pela sua prisão foi o (*Posto/Grad, matr, nome completo*), e pelo interrogatório esta Autoridade (*Posto, matr, nome completo*), declarou: Que >> (*sobre a imputação que é feita, caracterizar dia, hora, local e fato*)<<. E como nada mais disse, nem lhe foi perguntado, mandou a Autoridade encerrar este Auto, o qual iniciado às _____ horas e concluído às _____ horas, vai devidamente assinado por ela, pelo policial militar indiciado e por seu advogado. Eu, (*Posto/Grad, matr, nome completo*), servindo de Escrivão, o digitei.

Oficial Interrogante

(*Posto PM*)– Presidente do Flagrante

Nome do Conduzido

(*Posto/Grad PM*) - Conduzido

Nome do Defensor

Advogado OAB/SC nº (*se estiver presente*)

Nome do Escrivão

(*Posto/Grad PM*) – Escrivão

ANEXO C - Modelo padrão de depoimento/interrogatório para inquérito policial

Modelo padrão de depoimento/interrogatório utilizado pelo CBMSC, para Inquérito Policial, previsto no manual de orientações básicas para inquérito policial de 2006. (não regulamentado).

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA MILITAR**

AUTO DE QUALIFICAÇÃO E INTERROGATÓRIO

AUTOS: Inquérito Policial Militar nº XXXX/05

LOCAL: Corregedoria Geral (ou B-1/1ºBBM, etc)

DATA: xx de janeiro de 2005

HORÁRIO INÍCIO: 15:50h **TÉRMINO: 16:20h**

ENCARREGADO DO TERMO: 1º Ten BM Fulando de Tal

ESCRIVÃO: 3º Sgt BM Cricano de tal

COMPARECEU O INDICIADO E SE IDENTIFICOU COMO SE CONSIGNA A SEGUIR:

NOME: Beltrano de Tal

CPF:

IDENTIDADE MILITAR: Mat. 915833-2

IDADE: XX anos

DATA DE NASCIMENTO: XX/XX/XXXX

ESTADO CIVIL:

NATURALIDADE:

FILIAÇÃO: nome do pai e da mãe

INSTRUÇÃO: 2º Grau Completo

PROFISSÃO/CARGO: Soldado CBMSC (sempre colocar a graduação ou posto)

LOCAL DE TRABALHO/LOTAÇÃO: 1ª/6ºBPM- LAGES - SC

RESIDÊNCIA: Rua Frei Nicodemos 199, Bairro São Luis-Lages/SC

DEFENSOR: não apresentou e nesta fase não pretende constituir.

(o indiciado não presta o compromisso de falar a verdade)

Sobre os fatos que deram origem à presente oitiva, tem a dizer: Que no dia dos fatos o Indiciado encontrava-se de serviço. Que..... . Que..... Que QueDada a palavra livre ao indiciado, o mesmo solicitou, alegou, etc...Como nada mais disse e nem lhe foi perguntado, lido e achado conforme, vai devidamente assinado pelo indiciado, pelo Oficial a que este Termo Preside, e por mim, 3º Sgt PM Beltraninho da Silva, Escrivão que o digitei.

INDICIADO:

ENCARREGADO:

ESCRIVÃO:

ANEXO D - Modelo padrão de depoimento/interrogatório para conselho de disciplina

Modelo padrão de depoimento/interrogatório utilizado pelo CBMSC, para Conselho de Disciplina, previsto no manual de orientações básicas para conselho de disciplina em desfavor de praças militares estaduais da ativa do estado de Santa Catarina de 2006. (não regulamentado).

**ESTADO DE SANTA CATARINA
CORPO DE BOMBEIROS MILITAR
COMANDO GERAL
CONSELHO DE DISCIPLINA**

AUTO DE QUALIFICAÇÃO E INTERROGATÓRIO

AUTOS: *Conselho de Disciplina nº XXXX/05*

LOCAL: *B-1/1ºBBM*

DATA: *xx de janeiro de 2005*

HORÁRIO INÍCIO: 15:50h **TÉRMINO:** 16:20h

ENCARREGADO DO TERMO: Cap BM Fulando de Tal

ESCRIVÃO: 1º Ten BM Cricano de tal

COMPARECEU O ACUSADO E SE IDENTIFICOU COMO SE CONSIGNA A SEGUIR:

NOME: Beltrano de Tal

CPF:

IDENTIDADE MILITAR: Mat 915833-2

IDADE: XX anos

DATA DE NASCIMENTO: XX/XX/XXXX

ESTADO CIVIL:

NATURALIDADE:

FILIAÇÃO: nome do pai e da mãe

INSTRUÇÃO: 2º Grau Completo

PROFISSÃO/CARGO: Soldado CBMSC (sempre colocar a graduação ou posto)

LOCAL DE TRABALHO/LOTAÇÃO: 1ª/6ºBPM- LAGES - SC

RESIDÊNCIA: Rua Frei Nicodemos 199, Bairro São Luis-Lages/SC

DEFENSOR: *não apresentou e nesta fase não pretende constituir.*

(o indiciado não presta o compromisso de falar a verdade)se não constituir, é de bom tom nomear um oficial para ser seu defensor para tal ato (*ad hoc*). O defensor não pode interferir, só orientar seu cliente.

Sobre os fatos que deram origem à presente oitiva, tem a dizer: Que no dia dos fatos o Indiciado encontrava-se de serviço. Que..... . livre ao indiciado, o mesmo solicitou, alegou, etc....Como nada mais disse e nem lhe foi perguntado, lido e achado conforme, vai devidamente assinado pelo indiciado, pelo Oficial a que este Termo Preside, e por mim, 1º Ten BM Beltraninho da Silva, Escrivão que o digitei.

ACUSADO:

PRESIDENTE:

ESCRIVÃO:

INTERROGADOR/RELATOR:

DEFENSOR: