

Condução coercitiva de acusado¹ e de testemunhas no direito militar. Algumas considerações frente a apuração do ilícito penal e administrativo.

Jorge Cesar de Assis²

Uma questão interessante referente a apuração dos ilícitos penal e administrativo é a possibilidade de condução coercitiva, seja do acusado, seja das testemunhas do fato. Para tanto, iremos abordar os aspectos pertinentes ao inquérito policial militar e, da mesma forma no processo penal militar, verificando a pertinência de sua aplicação à falta administrativa.

1. Condução coercitiva do indiciado

Começamos pela condução do indiciado no inquérito policial militar, o qual, de acordo com o art. 9º do Código de Processo Penal 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”. Como primeiro questionamento teríamos: é possível conduzir coercitivamente o indiciado para ser qualificado e interrogado perante a autoridade policial?

Vale rever a posição do Supremo Tribunal Federal, cuja análise está diretamente ligada ao exercício das funções de polícia judiciária, as quais estão constitucionalmente previstas. Para a Suprema Corte, “a própria Constituição Federal assegura, em seu art. 144, § 4º: às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais; o art. 6º do Código de Processo Penal, por sua vez, estabelece as providências que devem ser tomadas pela autoridade policial quando tiver conhecimento da ocorrência de um delito, todas dispostas nos incisos II a VI; legitimidade dos agentes policiais, sob o comando da autoridade policial competente (art. 4º do CPP), para tomar todas as providências necessárias à elucidação de um delito, incluindo-se aí a condução coercitiva de pessoas para prestar esclarecimentos, resguardadas as garantias legais e constitucionais dos conduzidos; desnecessidade da invocação da chamada teoria dos poderes implícitos, construída pela Suprema Corte norte-americana e incorporada ao nosso ordenamento jurídico, uma vez que há previsão expressa, na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, que dá poderes à polícia civil para investigar a prática de eventuais infrações penais, bem como para exercer as funções de polícia judiciária”.³

Da mesma forma, já se decidiu que “não constitui constrangimento ilegal a identificação criminal do indiciado, ainda que portador da cédula de identidade civil. Aplicação da Súmula

¹ Constituição Federal, art. 5º, inciso LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

² Membro do Ministério Público da União. Promotor da Justiça Militar lotado em Santa Maria – RS. Sócio Fundador da Associação Internacional das Justiças Militares – AIJM. Membro Correspondente da Academia Mineira de Direito Militar. Coordenador da Biblioteca de Estudos de Direito Militar da Editora Juruá.

³ STF, 1ª T, HC 107.644-SP, relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 06.09.2011.

568⁴; em consequência pode conduzi-lo, sem abuso, para alcançar o fim legal. E caso o recuse, imotivadamente, fica-lhe facultado autuar em flagrante pelo crime de desobediência ou resistência, conforme o caso”.⁵

Em sentido diverso – não diríamos oposto – já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “a condução coercitiva de indiciado à Delegacia de Polícia para prestar depoimento, sem que haja intimação, mandado de prisão ou flagrante, conquanto ilegal, não invalida os atos até então praticados no inquérito policial”.⁶

Quer me parecer, então, que a viabilidade da condução coercitiva do acusado perante a autoridade policial (ou policial militar em se tratando de feito de natureza militar) competente depende, em grande parte, da natureza e das circunstâncias que envolveram o fato criminoso. É dizer, conforme constou do voto-vista do Ministro Dias Toffoli no HC 107.644-SP, que “pode-se depreender por exemplo, que assiste a determinado servidor público (em sentido amplo), ao exercer o seu múnus constitucional, o direito e o dever de dispor de todas as funções – ainda que implícitas – indispensáveis para o fiel e adequado desempenho de seu ministério, ficando a salvo, entretanto, no ponto, apenas as condicionantes constitucionais expressas”.

Quanto ao comparecimento de indiciado que seja um agente político – parlamentar p.ex. – a questão demanda algumas considerações, oriundas igualmente do STF, visto que estes, nos termos do art. 53, §§ 1º e 2º da Constituição, desde a expedição do diploma, na qualidade de membros do Congresso serão julgados perante o Supremo Tribunal Federal e não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável:

“Para a instauração de inquérito policial contra parlamentar, não precisa a autoridade policial obter prévia autorização da Câmara dos Deputados, nem do Supremo Tribunal Federal.

Precisa, isto sim, submeter o inquérito, no prazo legal, ao Supremo Tribunal Federal, pois é perante este que eventual ação penal nele embasada poderá ser processada e julgada (...) Por outro lado, o parlamentar poderá ser convidado a comparecer para o interrogatório no inquérito policial (podendo ajustar, com a autoridade, dia, local e hora para tal fim – art. 221 do Código de Processo Penal), mas, se não comparecer, sua atitude é de ser interpretada como preferindo calar-se”.⁷

1.1. Condução coercitiva do acusado no processo administrativo

O processo administrativo disciplinar por sua vez possui contornos próprios, corre dentro da Administração Militar fortalecido pela independência das instâncias, característica da relação entre os Poderes Executivo e Judiciário.

⁴ SÚMULA 568: A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL NÃO CONSTITUI CONSTRANGIMENTO ILEGAL, AINDA QUE O INDICIADO JÁ TENHA SIDO IDENTIFICADO CIVILMENTE. A Súmula é de 1976. Atualmente, há que se observar a Lei nº 12.037, de 2009, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado.

⁵ STF, 1ª T, RExt 92.126-5-PR, relator Min. Thompson Flores, julgado em 06.05.1980, DJ de 06.06.1980. Há que se anotar que, por força da Lei 9.099, de 1995, os crimes de desobediência e de resistência passaram a ser infrações penais de menor potencial ofensivo, sujeitos ao Juizado Especial Criminal.

⁶ STJ, 5ª T, RHC 3.138-7-DF, relator Min. Flaquer Scartezini, julgado em 27.10.1993, DJ de 22.11.1993.

⁷ STF, 1ª T, HC 80.592-2, relator Ministro Sydnei Sanches, julgado em 03.04.2001, DJ de 22.06.2001.

Conforme já dissemos anteriormente em relação a outro tipo de processo disciplinar militar, o Conselho de Justificação⁸, “vale perguntar: o oficial justificante pode ser conduzido coercitivamente até a presença do Conselho? Cremos que não. Se o oficial citado (intimado) regularmente não comparecer para ser interrogado, a declaração de revelia é o que se impõe segundo a lei. Se a Carta Magna assegurou o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII), este direito, característico do processo penal, tem plena aplicação ao processo administrativo. Assim, se o justificante não comparecer para ser interrogado, certificar-se-á em ata aquela ausência e declarar-se-á a revelia. Todavia, em face das próprias características do serviço militar, o oficial poderá quedar-se inerte perante o Conselho (*o que, convenhamos, é raro e não se aconselha*), mas não estará desobrigado de seus deveres profissionais; se faltar o expediente poderá ser responsabilizado disciplinarmente; se a ausência injustificada perdurar por mais de 8 dias, passará a desertor, etc.”⁹. O mesmo raciocínio se aplica para o processo administrativo disciplinar de um modo geral, nele incluído o Conselho de Disciplina que diz respeito às praças.

2. Condução coercitiva das testemunhas

Quanto à condução coercitiva das testemunhas parece não haver dúvidas quanto à sua possibilidade, já que existe um dever legal de depor. Com efeito, o art. 206, do Código de Processo Penal dispõe que “a testemunha não poderá se eximir da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, afim em linha reta, o cônjuge ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias”. O art. 218 do mesmo Código prevê a condução forçada da testemunha recalcitrante.¹⁰

Ora, a obrigatoriedade do depoimento da testemunha está diretamente ligado ao crime de falso testemunho, segundo o qual fazer afirmação falsa, ou negar, ou calar a verdade como testemunha sujeita o agente a uma pena de reclusão de 2 a 4 anos e multa¹¹ e, isso é possível de acontecer em inquérito policial, processo administrativo (aí incluído o inquérito civil, instaurado e presidido pelo Ministério Público) ou processo judicial (penal ou cível, contencioso ou voluntário) ou em júízo arbitral.

Lembra Fernando Capez que se o falso é praticado perante Comissão Parlamentar de Inquérito, deverá o agente responder pelo delito do art. 4º, II, da Lei 1.579, de 18.03.1952, que o prevê de forma explícita.¹²

⁸ O Conselho de Justificação é regido pela Lei 5.836, de 1972, e tem por finalidade julgar, da incapacidade do oficial – militar de carreira das Forças Armadas – para permanecer na ativa ou na situação de inatividade em que se encontra.

⁹ ASSIS, Jorge Cesar de. **Curso de Direito Disciplinar Militar – da simples transgressão ao processo administrativo, 4ª edição**, Curitiba: Editora Juruá, 2013, p....

¹⁰ Nos termos do art. 347, § 1º, do Código de Processo Penal Militar, o comparecimento é obrigatório, não podendo dele eximir-se a testemunha, salvo motivo de força maior devidamente justificado. O § 2º determina a condução sob vara, da testemunha que, notificada regularmente, deixar de comparecer sem justo motivo.

¹¹ No mesmo sentido, art. 346 do CPPM.

¹² CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Parte Especial, v.3, São Paulo: Saraiva, 2004, p.582.

Em face dos dispositivos retrocitados, parece não haver dúvidas de que a condução coercitiva de testemunha, no processo judicial ou no inquérito policial, sejam eles de natureza comum ou militar, é plenamente possível.

Dentro do exercício amplo das atividades de polícia judiciária e seu alcance, parece que a condução coercitiva da testemunha prescinde até mesmo de ordem judicial, podendo ser executada mediante ordem da autoridade policial ou autoridade policial militar. Na Justiça Militar da União, *ad cautelam*, é comum os encarregados de inquérito policial militar requererem ao Juiz-Auditor a providência coercitiva. Objetiva-se assim, submeter ao Judiciário a pretensão da autoridade policial e evitar a alegação de abuso ou ilegalidade na condução.

2.1. Condução coercitiva de testemunha do processo administrativo

Mas, e nos processos administrativos, naqueles em que a Administração Pública averigua a falta do seu servidor, é possível a condução coercitiva da testemunha, por decisão da própria Administração Pública?

Percebam que os argumentos expendidos acerca do dever de testemunha se aplicam, igualmente ao processo administrativo de modo geral, tanto que o crime de falso testemunho prevê punição para aquele que, dentre outras figuras, *se nega* ou *se cala* com relação à verdade, que nos parece seriam as hipóteses em que se enquadraria, em tese, quem não comparece para depor, já que para *falsear a verdade* o sujeito tem, de, necessariamente, comparecer para depor.

O Superior Tribunal de Justiça, analisando recurso em mandado de segurança contra decisão de demissão de servidores civis por conta de processo disciplinar, e onde se alegava cerceamento de defesa em face de que, tendo sido oportunizado a realização de acareação entre os pacientes e as testemunhas estas, apesar de intimadas não compareceram, alegando os requerentes que a Administração não teria encetado esforços para que o comparecimento ocorresse, assinalou que “a Administração não tem poder de forçar o comparecimento de terceiros para prestar depoimento. A condução coercitiva é um instituto predominantemente processual, não sendo extensível ao processo administrativo disciplinar”.¹³

Em sentido oposto, ou seja, pela aparente possibilidade de condução coercitiva da testemunha, encontramos decisão monocrática, do Juiz de Direito da Justiça Militar Estadual do Paraná, frente ao pedido de condução coercitiva de duas testemunhas, as quais, devidamente intimadas, deixaram de comparecer em três oportunidades anteriores perante o colegiado do processo administrativo Conselho de Disciplina.

Ao decidir o pedido feito pelo presidente do Conselho de Disciplina, o magistrado consignou “que diante da independência das esferas administrativa e judicial, tem-se que o Juiz não deve interferir nos autos de procedimento disciplinar, o que inviabilizaria o deferimento do pleito”.

Entretanto, considerando a provocação do ilustre Oficial Presidente do Conselho de Disciplina, recordou o magistrado que “o art. 47 da Lei Estadual 16.544/2010¹⁴, prevê expressamente a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal Militar, sendo que o diploma processual castrense prevê a obrigatoriedade de comparecer e também a condução da testemunha, razão pela qual, concluiu o Juiz de Direito que a aplicação subsidiária do CPPM

¹³ STJ, 6ª T, RMS 22.223-RR, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 16.05.2013.

¹⁴ Em nível federal, o art. 16, do Decreto 71.500, de 1972, assegura a aplicação supletiva do Código de Processo Penal Militar ao Conselho de Disciplina; No mesmo sentido, o art. 87, da Lei Complementar 893, de 2001, que instituiu o Regulamento Disciplinar da PMSP, dentre outros em nível estadual.

permite que o próprio Presidente do Conselho de Disciplina determine ao seu escrivão, ou outro militar, a condução das testemunhas reticentes. E que, caso haja recusa à condução, o responsável pela diligência, preservando a integridade física do cidadão, deverá encaminhar a testemunha para lavratura de termo circunstanciado pelo crime de menor potencial ofensivo de desacato (art. 330 do CP). Asseverou ainda que havendo concordância com a condução, o Presidente do Conselho de Disciplina deve recordar que a testemunha não precisa declarar fato que a incrimine pessoalmente, tendo em vista o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si”¹⁵.

Com a devida vênia, a resposta do ilustre magistrado não se constituiu em uma decisão judicial propriamente dita, apta a gerar precedente em casos que tais. É que o Juiz não decidiu de fato o pedido da autoridade administrativa, no caso o Presidente do Conselho de Disciplina, o que, em tese, albergaria a atuação dos integrantes do Conselho frente ao cumprimento de um Mandado Judicial de Condução Coercitiva de Testemunha, que obviamente não foi expedido.

O juiz diz o direito e a toda evidência não deve aconselhar nenhuma das partes.

Ademais, não se pode esquecer que o processo administrativo é diverso do processo penal militar. Neste, as partes são o Estado (que promove a ação por iniciativa exclusiva do Ministério Público) e o réu, acusado de violar a lei penal. Naquele, as partes são a Administração Militar (que promove, de ofício ou a requerimento de interessado) o processo disciplinar contra o servidor que considera faltoso, nesse primeiro momento sem a intervenção da Justiça.

Ora, se a Constituição Federal, por força do advento da EC 45/2004, deu nova competência para a Justiça Militar Estadual, de natureza cível, qual seja, a de julgar as ações judiciais contra atos disciplinares militares, não nos parece difícil perceber que o autor dessas ações somente pode ser o servidor submetido a apuração de falta disciplinar, será este quem irá buscar a prestação jurisdicional por sentir-se lesado ou ameaçado de lesão a um direito por conta do dito processo disciplinar. O Juiz de Direito, detentor de jurisdição monocrática nesses casos, irá julgar, sempre, as ações do réu da futura ação judicial, ou seja, a Administração Militar. Por isso, não pode aconselhar, nem muito menos expedir mandado de condução coercitiva em favor daquela parte que, havendo oposição do servidor, será sempre ré perante o mesmo juízo.

Isso não significa que os dispositivos de leis estaduais e até mesmo federais, que mandam aplicar o Código de Processo Penal Militar de forma supletiva ou complementar, não tenham valor perante o não comparecimento da testemunha recalcitrante perante o órgão colegiado do processo administrativo. Presente o dever de comparecimento da testemunha inclusive no processo administrativo, parece-nos que, ao invés de determinar, por sua iniciativa, a condução forçada da testemunha, o que se nos afigura como abuso, deve o Presidente da comissão processante, seja Conselho de Disciplina, Conselho de Justificação ou Processo Administrativo Disciplinar em geral mandar o escrivão certificar a falta injustificada, encaminhando-a, juntamente com o comprovante da intimação pessoal da testemunha para o membro do Ministério Público competente, para os fins de avaliação do cometimento, em tese do crime de falso testemunho, art. 342, do Código Penal comum, na modalidade de “calar” ou “negar” a verdade.

Incabível, na espécie, qualquer requerimento da Comissão Processante para que o Juiz de Direito expeça mandado de condução coercitiva, pois esta é uma medida de caráter essencialmente judicial e, devido a independência das esferas e também da isenção que o juiz

¹⁵ Manifestação do Juiz de Direito da Auditoria da Justiça Estadual do Estado do Paraná, em face de provocação do Presidente do Conselho de Disciplina 012/2012 – COGER, da PMPR, por meio do Ofício nº 129 – CD, de 30.10.2012, constante dos referidos autos. Manifestação judicial, de 05.11.2012.

deve manter das partes, jamais poderá se imiscuir no processo administrativo, atendendo a pedido da parte que, havendo oposição do servidor faltoso, com toda certeza será ré na futura ação judicial contra aquele ato disciplinar.

3. Conclusão

Em face de tudo que foi analisado, e sem pretender esgotar a questão, a conclusão que se impõe é a seguinte:

A condução coercitiva do indiciado para ser ouvido em delegacia de polícia ou mesmo setor de unidade militar onde se apure a existência de um crime, militar ou comum, ainda que sem estar em flagrante ou por ordem judicial se insere dentro do amplo leque de providências que estão constitucionalmente e legalmente asseguradas à autoridade de polícia judiciária, claro desde que resguardadas as garantias legais e constitucionais dos conduzidos. Ainda que certo que condução não significa detenção ou prisão, a condução não é uma franquia aberta para a autoridade policial conduzir alguém aleatoriamente, devendo ser levadas em conta as circunstâncias do fato criminoso, em especial sua gravidade. No precedente citado do STF, HC 107.644, é possível verificar que, buscando chegar ao autor do assassinato, a esposa da vítima marcou um encontro com o paciente, a pretexto de que este seria ressarcido da devolução pelo banco de um cheque que estava em seu poder, documento este que, justamente, havia desaparecido do escritório da vítima no dia do crime. Feito isso, a esposa da vítima solicitou a presença de policiais para acompanharem a conversa e, dessa forma, chegar, eventualmente, à autoria do crime investigado. Em virtude das divergências entre as versões apresentadas pela esposa da vítima e pelo paciente durante o diálogo, todos foram conduzidos à autoridade policial para prestar maiores esclarecimentos, tendo o paciente, nesse momento, confessado a autoria do crime. Ou seja, a condução deu-se durante o desenrolar de uma legítima diligência policial.

Em princípio, se não houve flagrante ou ordem judicial para a condução do indiciado à Delegacia de Polícia, e se este (qualquer indiciado), devidamente intimado do dia e local para tanto, não comparecer, sua atitude deve ser entendida como a de quem preferiu calar-se (HC 80.592, ainda que o acórdão refira-se a parlamentar). Não seria crível a simples condução daquele que pode, constitucionalmente assegurado, exercer o direito de permanecer calado ou de somente falar em juízo. O não comparecimento do indiciado para ser interrogado não impede a qualificação indireta, nem obsta o regular andamento do inquérito policial ou inquérito policial militar.

Já a condução coercitiva do acusado em processo administrativo é inadmissível pela sua própria natureza. Aqui o acusado é um servidor público (civil ou militar), acusado de não cumprir a contento com seu dever funcional. Devidamente citado (intimado) o servidor público que não comparecer para ser interrogado incide na revelia e arcará com o ônus que tal declaração proporciona.

No tocante à condução coercitiva de testemunhas, não resta dúvida de sua possibilidade, tanto no processo penal como no inquérito policial, sendo que o Código de Processo Penal Militar previu em seu art. 301, primeira parte, que serão observadas no inquérito as disposições referentes às testemunhas e sua acareação. Obviamente que no inquérito policial há que se atentar para algumas circunstâncias, p.ex., a condução das testemunhas se deu por ocasião da prisão em flagrante. Caberá a autoridade policial, caso a caso, examinar as providências a serem tomadas com relação às testemunhas recalcitrantes, e se for o caso, ad cautelam, pedir a ordem judicial de condução já que existe um dever legal de depor do qual a testemunha não poderá eximir-se.

Por fim, a condução coercitiva de testemunhas no processo administrativo se apresenta como abusiva (por isso passível de responsabilização), visto que “a Administração não tem poder de forçar o comparecimento de terceiros para prestar depoimento. A condução coercitiva é um instituto predominantemente processual, não sendo extensivo ao processo administrativo disciplinar” (STJ, RMS 22.223).

Sequer se pode falar em ordem judicial para que a Administração conduza coercitivamente testemunhas para serem ouvidas em processo administrativo de seu interesse. Ainda que vários diplomas legais prevejam a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal Militar ao processo administrativo, tal aplicação deve ser feita com cautela, e somente naquilo que não confrontar com as garantias legais e constitucionais das pessoas. Ademais, o magistrado não deve se imiscuir na Administração Pública, sem muito menos tomar seu partido, mesmo porque, em se voltando contra o processo administrativo o servidor tido como acusado irá buscar a prevenção ou reparação ao direito que entende lesado exatamente no Poder Judiciário, ou seja, o Juiz de Direito não pode legitimar ações da Administração Pública porque esta, via de regra, será o réu do processo decorrente da insatisfação do servidor público (autor da ação) e o Juiz, deve se manter isento, além de equidistante das partes.