

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

LUCIANO SANTOS LOPES

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Luciano Santos Lopes, Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini, Nestor
Eduardo Araruna Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-127-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo penal. 3.
Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25.
: 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Neste CONPEDI de Belo Horizonte houve uma diferente estratégia de discussão, tomando-se como parâmetro os encontros passados. Houve uma cisão entre os Grupos de Trabalho (GTs) de Direito Penal e de Direito Processual Penal, em razão da grande quantidade de trabalhos apresentados.

Assim, o presente Grupo de Trabalho tratou de enfrentar apenas as questões atinentes ao Processo Penal, sempre à luz da referência constitucional.

Foram 25 artigos aprovados inicialmente. Contudo, apenas 21 deles foram efetivamente apresentados em 13 de novembro de 2015. São apenas estes que compõem, portanto, o presente livro.

Coordenaram os trabalhos o Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza - UNIFOR); o Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoni (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA); e o Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC).

A dinâmica operacional consistiu em agrupar temas afins, em uma sequência de apresentações que permitisse uma mais operante interlocução de ideias. E o resultado foi muito interessante, frise-se.

A sustentação oral dos trabalhos apresentados, então, seguiu a seguinte ordem: teoria geral do processo; sistemas processuais; princípios e regras no processo penal; aplicação de princípios constitucionais ao processo penal; a questão da justiça militar; investigação criminal e produção de provas no processo penal; questões ligadas à aplicação de pena e à execução penal; questões ligadas à ritualística do processo e de seus vários modelos procedimentais especiais.

A tônica das apresentações, e das discussões que dali surgiram, foi a da necessária constitucionalização do processo penal. E isto ocorreu sob os mais variados aspectos teóricos. Certo é que, entre convergências e divergências, esta constante preocupação existiu à unanimidade, pode-se afirmar.

Percebeu-se uma preocupação ímpar com a localização do argumento constitucional na legitimação do processo penal, sempre tomando como referência o Estado Democrático de Direito. E, pensa-se, não poderia ser diferente.

Uma primeira preocupação que surgiu nos debates foi a da definição da finalidade do processo penal. Discutiu-se muito acerca da adoção, ou afastamento, da teoria instrumentalista. Foi colocada ao debate, em contraponto à tradicional teoria antes anunciada, a concepção do processo como garantia. Por evidente, tal discussão não tinha como finalidade a adoção definitiva, para o Grupo de Trabalho, de uma destas teorias. O espaço de debate serviu apenas para a reflexão de que modelos contrapostos podem (e devem) ser apresentados ao operador do Direito. Isto, porque as definições de estratégias argumentativas serão inócuas enquanto não se entender, primeiramente, qual a finalidade do processo.

Discutiu-se muito, também, o papel dos atores processuais (Magistrado, Ministério Público, Advogados, Acusados, Vítimas, etc.). Trata-se de outra premissa relevante ao extremo, necessária para situar cada um destes operadores jurídicos no espaço processual. Tal questão também faz parte, portanto, da construção do argumento legitimador da intervenção punitiva.

Uma interessante constatação: a temática da principiologia foi recorrente em cada uma das abordagens realizadas. Isto revela, pensa-se, a preocupação que o Grupo de Trabalho teve com a perfeita colocação da Teoria Geral do Direito no debate, com um certo papel de protagonismo (junto com a Hermenêutica Constitucional).

A partir destas definições gerais, e fundamentais, pôde-se ingressar nas discussões sobre provas e sistemas de investigação. São temas de alta importância na construção do modelo constitucional de processo penal. Outra curiosa constatação foi a de que a Justiça Militar, normalmente muito esquecida nos debates acadêmicos, veio para o centro das discussões em algumas oportunidades neste GT.

Certo é que a premissa constitucional deve ser capaz de fundamentar o exercício do papel punitivo estatal, sem deixar de considerar o igual protagonismo da tutela das liberdades individuais. Este equilíbrio se faz necessário (pode-se afirmar, mais: é fundamental) e é fruto de um compromisso axiológico decorrente exatamente dos valores impressos no texto constitucional.

Deve, pois, haver um afastamento do operador do Direito, em relação a uma cultura ideológica (e midiática) preconcebida, devendo (o processo penal) funcionar como autêntica

garantia do exercício de cidadania. O processo penal, neste sentido, deve ser inclusivo e solicitar a participação de todas as partes envolvidas, para construir um provimento jurisdicional compartilhado e mais próximo da solução duradoura de conflitos.

Em resumo, estas foram as principais questões (e impressões) que do GT de Processo Penal e Constituição surgiram.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza - UNIFOR);

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA);

Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC).

O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR BRASILEIRO: ODE OU RÉQUIEM À INQUISITORIEDADE?

THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE BRAZILIAN MILITARY: ODE OR REQUIEM FOR THE INQUISITORIAL SYSTEM?

Nicanor Henrique Netto Armando

Resumo

Este ensaio realizou uma pesquisa bibliográfica que objetivou identificar os princípios epistemológicos, sociais e políticos subjacentes aos sistemas processuais inquisitório e acusatório, que conectam as características de cada um desses sistemas, para investigar a qual deles corresponde o Código de Processo Penal Militar (CPPM). As conclusões da pesquisa mostram que para um sistema se caracterizar como acusatório não basta a separação das funções de acusar e julgar. É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura dialética do processo não se rompa e que a iniciativa probatória seja sempre reservada às partes. No que se refere aos sistemas, o ponto nevrálgico é a identificação de seu princípio informador, pois é ele quem vai definir se o sistema é inquisitório ou acusatório, e não os elementos acessórios (oralidade, publicidade, separação de atividades). Se o processo tem por finalidade a reconstrução de um fato histórico, a gestão da prova é erigida a núcleo fundante ou a princípio unificador de um sistema. Nesse contexto, dispositivos do CPPM que atribuem ao juiz poderes instrutórios denotam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Consequentemente, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Com isso, conclui-se que o CPPM é essencialmente inquisitório. Objetivou-se também (re)pensar a necessidade da dicotomização do processo penal brasileiro, perquirindo se a dualidade de legislações processuais penais se coaduna com uma visão atual do processo como um modelo constitucional que garante a efetivação dos direitos fundamentais por bases principiológicas uníssonas a todo e qualquer processo.

Palavras-chave: Processo penal, Processo penal militar, Dicotomia, Sistema processual, Inquisitório, Acusatório

Abstract/Resumen/Résumé

This paper conducted a literature review aimed to identify the epistemological principles, social and political underlying the inquisitorial and adversarial procedural systems, which connect the characteristics of each of these systems, to investigate which of them matches the Criminal Procedure Code of Military (CPPM). The findings of the survey show that for a system to be characterize as libelous not just the separation of functions to accuse and judge. It is necessary to keep the separation for which the structure of dialectical process does not break, and the evidential initiative is always reserved for the parties. With regard to systems,

the sticking point is the identification of its principle informer, for it is he who will determine if the system is inquisition regime or libelous, and not ancillary elements (orality, advertising, separation of activities). The process aims to reconstruction of a historical fact, the management of proof is erected the core founding or the unifying principle of a system. In this context, devices in the CPPM to give judge powers investigative denote the adoption of the principle inquisitive, who founded a system inquisition regime, because they represent a breach of equality, contradictory, the very structure of the dialectic process. Consequently, fulminam the main guarantee of jurisdiction, which is the impartiality of the judge. With this, it is concluded that the CPPM is essentially inquisition regime. This study also (re)thinking the need of dichotomization of criminal proceedings Brazilian, perquirindo if the duality of legislation on criminal proceedings is consistent with a current view of the process as a constitutional model that ensures the enforcement of fundamental rights by bases principiológicas jointly agreed to any process.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal procedure, Criminal procedure, Military dichotomy, Procedural system, Inquisition regime, Accusatory

1 INTRODUÇÃO

A aplicação de institutos e categorias do processo penal comum na Justiça Militar constitui um tema polêmico, o que se deve à existência de dois códigos para tratar da mesma matéria em nosso ordenamento jurídico: o processo penal comum e o processo penal militar.

O processo penal comum tem sido, continuamente, objeto de reformas legislativas, ao passo que o Direito Processual Penal Militar não tem acompanhado essa evolução, o que, talvez, possa ser explicado pela pouca ênfase que é dada a esse ramo do Direito nos currículos acadêmicos e pela escassez de obras doutrinárias versando sobre o assunto.

A defasagem da legislação processual penal militar em relação à legislação processual comum expõe a necessidade de promover a contínua contextualização das normas que regem a persecução penal castrense com a ordem constitucional instaurada pela Constituição Federal de 1988, o que desafia uma reflexão mais aprofundada dos operadores desse ramo do Direito, sob pena de o processo penal militar, que vem sendo negligenciado nas reformas legislativas, não acompanhar a atualização do processo penal comum imprimida pelos avanços da política criminal nele incorporada.

Refletindo essa pouca ênfase que o legislador ordinário tem atribuído ao Código de Processo Penal Militar (CPPM), não obstante a necessidade de compatibilizá-lo com a atual ordem constitucional, a doutrina processual penal pátria volta a suas atenções, majoritariamente, para o Código de Processo Penal comum (CPP), relegando a legislação castrense a um segundo plano.

Assim, muito já foi dito a respeito da caracterização do processo penal comum e do arquétipo de sistema processual ao qual ele se filia, mas a doutrina pouco se debruçou sobre esse tema quando se insere no objeto de estudo a legislação castrense. Desse vácuo doutrinário emerge o questionamento: a qual modelo de sistema processual se filia o CPPM?

Por outro lado, a coexistência no ordenamento jurídico brasileiro de duas normas que regulam o processo penal (comum ou militar) unicamente por razões de fixação de competência, reflete uma retrógrada visão instrumentalista do processo que não se coaduna com o atual paradigma do Estado Democrático de Direito e que se prende aos postulados da teoria de Bülow (2008), que encara o processo como uma relação jurídica de direito público.

Essa dicotomização encontra guarida numa teoria do processo de matiz dogmático e que privilegia uma epistemologia positivista na abordagem do fenômeno jurídico, encarando-o na perspectiva da filosofia da consciência.

Contudo, o positivismo jurídico e o modelo lógico-formal, tributário da perspectiva cartesiana, têm se revelado insatisfatórios na apresentação de soluções para os problemas sociais da contemporaneidade.

Ante tal dilema, faz-se mister, pois, revisitar os pressupostos da concepção instrumentalista do processo, com o escopo de mitigar a postura cética característica do positivismo jurídico e promover uma descolonização epistêmica, problematizando essa postura sob o prisma da filosofia da linguagem, a qual ensejou uma viragem hermenêutica-filosófica daquele modelo científico com o advento da crise da razão que coloca a *episteme* em dúvida.

Assentadas essas premissas, o objetivo com esse breve ensaio é repensar a 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 do processo como um modelo constitucional que garante a efetivação dos direitos fundamentais por bases principiológicas uníssonas a todo e qualquer processo.

Ademais, objetiva-se também alinhar as características mais relevantes do CPPM procurando identificar qual matriz de sistema processual penal que ele caracteriza: acusatória ou inquisitória. Busca-se com isso, identificar as linhas teóricas do CPPM para o fim de reconhecer a sua vigência ou não diante da ordem constitucional de 1988.

Para tanto, traçados os contornos do nosso pano de fundo, qual seja, a dicotomização do processo penal brasileiro e a necessidade de ruptura com o paradigma instrumentalista que a enseja, adota-se como marco teórico o modelo constitucional de processo. É realizada também a identificação dos principais traços característicos que a doutrina atribui aos sistemas processuais procurando identificar os vários princípios epistemológicos, sociais e políticos que estão por trás dos sistemas processuais inquisitório e acusatório e que os distingue no tocante à forma de coletar, produzir e avaliar a prova e de determinar a verdade nos casos concretos.

2 A IDENTIFICAÇÃO DO NÚCLEO FUNDANTE DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS INQUISITÓRIO E ACUSATÓRIO

Procurando identificar as características que a doutrina atribui aos sistemas processuais, Langer (2004, p. 07) aponta que o sistema acusatório¹ era definido como um processo penal controlado pelas partes, onde o tribunal era um árbitro passivo. O processo acusatório não procurava obter a confissão do acusado para provar a sua culpabilidade, e os casos se decidiam em audiências orais através de um julgamento pelo júri, em que os jurados faziam uma valoração livre da prova de acordo com suas impressões sobre o caso e não havia possibilidade de recorrer de seus veredictos.

Por sua vez, continua o autor, o sistema inquisitivo consistia em um processo penal controlado pelo tribunal, submetido à sua própria iniciativa, e no qual o tribunal tinha as funções de investigar e julgar o caso. O processo inquisitivo procurava obter a confissão do imputado como parte da investigação do caso, e realizava os julgamentos mediante um procedimento escrito e secreto realizado por juízes profissionais, que tinham que valorar a prova de acordo com o sistema da prova legal e existia a possibilidade de recorrer de suas decisões. (LANGER, 2004, p. 07)

Já Ambos (2005, p. 165) afirma que, enquanto no sistema adversarial a busca da verdade está nas mãos das partes e, conseqüentemente, o seu conflito se encontra no centro dos procedimentos, no sistema inquisitivo, a responsabilidade recai nos organismos estatais de persecução penal. Nesse sentido, o modelo de tradição jurídica civil pode descrever-se de uma forma mais precisa como “dirigido por um juiz” ou, se seguirmos o enfoque mais estruturalista de Damaska, como hierárquico, enquanto que o modelo de “Common Law” é adversarial na medida em que o órgão de acusação e a defesa são “adversários”.

A expectativa fundamental de um sistema adversarial é que, de um choque forte de provas apresentadas pelos litigantes em um ambiente forense altamente estruturado, virão as informações em que um tomador de decisão neutro e passivo poderá basear uma solução satisfatória da disputa legal. (LANDSMAN, 1989-1990, p. 500).

Três elementos são fundamentais a um sistema adversarial. O primeiro é que o tomador de decisão deve se manter neutro e passivo durante o julgamento do caso. (LANDSMAN, 1989-1990, p. 500)

¹ Ambos (2005, p. 163) explica-nos que o significado original do *processus per accusationem*, como causa iniciada por um cidadão privado, já não é válido. Assim, é enganoso chamar “acusatório” unicamente o sistema adversarial, já que isso implica dizer que o processo de tradição jurídica civil atual não atua de forma acusatória através de uma autoridade encarregada da persecução penal.

O segundo elemento da justiça adversarial, e obviamente concomitante ao primeiro, é a responsabilidade do litigante para a produção e qualidade da prova em que o caso deve ser decidido. Um sistema adversarial não pode funcionar a não ser que as partes produzam as provas a serem consideradas pelo julgador (juiz ou júri) neutro e passivo. (LANDSMAN, 1989-1990, p. 501)

O último elemento importante de um sistema adversarial é um elaborado conjunto de regras para governar o julgamento e o comportamento dos defensores. Estas medidas são necessárias para proteger a integridade do processo, bem como para garantir que os casos levados a tribunal sejam resolvidos de uma forma rápida. (LANDSMAN, 1989-1990, p. 501)

Pautado em uma concepção teórica que concebe a dicotomia dos termos acusatório e inquisitório como tipos ideais descritivos, Langer (2004, p. 6 e 11) afirma que por trás dos sistemas processuais inquisitório e acusatório há vários princípios epistemológicos, sociais e políticos que conectam as características respectivas de cada um desses sistemas. Sob o prisma epistemológico, cada sistema assume uma forma distinta de coletar, produzir e avaliar a prova e de determinar a verdade nos casos concretos. Os modelos acusatório e inquisitivo implicam não somente duas técnicas distintas de determinação dos fatos e julgamento do caso, mas também pressupõem concepções diferentes da verdade, onde no modelo inquisitivo assume, por exemplo, a teoria da verdade como correspondência, enquanto que o modelo acusatório assume uma teoria consensual da verdade.

Buscando identificar qual o tipo de sistema processual em que se enquadra o processo penal brasileiro, Lopes Júnior (2014, p. 92) afirma que é lugar comum na doutrina brasileira apontar que o nosso sistema é misto, no qual predomina o inquisitório na fase pré-processual e o acusatório, na processual. Apesar de afirmar que a noção de sistema não se coaduna com um sistema misto, Coutinho (2009, p. 109) afirma que os sistemas são mistos não por força da simples somatória dos elementos que os integram, mas, fundamentalmente, porque em sendo sistemas regidos pelo princípio inquisitivo, agregam elementos provenientes do sistema acusatório, tal como sucede com o sistema processual penal brasileiro em vigor; ou, por outro lado, sendo regidos pelo princípio dispositivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema inquisitório, como ocorre com o sistema processual norte-americano.

Contudo, afirmar que o “sistema é misto” é absolutamente insuficiente e configura um reducionismo ilusório, porque, como não existem mais sistemas puros por se tratarem de modelos históricos sem correspondência com os atuais, todos são mistos. (LOPES JR., 2014, p. 92).

Desta feita, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, o desate do nó górdio passa pela identificação do princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois, conforme adverte Lopes Júnior (2014, p. 89), essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância.

O critério amplamente utilizado para a classificação de um sistema, ou seja, o seu mínimo denominador comum, reside na separação das funções de acusar e julgar, presente apenas no modelo acusatório.

Contudo, conforme Lopes Jr. (2014, p. 105), novamente, nos adverte, esse critério é falho porque o simples fato de o processo estar dividido em duas fases (pré-processual e processual em sentido próprio ou estrito) e que se atribua cada uma a um ator diferente (quem instrui não julga) bastaria para afirmar que o processo está regido pelo sistema acusatório².

Ademais, prossegue o autor, esse critério não enfrenta o ponto nevrálgico da questão, que é a identificação do núcleo fundante de cada sistema, ou seja, a separação inicial das atividades de acusar e julgar não é o núcleo fundante dos sistemas e, por si só, não é suficiente para sua caracterização.

Portanto, finaliza o autor, é reducionismo pensar que basta ter uma acusação, com a separação inicial das funções, para constituir-se um processo acusatório. “[...] É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz.” (LOPES JR., 2014, p. 105).

Nessa senda, não basta haver uma separação inicial, com o Ministério Público se encarregando da acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora, como, por exemplo, permitir que o juiz determine diligências de ofício durante a fase processual e até mesmo no curso da investigação preliminar (LOPES JR., 2014, p. 108).

Para a caracterização do sistema acusatório é preciso que, além da separação de funções, a gestão e a iniciativa probatória sejam atribuídas às partes e que o juiz se mantenha afastado da arena dos debates para não ter a sua imparcialidade³ comprometida. E não é só, é

² Langer (2014, p. 5) salienta que foi durante o século XVIII que a doutrina e as autoridades europeias, em meio à busca de alternativas ao processo penal do antigo regime, que começaram a utilizar a categoria acusatório para aludir ao processo penal anglo-saxão e o termo inquisitivo para se referir ao processo penal do antigo regime. Posteriormente, as jurisdições anglo-saxãs começaram a utilizar o termo adversarial de um modo similar ao acusatório.

³ Badaró (2003, p. 117) afirma que o sistema inquisitivo padece de grave vício epistemológico, na medida em que “[...] a concentração das funções de acusar e de julgar nas mãos de uma única pessoa, ao contrário do que se pode imaginar, não favorece a descoberta da verdade. Há um "vício epistemológico" na atividade do inquisidor que, por concentrar as funções de formular a acusação, investigar e colher as provas, além de julgar o acusado,

preciso ainda que haja a incorporação do contraditório e da imparcialidade⁴, sob pena de incorrer em grave reducionismo. (LOPES JR., 2014, p. 105/108).⁵

Com efeito, considerando que a finalidade precípua do processo penal é a reconstrução de um fato histórico, o traço característico de um sistema processual penal, ou seja, o seu princípio unificador, não pode recair na separação inicial das atividades de acusar e julgar, mas na gestão da prova.

A identificação do princípio unificador ou do mínimo denominador comum de um sistema se avulta em importância porque ele é o fiel da balança para definir se um sistema é inquisitório ou acusatório, pouco importando se incorpora outros elementos acessórios como a oralidade, publicidade, separação de atividades etc..

Ao discorrer sobre os sistemas, Coutinho (2009, p. 108), partindo da premissa de que o método cartesiano de descoberta da verdade, que pressupõe a redução à unidade, é inadequado para explicar uma estrutura essencialmente complexa como o processo, propõe uma mudança de perspectiva e sustenta que o processo é melhor compreendido à luz matriz sistêmica de Kant, segundo a qual, para encontrar a verdade em estruturas complexas, basta relacionar os elementos de um sistema sob uma ideia única, que seria determinada pela finalidade do conjunto e que funcionaria como princípio unificador.

E Coutinho (2009, p. 108), fazendo coro com Lopes Jr. (2014, p. 110), afirma que o princípio unificador dos sistemas processuais penais seria relacionado com o fim último do processo penal, que, abstraindo o giro ontológico-linguístico, seria a descoberta da verdade a partir da reconstituição histórica de um fato pretérito que é o crime.

Assim, adquire destaque a gestão da prova, que passa a figurar como critério caracterizador do princípio unificador e, assim, do sistema consagrado.

Ainda conforme Coutinho (2009, p. 109), “[...] o princípio unificador será inquisitivo se o sistema for inquisitório; e será dispositivo se o sistema for acusatório. Como ideia única, não comporta divisão e, deste modo, não se pode ter um princípio misto e, de consequência, um sistema misto.” Com isso, o fato de um sistema processual ser qualificado como misto

estará comprometido a priori com a tese da culpabilidade. O cúmulo de funções em um mesmo órgão tem como consequência a perda da imparcialidade do juiz.”

⁴ “[...] a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.” (LOPES JR., 2014, p. 109).

⁵ Conforme observa Streck (2009, p. 123), de nada adianta um novo modelo de gestão da prova, em que o juiz fica alheio a essa atividade, “[...] se o sentido a ser definido sobre o ‘produto final’ dessa ‘gestão probatória’ permanece a cargo de um ‘inquisidor de segundo grau’ que possui ‘livre convencimento’”. (grifos no original)

significa que, na essência, ele é inquisitório ou acusatório, variando conforme os elementos secundários que receba de um ou outro sistema.

Dito isso, está aberto o caminho para investigar a qual sistema processual corresponde o processo penal militar brasileiro: acusatório ou inquisitório. Para esse desiderato, basta então alinhar as suas características predominantes e, com base no critério da centralização da gestão da prova, ou seja, se há ou não uma participação ativa do juiz na produção da prova, enquadrá-lo em um ou outro sistema.

Ora, se o sistema inquisitório é fundado no princípio inquisitivo⁶, que é marcado por uma concepção unilateral de processo onde se encerra nas mãos do juiz as funções de investigar, acusar e julgar em nome da decantada busca da “verdade real”, o processo penal militar brasileiro será qualificado como tal se ele admitir o ativismo judicial na produção da prova e a invasão da esfera de atuação das partes, pouco importando que, ao lado desse princípio unificador, haja outros elementos que geralmente caracterizam o sistema acusatório.⁷

Conforme sintetiza Lopes Jr. (2014, p. 111), “[...] o fato de um determinado processo consagrar a separação (inicial) de atividades, oralidade, publicidade, coisa julgada, livre convencimento motivado etc., não lhe isenta de ser inquisitório.”

Por fim, cumpre salientar que, embora o escopo principal da pesquisa seja a identificação do sistema processual a que corresponde o processo penal militar brasileiro, não é muito adequado falar em processo penal militar, pois o processo, entendido como uma base principiológica uníssona a todo e qualquer processo, é uno. Assim, a secção do processo penal em processo penal comum e processo penal militar tem sua razão de ser apenas na diferença dos procedimentos que há em cada um desses ramos do direito processual e do respectivo órgão jurisdicional encarregado de aplicar a jurisdição.

Dito de outra maneira, as normas processuais que tornam a legislação processual comum diferente da militar, atribuindo-lhes uma distinção ontológica, são de natureza procedimental, ou seja, somente estabelecem as sequências dos atos e fases processuais e, como tal, não se prestam para sustentar a referida dualidade porque devem respeitar as bases

⁶ “[...] o ‘sistema inquisitório’ está ligado umbilicalmente ao paradigma da subjetividade, isto é, do esquema sujeito-objeto. No sistema inquisitório, o sujeito é ‘senhor dos sentidos’. Ele ‘assujeita’ as ‘coisas’ (se, se quiser, ‘as provas’, o ‘andar do processo’, etc.). Isso exsurge, como já referido, da produção da prova *ex officio* e da prevalência de princípios (*sic*) como o do ‘livre convencimento do juiz’ e ou ‘livre apreciação da prova’.” (STRECK, 2009, p. 119)

⁷ Oliveira (2013, p. 13) não admite que a atribuição de poderes instrutórios ao juiz tenha o condão de qualificar o sistema processual como inquisitório. Diz ele: “[...] não será o fato de se atribuir uma reduzida margem de iniciativa probatória ao juiz *na fase processual*, isto é, no curso da ação, que apontara o modelo processual penal adotado.” (grifos no original).

do processo penal, principalmente no que tange ao respeito aos princípios constitucionais do processo penal.

3 A DICOTOMIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O surgimento dessa dualidade processo penal comum e processo penal militar pode ser tributada à tradição da Justiça Militar existente no Direito brasileiro, que, por razões histórico-políticas, se sustenta ainda hoje no ordenamento jurídico pátrio, amparada juridicamente na negativa da existência de uma Teoria Geral do Processo. (BARROS, ALMEIDA, 2008, p. 1959).

Outro fator relevante que contribui para realçar essa separação seria uma suposta índole própria do processo penal militar relacionada à salvaguarda dos princípios da hierarquia e da disciplina, que, nos termos dos arts. 42 e 142 da Constituição Federal, constituem as bases para a organização estrutural das instituições militares brasileiras. Essa índole própria do processo penal militar está expressamente referida no art. 3º do CPPM⁸.

Muitos operadores do Direito Militar racionalizam de maneira equivocada as questões da Justiça Militar, por se basearem na falsa premissa de que esta se presta à proteção dos princípios da hierarquia e da disciplina⁹. Contudo, esses princípios não passam de meios para o alcance dos fins das instituições militares. De acordo com a Constituição Federal, os fins das instituições militares federais¹⁰ são a defesa da pátria, a garantia dos poderes constitucionais, e a garantia da lei e da ordem (art. 142), ao passo que os fins das instituições militares estaduais são a preservação da ordem pública, da incolumidade e do patrimônio das pessoas (art. 144) (GALVÃO, 2013, p. 1060).

Portanto, nem mesmo para as instituições militares a hierarquia e disciplina constituem um fim em si mesmo. Constituem meios organizacionais peculiares que se

⁸ “Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos: a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar;” (BRASIL, 1969)

⁹ A Lei n. 6.680/1980, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares, define a hierarquia e disciplina, respectivamente, como: “[...] A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. [...]”, enquanto a “[...] Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.[...]” (BRASIL, 1980).

¹⁰ Nos termos do art. 142 da Constituição Federal, as Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são as instituições militares federais, enquanto que, consoante os arts. 42 e 144, as instituições militares estaduais correspondem às Polícias Militares e aos Corpos de Bombeiros Militares.

prestam a conferir maior eficiência aos serviços públicos prestados pela respectiva instituição militar para o atendimento de suas missões institucionais. (GALVÃO, 2013, p. 1060).

Por isso, a Justiça Militar, que passou a ser um órgão do Poder Judiciário desde o advento da Constituição Federal de 1934, e a legislação processual penal militar não podem ser compreendidas como instituições voltadas para a proteção dos princípios da hierarquia e da disciplina. A elas incumbe a garantia dos direitos fundamentais do cidadão acusado, que estão expressos na Constituição Federal. (GALVÃO, 2013, p. 1060).

A ofensa aos preceitos da hierarquia e da disciplina deve ser objeto de processo administrativo no âmbito de poder disciplinar da Administração Pública Militar, devendo a sua preservação ser reservada à atribuição institucional das próprias organizações militares e não do Poder Judiciário.

Embora a legislação material castrense – Decreto-Lei n. 1.001/1969 - consagre a autoridade e a disciplina militares como bens jurídicos penalmente tutelados, isso não significa que a proteção desses bens jurídicos seja uma missão institucional da Justiça Militar, como costuma ser erroneamente entendido, de modo que o processo jurisdicional militar não está exclusivamente a serviço da preservação da hierarquia e da disciplina militares.

Aliás, embora a exposição de motivos do código processual castrense estabeleça que o projeto procurou “[...] traduzir em preceitos positivos a tradição e os usos e costumes militares, resguardando os princípios de hierarquia e disciplina que regem as Forças Armadas” (BRASIL, 1969), ela própria cuidou de dizer que

Isto, porém, não afastou o Projeto (sic) de considerar o respeito em que deve ser tida a pessoa do indiciado ou acusado, militar ou civil, quer processado solto quer sob prisão, assegurando-lhe, efetivamente, assistência judiciária e a mais ampla defesa na fase contraditória do processo, nos termos constitucionais, e mantendo as tradições liberais da Justiça Militar brasileira [...]. (BRASIL, 1969)

Além das diferenças concernentes às próprias normas processuais¹¹ e à natureza e competência do órgão julgador – na Justiça Militar vigora o escabinato -, as duas legislações se diferem em uma série de outros elementos, o que revela mais ainda a dualidade ente o processo penal comum e o processo penal militar.¹²

¹¹ A luz da teoria do processo como procedimento realizado em contraditório (FAZZALARI, 2006, p. 119), diferença entre o rito estatuído no CPP e no CPPM não diz respeito ao procedimento jurisdicional, mas ao próprio processo. Fazzalari inclui a noção de processo como espécie do gênero procedimento. Segundo ele, a estrutura procedimental que se desenvolve até o provimento jurisdicional e que se caracteriza pelo contraditório, compreendido como participação em simétrica paridade dos afetados pelo provimento, constitui o processo.

¹² No Código de Processo Penal Comum não há a previsão, por exemplo, do instituto da menagem, previsto no art. 246 do Código de Processo Penal Militar e que remete à categoria das medidas cautelares pessoais, que, por seu turno, é comum a ambas as legislações.

Em que pese ambos os códigos incorporarem uma sistemática processual penal mista, que se assenta em uma base inquisitorial à qual se agrega elementos típicos da estrutura do sistema acusatório¹³, o CPP possui traços inquisitórios mais marcantes do que o CPPM, o que pode ser explicado pela época em que foi editado e pela influência que recebeu do código fascista.¹⁴

O sistema processual penal brasileiro atual, assentado no CPP de 41 (cópia do Codice Rocco, da Itália, de 1930, tendo o fascista Vincenzo Manzini na dianteira), tem por base – e sempre teve – a estrutura inquisitorial. (COUTINHO, 2009, p. 109-110)

Já o CPPM, sendo uma legislação mais moderna – foi editada em 1969 -, procurou se adequar mais a um sistema acusatório puro, onde há nítida separação entre as funções do órgão acusador e do órgão julgador e onde é conferida maior efetividade ao princípio do contraditório e, especialmente, ao princípio da ampla defesa. (PACHECO, 2006, p. 780).

Essa divisão do processo penal em dois ramos distintos é calcada na distinção entre as normas de direito material incidentes (CPP e CPPM) e entre os órgãos jurisdicionais encarregados de aplicá-las (Justiça Comum e Justiça Militar), o que realça uma visão instrumentalista, que concebe o processo como instrumento ou método de atuação da jurisdição e que confunde a estruturação do procedimento e a instituição constitucionalizada do processo. (LEAL, 2001, p. 41).

A dicotomia Processo Penal Comum e Processo Penal Militar é calcada na concepção instrumentalista do processo¹⁵, à luz da qual essa divisão residiria na diferença de procedimentos que há entre esses dois ramos do Direito Processual Penal. (BARROS; ALMEIDA, 2008)

¹³ De acordo com Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2009, p. 111), “[...] o CPP configura um Sistema Misto e, deste modo, mantém na base o Sistema Inquisitorial e a ele agrega elementos típicos da estruturado Sistema Acusatório. Pesa, nele, em todos os quadrantes, a sobreposição de funções do órgão jurisdicional e do órgão de acusação.”

¹⁴ Como exemplo dessa maior inquisitorialidade do CPP em relação ao CPPM pode-se citar o instituto da *emendatio libelli*, que no CPPM não pode ser aplicada sem a formulação da nova definição jurídica pelo ministério público até a fase de alegações escritas e sem que a parte contrária tenha tido a oportunidade de respondê-la. Vale dizer, no CPPM o réu se defende tanto dos fatos descritos na denúncia quanto da classificação legal. É o que se depreende do enunciado do art. 437, alínea ‘a’, do CPPM. Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, que em decisão da 2ª Turma dele, assentou que “[...] a redação, como colocada, do art. 437 do CPPM, tem a insuperável virtude de amortecer o resquício de ‘juízo de instrução, claro na legislação processual penal comum, na medida em que só permite mutação judicial sobre a tipicidade do evento, caso prévia provocação do parte do órgão acusatório. Obviamente, com isso, reforça-se e prestigia-se a separação de funções, tão necessária, no desenrolar do procedimento criminal: ao Ministério Público, a direção da acusação; ao Magistrado, a decisão.” (BRASIL *apud* PACHECO, 2006, p. 780).

¹⁵ “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.” (BARROS; ALMEIDA, 2008)

A teoria do processo como relação jurídica, com notória repercussão na doutrina processual brasileira, foi formulada por Oskar Von Bülow (2008), que concebia o processo como uma relação jurídica, de natureza pública, que se estabelecia entre as partes e o juiz, originando uma reciprocidade de direitos e obrigações processuais. Essa teoria buscou o estabelecimento de uma diferenciação entre processo e procedimento, bem como a caracterização daquele como uma relação jurídica distinta da relação jurídica de direito material. Ela teve ainda o mérito de suplantar a arcaica visão do processo como uma sequência de atos, ou seja, como mero procedimento.

É uma teoria que se arrima no conceito civilístico de relação jurídica, não podendo ser dissociada do conceito de direito subjetivo, compreendido como o poder de alguém exigir de outrem a realização de uma conduta.

Contudo, essa sujeição entre as partes imposta pelo regime de direitos subjetivos, de conotação nitidamente voluntarista, em que o autor, no pólo ativo, exige do réu, no pólo passivo, o cumprimento do direito de que se diz titular, reduzem o processo a meio, método ou finalidade abstrata (metafísica) de se obter provimento, que em nada se distingue do procedimento, que, segundo os entusiastas da teoria da relação jurídica, seria “meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível.” (LEAL, 2001, p. 88).

Gonçalves (2012, p. 55) realça que as elaborações dessa linha doutrinária tratam o processo com apelo a uma categoria conceitual típica do século XIX, a da relação jurídica, que se mostrou absolutamente impropria para explicar as posições que assumem os sujeitos envolvidos no processo.

Bülow (2008) e seus seguidores operaram a separação entre os conceitos de processo e procedimento embasando-se no critério teleológico, pelo qual o processo se distingue por seu fim, pois é o instrumento pelo qual a jurisdição é operada e o procedimento se torna a simples sucessão lógica de atos, destituído de qualquer finalidade, e o absorveu no processo.

Essa posição é a que predomina na doutrina processual brasileira contemporânea, em que o procedimento comparece como técnica que “disciplina, organiza, ou ordena em sucessão lógica o processo”. A doutrina pátria aprofundou o conceito de procedimento como “meio extrínseco” de desenvolvimento do processo, “meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo”, até reduzi-lo a manifestação exterior do processo”, “sua realidade fenomenológica perceptível”. (GONÇALVES, 2012, p. 54).

Em contraposição, ao processo é atribuída a natureza teleológica, “nele se caracteriza sua finalidade de exercício do poder”, como “instrumento através do qual a jurisdição opera”. (GONÇALVES, 2012, p. 54).

Aroldo Plínio Gonçalves (2012, p. 56) chama a atenção para o fato de que os conceitos de procedimento e de processo evoluíram para admitir um critério lógico de distinção, segundo o qual as características do processo e do procedimento não devem ser investigadas em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os discipline.

O autor prossegue dizendo que

[...] o sistema normativo revela que, antes que “distinção”, há entre eles uma relação de inclusão, porque o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto, na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. (GONÇALVES, 2012, p. 56).

Comentando sobre teoria do processo como relação jurídica, Leal (2001, p. 99) lhe tece críticas e afirma que, nessa concepção, o processo é meio, método ou finalidade abstrata (metafísica) de se obter provimento, em nada se distinguindo do procedimento que, segundo os adeptos dessa teoria, seria o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve e termina o processo.

Embora os adeptos da teoria da relação jurídica afirmem que ela se destacou por fazer a distinção entre processo e procedimento, o que dela se conclui é uma confusão entre processo e procedimento, porque seus adeptos, na tentativa de distingui-los, hermetizam, ainda mais, os conceitos de Bülow (2008), ao proclamarem que o procedimento é a manifestação fenomênica do processo ou meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve e termina o processo. (LEAL, 2001, p. 88).

Leal (2001, p. 88-89) alerta para o agravamento das tentativas de classificação do processo e do procedimento com base na teoria da relação jurídica, sendo que os teóricos dessas tentativas, além de se perderem em “elucubrações fenomenológicas e enigmáticas”, conectam o processo à jurisdição, em escopos metajurídicos.

O autor critica os adeptos dessa teoria, afirmando que eles definem o processo como “[...] se fosse uma corda a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para puxar pela coleira mágica a Justiça Redentora para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade.” Os que sustentam essa posição, prossegue ele, se esquecem de que a jurisdição é função

fundamental do Estado e este só se legitima, em sua atividade jurisdicional, por intermédio do processo, que é o validador e disciplinador da jurisdição e não instrumento dela.

Parte da doutrina brasileira, representada pela Escola de processo paulista, que congrega Antonio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005), entre outros, influenciada pelos postulados dessa teoria e pelos aportes de Enrico Tulio Liebman e de Giuseppe Chiovenda (cf. LEAL, 2001, p. 101), define o processo como o instrumento para o exercício do poder jurisdicional do Estado, construindo a doutrina da instrumentalidade, na qual a jurisdição é instrumento para a pacificação social e o processo possui escopos metajurídicos, sociais, políticos e jurídicos. Tal concepção instrumentalista tem enfoque na relação jurídica que se realiza entre o autor, o Estado-juiz e o réu.

Voltando à propalada dicotomização, tem-se que ela

[...] 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.

[...]

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. (BARROS; ALMEIDA, 2008, p. 1968)

Também não subsiste diante do reconhecimento de uma Teoria Geral do Processo que se lastreie em uma

[...] base principiológica uníssona de base constitucional garantidora, permitindo englobar, num único esquema mínimo, o Processo jurisdicional, o Processo legislativo, o Processo administrativo e demais processos [...]. Ou seja, a questão circunda a possibilidade de encarmos 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. (BARROS; ALMEIDA, 2008, p. 1957)

Nesse sentido, a conexão do processo à jurisdição, em que aquele se comporta como instrumento desta, e a existência de um órgão jurisdicional especializado para o julgamento dos crimes militares (Justiça Militar) favorecem o florescimento de uma mentalidade que rechaça a possibilidade de o Processo Penal Comum e o Processo Penal Militar

compartilharem as mesmas estruturas, negando a inclusão desses dois ramos em um mesmo microsistema de processo.

O processo, antes de ser uma relação jurídica de direito público, envolvendo autor, réu e juiz, deve ser entendido como uma base principiológica uníssona que, tendo assento constitucional, é garantidora de direitos fundamentais e engloba, em um único esquema mínimo, não só o próprio processo jurisdicional, como também o processo legislativo, o processo administrativo e os “processos” infraestatais que reproduzem esse arquétipo processual.¹⁶

Barros e Almeida (2008, p. 1959) entendem que a dualidade processo penal comum e processo penal militar é amparada juridicamente na negativa da existência de uma Teoria Geral do Processo e na concepção instrumentalista do processo.

Leal (2001, p. 102) aduz que os adeptos da escola da relação jurídica e os instrumentalistas, ao afirmarem ser indistintos o processo e o procedimento, por conceituá-los de modo obscuro, falam em princípios gerais do direito processual, realizando uma mistura que agrupa, em um amontoado de conceitos, as características do processo, do procedimento e da jurisdição. Por essa razão, continua o autor, em um curso de Teoria Geral do Processo, há de se indicar um quadro dos princípios institutivos do processo, porque a referida disciplina irá reunir e discorrer sobre esses princípios e não, como querem muitos, apresentar seus próprios princípios.

Nesse diapasão, à luz da trilogia fundamental que caracteriza a teoria geral do processo, qual seja, jurisdição, ação e processo, a justificativa para negar a possibilidade de conceber, pelo menos, uma teoria geral do processo penal, abarcando os dois ramos citados, deve ser atribuída unicamente à distinção existente entre os órgãos encarregados de exercer a jurisdição, ou seja, a existência de uma Justiça especializada e de outra comum destinadas, respectivamente, ao julgamento dos crimes militares e comuns.

Nesse aspecto, há que ser ressaltado que o exercício da jurisdição pelo Estado não revela, por si mesmo, a existência do processo e tanto é assim que, nos Estados autocráticos ou pseudo-democráticos, nos quais o processo é concebido como instrumento de atuação da jurisdição, há jurisdição, mas não há processo como instrumentador da atividade jurisdicional

¹⁶ O processo deve ser compreendido, atualmente, como “[...] uma instituição jurídica com caracteriologia própria definidos (sic) nos princípios que lhe são integrantes, quais sejam o contraditório, ampla defesa e isonomia”. (LEAL, 2001, p. 102).

pelos direitos fundamentais da isonomia, da ampla defesa e do contraditório. (LEAL, 2001, p. 41).

Leal (2001, p. 102), indo além de uma teoria geral do processo penal, propõe a existência de um Código de Processo Geral, que, na concepção dele, seria inteiramente indiferente o surgimento de novos ramos do direito, de direitos novos e inovadores.

Assim não se sustenta a dicotomização do processo penal somente porque a Constituição Federal atribui a competência para o julgamento dos crimes militares a um órgão jurisdicional especializado (a Justiça Militar), que é distinto do órgão encarregado de exercer a jurisdição ordinária.

A referida dicotomia ganha sustentáculo nessa visão instrumentalista que afirma a necessidade de um processo especial somente em virtude de divisão de competências. Parece ser um contrassenso, neste raciocínio, o fato de não cogitarem a existência de um “código de processo penal eleitoral” no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a Justiça Eleitoral, como órgão jurisdicional especializado que é, também careceria de especialização de seus procedimentos por meio de um conjunto de regras particulares. Sem falar que na especialização da justiça eleitoral, se julga crimes eleitorais, e não só ilícitos administrativos. (BARROS; ALMEIDA, 2008, p. 1962).

Enxergar o processo sob a ótica instrumentalista, que o considera um mero instrumento a serviço da jurisdição, significa que a preparação do provimento deve ser confiada à figura mágica do juiz, relegando o papel das partes interessadas e contra-interessadas a um plano secundário. Isso contribui para esvaziar a importância da atuação contraditória das partes, em condição de simétrica paridade, no *iter* procedimental, colocando em dúvida a democracia processual.

Essa perspectiva, além de favorecer a subsistência da dualidade de processos penais, enseja o aparecimento de normas como a contida no art. 406 do CPPM¹⁷, que impõe ao réu a obrigatoriedade de ficar de pé durante o seu interrogatório, em flagrante rompimento com o princípio da isonomia das partes no processo.¹⁸ Esse dispositivo exprime a repugnante ideia de subordinação do acusado aos demais participantes do processo, incluindo a parte contrária (o Estado, através do Ministério Público), que não tem a mesma obrigação, violando assim o

¹⁷ “Art. 406. **Durante o interrogatório o acusado ficará de pé**, salvo se o seu estado de saúde não o permitir.” (BRASIL, 1969, grifo nosso)

¹⁸ A previsão do aludido dispositivo está impregnada de militarismo e introduz, no processo judicial, a deferência regulamentar que o subordinado deve ao superior hierárquico no âmbito das instituições militares. Talvez isso se explique porque, na Justiça Militar, o órgão julgador é um colegiado composto por um juiz togado e por juízes militares recrutados na oficialidade das instituições militares e que sejam superiores hierárquicos ou mais antigos que o acusado.

contraditório, entendido não apenas como a participação dos sujeitos do processo, mas como igualdade de oportunidade e igualdade de tratamento¹⁹. Se ao Ministério Público não é imposto o mesmo dever, isso constitui um abominável privilégio que rompe com a igualdade de tratamento das partes.

Nem o Código de Processo Penal Comum, que é mais antigo e caracteristicamente dotado de maior inquisitorialidade, contém uma previsão semelhante.

Portanto, os postulados da escola instrumentalista do processo (DINAMARCO, 2005; GRINOVER, 1999; CINTRA, 1999), que, na esteira da teoria de Bulow (2008), concebe o processo como uma relação jurídica de Direito Público, um vínculo subjetivo não palpável, e o procedimento como a materialização daquele vínculo adjetivo, é uma concepção que não se coaduna com o atual paradigma do Estado Democrático de Direito, se afeiçoando mais ao modelo de Estado Social, de matiz intervencionista, no qual o juiz desempenha o papel de consolidador de uma política social não realizada pelo poder executivo.²⁰

Em face da incompatibilidade da aludida teoria com o paradigma de Estado que impera atualmente, faz-se necessária a ruptura com essa teoria e a adoção de outro marco teórico que concebe o processo como uma instituição constitucionalizada que se define por uma conjunção de princípios (contraditório, isonomia, ampla defesa, direito ao advogado e à gratuidade judicial).

¹⁹ “O contraditório não é apenas ‘a participação dos sujeitos do processo’. [...] O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, as partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os ‘interessados’, ou seja, daqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor. [...] O contraditório não é o ‘dizer’ e o ‘contradizer’ sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será a material, o seu conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei.” (GONÇALVES, 2012, p. 103 e 109).

²⁰ Ao discorrer sobre os dois modos de administração da Justiça (processo inquisitório e processo dispositivo), Piero Calamandrei (1951, p. 4-5) afirma que eles são projeções no campo da técnica processual de duas formas diversas de conceber o Estado e as relações que existem entre o interesse público e o interesse individual, entre a autoridade e a liberdade dos cidadãos. O processo inquisitório no qual as partes são consideradas somente como instrumentos para a satisfação do interesse público e correspondem a uma concepção paternalista e autoritária do estado. O juiz pode tudo, os interesses individuais não valem nada, as partes, a par das testemunhas, são obrigadas a dizer a verdade ainda que contra elas mesmas. O interesse delas não tem relevância porque relevante é apenas o interesse do Estado. Seria na concepção do autor o totalitarismo processual. O autor afirma ainda que a Alemanha nazista propunha-se a cancelar do vocabulário processual as expressões de parte e de controvérsia, porque os juízes serviam somente a satisfazer o interesse do Estado. Não podia mais surgir com este fim supremo nenhum dissenso entre os súditos, que eram obrigados a estar sempre de acordo em querer que vencesse a justiça, isto é, o *Fuher*. Por outro lado, o processo do tipo dispositivo corresponde a uma concepção individualista e liberal do estado.

4 AS LINHAS TEÓRICAS DO CPPM E OS CARACTERES REVELADORES DA SUA (NEO)INQUISITORIEDADE

O Código de Processo Penal Militar (CPPM) brasileiro, editado pelo Decreto-Lei nº 1.002/1969, contém dispositivos que, a exemplo dos arts. 296, 378, § 1º, 427, parag. único, e 430²¹, revelam a sua feição (neo)inquisitória, pois, além de atribuírem poderes instrutórios ao juiz, importam em quebra da igualdade, do contraditório e da própria estrutura dialética do processo.

O art. 378, § 1º, prevê a possibilidade de o juiz tomar a iniciativa de providenciar a juntada de prova documental nos autos, sem que tenha havido requerimento das partes, em autêntica atitude inquisitória.

O art. 427, parágrafo único, encontrava paralelo no revogado art. 502 do Código de Processo Penal (CPP), que previa a fase das diligências complementares pelo juiz e que acabou sendo alterada pela Lei nº 11.719/2008. Essa postura ativa do juiz na determinação de diligências diante da insuficiência da prova produzida no curso da instrução, que ainda subsiste na legislação castrense, não se coaduna com o modelo acusatório, onde o ônus probatório deve ser reservado às partes que dele devem se desincumbir requerendo as diligências que julgarem necessárias, que só então deveriam ser determinadas pelo juiz. Do contrário, ter-se-ia uma indevida intromissão do juiz na seara probatória.

Ademais, não se pode olvidar que esse ranço inquisitório é realçado pelo modo como a denúncia é recebida e pela produção/gestão da prova, o que inclui a apreciação do “produto final”, por intermédio do “livre convencimento do juiz”, que, conforme observa Streck (2009,

²¹“Art. 296. O ônus da prova compete a quem alegar o fato, mas **o juiz poderá, no curso da instrução criminal ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.** Realizada a diligência, sobre ela serão ouvidas as partes, para dizerem nos autos, dentro em quarenta e oito horas, contadas da intimação, por despacho do juiz. [...] Art. 378. Os documentos poderão ser apresentados em qualquer fase do processo, salvo se os autos deste estiverem conclusos para julgamento, observado o disposto no art. 379. § 1º Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento das partes, para a sua juntada aos autos, se possível. [...] Art. 427. Após a inquirição da última testemunha de defesa, os autos irão conclusos ao auditor, que deles determinará vista em cartório às partes, por cinco dias, para requererem, se não o tiverem feito, o que for de direito, nos termos deste Código. Parágrafo único. **Ao auditor, que poderá determinar de ofício as medidas que julgar convenientes ao processo,** caberá fixar os prazos necessários à respectiva execução, se, a esse respeito, não existir disposição especial. [...] Art. 430. Findo o prazo concedido para as alegações escritas, o escrivão fará os autos conclusos ao **auditor, que poderá ordenar diligência para sanar qualquer nulidade ou suprir falta prejudicial ao esclarecimento da verdade.** Se achar o processo devidamente preparado, designará dia e hora para o julgamento, cientes os demais juízes do Conselho de Justiça e as partes, e requisição do acusado preso à autoridade que o detenha, a fim de ser apresentado com as formalidades previstas neste Código.” (BRASIL, 1969, grifo nosso).

p. 123), não pode se converter em produto de um conjunto de imperscrutáveis valorações subjetivas, subtraídas de qualquer critério reconhecível ou controle intersubjetivo.

Ainda no tocante à fundamentação das decisões e à racionalidade que preside a cognição do julgador, no processo penal militar, onde as decisões, mesmo na primeira instância, são tomadas colegiadamente pelo Conselho de Justiça²², a sentença é redigida pelo auditor, ainda que discorde dos seus fundamentos ou da sua conclusão. Nos termos do art. 438²³ do CPPM, não há exigência do lançamento do voto de cada juiz assim como no segundo grau de jurisdição.

Isso cria um espaço agórico onde não é oportunizada a fiscalidade popular acerca da racionalidade da decisão judicial. No paradigma do Estado Democrático de Direito, a construção do provimento jurisdicional deve ocorrer em um espaço dialógico-discursivo de testificação difusa do ordenamento jurídico, permitindo-se a todos os legitimados ao processo a participação no controle da constitucionalidade das normas e decisões jurídicas. É preciso que aqueles que irão sofrer os efeitos da decisão contribuam para o discurso decisório para que se reconheçam como co-autores das decisões jurídicas.

O atual cenário democrático não se coaduna com provimentos que sejam fruto de uma interpretação solitária e solipsita de uma autoridade, supostamente sábia e justa, a respeito dos fatos e, sobretudo, do direito que lhe serviram de fundamento. O provimento, nas esferas judiciária, legislativa e administrativa, dever ser o produto da participação discursiva, isonômica e em paridade de armas dos seus destinatários cuja argumentação, que necessariamente há de ser considerada, desenvolve-se no âmbito de uma processualidade dialógica constitucionalizada.

O CPPM, então, padece de um vício estrutural, que lhe acarreta um grave prejuízo na sua função: o de estar visceralmente refém do sistema inquisitivo (STRECK, 2009, p. 123) e de carregá-lo em seu DNA.

Além dos artigos citados, outro traço que denota o protagonismo judicial na gestão da prova, comprometendo a imparcialidade, e que subverte a lógica processual regida pela inércia do juiz, é o art. 10, alínea 'd', que abre a possibilidade de o juiz requisitar diretamente a instauração de inquérito policial. Ocorre que “[...] isso conduz a uma quebra do sistema

²² Os Conselhos de Justiça Militar, não importando se permanentes ou especiais, estruturam-se à maneira de um escabinato, que nada mais é que um tribunal colegiado de composição mista, congregando juízes de direito (juízes togados) e juízes de fato (juízes leigos), todos com direito a voz e voto. Consiste o escabinato em um fórum de debate político voltado à participação direta do cidadão na elaboração das decisões do Estado-juiz.

²³ “Art. 438. [...] § 2º A sentença será redigida pelo auditor, ainda que discorde dos seus fundamentos ou da sua conclusão, podendo, entretanto, justificar o seu voto, se vencido, no todo ou em parte, após a assinatura. O mesmo poderá fazer cada um dos juízes militares.” (BRASIL, 1969)

acusatório e, dependendo da situação, fulmina com a imparcialidade do julgador, diante do ‘pré-juízo’.” (LOPES JR., 2014, p. 417).

Como é cediço, atualmente, com a atribuição privativa da ação penal pública ao Ministério Público (MP), que constitui uma abertura da inquisitorialidade à laivos do modelo acusatório, é absolutamente inadmissível a requisição de inquérito policial pela autoridade judiciária, sob pena de comprometer a separação entre as funções de acusar e julgar e a imparcialidade judicial.

Quem deve decidir sobre a necessidade de diligências investigatórias é o Ministério Público, que é o titular da ação penal e não o juiz, que é quem sempre deve ser invocado a atuar e jamais ter uma postura ativa de requisitar a instauração de inquérito. Isso constitui um imperativo do sistema acusatório. Com isso objetiva-se a blindagem do juiz para que não haja o primado da hipótese sobre os fatos na hora de julgar.

Outra característica que revela uma ingerência indevida do julgador na função acusatória e coloca em risco a sua independência, expondo mais uma vez as chagas inquisitórias do CPPM e esvaziando o conteúdo do mandamento constitucional que atribui a titularidade da ação penal pública ao MP (art. 129, inciso I, CF), é, nos termos do art. 397²⁴, a possibilidade de o juiz discordar do pedido de arquivamento do inquérito policial formulado pelo MP e remeter os autos ao procurador-geral, quando aquele entender que os autos não ministram elementos suficientes para a formação da *opinio delicti*.

Dentre as características do CPPM, o tratamento que ele dispensa ao interrogatório resume bem a sua matriz autoritária e inquisitória. O interrogatório foi eleito porque o tratamento que o réu recebe nesse ato, o alijamento das partes na sua produção e o protagonismo do julgador revelam que o processo penal militar ainda se encontra impregnado da tradição inquisitiva onde o juiz tem uma participação ativa na investigação e produção da prova.

Nos termos dos arts. 302 e 404²⁵ do CPPM, que conformam o processo ordinário, o interrogatório do acusado, ao contrário da nova sistemática que a Lei nº 11.719/2008 introduziu nos arts. 400, *caput*, e 531 do Código de Processo Penal (CPP) continua figurando

²⁴ “Art. 397. Se o procurador, sem prejuízo da diligência a que se refere o art. 26, nº I, entender que os autos do inquérito ou as peças de informação não ministram os elementos indispensáveis ao oferecimento da denúncia, requererá ao auditor que os mande arquivar. Se este concordar com o pedido, determinará o arquivamento; se dele discordar, remeterá os autos ao procurador-geral.” (BRASIL, 1969)

²⁵ “Art. 302. O acusado será qualificado e interrogado num só ato, no lugar, dia e hora designados pelo juiz, após o recebimento da denúncia; e, se presente à instrução criminal ou preso, antes de ouvidas as testemunhas. [...] Art. 404. No lugar, dia e hora marcados para a qualificação e interrogatório do acusado, que obedecerão às normas prescritas nos artigos 302 a 306, ser-lhe-ão lidos, antes, pelo escrivão, a denúncia e os nomes das testemunhas nela arroladas, com as respectivas identidades.” (BRASIL, 1969)

como o primeiro ato da instrução criminal, precedendo a inquirição de testemunhas e a produção de outras provas, em total descompasso com os princípios do contraditório e da ampla defesa.

No CPPM, não há aglutinação de todos os atos de instrução numa mesma audiência assim como no processo penal comum, onde o acusado tem a oportunidade de esclarecer divergências que, não raramente, afloram durante a edificação do conjunto probatório.

A colocação do interrogatório como o primeiro ato processual, reduz as possibilidades de defesa do réu e lhe subtrai a possibilidade de exercitar a autodefesa somente depois de tomar contato com todo o material probatório produzido durante a instrução, inviabilizando, assim, que ele possa melhor dirigir a sua estratégia defensiva com base nos fatos efetivamente provados.

Por ser a sistemática que transferiu o interrogatório para o final do processo mais favorável aos interesses da defesa, não há porque recusar a aplicação desse novo procedimento ao processo penal militar, analogamente ao que o Supremo Tribunal Federal fez com o processo dos crimes de competência originária dos Tribunais Superiores ao julgar a Ação Penal n. 528-Agr/DF, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

Outra característica que macula o interrogatório na legislação processual castrense e evidencia, novamente, o seu caráter (neo)inquisitório é a impossibilidade de as partes formularem, sem a mediação judicial, perguntas ao interrogando.

O art. 303 do CPPM estatui que o interrogatório será feito, obrigatoriamente, pelo juiz, não sendo nele permitida a intervenção de qualquer outra pessoa. Como se vê, o CPPM consagra o sistema presidencialista de inquirição do acusado, onde o juiz figura como o único protagonista desse momento processual, ao passo que a acusação e a defesa técnica constituem meros expectadores aos quais é vedada a oportunidade de formularem perguntas ao réu, o que transforma o interrogatório em um ato voltado exclusivamente para o julgador e o recoloca como o senhor do processo, acentuando ainda mais o caráter inquisitório do CPPM.

O interrogatório do réu é realizado, efetivamente, em ritmo inquisitivo, sem a intervenção das partes, e exclusivamente como meio de prova, e não de defesa.

Nessa perspectiva, o advogado, no interrogatório, constitui um “convidado de pedra” (LOPES JR. 2014, p. 227), ao contrário da nova redação dos arts. 185 e 188 do CPP, segundo a qual o advogado não só deve estar presente no interrogatório, como ainda poderá, ao final, formular perguntas ao imputado.

Sob essa conformação, o interrogatório configura um ato de poder e um mecanismo à serviço do juiz para comprovar uma hipótese acusatória que já esta pronta e acabada, imperando o primado da hipótese sobre os fatos. Inviabiliza-se a instauração de um *locus* de fala para a testificação difusa dos argumentos e o deslocamento da inquisitorialidade da figura do juiz mediante o aumento da carga assumida pelas partes.

Mais grave ainda é o que dispõem os arts. 305²⁶ e 308²⁷ do CPPM, que, na atual quadra, fazem com que recaia sobre o réu a presunção de culpabilidade e lhe impõem prejuízos jurídicos em razão do exercício do seu direito ao silêncio, que é constitucionalmente assegurado. Segundo a dicção desses dispositivos, juiz seria autorizado a valorar, contra o acusado, o seu comportamento no aludido ato.

Ocorre que, do silêncio do réu e de seu não comparecimento não poderão advir, obviamente, quaisquer prejuízos, exatamente por força da norma constitucional insculpida art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, “[...] que ao tutelar o estado mais grave (preso) obviamente abrange e é aplicável ao sujeito passivo em liberdade.” O art. 8.2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos estatui que toda pessoa (logo, presa ou em liberdade) tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma nem a declarar-se culpada. (LOPES JR., 2014, p. 231)

O direito de silêncio, ao mesmo tempo em que constitui um desdobramento da ampla defesa (autodefesa negativa), que tem no interrogatório o seu auge, é uma manifestação de uma garantia muito maior, decorrente do princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório. (LOPES JR., 2014, p. 232).

Nesse ponto, o CPP, no seu art. 186, refletindo as garantias constitucionais do acusado, é muito mais avançado que o CPPM e estabelece que a autoridade encarregada do interrogatório tem o dever de informar ao acusado o seu direito de permanecer calado e que o silêncio não importará em confissão nem poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

O art. 406 revela ainda mais a faceta autoritária do CPPM, ao estabelecer, absurdamente, que, durante o interrogatório, o acusado ficará de pé, salvo se o seu estado de saúde não o permitir.

²⁶ “Art. 305. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao acusado que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.” (BRASIL, 1969)

²⁷ “Art. 308. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.” (BRASIL, 1969)

Outro traço que revela a inquisitorialidade que caracteriza o processo penal militar pode ser encontrado no art. 412 do CPPM, que, na contramão da Lei nº 9.271/1996, prevê o prosseguimento do processo à revelia do réu que, citado por edital, não comparece, injustificadamente, ao interrogatório nem constitui defensor.

Diz o citado artigo:

Art. 412. Será considerado revel o acusado que, estando solto e tendo sido regularmente citado, não atender ao chamado judicial para o início da instrução criminal, ou que, sem justa causa, se previamente cientificado, deixar de comparecer a ato do processo em que sua presença seja indispensável.

A revelia decorrente de citação ficta atinge severamente o núcleo essencial do princípio da ampla defesa, que além da garantia de participação do acusado no processo penal exige que essa participação seja efetiva e que ela assegure que o réu contribua efetivamente para o resultado do final do processo. Ela subtrai do réu a possibilidade de influir na edição do provimento final.

A defesa dativa exercida em tais processos é meramente formal e quase nunca passa do simples comparecimento do advogado aos atos processuais, sem nenhuma contribuição efetiva à causa defensiva.

A Lei 9.271/1996, buscando adequar o processo penal comum aos princípios constitucionais do processo, aboliu a revelia decorrente de citação editalícia e agora, não comparecendo o acusado, o juiz deverá determinar a suspensão do processo e, como consequência, haverá também a suspensão do prazo prescricional.

O art. 437, 'b'²⁸ do CPPM, que diz respeito à fase de julgamento, estabelece que o juiz²⁹ pode proferir sentença condenatória por fato articulado na denúncia, a despeito de o MP haver opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravante objetiva, ainda que nenhuma tenha sido arguida.

Esse dispositivo sinaliza, mais uma vez, outro retrocesso ao modelo inquisitivo, em patente violação ao sistema acusatório. Ora, se o pedido de absolvição equivale ao não exercício da pretensão acusatória, isto é, se o acusador está abrindo mão de proceder contra

²⁸ “Art. 437. O Conselho de Justiça poderá: [...] b) proferir sentença condenatória por fato articulado na denúncia, não obstante haver o Ministério Público opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravante objetiva, ainda que nenhuma tenha sido arguida.” (BRASIL, 1969).

²⁹ Quando se emprega a palavra juiz, refere-se tanto ao juiz singular como ao juízo colegiado que constitui o Conselho de Justiça. Como se sabe, conforme o art. 125, §5º, da Constituição Federal, no âmbito da Justiça Militar Estadual, compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, cabe processar e julgar os demais crimes militares.” (BRASIL, 1969).

alguém, como consequência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação. (LOPES JR., 2014, p. 1143)

Não menos grave é a previsão da última parte do referido dispositivo, que prevê a possibilidade de o juiz reconhecer *ex officio* agravantes não alegadas pela acusação. Aqui, sequer existe a invocação da pretensão acusatória para legitimar a condenação. As agravantes não são outra coisa que “circunstâncias” do delito. Pior ainda, está o juiz, literalmente, acusando de ofício para poder, ele mesmo, condenar. Ferido de morte está, ainda, o princípio constitucional do Contraditório e o próprio sistema acusatório. (LOPES JR., 2014, p. 1144)

Voltando ao tema de produção da prova oral no processo penal militar, da legislação castrense adotou uma linha visivelmente inquisitória, ao eleger o juiz como o único como protagonista na fase de inquirição de testemunhas, reservando-se às partes a função, supletiva, de esclarecimento dos depoimentos.

Outro indicador da inquisitorialidade do CPPM é que, além de ele manter a fase de investigação preliminar correspondente ao inquérito policial, que é um procedimento administrativo de cognição sumária, natureza sigilosa e que se desenvolve inquisitorialmente, ele permite que elementos de convicção produzidos nessa fase acabem, indiretamente, contaminando o processo propriamente dito, nos moldes de um cognitivismo indireto.

Para explicar como isso sucede, basta pensar na hipótese de uma prova testemunhal produzida na investigação preliminar puramente inquisitorial, em regra pela autoridade policial, repercutir na fase processual mediante a sua leitura do respectivo termo (documento) ao interrogando durante a audiência, influenciando não só mas o próprio juiz. É o que se depreende do art. 416³⁰, que estabelece que as partes poderão requerer ou o auditor determinar que à testemunha seja lido depoimento seu prestado no inquérito, ou peça deste, a respeito da qual seja esclarecedor o depoimento prestado na instrução criminal.

Ainda em termos de inquirição de testemunhas, depreende-se do art. 418 que o CPPM consagra o sistema presidencialista, onde juiz faz perguntas para a testemunha como protagonista da inquirição. Nessa sistemática, ao contrário do procedimento do processo penal comum, que se inspirou no chamado *cross-examination* do direito norte-americano, as testemunhas não são questionadas diretamente pelas partes que as arrolou, mas pelo magistrado, que tem sua neutralidade comprometida. Melhor seria que o código tivesse limitado a atuação do juiz à busca de esclarecimentos remanescentes de modo a se situar em

³⁰ Art 416. [...] Parágrafo único. As partes poderão requerer ou o auditor determinar que à testemunha seja lido depoimento seu prestado no inquérito, ou peça deste, a respeito da qual seja esclarecedor o depoimento prestado na instrução criminal.” (BRASIL, 1969).

uma posição de maior imparcialidade, distanciando-o da produção de ofício da prova e das atividades da acusação.

Para além da gestão da prova há outros institutos que realçam a matriz (neo)inquisitorial do CPPM, mormente quando se verifica, no códex castrense, a previsão de prisões provisórias obrigatórias e a vedação de concessão de liberdade provisória no processo relativo a determinados crimes.

Ocorre que, a despeito dessa previsão do códex castrense, a Constituição Federal de 1988, refletindo o ideário pós-ditadura militar de instaurar um Estado democrático de direito, inaugurou um regime de liberdades públicas que não encontra paralelo em nenhuma das constituições anteriores. Dentre a lista de direitos e garantias que ela assegura aos cidadãos, destaca-se o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, que está expressamente consagrado no seu art. 5º, inciso LVII, e que constitui o princípio reitor, ou, nas palavras de Leal (2012, p. 98) o “[...] referente lógico-dedutivo [...]” de todo o processo penal brasileiro.

Isso significa que, na atual ordem constitucional, ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vale dizer, o acusado não é mais mero objeto de investigação, mas um sujeito de direitos que, em regra, deve ter assegurada a sua liberdade durante o transcurso do processo criminal.

Do texto constitucional pode ser extraída uma base uníssona de princípios que define o processo como garantia e que é composta pelos princípios do contraditório, da ampla defesa, da fundamentação das decisões e o da participação de um terceiro imparcial. (BARROS; MACHADO, 2011, p. 16-18). Essa principiologia genérica, que conforma o modelo constitucional do processo, acrescida do princípio da presunção de inocência e do princípio acusatório, conforma o microsistema do processo penal, o qual possui especificidades em face dos direitos fundamentais a que visa garantir, entre eles o direito à liberdade.

Contudo, como nenhum direito fundamental é absoluto, o princípio da presunção de inocência e a própria liberdade do infrator não fogem a essa regra e podem ser relativizados quando, após um juízo de proporcionalidade, a prisão deste se reputar necessária para a tutela dos direitos da acusação no processo³¹. É o que se verifica no âmbito das prisões cautelares.

³¹ Aqui se refere ao direito da acusação e não ao interesse da Jurisdição porque, como querem Barros e Machado (2011, p. 30), trata-se verdadeiramente de proposição de uma mudança no sentido da cautelaridade. Segundo esses autores, “[...] quando se interpreta o processo penal pelo princípio acusatório, não se pode olvidar que o papel do juiz não é o de garantidor do interesse estatal em punir o acusado, mas, sim, o de terceiro imparcial que leva em conta os direitos fundamentais e as garantias das partes no processo penal.”

Nesse diapasão, a prisão cautelar deve estar pautada na estrita necessidade da medida e constitui a *ultima ratio* do sistema de medidas cautelares, o que significa que o imputado somente pode ser preso provisoriamente quando, excepcionalmente, essa medida se reputar necessária para evitar um dano iminente aos direitos da acusação no processo penal ou à aplicação da lei penal (razões de natureza cautelar), que são situações que correspondem às condicionantes expressas no art. 255 do Código de Processo Penal Militar (CPPM), que dizem respeito aos requisitos da prisão preventiva.

Daí que, à míngua dos requisitos autorizadores da constrição cautelar, a decretação da prisão provisória não se coaduna com os princípios constitucionais do processo penal.

Não obstante, ainda é possível encontrar, no âmbito da legislação infraconstitucional, dispositivos que estão em descompasso com o regramento constitucional e, por esta razão, demandam uma nova releitura à luz do atual paradigma constitucional. É o caso dos artigos 243³², 452³³ e 453³⁴ do CPPM, que versam sobre o instituto da prisão provisória do militar desertor. Pela análise de tais dispositivos, depreende-se que eles consagram uma modalidade de prisão compulsória *ex lege*, que é aquela em que a lei, de forma a priori, prescinde da indicação dos elementos concretos aptos a justificar a sua decretação e decorre de mero imperativo abstrato e apriorístico da lei, tendo em conta apenas a natureza e a gravidade do delito. Por isso se diz que essa prisão do imputado é decretada automática e obrigatoriamente, como se realmente do culpado se tratasse.

Ademais, não se pode olvidar que o art. art. 270, ‘b’, do mesmo código também veda, em caráter apriorístico, a concessão da liberdade provisória no crime de deserção.

Todavia, as principais posições teóricas existentes na doutrina (BARROS e MACHADO, 2011; CAPEZ, 2014; LOPES JR., 2014; OLIVEIRA, 2014) que versam sobre a prisão cautelar rechaçam a prisão *ex lege* argumentando que a privação da liberdade de qualquer pessoa, fora dos casos de flagrante delito, pressupõe decisão judicial fundamentada e a caracterização, no caso concreto, da necessidade e adequabilidade da medida em face do concreto *periculum libertatis* do imputado, sob pena de a prisão cautelar configurar antecipação de culpabilidade, importando em prejulgamento, e assumir a fisionomia de uma verdadeira execução provisória da pena, o que violaria o princípio da presunção de inocência.

³² “Art. 243. **Qualquer pessoa poderá e os militares deverão prender quem fôr** (sic) insubmisso ou **desertor**, ou seja encontrado em flagrante delito.”(BRASIL, 1969, destaques nosso).

³³ “Art. 452. O termo de deserção tem o caráter de instrução provisória e destina-se a fornecer os elementos necessários à propositura da ação penal, sujeitando, desde logo, o desertor à prisão.” (BRASIL, 1969)

³⁴ “Art. 453. O desertor que não for julgado dentro de sessenta dias, a contar do dia de sua apresentação voluntária ou captura, será posto em liberdade, salvo se tiver dado causa ao retardamento do processo.” (BRASIL, 1969)

De igual sorte, há decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal³⁵ (BRASIL, 2010; BRASIL, 2008) e do Superior Tribunal Militar (BRASIL, 2014) que sufragam a tese de que a nova ordem constitucional não admite a prisão *ex vi lege* do desertor sem que estejam presentes na sua decretação os pressupostos da prisão preventiva, devendo o órgão judicial competente se pronunciar de modo expresso e fundamentado acerca dos elementos concretos aptos a justificar a constrição cautelar da liberdade do imputado.

O caráter compulsório da prisão provisória do militar desertor realça mais uma vez o arquétipo inquisitorial que caracteriza o CPPM, pois, analogamente ao que fazia o Código de Processo Penal comum de 1941³⁶ em relação à prisão decorrente de pronúncia ou de condenação recorrível, ele parte da premissa da presunção da culpabilidade do imputado, a despeito do modelo acusatório consagrado pela Constituição Federal de 1988.

A imposição obrigatória da prisão provisória no crime de deserção inverte a presunção da inocência que, até prova em contrário, deve recair sobre o infrator e lhe transfere o ônus de demonstrar a sua inocência, quando, à luz do modelo constitucional de processo, o correto seria o contrário.

Essa compulsoriedade suscita inclusive um paradoxo, pois enquanto a decretação da prisão preventiva facultativa, incidente sobre crimes mais graves, indicativos de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa, requer do juiz a demonstração da imprescindibilidade da medida como instrumento de garantia da eficácia da persecução criminal, diante de uma das situações de risco real elencadas nos artigos 254 e 255 do CPPM, a prisão provisória no crime de deserção, por seu turno, não exige a demonstração de nenhum requisito e sequer necessita de ordem judicial (BRASIL, 1969).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se percebe, não há sustentáculo para classificar o processo penal militar como inserto em um modelo processual acusatório. Pelo contrário, nele estão presentes os mais fortes elementos fundantes de um sistema inquisitorial; em que inexiste um espaço dialógico de produção e gestão da prova, não é garantido o princípio constitucional do *due process* e da

³⁵ Cumpre ressaltar que a questão ainda não está pacificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, onde há precedentes em sentido contrário (cf. BRASIL, 2004).

³⁶ O Código de Processo Penal brasileiro foi inspirado no Código Rocco, de 1930, da Itália, que, por sua vez, se baseou no Código Napoleônico de 1808.

presunção de inocência na decretação de prisões, a participação da defesa é restrita e o réu é tido como objeto do processo.

Não obstante a tentativa de enquadrarmos o processo penal militar em um ou outro modelo processual, tendo por base o dualismo entre sistema acusatório e inquisitório, as digressões aqui apresentadas se prestam, com maior relevância, a incentivar reflexões acerca de quais devem ser os princípios norteadores do processo penal, porque tal principiologia é a espinha dorsal de qualquer sistema, mesmo daqueles vindouros.

Ademais, a dicotomia no Direito Processual brasileiro entre processo penal comum e processo penal militar é fortalecida por uma visão da teoria instrumentalista do processo, à luz da qual esta divisão residiria na diferença de procedimentos que há entre esses dois ramos do Direito Processual Penal.

Entretanto, a assunção de um novo paradigma, em que ele passa a ser encarado como uma instituição constitucionalizada, conduz ao rechaço dessa separação entre processo comum e militar, visto que a diferença entre um e outro é de índole meramente procedimental e, sob essa nova perspectiva, a principiologia constitucional se afigura como o único critério demarcador de um modelo processual, que, por definição, é único.

Em outras palavras, a concepção do processo como instituição constitucionalizada não autoriza tal separação, pois ela não reconhece outros caracteres, além da principiologia constitucional, como sendo constitutivos do processo. Para ela, o procedimento adotado é irrelevante para a caracterização do processo e não se presta para sustentar a separação que se faz entre processo penal comum e processo penal militar.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, não subsiste essa dicotomia de processos, cuja base principiológica é una, simplesmente por se tratar do instituto processo.

Ademais, ambos pertencem ao microsistema do processo penal, encarado como diferenciação do processo constitucional, e têm como finalidade a reconstrução dos fatos históricos para enquadrá-los, ou não, no pressuposto fático de uma norma penal. Funcionam como garantia das partes para que possam influir na construção do provimento final, defendendo ou não a subsunção do fato criminoso à norma penal incriminadora.

REFERÊNCIAS

AMBOS, kai. **Es el procedimiento penal internacional "adversarial", "inquisitivo" o mixto?** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 57, p. 159-211, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 167-168.

BARROS, Flaviane de Magalhães; ALMEIDA, Fabrício Santos. **A dicotomia processo penal e processo penal militar face uma teoria geral do processo**. In: Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 1955-1973.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim Machado. **Prisão e Medidas Cautelares: nova reforma do processo penal – Lei n. 12.403/2011**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. **Diário oficial da União**, Brasília, 21 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm>. Acesso em 21 jun. 2014.

_____. Lei n. 6.880, de 09 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. **Diário oficial da União**, Brasília, 11 dez. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm>. Acesso em: 01 jul. 2014.

_____. Superior Tribunal Militar. *Habeas Corpus* n. 110-21.2014.7.00.0000- RJ. Relator: Ministro Cleonilson Nicácio da Silva. Paciente: Felipe Teles da Silva. Impetrantes: Defensoria Pública da União. Coator: Juízo da 4ª Auditoria da 1ª CJM. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, n. 148, 1º set. 2014. Disponível em: <http://www2.stm.jus.br/pesquisa/dje/prod//2014/08/pje_dje_29_08_2014.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 89.645-6-PA. Relator: Gilmar Mendes. Paciente e impetrante: Josiel Araújo de Almeida. Coator: Superior Tribunal Militar. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 214, p. 29-42, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/214_1.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no *Habeas Corpus* n. 95.470-DF. Relator: Min. Ellen Gracie, Presidente Min. Gilmar Mendes. Paciente: Laci Marinho de Araújo. Impetrante: Márcio Gesteira Palma. Coator: Superior Tribunal Militar. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, n. 145, 6 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2895470.NU+ME.+OU+95470.DMS.%29%29+E+S.PRES.&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/l7slpnh>>. Acesso em: 4 abr. 2015.

BÜLOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad. Miguel Angel Rosa Lichtschein. Buenos Aires: Librería El Foro, 2008.

CALAMANDREI, Piero. **Un maestro di liberalismo processuale**. Rivista di diritto processuale. Anno VI, n. 1, Padova, 1951. p. 3-10.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. In: SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins (Org.). Revista de informação legislativa. Brasília: v. 46 n. 183, (jul./set. 2009). p. 103-115.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

LANDSMAN, Stephan. **The rise of the contentious spirit: adversary procedure in eighteenth century england**, Cornell Law Review, 75 (1989-1990), 496-609.

LANGER, Máximo. **La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo**. Revista de Derecho Público, Bogotá, v. 32, jan./jun. 2014. Disponível em: https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub429.pdf. Acesso em: 01 dez. 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 1. ed. Impetus. Niterói, 2011. v.1.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo:Saraiva, 2014.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 4. ed., ver., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 18 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Novo código de processo penal: o problema dos sincretismos de sistema (inquisitorial e acusatório)**. In: SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins (Org.). Revista de informação legislativa. Brasília: v. 46, n. 183, p.117-139, jul./set. 2009.