

A DICOTOMIA PROCESSO PENAL E PROCESSO PENAL MILITAR FACE UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO

Flaviane de Magalhães Barros*

Fabricio Santos Almeida**

RESUMO

Os processualistas brasileiros ainda trabalham uma visão instrumentalista do Processo, que concebe um Processo jurisdicional que segmenta o Direito Processual não apenas didaticamente, mas materialmente, ratificando a tradição em distinguir e isolar a vida civil da vida militar, e, com isso, fortalecendo a dicotomia no processo penal, um comum e outro militar, unicamente para fins de fixação de competência. A investigação no presente ensaio é acerca da necessidade ou não da dicotomização do Processo Penal brasileiro, perquirindo se esta dualidade de legislações processuais penais se coaduna com o paradigma do Estado Democrático de Direito, ou seja, com o Processo entendido como garantia.

PALAVRAS CHAVES

PROCESSO PENAL; PROCESSO PENAL MILITAR; ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO; PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO.

ABSTRACT

The Brazilian procedures still work a *instrumentalista* vision of the Process, that conceives a judicial proceeding that segments the Procedural law not only didactically, but materially, ratifying the tradition in distinguishing and isolating the civil life of the military life, and, with this, fortifying the dichotomy in the criminal process, common and a other military man, solely for ends of ability setting. The inquiry in the present article is concerning the necessity of the dichotomy of the Brazilian criminal process,

* Doutora e mestre em direito processual – PUC Minas. Pós-Doutora (CAPES) junto a Università degli studi di Roma TRE. Professora adjunta da PUC Minas, no curso de graduação e pós-graduação em Direito. Professora da Universidade de Itaúna, nos cursos de graduação e pós-graduação. Membro do Conselho Científico do Instituto de Hermenêutica Jurídica/Seccional Minas Gerais. Advogada.

** Especialista em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada da PUC-Minas e mestrando em Direito Processual pela PUC-Minas. Professor Assistente da PUC-Minas, Campus Belo Horizonte, Unidade Coração Eucarístico, no curso de graduação em Direito. Sócio-fundador do Instituto de Hermenêutica Jurídica/Seccional Minas Gerais. Advogado.

investigating if this duplex of criminal process law if it makes compatible with the paradigm of the Constitutional Democracy, that is, with the Process.

KEYWORDS

CRIMINAL PROCESS; MILITAR CRIMINAL PROCESS; CONSTITUTIONAL DEMOCRACY; CONSTITUCIONAL PRINCIPIOLOGY OF THE PROCESS

I - INTRODUÇÃO

O Direito brasileiro convive com uma dualidade na seara do Processo Penal: a existência de um Código de Processo Penal e um Código de Processo Penal Militar. O Código de Processo Penal que vige atualmente remonta à Era Vargas, e data de 3 de outubro de 1941, tendo entrado em vigor em 1º de janeiro de 1942. O Código de Processo Penal Militar vigente é mais novo, data de 21 de outubro de 1969, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1970.

Antes de prosseguir com este ensaio, importante ressaltar que, para uma melhor explanação e um melhor entendimento, haverá referência ao Processo Penal como Processo Penal Comum e ao Processo Penal Militar unicamente como tal.

No ordenamento jurídico pátrio, então, existem duas normas que regulam o processo penal (comum ou militar), unicamente por questão de fixação de competência. A dicotomia no Direito Processual Brasileiro entre Processo Penal Comum e Processo Penal Militar é fortalecida por uma visão instrumentalista do Processo, que trabalha uma concepção do Processo jurisdicional que segmenta o Direito Processual não apenas didaticamente, mas materialmente em Direito Processual Civil, Direito Processual Trabalhista, Direito Processual Penal, Direito Processual Penal Militar, dentre outros Processos jurisdicionais. Bem como pela tradição em distinguir e isolar a vida militar da vida civil.

A pretensão é pensar acerca da necessidade da dicotomização do Processo Penal brasileiro, embasada na tradição e fundada na ótica da doutrina instrumentalista, perquirindo se esta dualidade de legislações processuais penais se coaduna com uma visão atual de Processo, a partir de uma Teoria da Constituição que se ampara no paradigma do Estado Democrático de Direito. O que se busca são respostas à indagação acerca da existência de uma Teoria Geral do Processo que se sustenta a

partir de uma base principiológica uníssona de base constitucional garantidora, permitindo englobar, num único esquema mínimo, o Processo judicial, o Processo legislativo, o Processo administrativo e demais processos (BARROS, 2006) e que, por conseguinte, opor-se-ia à dicotomia operada no Direito brasileiro entre Processo Penal Militar e Processo Penal Comum. Ou seja, a questão circunda a possibilidade de encararmos o Processo como um modelo constitucional que garante a efetivação dos direitos fundamentais por bases principiológicas uníssonas a todo e qualquer Processo. Desta forma, vislumbrar-se-ia o microsistema do Processo Penal com bases democráticas, especificadas a partir de garantias constitucionais únicas para o referido microsistema e, independente de Militar ou Comum, entender que se presta à reconstrução fática, e não à aplicação da sanção penal.

A propósito, o marco teórico adotado será a Teoria do Processo como procedimento realizado em contraditório, acrescido dos conhecimentos propagados no Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves, o modelo constitucional de Processo somado à Teoria Discursiva de Jürgen Habermas (2003).

Para a tarefa pretendida, no primeiro capítulo discorreremos sobre a possível existência da dicotomia entre Processo Penal Militar e Processo Penal Comum no ordenamento jurídico pátrio, tentando demonstrar como uma visão instrumentalista do Processo e da Teoria Geral do Processo coopera para firmar essa dicotomia.

No segundo tópico, iniciaremos apontamentos sobre a visão procedimentalista do Processo e da Teoria Geral do Processo. Até aqui trabalharemos a questão a partir de dois contrapontos, confrontando os instrumentalistas e os procedimentalistas na Teoria Geral do Processo, e demonstrando o choque que ocorre entre a Escola de Processo mineira, difundida por autores como Aroldo Plínio Gonçalves (2001), Rosemiro Pereira Leal (2005), Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004), José Alfredo do Oliveira Baracho (1984), Marcelo de Andrade Cattoni de Oliveira (2001), e, principalmente, a Escola de Processo paulista, desenvolvida por Cândido Rangel Dinamarco (2005), Ada Pellegrini Grinover (1999), Antônio Carlos de Araújo Cintra (1999), a partir das reflexões de Enrico Túlio Liebman (1984) e Giuseppe Chiovenda (1940).

A partir dessas duas perspectivas, no terceiro tópico, tentaremos demonstrar que a dicotomia Direito Processual Penal Comum e Direito Processual Penal Militar não é necessária e diverge do modelo constitucional de Processo posto sob o paradigma do

Estado Democrático de Direito. Ao final, tentaremos demonstrar que a dita dualidade não está em consonância com o paradigma do Estado Democrático de Direito, que institui um verdadeiro imperativo constitucional de Processo, pois, somente assim, estaremos diante de um Processo como garantia, que, sob o pano de fundo democrático, é o caminho para garantir a participação democrática dos afetados na formação das decisões e provimentos.

II – A DICOTOMIA ENTRE PROCESSOS PENAIS

Os Tribunais Militares datam de épocas remotas e foram constituídos como órgãos de exercício da jurisdição especializada em vários países (Espanha, Bélgica, Países Baixos, Grécia, Portugal, Colômbia, México, Estados Unidos, Inglaterra), sendo que sua gênese remonta ao Império Romano (CHAVES JÚNIOR, 2001, p. 4; FEROLLA, 2000, p. 12).

A “Justiça Militar” é a mais antiga estrutura judiciária do país. Cláudio Amin Miguel e Nelson Coldibelli (2004) traçam um breve histórico acerca desta função Jurisdicional especializada. Para mencionados autores, Superior Tribunal Militar foi criado em 1º de abril de 1808, pelo Príncipe-Regente D. João, com a denominação de Conselho Supremo Militar e de Justiça. É o mais antigo tribunal superior do País. Durante o Império e início da fase republicana foi presidido pelos Governantes, isto é, D. João VI; D. Pedro I; D. Pedro II; Marechal Deodoro e Marechal Floriano. Somente em 18 de julho de 1893, a Presidência do já Supremo Tribunal Militar passou a ser exercida por membros da própria Corte, eleitos por seus pares. Ressaltam que apenas houve mudança na denominação do Tribunal, pois foram mantidos todos os seus componentes do antigo Conselho Supremo Militar e de Justiça, já Ministros. A Constituição de 1946 consagrou o nome atual: Superior Tribunal Militar. Desde a fundação, portanto, há quase duzentos anos, a Justiça Militar da União foi cometida de funções judiciais e administrativas, embora só fosse introduzida, efetivamente, no Poder Judiciário, pela Constituição de 1934 (AMIN MIGUEL & COLDIBELLI, 2004, p. 1-2).

O Superior Tribunal Militar completa, no ano de 2007, 199 anos de tradição jurídica no país, e é responsável por manter a hierarquia e a disciplina nas forças

militares federais (Marinha, Exército e Aeronáutica), pilares sem os quais instituições militares poderiam se transformar em verdadeiros bandos armados.

Ancorado neste pioneirismo, com o movimento de codificação no país, sempre vigeram dois códigos de Processo Penal (comum e militar), a disciplinar meramente procedimentos e fixar regras de competência. A dicotomia surge antes mesmo da proclamação da República, com a criação do primeiro Tribunal no país em 1808, um Tribunal Castrense.

A questão da dualidade Processo Penal Comum e Processo Penal Militar surge em virtude desta tradição de Justiça Militar existente no Direito brasileiro, e, por razões histórico-políticas se sustenta ainda hoje no ordenamento jurídico pátrio, amparada juridicamente na negativa da existência de uma Teoria Geral do Processo.

Importante vislumbrar a concepção instrumentalista do processo, para perceber como ela, acrescida de uma postura tradicionalista no Direito brasileiro em dicotomizar o Processo Penal (comum e militar), sustenta e fundamenta a existência dessa dicotomia, mesmo diante de um Estado que se diz Democrático de Direito.

Ovídio A. Baptista da Silva e Flávio Gomes (2002), Rogério Lauria Tucci (2003), e anteriormente Francesco Carnelutti (1950), entendem pela inexistência de uma Teoria Geral do Processo, ao defenderem uma Teoria Geral do Processo Civil totalmente desvinculada de uma Teoria Geral do Processo Penal. Para mencionados autores não existe uma Teoria Geral do Processo, mas sim uma teoria especial aplicada ao Processo Civil e ao Processo Penal de forma divergente.

No entendimento defendido por Silva e Gomes (2002) não se pode formular uma Teoria Geral do processo, quando a técnica processual seja tão distinta, caso do Processo Penal e Processo Civil. Nas palavras dos autores:

Esta peculiaridade, comum a todo o fenômeno jurídico, mostra-se ainda mais visível quando se trata do direito processual, dado que este ramo da ciência jurídica tem de tratar, necessariamente, de casos individuais, onde a construção de regras gerais mostrar-se-á sempre uma tarefa limitada e precária. (SILVA & GOMES, 2002, p. 9)

Em termos de Processo Penal, dentro desta perspectiva de que não existe uma Teoria Geral do Processo, importante destacar a posição de corrente doutrinária do sul do Brasil, encabeçada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (1989), para

quem também não existe uma Teoria Geral do Processo. Coutinho justifica esta posição porque, para o autor, no Processo Penal não existe lide como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, donde não seria possível a composição das mesmas estruturas entre Processo Civil e Processo Penal. Segundo Coutinho, construímos uma Teoria Geral do Processo Civil a partir de Liebman e, pensar o Processo Penal com esta visão seria impossível (COUTINHO, 1989). Em um trabalho mais recente sustenta Coutinho a posição de vinte anos atrás:

Imperioso, porém, negar peremptoriamente a chamada teoria geral do processo, (...)

Assim, com um sistema diverso, um princípio unificador diverso, um conteúdo do processo diverso, e uma diversidade estrutural em cada elemento da trilogia fundamental (jurisdição/ação/processo), não há que se cogitar sobre uma teoria geral. Com denominadores comuns diferentes, não cabe uma *teoria*, muito menos *geral*. Como referi há 20 anos, “Sem embargo disso, *per faz et nefas*, a teoria geral do processo civil, a cavalo na teoria geral do processo, penetra no nosso processo penal e, ao invés de dar-lhe uma teoria geral, o reduz a um primo pobre, uma parcela, uma fatia da teoria geral. Em suma, teoria geral do processo é engodo; teoria geral é a do processo civil e, a partir dela, as demais.” Ela, todavia, serve: para reter o desenvolvimento democrático do processo penal porque encobre o núcleo do problema do seu sistema. (COUTINHO, 2007, p. 5)

Do pensamento de Coutinho (2007) podemos apreender uma importante premissa: nos termos de uma teoria que se funda na tríade tradicional do direito processual, qual seja, Jurisdição, Ação e Processo, não se pode sustentar uma teoria geral do processo, a não ser fazendo aquilo que os instrumentalistas defendem uma teoria geral do Processo Civil, enfiada a fórceps - esta seria uma expressão talvez perfeita para Coutinho – no Processo Penal.

Os instrumentalistas, oriundos da Escola de Processo paulista, entendem pela existência de uma Teoria Geral do Processo, entretanto, estruturada com fulcro na referida tríade Jurisdição – Ação – Processo e, com a Constituição Federal de 1988, acrescem o instituto da Defesa à estrutura desta Teoria Geral do Processo (GRINOVER, CINTRA & DINAMARCO, 1999, p. 78). Esta Teoria tem a jurisdição como base institutiva sistematizada, que vê o Processo como instrumento de pacificação social (GRINOVER, CINTRA & DINAMARCO, 1999, p. 36). É o Processo colocado como forma de realização da jurisdição, tendo como marco

teórico a Teoria do Processo como Relação Jurídica¹, concebendo o Direito Processual como o estudo sistemático e operacional do Processo Jurisdicional mediante a compreensão da Jurisdição.

Dinamarco tem o entendimento de que o processualista moderno mudou sua concepção acerca do processo, colocando-o como instituto a serviço da população na busca por resultados jurídico-substanciais convergentes ao bem comum por modos e medidas eleitos pela própria sociedade política (DINAMARCO, 2005, p. 156). Para este instrumentalista, a jurisdição e o processo são instrumentos que têm por finalidade realizar valores sociais e políticos da nação. Liberdade e igualdade são valores a serem realizados pela jurisdição e estão atrelados a modelos axiológico-culturais de cada nação (DINAMARCO, 2005, p. 12).

A respeito do papel da autoridade pública julgadora nesta concepção instrumentalista, Dinamarco coloca que o juiz, no exercício da função jurisdicional do Estado, necessita buscar as aspirações ou o espírito da lei, representado por um juízo axiológico que razoavelmente pode se considerar instalado no texto legal (DINAMARCO, 2005, p. 294). Para o autor, as atividades de interpretação e aplicação do Direito possuem, inclusive, papel corretivo das desvirtudes da legislação (ultrapassada ou mal elaborada), através do apelo aos compromissos éticos do juiz, às finalidades políticas do processo e a um uso alternativo do Direito (DINAMARCO, 2005, p. 295).

Esta visão instrumentalista demonstra que o Processo Penal, Comum ou Militar, sempre foi colocado em segundo plano no que tange a seus institutos servirem de base para uma Teoria Geral do Processo. Sempre se pensou o Processo Penal a partir de uma Teoria Geral do Processo Civil. Trata-se da concepção instrumentalista de uma Teoria Geral do Processo Jurisdicional baseada meramente em institutos. Isto dá sustentabilidade à dicotomia Processo Penal Comum e Processo Penal Militar, que já impera por força da tradição, e se ancora em uma Teoria Geral do Processo apenas Jurisdicional, onde se chega a conceber escopos metajurídicos no Processo (DINAMARCO, 2005) quando da aplicação do direito, no sentido chiovendiano de realização da vontade concreta da lei.

¹ Onde o Processo é uma relação jurídica de Direito Público instituída entre o juiz e as partes. Estudo acerca da Teoria do Processo como Relação Jurídica e suas ramificações em angular, triangular e linear, é desenvolvido por Hélio Tornaghi (TORNAGHI, 1987).

A Lei n.º 9.839/99, que excluiu da competência da “Justiça Militar” os crimes de pequeno potencial ofensivo, acrescentando à Lei n.º 9.099/95 o art. 90-A, somente reafirma como uma visão do processo como relação jurídica, ou mesmo dentro da instrumentalidade do processo, ainda é influente em nosso Direito Processual, afirmando a dicotomia, que está na contramão de um processo constitucional.

A dicotomia Processo Penal Comum e Processo Penal Militar ganha sustentáculo nessa visão instrumentalista que afirma a necessidade de um processo especial somente em virtude de divisão de competências. Parece ser um contrasenso, neste raciocínio, o fato de não cogitarem a existência de um “código de processo penal eleitoral” no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a jurisdição eleitoral, como órgão jurisdicional especializado que é, também careceria de especialização de seus procedimentos por meio de um conjunto de regras particular. Sem falar que na especialização da justiça eleitoral, se julga crimes eleitorais, e não só ilícitos administrativos, mas discutiremos nos próximos itens o tema proposto e sua conexão com outras especializações das competências jurisdicionais.

Entretanto, a proposta do Processo como garantia apta a construir o Estado Democrático de Direito não se funda nessa visão arraigada e restrita dos instrumentalistas. A pretensão atual, definida como marco deste trabalho, é uma reconstrução do Processo, como garantia (não como instrumento), e sobrepostos à compreensão da Jurisdição. A posição consiste em pensar o Processo a partir de um modelo constitucional, a partir de um esquema principiológico mínimo, para proporcionar uma verdadeira coerência entre os diversos ramos do Direito Processual. Assim, a Teoria Geral do Processo seria um macrosistema, do qual o Processo Penal, independente se Comum ou Militar, seria um microsistema, com suas garantias específicas e próprias do processo penal, principalmente em relação ao estado de inocência e às garantias de liberdades individuais.

III – POR UMA COMPREENSÃO DA TEORIA GERAL DO PROCESSO A PARTIR DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A proposta de uma Teoria Geral do Processo que não se funda na compreensão

da jurisdição como instituto sustentador e fundamentador da referida teoria, mas sim sustentada em uma teoria de processo que abarque não só o processo jurisdicional, mas também o processo legislativo, administrativo ou mesmo processos de mediação e arbitragem. Para tanto, é preciso que esta teoria geral se desvincilhe justamente de institutos como a jurisdição e a ação.

Desta feita, pretende-se uma teoria do processo que se justifique pela existência de uma estrutura uníssona de princípios, que possam ser compreendidos como bases mínimas para a existência do processo, princípios, portanto, que serão a base para compreender o processo. Esta proposta segue no sentido de um modelo mínimo de processo, como por exemplo, foi proposto por Andolina e Vignera (1997), para um modelo constitucional de processo, mas que não pretende se limitar ao processo civil, mas sim, sustentado pelos avanços propostos por Fazzalari (1992), na compreensão do procedimento como gênero, que tem no processo a espécie, na qual o provimento é preparado em simétrica paridade pelos afetados.

Nesta perspectiva, compreende-se o processo como garantia constitucionalizada, isto é, no Estado Democrático de Direito é possível procedimentalizar a participação dos afetados para garantir a legitimidade do Direito (Habermas), garantindo a possibilidade de argumentação dos afetados, possibilitando que cada um explicita as suas pré-compreensões e perspectivas, valores morais e posições éticas, como sujeito de uma comunidade multicultural.

Neste sentido, a garantia do processo é co-depende à realização dos direitos fundamentais, num processo dialógico, no qual não se pode definir uma garantia excluindo a possibilidade de exercício de direitos fundamentais, do mesmo modo que o exercício dos direitos fundamentais justifica a garantia da participação nos processos decisórios, sejam estes processos que se apresentam como parte da construção de decisões na esfera pública da comunidade ou mesmo em decisões relativas à esfera privada e pessoal dos sujeitos.

Nesta perspectiva, para se pensar uma teoria geral do processo é preciso partir da compreensão que o processo é uma garantia do Estado Democrático de Direito co-dependente aos direitos fundamentais, que se define a partir de uma base principiológica uníssona que poderá se aplicar a todos os processos específicos mas que não impede que cada tipo de processo possa se especializar para se adequar as especificidades do

provimento pretendido.

Conseqüentemente, podemos pensar este esquema mínimos de princípios não só a partir do contraditório, visto por Fazzalari, como qualidade do procedimento que o distingue do processo, o contraditório visto como espaço procedimentalizado para participação dos afetados na construção do provimento, mas que se une a outros princípios que deles não é possível nem mesmo dissociar, como a ampla defesa no sentido de ampla argumentação, como o tempo concedido as partes para amplamente argumentarem, significando a argumentação como a possibilidade de comprovação das alegações, bem como, com a garantia da existência de um terceiro imparcial e da fundamentação das decisões. Pois, garantir contraditório sem a possibilidade de compreender as razões de uma decisão e as bases nas quais se funda a decisão jurídica que atinge a esfera de direitos dos sujeitos de uma comunidade. E, como conseqüência, a possibilidade de revisibilidade das decisões, que no Estado Democrático de Direito, é garantido pela possibilidade de se recorrer ao processo jurisdicional tido esta como *ultima ratio*, ou seja, a definitividade de uma decisão jurídica se garante em ultima instancia pela decisão jurisdicional.

Em sendo uma base principiológica uníssona que define as bases de uma Teoria do processo, mas que pode ser analisado a partir dos seus microsistemas, no caso especial deste trabalho, o processo penal, que não pode ser negligenciado nas suas características próprias, que são garantidas na Constituição, mas que são de reconhecimento em termos fortes no universalismo fundado na dignidade da pessoa humana, que na presunção de inocência sua base principiológica e no respeito às garantias de liberdade pessoais, decorrentes da proteção ao preso provisório, e também na própria compreensão do processo penal, que possui um órgão de acusação normalmente estatal.

Desta feita, o direito processual penal não se manterá como primo pobre do processo civil, como argumenta corretamente Coutinho (1989, 2007), ate mesmo porque sua compreensão com microsistema favorece a construção de uma hermenêutica própria para os princípios específicos do processo penal.

Assim, não se pode simplesmente transferir as discussões feitas no processo civil, transplantar principalmente as reformas do processo civil que principalmente em razão da redução da garantia do contraditório e da ampla defesa em nome de uma

celeridade e efetividade desmesurada, principalmente quando o legislador confunde os problemas de política judiciária com garantias processuais.

Neste ponto, é preciso um estudo aprofundado dos institutos próprios do processo penal e dos problemas da legislação brasileira processual penal, que a décadas demanda uma reforma total e não pontual que continua a manter a tradição autoritária mantida mesmo após a Constituição de 1988, para se reconstruir a partir do modelo constitucional de processo e seus específicos princípios, dos institutos como as medidas cautelares pessoais, a prova no processo penal, a atividade probatória do juiz, a emenda do pedido, o direito de apelar em liberdade, a superação do inquérito policial, o papel do Ministério Público, a execução penal, dentre tantos outros pontos.

É nesta perspectiva de uma releitura que se trabalha o tema proposto, qual seja a dualidade entre processo penal comum e militar.

IV – DESNECESSIDADE DA DICOTOMIA PROCESSO PENAL COMUM E PROCESSO PENAL MILITAR

A concepção de Processo adotada nos instrumentalistas vislumbra-se, em nosso entendimento, uma verdadeira Teoria Geral do Procedimento, uma vez que concebem o Processo como uma relação jurídica de Direito Público, um vínculo subjetivo não palpável, e o procedimento como materialização daquele vínculo adjetivo.

Percebe-se claramente a improcedência de uma visão instrumentalista do Processo face uma sociedade que se pretende democrática. A conclusão de Leal ratifica esse entendimento:

Não procede, como querem Cintra, Grinover e Dinamarco, afirmar, sem explicar, que ‘a jurisdição se exerce através do processo’ que é, segundo eles, mero instrumento e meio (método usual) do exercício da jurisdição, confundindo assim, a estruturação do procedimento e a instituição constitucionalizada do Processo. (LEAL, 2005, p. 43)

Por vislumbrarem um Processo como instrumento da jurisdição, os instrumentalistas operam verdadeira Teoria Geral do Procedimento, como dito, o que acresce à força da tradição dicotômica para servir de sustentáculo à dicotomia Processo Penal Comum e Processo Penal Militar.

Em uma primeira análise, na perspectiva da corrente instrumentalista, o que

impediria aglutinação dos dois sub-ramos seria a diferença entre os procedimentos, ou seja, o processo penal comum e o processo penal militar possuem fases procedimentais distintas. Assim, a instrumentalidade do processo dá ênfase à dicotomia, no sentido de haver necessidade de sua existência tendo em vista tratar-se de procedimentos diversos.

A análise da dicotomia Processo Penal Comum e Processo Penal Militar a partir de uma Teoria Geral do Processo com base nas propostas da Escola de Processo mineira, fundada em um esquema mínimo de Processo definido constitucionalmente, é insustentável. Em uma concepção de Processo, ancorada no paradigma do Estado Democrático de Direito, a dicotomia não se sustenta, uma vez que a diferença entre Processo Penal Comum e Processo Penal Militar é meramente procedimental, constituindo o Processo em um modelo constitucional já estabelecido. A base principiológica é una, simplesmente por se tratar do instituto Processo. E, ademais, ambos são Processo Penal e têm como finalidade a reconstrução do fato inicialmente tido como criminoso, para situá-lo na Teoria do crime, funcionando como garantia das partes para que possam cooperar na construção do provimento final, defendendo ou não a subsunção do fato criminoso à norma penal.

Faz-se, agora, a análise de cada uma das objeções da manutenção da dicotomia do processo penal comum e processo penal militar.

Em primeiro lugar, é possível vislumbrar que os princípios sustentadores do processo penal, que o justificam como microsistema, são aplicáveis tanto no processo penal comum como no processo penal militar. Neste sentido, importante ressaltar que a garantia da presunção de inocência, estado de inocência ou princípio de não-culpabilidade, seja qual nomenclatura for usada, é uma garantia em ambos. A própria garantia das liberdades pessoais, dispostas na Constituição da República, como a determinação de que a decisão que decreta a prisão processual deve ser proferida pelo juiz competente em decisão fundamentada, garantia tanto para o acusado comum ou militar.

Nem mesmo a disposição constitucional, que não diz não se aplicar a garantia do *habeas corpus*, no que se refere às punições disciplinares militares, pode ser vista como óbice a justificar a manutenção da dicotomia. Pois como ato administrativo, a

punição disciplinar não é passível de garantia do *habeas corpus*, somente se esta se mantenha nos limites da legalidade do ato, prevista por lei, mas não impede que, em caso de excesso, desvios ou mesmo desrespeito ao direito fundamental de liberdade do cidadão, possa ser o meio processual típico de salva-guarda das liberdades pessoais seja utilizado. Posição esta defendida pelos próprios instrumentalistas (GRINOVER, GOMES FILHO & FERNANDES, 2005, p. 354).

Em segundo ponto, a tradição que justifica a distinção, por si só, não prevalece quando pretende um direito que se funda na hermenêutica dos princípios constitucionais.

A presente análise do caso brasileiro pode ser empreendida a partir de um dos problemas interpretativos definidos por Dworkin na compreensão do direito como integridade, o caso *McLoughlin*. Ressalta o autor que a divisão do direito em áreas específicas – Direito Civil, Direito Penal, Direito Administrativo, Direito do Trabalho e Direito Tributário – segue uma definição tradicional que “reflete princípios morais amplamente aceitos” pela opinião pública. Esta demonstração é fácil de ser empreendida a partir da distinção entre Direito Civil e Direito Penal, por exemplo. Desse modo, a interpretação do direito como integridade irá respeitar as diferenças relativas à prioridade local, salvo quando os limites tradicionais de divisão do direito em áreas se mostrar mecânico ou arbitrário (DWORKIN, 1999, p. 300-304).

Assim, conclui o autor:

Se um juiz que aceita o direito como integridade considera que duas interpretações se ajustam, cada uma na área de seu interesse imediato, bem o suficiente para satisfazer as limitações interpretativas, então ampliará o alcance de seu estudo numa série de círculos concêntricos para incluir outras áreas do direito e, assim, determinar qual das duas melhor se adapta ao âmbito mais abrangente. Mas respeitará, normalmente, a prioridade da área do direito, na qual desponta seu problema imediato; considerará de menor valor, rigorosamente, algum princípio como uma interpretação aceitável do direito de acidentes se ele for estranho a esse ramo do direito, mesmo que se ajuste bem a outras áreas. A topologia das áreas é, como vimos, parte do seu problema interpretativo, e os seus julgamentos sobre os limites das áreas pode ser polêmico e, todo modo, irá modificar-se com a evolução do direito. No entanto, restrições específicas aplicam-se a seus julgamentos sobre os limites: devem, em princípio, respeitar opiniões públicas e profissionais estabelecidas que dividem o direito em áreas importante de conduta pública e privada. (DWORKIN, 1999, p. 481)

Consoante esta posição a respeito das áreas do direito e sua prioridade local, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, não pode ser oposto na presente discussão justamente porque as bases principiológicas constitucionais do processo penal são fundamento para ambos os processos jurisdicionais, independente se comum ou militar.

Os argumentos de prioridade local do processo penal militar, de forte conteúdo tradicional, como se verifica a partir dos estudos de Dworkin, se fundariam, portanto, tão somente na questão da competência e da formação do Conselho de Justiça, órgão julgador no processo penal militar, que neste ponto sofreu modificações em razão da Emenda n.º 45/04, no âmbito das justiças militares estaduais, com a mudança do papel do juiz togado frente aos juízes militares, até mesmo com limitação das decisões colegiadas (formada por um juiz togado e quatro juizes militares), aos crimes militares cometidos contra vítimas militares.

Assim, estas diferenças são idênticas àquela que se verifica no processo penal nos crimes eleitorais, mesmo possuindo órgão jurisdicional distinto, decorrente da existência de uma “Justiça Especializada”. Mesmo a existência de normas processuais específicas, art. 13 a 27 da Lei n.º 4.898/65 – Código Eleitoral – são de caráter procedimental, ou seja, somente estabelecem as seqüências dos atos processuais, devendo respeitar as bases do processo penal, principalmente no que tange ao respeito aos princípios constitucionais do Processo Penal, os institutos próprios do processo penal como ação penal, provas, medidas cautelares, são todas elas fundadas no microsistema do processo penal, constitucionalmente delimitados e demarcados.

Logo, pode se verificar que a organização de duas legislações codificadas para o processo penal comum e processo penal militar, somente se justificam pelo conteúdo tradicional forte, mas que nem mesmo é hoje reconhecido pela opinião pública. Nesse sentido, pode-se analisar a reforma perpetrada pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, que modificou os parágrafos 3º e 4º do art. 125 da Constituição da República, retirando os fortes contornos corporativos da denominada “Justiça Militar”, que constituiu uma grande crítica da opinião pública, que já refletia na mudança da competência para julgar os crimes dolosos contra a vida de vítima civil

cometidos por militares em serviço, mudança esta ocorrida através da Lei n.º 9.299/96, que já tinha definido esta modificação de competência².

Assim, manter a dicotomia, antes que preservar garantias é manter um sistema diverso, de publicidade limitada e de manutenção de uma tradição autoritária, comum em legislações que conviveram com períodos de radicalismo político militar e foco de exclusão de liberdades dos cidadãos, não é a disciplina militar que imporá reduções das garantias constitucionais dos referidos militares.

Neste sentido, podemos ressaltar a forte controvérsia que ocorre atualmente, de inclusão ou não dos presos de Guantánamo aos tribunais militares norte-americanos (DWORKIN, 2004), justamente em virtude de limitações às garantias para o exercício de direitos fundamentais, como uma advertência no intuito de não pensar a legislação processual penal militar como um lugar de redução de garantias constitucionais e de inclusão de um forte processo penal de emergência para julgamento de crimes relacionados ao terrorismo, o que Luigi Ferrajoli, denominou “*Fondamentalismo Occidentale*” (FERRAJOLI, 2006, p. 809).

Mas, para se chegar à verdadeira concretização do Estado Democrático de Direito é necessário romper com concepções oriundas de paradigmas de Estado anteriores e extirpar dicotomias desnecessárias, como a que se opera entre Processo Penal Comum e Processo Penal Militar.

V - CONCLUSÃO

Em suma, dos apontamentos desse ensaio, concluímos que a concepção acerca da Teoria Geral do Processo, que vem sendo trabalhada pelos instrumentalistas e pelos relacionistas, não se insere na plataforma da constitucionalidade democrática. A estrutura desta Teoria Geral do Processo que vem sendo apresentada pelos juristas da Escola de Processo paulista propicia um aumento dos poderes instrutórios do juiz, a construção de decisões jurisdicionais solitárias e sentimentais, bem como não vê o Processo inserido dentro de um contexto participativo.

² Interessante observar que tais críticas, apesar de compatibilizarem com tratados internacionais em que o Brasil figura como signatário, a Emenda Constitucional n.º 45/04 só trouxe alterações no que tange à competência dos órgãos jurisdicionais no âmbito da “Justiça Militar” Estadual. As críticas não persistem, entretanto, no que tange à, que mantém sua competência para julgar aqueles crimes excluídos da “Justiça Militar” Estadual.

Essa estrutura exclui o Processo do recinto democrático e é atribuída ao fato de se desenvolver reformulações ao arripio dos subprincípios concretizadores do princípio maior da vinculação ao Estado Democrático de Direito e seus respectivos subprincípios concretizadores (supremacia da constituição, prevalência da lei, fundamentação das decisões e determinabilidade das decisões).

Para que se conceba uma Teoria Geral do Processo no Estado Democrático de Direito, é necessário que os órgãos jurisdicionais se subsumam aos aludidos subprincípios concretizadores do Estado Democrático de Direito. Dessa subsunção, advirá o respeito ao devido processo constitucional que propiciará uma ordenação dialógica em contraditório realizado entre os destinatários do provimento, para que, em atividade conjunta com agente público decisor, construam e estruturem a decisão.

A dicotomização do Processo Penal brasileiro é desnecessária, e está calcada na tradição e fundada na ótica da doutrina instrumentalista, sendo que tal concepção dicotomizada se coaduna com uma visão pós-moderna de Processo, à luz de uma Teoria da Constituição que se ampara no paradigma do Estado Democrático de Direito. A Teoria Geral do Processo engloba o Processo jurisdicional, o Processo legislativo, o Processo administrativo e, por conseguinte, se opõe à dicotomia operada no Direito brasileiro entre Processo Penal Militar e Processo Penal Comum. Devemos encarar o Processo como um modelo constitucional que garante a efetivação dos direitos fundamentais por bases principiológicas uníssonas a todo e qualquer Processo. Desta forma, demonstra-se que o microsistema do Processo Penal com bases democráticas, independente de Militar ou Comum, se presta à reconstrução fática, e não à aplicação da sanção penal.

Somada à tradição de dicotomizar, esta concepção vem permitindo a firmiação da dicotomia que se opera no Direito Processual entre Processo Penal Comum e Processo Penal Militar, mesmo no paradigma do Estado Democrático de Direito.

No Processo Democrático não subsiste a dicotomia. Além de concebermos uma Teoria Geral do Processo, a base principiológica é una, simplesmente por se tratar do instituto Processo. E, ademais, ambos são Processo Penal e têm como finalidade a reconstrução do fato inicialmente tido como criminoso, para situá-lo na Teoria do crime, funcionando como garantia das partes para que possam cooperar na

construção provimento final, defendendo ou não a subsunção do fato criminoso à norma penal.

Não defendemos a extinção da “Justiça Militar”, seja Estadual ou Federal, mas sim um Processo Penal único. Dicotomizar é manter a tradição e continuar entendendo o Processo à luz de paradigmas já superados. É imprescindível a reconstrução desse espaço do microsistema do Processo Penal, inserindo-o no modelo constitucional de Processo para superar a desnecessária dicotomia entre Processo Penal Comum e Processo Penal Militar. O rompimento com a tradição urge.

V - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMIM MIGUEL, Cláudio; COLDIBELLI, Nelson. *Elementos de Direito Processual Penal Militar*. ed. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*. 2ª. Torino: Giappichelli Editore, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio sobre uma Teoria Geral do Processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, administrativo e jurisdicional. *In: GALUPPO, Marcelo Campos. O Brasil que queremos*. Belo Horizonte: Editora PucMinas, 2006.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Uma introdução ao estudo do Direito Político*. *In: Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, v. 8, p. 107-122. Belo Horizonte, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Questioni sul processo penale*. Bolonha: Zuffi, 1950.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

- CHAVES JÚNIOR, Edgard de Brito. *A Justiça Militar em outros países*. Revista de Estudos & Informações. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, n.º 07, junho/2001. p. 4-8.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. volume I. ed. 2. Napoli: Casa Editrice Dott, 1940.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.
- _____. *O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro*. Curitiba: 2007. Texto Inédito.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fortes, 1999.
- _____. What the court really said. *New York Review of Books*, v. 51, n. 13, aug. 2004 (disponível em <http://www.nybooks.com/articles/17293>).
- FERRAJOLI, Luigi. Il “diritto penale del nemico” e la dissoluzione del diritto penale in *Questione Giustizia – numero monografico: “Verso un diritto penale del nemico?”* Milano: Franco Angeli, número 4, ano 2006.
- FEROLLA, Sérgio Xavier. *A Justiça Militar da União*. Revista de Estudos & Informações. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, n.º 05, julho/2000. p. 12-13.
- DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. ed. 12. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni de diritto processuale*. Padova, CEDAM, 1992.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. ed. 15. São Paulo: Malheiros, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro – estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. volume I e II. ed. 2. tradução: Flávio Beno Siebeneich. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. volume I. tradução: Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. ed. 6. São Paulo: Thomson-IOB, 2005.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Flávio. *Teoria Geral do Processo Civil*. ed. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TORNAGHI, Hélio. *A Relação Processual Penal*. ed. 2. São Paulo: Saraiva, 1987.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal – jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.